
Datum: 05.07.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 27/95
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:0705.4U27.95.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 87 O 140/95

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter teilweiser Zurückweisung des Rechtsmittels das Urteil des Landgerichts Köln vom 21. November 1995 - 87 O 140/95 - abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 21.658,41 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 26. Januar 1995 zu zahlen. Mit dem weitergehenden Zinsanspruch wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Parteien liegt unter 60.000,00 DM.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Klägerin ist im wesentlichen begründet.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Zahlungsanspruch in der zuerkannten Höhe zu, §§ 611, 628 BGB.

1

2

3

- Die zwischen den Parteien am 16.07.1993 und am 29.10.1993 zustande gekommenen Verträge darüber, daß die Klägerin die Beklagte bei der Suche und Auswahl u.a. eines Kaufmännischen Leiters und eines Technischen Geschäftsführers gegen Honorar beratend unterstützen sollte, sind als Dienstverträge und nicht als Werkverträge anzusehen. Allein dies entspricht der Interessenlage beider Parteien. Denn es hängt zuletzt von der freien Entscheidung der Beklagten ab, ob die Tätigkeit der Klägerin zu dem von beiden Parteien gewollten Erfolg, nämlich der Einstellung eines Bewerbers führt. Selbst wenn objektiv die von der Klägerin vorgestellten Bewerber in jeder Hinsicht dem von der Beklagten vorgegebenen Anforderungsprofil entsprechen, kann die Beklagte jeden Bewerber ablehnen, ohne daß objektiv nachvollziehbare Gründe vorliegen müssen. Es genügt, daß der Bewerber dem Geschäftsführer der Beklagten aus persönlichen, allein bei diesem liegenden, u. U. auch nicht verifizierbaren Gründen nicht gefällt, daß eben - wie die Klägerin es ausdrückt - "die Chemie nicht stimmt". Dieses Ablehnungsrecht muß der Beklagten auch zugestanden werden, da es um die Besetzung von Vertrauensstellungen geht, bei denen "die Chemie stimmen" muß. Wenn es aber zuletzt von der persönlichen Entscheidung der Beklagten und nicht allein von dem Arbeitseinsatz der Klägerin abhängt, ob der gewünschte Erfolg eintritt, kann sich die Klägerin auch nicht vertraglich verpflichten, den Erfolg herbeizuführen.
- Daß der Erfolg vertraglich nicht geschuldet sein sollte, ergibt sich auch aus der Vereinbarung von Teilzahlungen in erheblicher Höhe und zwar bei Auftragserteilung, 4 Wochen danach und nochmals acht Wochen später, zu Zeitpunkten also, als anders bei Teilzahlungen im Rahmen von Bauverträgen, noch keinerlei Erfolg eingetreten sein konnte, es also nur darum gehen konnte, die Dienstleistungen zu honorieren.
- Gegen die Annahme von Dienstverträgen spricht nicht, daß die Klägerin in ihrer Auftragsbestätigung vom 16.07.1993 zugesichert hat, "die Projekte zum vereinbarten Pauschalhonorar bis zum erfolgreichen Abschluß zu betreuen". Hierin liegt zum einen die Erklärung, daß das Pauschalhonorar unter Umständen auch eine längerfristige Betreuung abdecken sollte und zum anderen die Vereinbarung, daß die Restzahlung erst nach erfolgreichem Abschluß der Betreuung und Beratung fällig sein sollte, denn in den Zahlungsmodalitäten ist festgehalten, daß die Schlußrechnung nach Beendigung des Auftrages erfolgen soll. Hierin liegt nicht eine Verpflichtungserklärung der Klägerin, den Erfolg herbeizuführen, den sie ja, wie dargelegt, nicht garantieren kann, sondern eine auf den Zeitpunkt des Erfolgseintritts bezogene Fälligkeitsvereinbarung.
- Diese Fälligkeitsvereinbarung ist ausdrücklich nur für die in dem Bestätigungsschreiben vom 16.07.1993 bezogenen fünf Positionen abgegeben worden. Die Klägerin muß diese jedoch auch für den später nachgeschobenen Vertrag vom 29. Oktober 1993 über die Besetzung der Stelle des Technischen Geschäftsführers gegen sich gelten lassen, wenngleich sie in der diesbezüglichen Auftragsbestätigung nicht wiederholt worden ist. Die Beklagte durfte annehmen, daß dieser nachgeschobene Auftrag ebenso abgewickelt werden würde wie die fünf vorangegangenen. Andernfalls hätte die Klägerin ausdrücklich auf abweichende Bedingungen hinweisen müssen.
- Unstreitig ist der beabsichtigte Erfolg der Verträge insoweit nicht eingetreten, als daß die Stellen des Kaufmännischen Leiters und des Technischen Geschäftsführers bislang nicht besetzt worden sind, so daß nach dem Inhalt der Verträge die noch ausstehende Vergütung bislang nicht fällig ist.
- Gleichwohl kann die Klägerin hier die von ihr sog. Schlußzahlung verlangen, weil sie die Dienstverträge gemäß § 627 BGB gekündigt hat, und dazu durch vertragswidriges Verhalten der Beklagten veranlaßt worden ist, § 628 Abs. 1, Satz 1 und 2 BGB.

Unstreitig handelt es sich bei den hier von der Klägerin zu erbringenden Leistungen im Sinn des § 627 Abs. 1 BGB um Dienste höherer Art, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so daß die zur Dienstleistung verpflichtete Klägerin jederzeit zur Kündigung der Dienstverhältnisse berechtigt war. 10

Eine solche Kündigung liegt konkludent in dem Schreiben der Klägerin vom 19.09.1994, mit dem sie für die beiden hier betroffenen Aufträge die sog. Schlußrechnungen übersandt hat, denn nach dem Inhalt der Verträge sollten diese Schlußrechnungen erst nach Beendigung der Aufträge erstellt werden. Die Klägerin hat damit eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie die Dienstverhältnisse beenden wollte. 11

Eine Kündigung zur Unzeit im Sinn des § 627 Abs. 2 BGB liegt nach der Natur der Aufträge fern, wird auch von der Beklagten nicht behauptet. 12

Gemäß § 628 Abs. 1, Satz 1 und 2 BGB kann die Klägerin trotz der Kündigung einen ihren bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, ohne daß es darauf ankommt, ob diese Leistungen infolge der Kündigung für die Beklagte noch von Interesse sind. Denn die Kündigung ist durch vertragswidriges Verhalten der Beklagten veranlaßt worden. Die Klägerin war nach den Aufträgen verpflichtet, die Beklagte bei der Suche nach leitenden Angestellten beratend zu unterstützen. Diese Tätigkeit konnte nur dann erfolgreich durchgeführt werden, wenn ihrerseits die Beklagte sich mit der Suche beschäftigte. Die Beklagte hatte das Anforderungsprofil zu erstellen, die Vorgehensweise abzusprechen, mit der Klägerin zu koordinieren, Vorstellungsgespräche vorzubereiten und durchzuführen u.s.w.. An dieser erforderlichen Mitwirkung aber hat es die Beklagte fehlen lassen. Nachdem einige Vorstellungsgespräche Ende 1993 und Anfang 1994 ergebnislos verlaufen waren, forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 05.07.1994 auf, ihr ein Angebot zu machen, wie die weitere Sache erfolgsversprechend und unter Kompensation der verlorenen Zeit fortgesetzt werden sollte. Umgehend mit Schreiben vom 06.07.1994 schlug die Klägerin ein Verfahren vor, von dem sie glaubte, es werde "eine größere Treffsicherheit" haben und "Mißverständnisse weitgehend ausschließen". Unstreitig hat die Beklagte monatelang auf dieses Schreiben weder telefonisch noch schriftlich geantwortet, so daß die Klägerin nachvollziehbar davon ausging, es bestehe seitens der Beklagten kein Interesse mehr an der Zusammenarbeit und diese mit Übersendung der Schlußrechnungen vom 19.09.1994 kündigte. Zwar hat die Klägerin, weil die Beklagte diese Schlußrechnungen mit Schreiben vom 21.11.1994 (also erst einen Monat später) zurückwies, nochmals eine Zusammenarbeit mit Schreiben vom 16.01.1995 angeboten und um die Dispositionen der Beklagten gebeten. Unstreitig hat die Beklagte hierauf jedoch wiederum nicht reagiert, so daß auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben der Klägerin weitere Bemühungen um die Mitwirkung der Beklagten und eine Fortsetzung ihrer Beratertätigkeit nicht zuzumuten sind, es also bei der mit Übersendung der Schlußrechnungen konkludent ausgesprochenen Kündigung zu verbleiben hat. 13

Die dort berechnete Vergütung entspricht unstreitig den vertraglichen Vereinbarungen. Insbesondere sind bei der Suche nach dem kaufmännischen Leiter auch zweimal Sachkosten angefallen, nachdem unstreitig eine Fortsetzung des Auftrags unter Abrechnung einer neuen Sachkostenpauschale vereinbart worden und auch eine zweite Suchaktion gestartet worden ist. Auch die Honorarpauschale ist in vollem Umfang anzusetzen, weil die Klägerin die vereinbarten Dienstleistungen erbracht hat. Soweit die Beklagte behauptet, alle vorgestellten Bewerber seien objektiv ungeeignet gewesen und hätten dem von ihr vorgegebenen Anforderungsprofil nicht entsprochen, ist dies unsubstantiiert geblieben. Die Beklagte hat keinerlei Tatsachen vorgetragen, die diese Behauptung überprüfbar machen könnten. Sie 14

hätte die Anforderungen im einzelnen darlegen und darstellen müssen, inwieweit die einzelnen Bewerber dem nicht entsprochen haben könnten.

Spätestens mit der "letzten Mahnung" vom 25.01.1995 befindet sich die Beklagte in Verzug. Höhere als die gesetzlichen Verzugszinsen kann die Klägerin jedoch nicht beanspruchen, da sie trotz Ankündigung keine Bankbescheinigung vorgelegt hat. 15

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 713, 546 Abs. 2 ZPO. 16

Berufungswert: 21.658,41 DM 17