

**Titel:**

**Dienste höherer Art - Beurteilungskriterien**

**Normenkette:**

BGB § 626, § 627

**Leitsatz:**

**Maßgeblich für die Einschätzung, ob Dienste höherer Art geschuldet werden, ist der Geschäftsinhalt des Vertrags, der sich sowohl aus den Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergibt; im Zweifel genießt immer die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit den Vorrang, da sonst die Regelung des § 626 umgangen werden könnte. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Kündigung, Vertrauensstellung, Dienste höherer Art

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Endurteil vom 17.03.2021 – 20 U 5294/20

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 43681

**Tenor**

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 12.203,40 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2018 sowie weitere 40,00 € zu zahlen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird auf 12.280,80 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Klägerin macht gegen den Beklagten Ansprüche auf Zahlung aus einem Marketingvertrag geltend.

**2**

Die Klägerin betreibt einen Marketing- und Seminarservice mit Sitz in -. Der Beklagte war Inhaber des Studios -.

**3**

Die Parteien schlossen am 16.09.2015 einen Marketingvertrag mit Beginn am 01.12.2015 und einer Laufzeit von zunächst 24 Monaten. Wegen des genauen Inhalts wird Bezug genommen auf die Anlage K1.

**4**

Die Klägerin übersandte dem Beklagten monatlich ein Handbuch mit Marketingskonzepten, Seminarangeboten, etc.

**5**

Mit Urteil des Amtsgerichts -, wurde der Beklagte verurteilt, für die Monate August bis November 2017 die volle vertraglich vereinbarte Gebühr an die Klägerin zu bezahlen.

**6**

Der Beklagte leistete ab Dezember 2017 keinerlei Zahlungen mehr an die Klägerin.

**7**

Die Klägerin meint, dass sich der Marketingvertrag mangels entsprechender Kündigung des Beklagten bis zum 30.11.2019 verlängert habe, so dass sie deshalb gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten monatlichen Gebühr für den Zeitraum von 01.12.2017 bis 30.11.2019 habe.

**8**

Die Klägerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 die Klage in Höhe von 77,40 EUR (Mehrwertsteuersenkung) zurück genommen. Der Beklagtenvertreter hat der teilweisen Klagerücknahme zugestimmt.

**9**

Die Klägerin beantragt zuletzt

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 12.203,40 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.01.2018 zuzüglich sonstiger Auslagen in Höhe von 40,00 € zu bezahlen.

**10**

Der Beklagte beantragt

Klageabweisung.

**11**

Der Beklagte meint, die Leistungen der Klägerin stellten Dienstleistungen höherer Art dar. Eine Kündigung sei gemäß § 627 BGB möglich gewesen und erfolgt. Der Vertrag sei bereits im Jahr 2016 gekündigt worden, jedenfalls sei eine Kündigung mit Schreiben vom 02.08.2017 mit sofortiger Wirkung erfolgt.

**12**

Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme der Zeugen - und - in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlungen vom 24.06.2020. Das Gericht hat die Beklagtenpartei in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 darauf hingewiesen, dass die erstmalige Benennung des Zeugen - im Rahmen der mündlichen Verhandlung verspätet sei, die Klägervertreterin hat die Benennung als verspätet gerügt. Die Akten des Amtsgerichts -, wurde zu Beweis Zwecken beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Zur Ergänzung des Tatbestandes wird verwiesen auf sämtliche Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und sonstige Aktenbestandteile.

## **Entscheidungsgründe**

**13**

Die zulässige Klage ist begründet.

I.

**14**

Die Klage ist zulässig. Das Landgericht Landshut ist gem. §§ 23 Nr. 1, 71 GVG sachlich und gem. Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien örtlich zur Entscheidung zuständig.

**15**

Die in der mündlichen Verhandlung vom 22.01.2020 erfolgte teilweise Klagerücknahme betreffend 77,40 EUR der Hauptforderung erfolgte mit Einwilligung des Beklagten.

II.

**16**

Die Klage ist begründet.

**17**

Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von 12.203,40 € sowie ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen und Auslagen zu.

**18**

1. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von 12.203,40 € aus dem Marketingvertrag vom 16.09.2015 zu.

## 19

Eine Kündigung zu einem Zeitpunkt vor dem 30.11.2019 wurde nicht zur Überzeugung des Gerichts durch den insoweit beweisbelasteten Beklagten nachgewiesen. Der Vertrag hat sich damit bis zum 30.11.2019 verlängert. Die Klägerin hat daher gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten monatlichen Gebühr für den Zeitraum von 01.12.2017 bis 30.11.2019.

## 20

a) Bei dem verfahrensgegenständlichen Marketingvertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag, nicht hingegen um einen Werkvertrag. Die Klägerin schuldete nach dem Schwerpunkt des Vertragsinhalts keinen bestimmten Erfolg, - was auch im Vertrag so niedergelegt war -, sondern primär Hilfestellungen für die Optimierung der betrieblichen Abläufe der Kunden. Eine Kündigungsmöglichkeit gem. § 649 BGB a.F. bestand damit für den Beklagten nicht.

## 21

Die im Marketingvertrag vom 16.09.2015 zwischen den Parteien festgesetzte Vertragslaufzeit sowie die Kündigungsfrist wurden wirksam vereinbart (vgl. Kilian in Westphalen, Graf von, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 44. EL, November 2019, Rn. 101 a.E.).

## 22

b) Eine Kündigung nach § 627 BGB war vorliegend nicht zulässig, da es sich bei den Leistungen der Klägerin nicht um Dienste höherer Art, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden, handelt. Dienste höherer Art sind solche, die ein überdurchschnittliches Maß an Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftlicher Bildung, eine hohe geistige Phantasie oder Flexibilität voraussetzen und aufgrund dessen eine herausgehobene Stellung verleihen, sowie qualifizierte Tätigkeiten, die den persönlichen Lebensbereich betreffen. Maßgeblich für die Einschätzung ist der Geschäftsinhalt des Vertrags, der sich sowohl aus den Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergibt; im Zweifel genießt immer die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit den Vorrang, da sonst die Regelung des § 626 umgangen werden könnte (Staudinger/Preis (2019) BGB § 627, Rn. 18; Belling/Riesenhuber in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 627 BGB, Rn. 5).

## 23

Im vorliegenden Fall wird bereits aus der von der Beklagten am 16.09.2015 unterzeichneten Vereinbarung deutlich, dass der Kläger standardisierte Konzepte „von der Stange“ leisten sollte. Im Wesentlichen ging es um den Versand von monatlichen Unterlagen mit Marketingkonzepten, Vorschlägen für Werbekampagnen sowie die Möglichkeit, an Schulungen teilzunehmen. Die Dienstleistung der Klägerin besteht darin, diese standardisierten Konzepte und Methoden in praxisgerechter Form zusammenzustellen und als Organisationshilfen zur Verfügung zu stellen. Es liegt auf der Hand, dass Anbieter derartiger Leistungen nicht über besondere Fachkenntnis, wissenschaftliche Bildung oder geistige Beweglichkeit verfügen müssen. Es kann weder von einem besonderen, qualifizierten Berufsbild die Rede sein noch von einer qualifizierten Tätigkeit, die den persönlichen Lebensbereich des Dienstberechtigten betrifft. Ein individueller Zuschnitt auf das Unternehmen des jeweiligen Vertragspartners ist im Grundpaket nur am Rande vorgesehen und kam auch in der tatsächlichen Tätigkeit nicht zustande (vgl. Hinweisbeschluss des Landgerichts Landshut vom 10.04.2017, Az.: 13 S 3082/16). Dies ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts insbesondere auch aus den Aussagen der Zeugen - und - in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020. Die Aussagen der Zeugen waren jede für sich glaubhaft, gegenteilige Anhaltspunkte lagen nicht vor. Die Schilderungen waren nachvollziehbar und in sich schlüssig und überzeugend. Die Zeugen waren auch jeweils glaubwürdig.

## 24

Die vereinbarten Standardleistungen sind nicht dazu angetan, ihrer Natur nach üblicherweise auf Grund besonderen Vertrauens im Sinne von § 627 Abs. 1 BGB übertragen zu werden. Die Lieferung von Gewinnspielvordrucken, die Gestaltung von Flyern oder die Überlassung allgemeiner Organisationshilfen erfordern keine speziellen Einblicke in betriebliche Abläufe und Interna. Anders als bei Inanspruchnahme eines Arztes, Anwalts oder einer Ehevermittlung, die man typischerweise über die fachliche Kompetenz hinaus nach Vertrauens Gesichtspunkten auswählt, kommen Verträge über standardisierte Dienstleistungen der vorliegenden Art unabhängig von besonderem Vertrauen in die Person des Vertragspartners oder die Institution, der er angehört, zustande (vgl. Hinweisbeschluss des Landgerichts Landshut vom 10.04.2017, Az.: 13 S 3082/16).

**25**

c) Eine Kündigung im Jahr 2015 bzw. 2016 wurde nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen, eine solche ergibt sich insbesondere auch nicht aus den Telefonnotizen, welche von dem Zeugen - im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 zu Protokoll übergeben wurden. Dass im Rahmen von Telefonaten über eine - ggf. beabsichtigte Kündigung - gesprochen wurde, stellt keine rechtswirksame Kündigung dar, ebenso wenig die Erklärung, dass die monatliche Gebühr nur noch teilweise oder gar nicht mehr beglichen werde. Jedenfalls wurde zwischen den Parteien im Marketingvertrag vom 16.09.2015 vereinbart, dass eine Kündigung schriftlich zu erfolgen hat.

**26**

Auch aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht -, vom 19.12.2019, Anlage B2, ergibt sich eine Kündigung aus den Jahren 2015 und 2016 nicht.

**27**

Die erstmalige Benennung des Zeugen - im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 ist als verspätet gem. §§ 277 Abs. 2, 296 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Zulassung würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögern, zudem wurde die Verzögerung nicht entschuldigt. Mit Verfügung vom 03.03.2020 wurde der Beklagte gem. §§ 277 Abs. 2, 296 Abs. 1 ZPO belehrt, ausweislich des Rückscheins wurde dem Beklagten die Verfügung zugestellt. Das Gericht hat die Beklagtenpartei in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 darauf hingewiesen, dass die erstmalige Benennung des Zeugen - im Rahmen der mündlichen Verhandlung verspätet sei, die Klägervertreterin hat die Benennung als verspätet gerügt. Weiterer Vortrag erfolgte im Rahmen des nachgelassenen Schriftsatzes nicht.

**28**

d) Auch der Widerruf der Einzugsermächtigung mit Email vom 28.07.2016, Anlage B5, stellt keine Kündigung dar, insbesondere auch keine konkludente Kündigung. Zudem wurden insofern auch die Voraussetzungen des § 626 Abs. 2 BGB, trotz entsprechendem Hinweis in der mündlichen Verhandlung, nicht substantiiert vorgetragen. Die von der Klägerin geschuldeten Leistungen hat diese erbracht. Gegenteiliges wird von Beklagtenseite jedenfalls nicht substantiiert dargetan. Das Handbuch wurde unstreitig übersandt, dass die Klägerin für den Beklagten erreichbar war ergibt sich zweifellos aus den Aussagen der Zeugen sowie aus den Telefonnotizen, welche von dem Zeugen - im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 zu Protokoll übergeben wurden.

**29**

e) Das Schreiben der Klägerin vom 19.09.2016, Anlage B6, stellt keine Kündigung dar. Dem Beklagten wurden damit lediglich die Konsequenzen des Zahlungsverzuges aufgezeigt.

**30**

f) Die Kündigung des Beklagten vom 02.08.2017 beendete den Vertrag nicht mit sofortiger Wirkung, sondern erst zum 30.11.2019. Das Kündigungsschreiben wurde dem Gericht trotz entsprechendem Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 nicht vorgelegt. Wie ausgeführt bestand kein Kündigungsrecht gem. § 627 BGB, die im Marketingvertrag vom 16.09.2015 zwischen den Parteien festgesetzte Vertragslaufzeit sowie die Kündigungsfrist wurden wirksam vereinbart. Die Voraussetzungen des § 626 Abs. 2 BGB wurden durch den Beklagten, trotz entsprechendem Hinweis in der mündlichen Verhandlung, nicht substantiiert vorgetragen.

**31**

g) Auch eine anderweitige Kündigung des Beklagten ist nicht ersichtlich.

**32**

Die von der Klägerin geschuldeten Leistungen hat diese erbracht. Gegenteiliges wird von Beklagtenseite auch nicht substantiiert vorgetragen. Das Handbuch wurde unstreitig übersandt. Dass die Klägerin für den Beklagten erreichbar war ergibt sich zweifellos aus den Aussagen der Zeugen sowie aus den Telefonnotizen, welche von dem Zeugen - im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2020 zu Protokoll übergeben wurden.

**33**

h) Eine Treuwidrigkeit der Klägerin gem. § 242 BGB liegt nicht vor. Die im Marketingvertrag vom 16.09.2015 zwischen den Parteien getroffenen Regelungen waren wirksam vereinbart. Der Beklagte kannte seine

Rechte und Pflichten. Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche stehen dieser aus dem geschlossenen Vertrag zweifellos zu, so dass sie auch berechtigt ist, diese einzufordern.

#### **34**

2. Die beantragten Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 01.01.2018 waren der Klägerin aus dem Marketingvertrag vom 16.09.2015 i.V.m. §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 2 BGB zu gewähren.

#### **35**

3. Der Klägerin steht die geltend gemachte Auslagenpauschale in Höhe von 40,00 € gem. §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 5 BGB zu.

#### **III.**

#### **36**

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO.

#### **37**

Wird eine Klage nur teilweise zurückgenommen, so gilt § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO mit der Maßgabe, dass die Regelung des § 92 ZPO entsprechend heranzuziehen ist. Danach erfolgt regelmäßig eine Verteilung nach Quoten; unter den Voraussetzungen des § 92 Abs. 2 ZPO kann das Gericht jedoch einer Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen. Von dieser Möglichkeit hat das Gericht hier Gebrauch gemacht. Es ist angemessen, dem Beklagten die gesamten Kosten aufzuerlegen, weil die "Zuvielforderung" der Klägerin - die zurückgenommenen 77,40 EUR - im Vergleich zur begründeten Klagesumme verhältnismäßig geringfügig war und keine besonderen Kosten veranlasst hat (BGH, Beschluss v. 19.10.1995, Az.: III ZR 208/94, beck-online).

#### **IV.**

#### **38**

Das Urteil ist gem. § 709 ZPO vorläufig vollstreckbar.

#### **V.**

#### **39**

Der Streitwert wurde gem. § 63 Abs. 2 GKG i.V.m. §§ 48 Abs. 1 S. 1 GKG, 3 ZPO festgesetzt.

#### **40**

Die teilweise Klagerücknahme hat keinen Einfluss auf den Streitwert. Dem Gerichtskostensystem in der heute geltenden Fassung ist eine Reduzierung des Gebührenstreitwerts im Verlauf des Verfahrens fremd. Eine zeitlich gestaffelte Streitwertfestsetzung hat für die Gerichtsgebühren nicht zu erfolgen, da die Streitwertfestsetzung gem. § 63 Abs. 2 S. 1 GKG lediglich der Bemessung der Gerichtsgebühren dient (OLG München, Beschluss vom 13.12.2016, Az.: 15 U 2407/16, NJW-RR 2017, 700, beck-online).