

**Titel:**

**Dienstvertrag, Scheingeschäft, Annahmeverzug, Kündigung, Vergütungsanspruch, Verjährung, Zinsanspruch**

**Schlagworte:**

Dienstvertrag, Scheingeschäft, Annahmeverzug, Kündigung, Vergütungsanspruch, Verjährung, Zinsanspruch

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Urteil vom 03.02.2025 – 4 U 24/23 e

BGH, Urteil vom 04.12.2025 – III ZR 14/25

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 57870

**Tenor**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 305.929,25 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 20.2.2022 aus 272.200,00 € und seit 24.03.2022 aus 33.729,25 € zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 10 % und die Beklagte 90 % zu tragen.
4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird auf 340.674,25 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten um Vergütung aus einem am 14.01.2018 geschlossenen Dienstleistungsvertrag über die Erbringung ärztlicher Dienstleistungen auf dem Gebiet der Inneren Medizin im Bereich Interventionelle Kardiologie und Angiologie. Zwischen den Parteien war wegen desselben streitigen Vertragsverhältnisses unter dem Aktenzeichen 21 O 92/19 bereits ein Verfahren anhängig, in welchem die Klägerin Vergütungsansprüche für die Zeit vom 1.10.2018 bis 26.11.2018 geltend machte. Aufgrund des seit 30.6.2022 rechtskräftigen Beschlusses des OLG Bamberg vom 9.11.2021, 5 U 397/20 wurde der Klägerin die beanspruchte Vergütung zugesprochen.

**2**

Die Klägerin ist eine ... sie wird durch ihren „Managing Direktor“ ..., der gleichzeitig geschäftsführender Alleingesellschafter der ... ist, vertreten.

**3**

Die Beklagte betreibt in ... eine Klinik. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und davor herrschte bei der Beklagten ein enormer Ärztemangel, insbesondere im Bereich Kardiologie. Es bestand insoweit die Gefahr, dass die Beklagte ihrem Versorgungsauftrag nicht bzw. nicht mehr vollständig erfüllen konnte.

**4**

In dieser Situation kam ein Kontakt zu ... – einem Kardiologen – zustande.

**5**

... passte insoweit vollständig in das Anforderungsprofil der Beklagten.

**6**

... wünschte jedoch keine Anstellung auf Basis eines Arbeitsvertrages, sondern verwies auf die Klägerin und bot über diese seine ärztlichen Dienste an ... wies die Beklagte in den Vertragsverhandlungen mehrfach darauf hin, dass das von ihm gewählte Konstrukt legal sei und durch mehrere Anwälte in Deutschland und international tätigen Rechtsanwaltskanzleien einer Überprüfung unterzogen worden sei.

## 7

Der zwischen den Parteien geschlossene Dienstleistungsvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

### „§ 2 Pflichten des Dienstleisters

Der Dienstleister erbringt die geschuldete Dienstleistung nach medizinischer Erforderlichkeit und Notwendigkeit nach eigenem Ermessen, wobei die personellen und sachlichen Kapazitäten der Klinik zu berücksichtigen sind.“

Der Dienstleister ist verpflichtet, zur Erbringung seiner Dienstleistung nur solches Personal einzusetzen, dass sämtliche gesetzlichen und qualitativen Voraussetzungen zur Erbringung der geschuldeten Dienstleistung erfüllt, insbesondere die notwendige fachärztliche Qualifikation, wobei die Dienstleistung dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen muss.

Der Dienstleister ist verpflichtet den Nachweis der Qualifikation für die von ihm zur Erfüllung seiner Verpflichtungen beauftragten Personen unaufgefordert nachzuweisen und jegliche Veränderung unverzüglich der Klinik mitzuteilen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass Disziplinarverfahren, insbesondere Entziehungsverfahren betreffend die ärztliche Berufserlaubnis gegen solche Personen eingeleitet werden.

### § 4 Vertragsbeginn, Laufzeit

Der Vertrag beginnt am 05.02.2018 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das Recht zur ordentlichen Kündigung des Vertrages wird für beide Seiten für die Dauer von einem Jahr ausgeschlossen. Danach beträgt die beiderseitige Kündigungsfrist sechs Monate zum Monatsende.

Ein eventuelles Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB wird abgedungen.

### § 5 Vergütung

Der Dienstleister erhält eine Vergütung in Höhe von 180 € netto pro Stunde und somit pro Tag eine Vergütung in Höhe von 1.440 € netto. Soweit die Klinik den Dienstleister auffordert, an Wochentagen, Wochenenden und Feiertagen seine Dienstleistung zusätzlich im Rahmen des von der Klinik angebotenen Hintergrundbereitschaftsdienstes auf Abruf bereitzustellen, erhält der Dienstleister eine Vergütung in Höhe von 65 € netto pro Stunde.

Sofern aufgrund gesetzlicher Bestimmungen Umsatzsteuerpflicht besteht, ist die auf die vorgenannten Beträge entfallende Umsatzsteuer in der jeweiligen Höhe zusätzlich durch die Klinik zu zahlen.

Die Vergütung ist fällig innerhalb von 7 Tagen nach Zugang der Rechnung des Dienstleisters, die Rechnungsstellung soll monatlich erfolgen. Die Zahlung erfolgt auf folgendes Konto des Dienstleisters:

...

Die Klinik ist verpflichtet, dem Dienstleister unaufgefordert den täglichen Umfang seiner Dienstleistung schriftlich zu bescheinigen.

Das Honorar ist gemäß § 4 Nr. 14 UStG umsatzsteuerfrei.

## 8

Nach Aufnahme der Tätigkeit der Klägerin leitete die Beklagte im Einvernehmen mit der Klägerin ein Statusfeststellungsverfahren zur Bestimmung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Tätigkeit des ... ein. Die zuständige Deutsche Rentenversicherung ... hörte hierzu die Beklagte mit Schreiben vom 27.06.2018 an (Anlage B 2 des beigezogenen Verfahrens 21 O 92/19).

## 9

Die Deutsche Rentenversicherung ... erließ sodann mit 31.08.2018 einen Bescheid zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Der Bescheid enthält u.a. folgende Formulierung:

„Die Prüfung des versicherungsrechtlichen Status hat ergeben, dass die Tätigkeit von ... als, Honorararzt bei ... seit 05.02.2018 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird. In dem Beschäftigungsverhältnis besteht Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ab 05.02.2018.“

#### **10**

Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Bescheides wird auf die vorgelegte Anlage B 3 des beigezogenen Verfahrens 21 O 92/19 Bezug genommen.

#### **11**

Der – nicht bestandskräftige – Bescheid ging der Beklagten am 31.08.2018 zu, am gleichen Tage erhielt der damalige Geschäftsführer der Beklagten Kenntnis vom Bescheid. Am 01.10.2018 kündigte die Beklagte das gegenständliche Vertragsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise zum 30.04.2019, äußerst hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Der Geschäftsführer der Klägerin erhielt das Schreiben am gleichen Tage ausgehändigt (Anlage K 2 des beigezogenen Verfahrens 21 O 92/19).

#### **12**

Mit Rechtsanwaltsschreiben vom 01.10.2018 bot die Klägerin die „ordnungsgemäße Erbringung der geschuldeten Dienstleistungen“ an (Anlage K 3).

#### **13**

Mit Rechtsanwaltsschreiben vom 02.10.2018 verwies die Beklagte auf nicht überschaubare Haftungsrisiken gegenüber dem Sozialversicherungsträger und gegenüber dem Fiskus. Weiterhin bot die Beklagte, wie bereits mündlich am 01.08.2018, dem Geschäftsführer der Klägerin den Abschluss eines „Chefarztvertrages“ an. Mit Schreiben vom 17.10.2018 bot die Beklagte darüber hinaus an, das Vertragsverhältnis „als freies Mitarbeiterverhältnis“ weiterzuführen, wobei aber die Klägerin ihr Einverständnis damit erklären sollte, dass Sozialversicherungsbeiträge und Einkommenssteuer wie bei einem Arbeitsverhältnis für ... abgeführt würden (Anlage B 5). Den im genannten Schreiben abgeforderten Mitwirkungshandlungen zur ordnungsgemäßen Abrechnung kam die Klägerin nicht nach. In der Folgezeit erfolgte keine Tätigkeit der Klägerin bei der Beklagten. Infolgedessen ersparte die Klägerin monatliche Aufwendungen für Unterkunft in Höhe von 800,00 € sowie für Fahrtkosten in Höhe von 1.260,00 €.

#### **14**

Die Klägerin forderte mit Rechnung vom 31.12.2018 Vergütung in Höhe von 36.201,25 € für die Zeit vom 24.11.2018 bis 31.12.2018 (Anlagen K4). Mit Klage vom 30.12.2020, eingegangen am 4.1.2021 beanspruchte die Klägerin im Wege der Teilklage zunächst die Vergütung bis 31.12.2018. Die Zustellung der Klage an die Beklagte erfolgte am 17.3.2022 nachdem die bisherigen Prozessbevollmächtigten einen Empfang der Klage zurückwiesen. Mit Klageerweiterung vom 25.7.2022 machte die Klägerin weiterhin Vergütungsansprüche für die Zeit vom 1.1.2019 bis 30.9.2019 in Höhe von 325.485,00 € geltend, die sie mit Rechnung vom 24.11.2021 (Anlage K7) abrechnete. Wegen der Einzelheiten der Vergütungsforderung wird auf die Rechnungen Anlage K4 und K7 Bezug genommen.

#### **15**

Die Klägerin ist der Auffassung, dass ihr Annahmeverzugsvergütung zustehe und beantragt nach Klageerweiterung zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 33.729,25 € nebst 9 % Zinsen über Basiszinssatz hieraus seit 31.01.2019 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird weiterhin verurteilt, an die Klägerin 306.945,00 € nebst 9 % Zinsen über Basiszinssatz hieraus seit dem 1.10.2019 zu zahlen.

#### **16**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

#### **17**

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis vom 14.01.2018 gemäß § 134 BGB wegen Gesetzesverstoß nichtig sei. Das von der Klägerin praktizierte Vertragskonstrukt diene einzig dazu, die Zahlung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben in

Deutschland zu verlagern. Tatsächlich sei von einer abhängigen Beschäftigung des ... auszugehen mit der Konsequenz einer Sozialversicherungs- und Lohnsteuerpflicht in Deutschland. Die Beklagte macht weiterhin geltend, dass es sich bei dem Streitgegenständlichen Vertragsverhältnis um einen Scheinvertrag handele. Den Parteien sei es ausschließlich darum gegangen, ... als Kardiologen im Hause der Beklagten zu beschäftigen. Die Beklagte führt weiterhin aus, dass das Vertragsverhältnis jedenfalls gemäß § 626 Abs. 1 BGB kündbar gewesen sei. Sie ist zudem der Ansicht, dass die Kündigung auf § 627 BGB gestützt werden könne. Hilfsweise beruft sich die Beklagte darauf, dass sich die Beklagte nicht in Annahmeverzug befunden habe. So sei die Klägerin bereits notwendigen Mitwirkungspflichten zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer nicht nachgekommen. Die Rechnung vom 31.12.2018 sei der Beklagten nicht zugegangen. Im Übrigen verweist die Beklagte darauf, dass die Klägerin es böswillig unterlassen habe, anderweitigen Verdienst zu erzielen und zudem infolge des Unterbleibens der Dienstleistungen auch Aufwendungen erspart habe.

**18**

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

**19**

Hinsichtlich des übrigen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Ebenso wird auf die beigezogene Akte des Landgerichts Coburg 21 O 92/19 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

**20**

Die Klägerin kann von der Beklagten vereinbarte Vergütung in Höhe von 340.674,25 € für die Zeit vom 24.11.2018 bis 30.09.2019 verlangen, §§ 611 Abs. 1, 615 BGB.

**21**

Anspruchsgrundlage ist der rechtswirksame Vertrag vom 14.01.2018, der weder ein Scheingeschäft im Sinne des Paragraphen 117 BGB darstellt, noch gemäß Paragraph 134 BGB nichtig ist.

**22**

1. Das OLG Bamberg hat in seiner rechtskräftigen Entscheidung vom 09.11.2021, 5 U 397/20, hierzu folgendes ausgeführt:

**23**

a) Dieser Vertrag stellt kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB dar.

**24**

Ein solches ist nur anzunehmen, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Anschein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen (vgl. BGH NJW 80, 572). Vorlegend wollten die Parteien jedoch gerade eine der Vereinbarung entsprechende Dienstleistung durch die Klägerin und die Zahlung der vereinbarten Vergütung durch die Beklagte ohne Abführung von Sozialversicherungsabgaben und Lohnsteuer erreichen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass ein Rechtsbindungswille einen solchen Dienstleistungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten abzuschließen und durchzuführen bei einer der Parteien nicht vorhanden gewesen wäre. Die „Nebenabrede“ mit ... in Person hinsichtlich der Benutzung von Dienstkleidung und der Abrechnung von Privatpatienten, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

**25**

b) Der Dienstvertrag ist nicht nach § 134 BGB nichtig. Der Bundesgerichtshof hat zu Vertragskonstellationen wie der vorliegenden ausgeführt, dass eine Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften betreffend den Kündigungsschutz (§§ 1 ff. KSchG), die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 EntgeltFG) sowie die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer (§ 28e SGB IV, § 41a EStG) nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führt. Diese Bestimmungen finden vielmehr unabhängig von einer möglichen Umgehungsabsicht der Vertragspartner beim Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags Anwendung, wenn die in ihnen niedergelegten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. BGH Ur. v. 11.10.2018 – VII ZR 298/17, BeckRS 2018, 27091 Rn. 12, zitiert nach beck-online). Der Senat schließt sich dieser Rechtsansicht an. „...“

## 26

Die Einzelrichterin schließt sich diesen Auffassungen nach eigener Prüfung umfänglich an.

## 27

2. Der Vertrag war auch nicht aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder außerordentlicher Kündigung beendet worden. Hierzu führte das OLG Bamberg in seiner vorgenannten Entscheidung folgendes aus:

## 28

a) Eine Anpassung des Vertrags aufgrund des etwaigen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB kommt bei Dauerschuldverhältnissen wie dem vorliegenden Dienstvertrag grundsätzlich nicht in Betracht (§ 313 Abs. 3 S. 2 BGB). Allein anwendbar sind die Kündigungsvorschriften. Eine Ausnahme scheidet vorliegend offensichtlich aus (vgl. BeckOGK/Günther, 1.10.2021, BGB § 626 Rn. 21).

## 29

b) Eine Kündigung nach § 627 BGB war nicht möglich, da dessen Anwendungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Die gesetzliche Voraussetzung eines außerordentlichen Kündigungsrechts bei Diensten höherer Art „ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen“ ist vorliegend nicht gegeben. Auch wenn es sich vorliegend um eine juristische Person als Dienstverpflichtete handelt ist unter Berücksichtigung der gesamten vertraglichen Ausgestaltung und Vertragsabwicklung von einer „gewissen persönlichen Bindung“ und festen Bezügen auszugehen (vgl. BeckOGK/Günther, 1.10.2021, BGB § 627 Rn. 39).

## 30

c) Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB lag nicht vor.

## 31

Denn Gründe, die ein Festhalten am Vertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar machen könnten, sind nicht ersichtlich. Ausschlaggebend ist hierbei die Berücksichtigung des Umstands, dass es sich bei der (nachträglichen) Feststellung der Sozialversicherungs- und Lohnsteuerpflicht um einen Umstand handelt der in der vorliegenden Konstellation vorwiegend dem Risikobereich der Beklagten zuzuordnen ist. Denn diese hat als eigene und originäre Verpflichtung Sozialversicherungsabgaben und Lohnsteuer für die Person des ... abzuführen, was die Klägerin wirtschaftlich nicht betrifft, da die Erfüllung dieser (Arbeitgeber-)Verpflichtung nicht im Wege des Einbehalts der der Klägerin geschuldeten Vergütung geschehen kann.

## 32

Die Verwirklichung dieses Risikos stellt auch keinen typischerweise als wichtigen Grund geeigneten Sachverhalt dar. Denn im Rahmen der Vertragsverhandlungen ist über die Problematik der Sozialversicherungs- und Lohnsteuerpflicht verhandelt worden. Dass die Beklagte den Angaben der Klägerin, der Vertrag sei durch Anwälte geprüft, glaubte, kann daran nichts ändern, weil es insoweit alleine in der Risikosphäre des Auftraggebers, hier der Beklagten, liegt, sich selbst hinsichtlich ihrer ureigensten Verpflichtungen zu vergewissern und nicht „blind“ Behauptungen der Klägerin zu folgen. Durch die Angabe, der Vertrag sei durch Anwälte geprüft, hat die Klägerin aus vorgenannten Gründen das Risiko nicht zu dem ihren gemacht.

## 33

Auch ist keine Unzumutbarkeit des Vollzugs des Dienstvertrages bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (vgl. § 3 des Dienstvertrages, Anlage B3) aufgrund der behaupteten Schwierigkeiten bei der mit dem weiteren Vollzug einhergehenden erforderlichen Meldung des ... zur Sozialversicherung und bei der Abführung der Lohnsteuer, verbunden mit etwaigen strafrechtlichen Risiken, gegeben. Es wäre – wie die Klägerin zutreffend ausgeführt hat – auch ohne Kenntnis der Sozialversicherungsnummer und der näheren persönlichen Daten eine Krankenkasse nach Wahl der Beklagten zuständig gewesen. Hinsichtlich der persönlichen Daten verlangt auch § 28a Abs. 3 Nr. 1 SGB IV die Sozialversicherungsnummer nur „soweit bekannt“. Im Übrigen kann die fehlende Nennung der über Namen und Wohnort hinausgehenden persönlichen Daten, die wohl als Nebenpflicht des Dienstvertrags angesehen werden kann, in der Gesamtschau nicht als ein die Unzumutbarkeit begründender Umstand angesehen werden. Denn neben der Auskunft durch die Klägerin stehen unter Zugrundelegung der Kenntnis von Name, Vorname und Wohnort (vgl. Anhörungsschreiben der Deutschen Rentenversicherung vom 27.06.2016, Anlage B2) zahlreiche weitere Ermittlungsmöglichkeiten der Beklagten im Raume, wie etwa eine

Einwohnermeldeamtsauskunft, eine Anfrage bei der Landesärztekammer oder eine Anfrage bei der Deutschen Rentenversicherung. Dass die Beklagte derartige Aktivitäten erfolglos entfaltet hat, ist nicht vorgetragen. Vor dem Hintergrund des § 266a Abs. 6 StGB erscheint insoweit ein strafrechtliches Risiko ohnehin höchst zweifelhaft. Hinsichtlich der Lohnsteuer gilt, dass diese – wie die Klägerin zutreffend ausführt – bei Unkenntnis der näheren persönlichen Verhältnisse nach Klasse VI an das für die Klägerin zuständige Finanzamt abführbar gewesen wäre. Hinsichtlich der hierzu eventuell erforderlichen weitergehenden persönlichen Daten wird auf vorstehende Erwägungen Bezug genommen, wobei hinsichtlich eines etwaigen strafrechtlichen Risikos erhebliche Zweifel an einem für den strafrechtlichen Vorwurf erforderlichen Schuldvorwurf und der Rechtswidrigkeit bestehen. In der Gesamtschau kann unter diesen Umständen auch die etwaige Gefahr einer, nicht hinreichend möglichen Erfüllung sozial- und steuerrechtlicher Pflichten durch die Beklagte eine Unzumutbarkeit nicht begründen, insbesondere auch deshalb nicht, weil sich die Beklagte leichtfertig und unter Verstoß gegen eigene Obliegenheiten in dieses von ihr behauptete Risiko begeben hat. In der Gesamtschau kann auch die Pflicht der Beklagten, die (volle) Vergütung an die Klägerin und zusätzlich Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben für ... persönlich bis zur ordentlichen Kündigung abzuführen nicht als unbillig im Rahmen einer Interessenabwägung angesehen werden, sondern vielmehr als Ergebnis des von ihr eingegangenen Risikos.

#### **34**

Zudem ist die Erklärung der außerordentlichen Kündigung auch als verfristet anzusehen (§ 626 Abs. 2 BGB). Auf die Ausführungen des Erstgerichts wird insoweit Bezug genommen (vgl. LGU S. 8 f.). Auf die Weigerung des ..., einen Dienst- oder Chefarztvertrag abzuschließen kommt es dabei nicht an. Es gilt das strikte Trennungsprinzip zwischen den Rechtspersönlichkeiten, deshalb es auf ein Verhalten des ... aus Rechtsgründen nicht ankommen kann. Einer Anhörung der Klägerin vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung bedurfte es nicht, um Folgerungen aus der Einstufung als sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtige Tätigkeit zu ziehen. Denn die Klägerin hätte diese unerwünschten Folgen nicht abwenden können.“ Auch diesen Ausführungen des OLG Bamberg schließt sich die Einzelrichterin nach eigener Würdigung umfassend an.

#### **35**

d) Das Vertragsverhältnis wurde jedoch durch ordentliche Kündigung zum 31.08.2019 beendet. Die am 1.10.2018 hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt ausgesprochene Kündigungserklärung beendet das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis zum 31.8.2019. Nachdem eine außerordentliche Kündigung mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 627 BGB ausscheidet, enthielt das Schreiben den Willen der Beklagten das Vertragsverhältnis ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu beenden. Diese Erklärung ist wirksam. Eine Unwirksamkeit allein deswegen, weil sie zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen war, ist nicht gegeben. Es ist insoweit anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse bereits vor Beginn ihres Vollzuges gekündigt werden können, wenn der entsprechende Vertrag bereits abgeschlossen ist. Dementsprechend entfaltet auch eine während des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung erklärte Kündigung Wirkung (OLG Nürnberg, Urteil vom 30.3.2022 – 12 U 3303/19 m.w.N.; NZG 2022, 861, beck-online).

#### **36**

Die Beklagte kündigte das Anstellungsverhältnis mit Schreiben vom 1.10.2018 äußerst hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Die somit mit erklärte hilfsweise ordentliche Kündigung entfaltet ihre Rechtswirkung mit Ablauf des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung. § 4 des Anstellungsvertrages regelt, dass dieser am 5.2.2018 beginnt und das Recht zur ordentlichen Kündigung für die Dauer eines Jahres, mithin bis zum 4.2.2019 ausgeschlossen ist. Hernach beträgt die Kündigungsfrist 6 Monate zum Monatsende, mithin bis zum 31.8.2019.

#### **37**

3. Die Beklagte befand sich im Annahmeverzug, weshalb sie auch ohne Erbringung der Dienstleistung zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist (§ 615 BGB). Unstreitig hat die Klägerin, vertreten durch ... am 01.10.18 und 02.10.18 ihre Dienste tatsächlich mündlich und schriftlich angeboten. Die Beklagte hat diese Angebote jeweils nicht angenommen. Darin, dass ... den Abschluss eines „Chefarztvertrags“ oder Arbeitsvertrags mit ihm als natürliche Person abgelehnt hat und sich auch gegen die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer wendete, liegt kein Umstand, der einem ordnungsgemäßen Angebot entgegensteht. Denn es hatte – unter Zugrundelegung und Beachtung des Trennungsprinzips zwischen den Rechtspersönlichkeiten – nicht ... persönlich etwas anzubieten, sondern der vertraglichen

Vereinbarung entsprechend die Klägerin, was diese auch tat. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der vertraglichen Regelung nach die Klägerin frei war, durch wen sie ihre vertraglichen Pflichten erfüllt. Dass ... bzw. die Klägerin hierbei die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer abgelehnt hat, kann daran nichts ändern. Bei diesen Verpflichtungen handelt es sich um originäre Verpflichtungen der Beklagten als Dienstgeberin, die unabhängig von Wunsch und Wille des ... oder der Klägerin bestanden.

### **38**

Ein ausnahmsweiser Entfall des Annahmeverzugs ist nicht gegeben. Hierzu müsste ein ungewöhnlich schwerer Verstoß der Klägerin gegen allgemeine Verhaltenspflichten vorliegen, welcher die Beklagte schlechterdings berechtigt, die Dienste abzulehnen. Hierfür reicht nicht jedes Verhalten aus, dass zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde. Vielmehr ist ein besonders grober Verstoß notwendig, der im Rahmen einer Abwägung ergibt, dass die Interessen der Beklagten am Schutz ihrer Rechtsgüter die Interessen der Klägerin an der Erhaltung ihres Verdienstes überwiegen (vgl. BAG, Urteile vom 16.04.2014 – 5 AZR 739/11; vom 29.10.1987 – 2 AZR 144/87). Solche schwerwiegenden Gründe sind, wie vorstehend bereits dargestellt, vorliegend nicht gegeben. Das Verhalten der Klägerin rechtfertigt schon keine außerordentliche Kündigung, so dass die höheren Voraussetzungen eines ausnahmsweisen Entfalls des Annahmeverzugs nicht vorliegen. (OLG Bamberg a.a.O.)

### **39**

4. Die Klägerin kann für die Zeit vom 27.11.2018 bis 31.12.2018 Vergütung in Höhe von 33.729,25 € beanspruchen.

### **40**

a). Sie hat die angebotenen Leistungen für die Zeit vom 27.11.2018 bis 31.12.2018 mit Rechnung Nr. 17 vom 31.12.2018 (Anlage K4) in Höhe von 36.201,25 € abgerechnet. Die Rechnung ist mit Zustellung der Klage der Beklagten als Anlage K4 am 17.3.2022 zugegangen und deshalb seit dem 24.03.2022 fällig. Unter Anrechnung ersparter Miete in Höhe von 960,00 € sowie ersparter Fahrtkosten in Höhe von 1.512,00 € ergibt sich die geltend gemachte Klageforderung von 33.729,25 €.

### **41**

b) Diese Forderung ist auch nicht verjährt.

### **42**

Die am 31.12.2021 ablaufende Verjährungsfrist für die Honoraransprüche für die Zeit vom 24.11.2018 bis 31.12.2018 ist durch die Zustellung der am 30.12.2021 eingereichten Klage am 17.03.2022 nur dann gemäß § 204 BGB gehemmt, wenn diese Zustellung noch demnächst i.S.d. § 167 ZPO erfolgte. Der Begriff der Zustellung demnächst ist ohne zeitliche Begrenzung im Wege einer wertenden Betrachtungsweise auszulegen (BGH BeckRS 2029, 36050). Unanwendbar ist § 167 ZPO, wenn der Kläger oder sein Prozessbevollmächtigter durch Nachlässigkeit zu einer nicht ganz geringfügigen Verzögerung der Zustellung beigetragen haben, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt (BGH NJW-RR 2019, 1465 (1466); noch strenger BGH WM 2015, 2104; BeckOK BGB/Henrich, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 204 Rn. 15). Derartiges lässt sich vorliegend nicht feststellen. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin war die Beklagte sowohl im vorangegangenen Gerichtsverfahren als auch außergerichtlich durch die ... vertreten. Anhaltspunkte dafür, dass diese für ein neuerliches Klageverfahren nicht mandatiert sein könnten, hatte die Klägerin nicht, so dass sie diese mit der am 30.12.2021 eingereichte Klage benannte. Die Zustellung konnte aufgrund einer Rückweisung der Klageschrift durch die vormaligen Beklagtenvertreter zwar erst am 17.3.2022 bewirkt werden, jedoch ist dies kein Versäumnis der Klägerin oder deren Prozessbevollmächtigten.

### **43**

c) Für die Zeit vom 1.1.2019 bis 31.08.2019 kann die Klägerin Vergütung in Höhe von 272.200,00 € beanspruchen. Die angebotenen Leistungen für die Zeit vom 1.1.2019 bis 31.8.2019 hat die Klägerin mit Rechnung 2/2021 vom 24.11.2021 in Höhe von 288.680,00 € abgerechnet. Diese Rechnung wurde der Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 30.12.2021 mitgeteilt, welches der Beklagten spätestens am 13.1.2022 zugeht (Anlage K8). Somit ist der Betrag seit 20.1.2022 fällig. Unter Berücksichtigung ersparter Miete von monatlich 800,00 € sowie ersparter monatlicher Fahrtkosten von 1.260,00 € stehen der Klägerin für diese Zeit restliche Vergütungsansprüche in Höhe von 272.200,00 € zu.

### **44**

5. Die Klägerin hat zudem Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 9 % über dem Basiszinssatz seit 20.2.2022 für einen Betrag von 272.200,00 €, weil sich die Beklagte seit diesem Zeitpunkt mit der Zahlung der Forderung in Verzug befand, § 286 Abs. 3, 288 Abs. 2 BGB. Im übrigen kann er Prozesszinsen seit 24.3.2022 verlangen, § 291 S. 1, 2, 288 Abs. 2 BGB. Die insoweit belastet Klägerin hat für einen früheren Zugang der jeweiligen Rechnungen keinen Beweis angeboten, so dass eine frühere Fälligkeit und Verzug ausschieden.

**45**

6. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 709 ZPO.