BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 93/09

Verkündet am:
8. Oktober 2009
Freitag
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 627 Abs. 1, § 628 Abs. 1 Satz 1, 3

a) Zur Anwendbarkeit von § 627 Abs. 1, § 628 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB auf einen Vertrag mit dem Betreiber eines sogenannten Video-Partnerportals.

b) Zur Unzulässigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die in Abweichung von § 628 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB bei Kündigung die vertraglich vereinbarte Vergütung auch unabhängig von der Erbringung der vertragstypischen Hauptleistung als verdient gilt.

BGH, Urteil vom 8. Oktober 2009 - III ZR 93/09 - LG Hamburg
AG Hamburg-St. Georg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 2009 durch den Vizepräsidenten Schlick sowie die Richter Dr. Herrmann, Wöstmann, Hucke und Seiters

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 24. Februar 2009 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszugs zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Der Kläger verlangt von der Beklagten Rückzahlung von 4.750 €.

2 Die Beklagte, die durch Partnerschaftsanzeigen und Zeitungsinserate in der örtlichen Presse wirbt, betreibt in H. unter der Firma ... eine Agentur, die mit Interessenten Videointerviews durchführt und die Videos sodann zeitlich unbegrenzt in ihr sogenanntes Partnerportal einstellt. Mittels des Videos kann sich der Kunde anderen Partnersuchenden vorstellen; durch ein von dritter Seite erstelltes Video kann er nicht in das Portal aufgenommen werden. Gleichzeitig hat er die Möglichkeit, sich die Videos anderer Kunden zwecks Partnersuche anzusehen.

3 Aufgrund einer von der Beklagten geschalteten Anzeige unter der Rubrik "Heiraten und Bekanntschaften" suchte sie der Kläger am 5. Februar 2007 in ihren Geschäftsräumen auf. Dort wurde ihm ein Einführungsfilm zum Thema "Partner finden per Video" gezeigt. Ein Mitarbeiter führte anschließend mit ihm ein Gespräch, in welchem der Kläger nähere Angaben über seine Person machte, um so seine Aussichten, im Partnerportal ausgesucht zu werden, zu erhöhen. Danach wurde ein ca. zehnminütiges Video von ihm aufgenommen und ein Foto gemacht. Der Kläger zahlte für das Foto 10 € und - nach seiner insoweit bestrittenen Behauptung für die Erstellung des Videos - weitere 25 €. Sodann wurde ihm ein von der Beklagten vorformuliertes, mit "Werkvertrag über Videoarbeiten" überschriebenes Schriftstück mit u.a. folgendem Inhalt vorgelegt:

> "Ich habe … … beauftragt, heute ein Videointerview auf DVD von mir zu erstellen. Ich habe ab heute die Möglichkeit, mich anderen Partnersuchenden mit meinem Foto und diesem Videointerview vorzustellen. Ehe- oder Partnervermittlung ist nicht Gegenstand dieses Vertrages.
>
> Ich zahle nur die effektiv in Anspruch genommenen Leistungen. Hierbei steht das für mich gefertigte Videointerview im Mittelpunkt. Die Einstellzeit meines Videointerviews in das Partnerportal von … … ist nicht begrenzt. Die Videointerviews und Foto-Auswahlkarten herzustellen, die Daten zu katalogisieren und die Vorhaltung der Studios an sieben Tagen in der Woche erfordert großen kostenmäßigen Aufwand und auch den persönlichen Einsatz eines jeden Mitarbeiters. Hierdurch erklärt sich die Höhe des Preises für die Videoarbeiten von 4.750 € incl. 19 % MwSt. Weitere Kosten entstehen nicht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Aufteilung des Gesamtpreises:

A) 25 % für das analytische Vorgespräch zur Vorbereitung meines Interviews.
B) 50 % für die Herstellung meines Videointerviews.
C) 25 % für die Filmeingliederung, weil meine Fotokarte und mein Videointerview schon heute von allen Mitgliedern gesehen werden kann. ...

Ich weiß, dass mein Videointerview extra für mich hergestellt wird und dass ein Widerruf bzw. eine Kündigung für diese Vertragsteile nach Leistung durch ... nicht mehr möglich ist (§ 631 BGB ...). ..."

4 Der Kläger unterzeichnete das Schriftstück, ferner eine sogenannte "Filmabnahme Erklärung" sowie auf einem Formular der Beklagten eine "Persönliche Einladung", in der es u.a. heißt:

"Liebe ...
Du gefällst mir vom Video her schon sehr. Ich möchte Dich sehr gerne treffen!
Bitte ruf mich an, Tel. .....
□ Wollen wir zusammen Essen gehen?
x Wollen wir zusammen Kaffee trinken und Spazieren gehen?
□ Wollen wir uns bei ... treffen?
□ Ich bedanke mich für Dein Interesse.
Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Hauses akzeptiere ich."

5 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthalten unter der Überschrift "Der beste Weg in's Glück zu Zweit!" u.a. folgende Bestimmungen:

§ 1 Warum ...?
Wer wenig Zeit oder Gelegenheit hat, hat es schwer, den richtigen Partner zu finden. Erfolggewohnte Menschen entscheiden sich deshalb für den .... Aus einer Vielzahl von Charakteren

können Sie hier Ihren Wunschpartner selbst auswählen. Bevor Sie durch ... jemanden treffen, wissen Sie schon sehr viel über ihn - durch sein Video. So ist es viel leichter, das Eis zu brechen.

§ 2 Wie funktioniert ...?
Ab sofort können Sie Filmprofile von Mitgliedern auswählen und auch ausgewählt werden. Über das Einladungs-System hinterlassen Sie Ihrem Wunsch-Partner eine Nachricht mit Ihrer Telefonnummer. So haben Sie selbst die Kontrolle über Ihre Daten. Deshalb ist ... keine "Partnervermittlung".

§ 4 Die 2-Wochen-Regel
Sie verstehen und akzeptieren, dass das schnelle Kontaktknüpfen von fundamentalem Interesse ist für alle Mitglieder. Auch Sie können ausgewählt werden. Rufen Sie deshalb bitte mindestens alle 2 Wochen Ihr Studio an und fragen Sie, welche neuen Einladungen es für Sie gibt (Studio B. : Mittwochs 15-19 Uhr; Studio H. : Dienstags 15-19 Uhr). So kann ... dank Ihrer Mithilfe die bekannt günstigen Preise bieten. Spätestens alle 4 Wochen sollten Sie in Ihrem Studio die Mitglieder in Augenschein nehmen, von denen Sie zwischenzeitlich ausgewählt wurden. Länger sollten Sie niemanden warten lassen. Sie müssen deshalb, wenn Sie ausgewählt wurden, innerhalb von 30 Tagen mit "Ja" oder "Nein" antworten. Wenn sogar 90 Tage verstrichen sind und Sie haben noch immer nicht geantwortet, kann Ihr Film gesperrt werden.

§ 5 Kostenfreie Serviceleistungen
Kostenfrei ist das Erhalten von Einladungen inklusive Videosichtung. Gerne sind wir Ihnen bei der Wahl eines stilvollen Restaurants für Ihr erstes Treffen behilflich. Jeden Monat gibt es zudem viele Möglichkeiten, Theater und Konzerte gemeinsam mit anderen zu erleben. Informieren Sie sich über die Vorankündigungen am schwarzen Brett - machen Sie mit!

§ 6 Kostenpflichtige Serviceleistungen
Einladungen an Mitglieder auszubringen kostet 25,- pro Einladung inklusive Videosichtung.

§ 9 Kündigungsregelungen
Sie können diesen Vertrag jederzeit kündigen. ...

§ 11 Probleme allgemeiner Art
Unsere netten Berater sind unter der Telefonnummer ... Montags bis Freitags von 11-16 Uhr immer persönlich für Sie da. ... Für uns ist wichtig, dass Sie sich gut betreut fühlen."

6 Mit Anwaltsschreiben vom 27. August 2007 focht der Kläger den Vertrag vom 5. Februar 2007 wegen arglistiger Täuschung an, hilfsweise kündigte er mit sofortiger Wirkung, und verlangte Rückzahlung der geleisteten Vergütung von 4.750 €.

7 Der Klage auf Rückzahlung hat das Amtsgericht - unter Abweisung der weitergehenden Klage - in Höhe von 4.412,50 € nebst Zinsen stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

8 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

9 Die zulässige Revision ist unbegründet.

I.

10 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1, § 628 Abs. 1 Satz 3, § 627 Abs. 1, § 611 BGB zustehe.

11 Der von den Parteien unter dem 5. Februar 2007 geschlossene Vertrag sei nach Dienstvertragsrecht zu behandeln. Zwar schulde die Beklagte auch die Erstellung eines Videos, worin ein werkvertragliches Element liege. Unter Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergebe sich jedoch, dass die dienstvertraglichen Bestandteile überwiegen würden, zumal der eigentliche Schwerpunkt der von den Parteien getroffenen Vereinbarung darin bestehe, dass die Beklagte das Video zeitlich unbegrenzt in ihre Videobibliothek einstelle und damit dem Kunden erst die Möglichkeit, Partner kennen zu lernen, eröffne.

12 Zutreffend habe das Amtsgericht den Dienstvertrag auch als einen höherer Art im Sinne des § 627 Abs. 1 BGB eingestuft. Dass es sich bei der Beklagten um eine GmbH handele, ändere daran nichts. Denn insoweit bestehe eine besondere Vertrauensbeziehung zu dem Mitarbeiter der Beklagten, der das analytische Vorgespräch führe. Dieses erfolge im Hinblick auf das zu erstellende Video, das der Partnersuche diene und insoweit die Privatsphäre des Klägers berühre.

13 Ob die vom Amtsgericht im Rahmen der Bemessung des Rückzahlungsanspruchs nach § 628 Abs. 1 BGB vorgenommene Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) zulässig und inhaltlich richtig sei, bedürfe keiner Entscheidung. Denn es fehle - trotz entsprechender Hinweise - an einem substantiierten Vortrag der

Beklagten zu dem ihren bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung; diesbezüglich trage sie die Darlegungs- und Beweislast. Auf die Untergliederung der Vergütung in prozentuale Anteile gemäß dem Formularvertrag vom 5. Februar 2007 könne sie sich nicht berufen, da diese Klausel gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Die Tatsache, dass das Amtsgericht dennoch einen Teilvergütungsanspruch in Höhe von 337,50 € in Abzug gebracht habe, sei wegen des Verschlechterungsverbotes für das Berufungsgericht bindend.

II.

14 Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

15 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend von der Maßgeblichkeit des Dienstvertragsrechts ausgegangen.

16 a) Zwar liegt ein gemischter Vertrag vor, der auch werkvertragliche Bestandteile enthält. Gemischte Verträge sind jedoch grundsätzlich dem Recht des Vertragstyps zu unterstellen, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Rechtsgeschäftes liegt (vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Oktober 2006 - V ZR 289/05 - NJW 2007, 213, 214, Rn. 7; Senat, BGHZ 180, 144, 150, Rn. 17). Hierbei kommt es für die rechtliche Einordnung nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Benennung, sondern auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages bzw. den tatsächlichen Inhalt der wechselseitigen Rechte und Pflichten an (vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Juni 1987 - IVa ZR 99/86 - NJW 1987, 2808; BGHZ 106, 341, 345). Deshalb sind die von der Beklagten im Formular-

vertrag vom 5. Februar 2007 verwandten und auf das Werkvertragsrecht Bezug nehmenden Formulierungen als solche nicht entscheidend.

17 b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die dienstvertraglichen Elemente überwiegen. Zwar schuldete die Beklagte auch die Erstellung eines Videos und damit ein Werk. Für ihre Kunden ist aber maßgeblich, dass das Video zeitlich unbegrenzt in das Partnerportal eingestellt und ihnen dadurch die Möglichkeit verschafft wird, sich gegenüber den derzeitigen wie auch zukünftigen Mitgliedern zu präsentieren. Darin liegt der eigentliche Sinn der Fertigung des Videos, das für sich genommen für den Vertragspartner keinen eigenständigen Wert hat. Gleichzeitig erwirbt der Kunde mit Vertragsschluss das Recht, das Partnerportal für seine Suche zu nutzen und sich andere Videos anzusehen. Die dauerhafte Bereitstellung und Pflege des Partnerportals ist insoweit eine Leistung mit Dienstvertragscharakter. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur vertragstypischen Einordnung des Rechtsverhältnisses der Parteien herangezogen und darauf verwiesen, dass danach eine andauernde Vertragsbeziehung der Beklagten zum Kunden gewünscht wird. Die Beklagte ist an dem sog. Einladungs-System, durch das sich ihre Kunden erst persönlich kennen lernen können, unmittelbar beteiligt, wie §§ 2, 4 und 6 deutlich machen. Sie verpflichtet sich zu Serviceleistungen, die teils kostenfrei, teils kostenpflichtig sind. Auch der Inhalt von § 5 Abs. 2, § 11 zeigt, dass die Beklagte ihren Kunden bei der Kontaktaufnahme zu potentiellen Partnern Hilfestellung bietet. Sie betreibt damit über ihr Videoportal Partnerschaftsvermittlung bzw. -anbahnung, auch wenn sie dies im vorformulierten Vertragstext ausdrücklich in Abrede nimmt. Für diesen eigentlichen Zweck des Vertrages stellen die Fertigung eines Fotos sowie des Videointerviews nur unselbständige Vorbereitungshandlungen dar, die eine Einstufung des Rechtsverhältnisses als Werkvertrag nicht rechtfertigen. Nach

Sinn und Zweck des Geschäftsmodells der Beklagten und dem Erwartungshorizont ihrer Kunden ist entscheidend, über die zeitlich unbegrenzte Einstellung in das Videoportal und über die Teilnahme an dem von der Beklagten betreuten Einladungssystem einen Partner fürs Leben zu finden. Diesen - für die Einordnung als Dienstvertrag wesentlichen - Zusammenhang kann die Beklagte nicht dadurch entkräften, dass sie ihre Kunden einen separaten "Werkvertrag über Videoarbeiten" unterzeichen lässt und damit versucht, das einheitliche Rechtsverhältnis und in diesem Rahmen ihre nur zusammen ein sinnvolles Ganzes ergebenden Vertragspflichten künstlich in zwei getrennte Teile aufzuspalten, um hierdurch letztlich ihren Kunden den AGB-rechtlichen Schutz ihrer dienstvertraglichen Rechte zu entziehen. Denn für die rechtliche Einordnung bestimmend ist der objektive Gehalt des gesamten jeweiligen Vertragsverhältnisses.

18 2. Vor diesem Hintergrund ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass dem Kläger ein Kündigungsrecht nach § 627 Abs. 1 BGB zustand, nicht zu beanstanden.

19 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 24. Juni 1987 - IVa ZR 99/86 - NJW 1987, 2808; BGHZ 106, 341, 345 ff; Urteil vom 29. Mai 1991 - IV ZR 187/90 - NJW 1991, 2763; Senat, Urteile vom 5. November 1998 - III ZR 226/97 - NJW 1999, 276, 277; 19. Mai 2005 - III ZR 437/04 - NJW 2005, 2543; 2. Juli 2009 - III ZR 303/08 - FamRZ 2009, 1575, 1576 f, Rn. 10,15) unterfallen Verträge, die Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Partnerschaftsvermittlung bzw. -anbahnung zum Gegenstand haben, dem § 627 BGB, wobei ein Ausschluss des Kündigungsrechtes durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unzulässig ist. Die Qualifizierung als Dienste höherer Art, die nur aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden, rechtfertigt sich daraus, dass es in der Natur der

Sache liegt, dass ein Kunde, der um Unterstützung bei der Partnerschaftsvermittlung nachsucht, besonderes Vertrauen zu seinem Auftragsnehmer, auf dessen Seriosität er setzt, haben muss. Es ist notwendig, zumindest aber auch geboten und üblich, dass er seinem Vertragspartner Auskünfte über seine eigene Person und die des gewünschten Partners gibt. Das Vertragsverhältnis berührt insoweit in besonderem Maße die Privat- und Intimsphäre des Kunden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte ihr Geschäft als GmbH und damit als juristische Person betreibt. Dies ändert angesichts des Charakters des Rechtsgeschäfts nichts an der Anwendbarkeit des § 627 BGB (siehe auch BGH, aaO).

20 3. Aufgrund der Kündigung des Klägers steht der Beklagten nach § 628 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB nur ein ihren bisherigen Leistungen entsprechender Vergütungsanteil zu, d.h. sie kann das vom Kläger gezahlte Geld nur behalten, soweit sie es sich bereits verdient hat. Die gesetzliche Regelung läuft dabei im allgemeinen auf eine pro rata temporis-Berechnung hinaus, wobei allerdings speziell zur Erfüllung des konkreten Vertrags bis zum Vertragsende bereits erbrachte besondere Aufwendungen, die nicht mehr rückgängig zu machen und auch nicht für andere Verträge verwendbar sind, ungekürzt in Rechnung gestellt werden können (BGH, Urteil vom 29. Mai 1991, aaO, S. 2764; Senat, Urteil vom 5. November 1998, aaO).

21 a) Hierbei kann sich die Beklagte nicht auf die im Formularvertrag enthaltene Aufteilung berufen, wonach ihr 4.750 € - 1.187,50 € für das Vorgespräch, 2.375 € für die Erstellung des Videos, 1.187,50 € für die Filmeingliederung - bereits aufgrund der am 5. Februar 2007 erbrachten Leistungen zustehen. Diese Bestimmung ist unwirksam.

22 aa) Zwar findet eine Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, §§ 308, 309 BGB nur insoweit statt, als eine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung getroffen wird (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Der Inhaltskontrolle entzogen sind hingegen Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz oder andere Rechtsvorschriften unterliegen, sondern von den Vertragspartnern festgelegt werden müssen. Damit scheiden als Prüfungsgegenstand unter anderem Abreden aus, die Art und Umfang der vertraglichen Leistungspflichten unmittelbar regeln. Dies ist die Konsequenz aus dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dieser umfasst das Recht der Parteien, den Preis für eine Ware oder Dienstleistung frei bestimmen zu können. Preisvereinbarungen für Hauptleistungen stellen deshalb im nicht preisregulierten Markt weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar und unterliegen deshalb grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle (BGHZ 141, 380, 382 f; 143, 128, 138 f; Senat, Urteile vom 18. April 2002 - III ZR 199/01 - NJW 2002, 2386; vom 24. Mai 2007 - III ZR 467/04 - NJW 2007, 3344, 3345, Rn. 10; alle Entscheidungen noch zu § 8 AGBG ergangen; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 BGB, Rn. 6, 14, 18 ff).

23 bb) Um eine solche Preisvereinbarung handelt es sich hier aber nicht. Die Beklagte hat mit der streitgegenständlichen Klausel nicht den Preis für die von ihr geschuldete Leistung festgelegt, sondern den unzulässigen (§ 306a BGB) Versuch unternommen, das ihren Kunden gesetzlich zustehende jederzeitige Kündigungsrecht (§ 627 BGB) sowie das Recht, nach Kündigung eine noch nicht verdiente, aber im Voraus bereits erbrachte Vergütung zurückzufordern, zu entwerten. Nach § 628 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB soll der Dienstverpflichtete für seine Tätigkeit vor der Kündigung nur einen Teilbetrag der Gesamtvergü-

tung erhalten, errechnet aus dem Verhältnis der für die Dauer des Dienstverhältnisses insgesamt zu erbringenden und der bereits erbrachten Leistungen. Dem widerspricht die Regelung im Formularvertrag in fundamentaler Weise, insoweit als die - abgesehen von dem Zusatzbetrag von 25 € für das Ausbringen einer Einladung - gesamte vom Kunden zu zahlende Vergütung bereits am Tag des Vertragsschlusses als von der Beklagten verdient gelten soll. Damit wird, obwohl wie ausgeführt die zeitlich unbegrenzte und von der Beklagten betreute Teilnahme am Partnervermittlungs-System die für den Kunden entscheidende Leistung ausmacht, dieser Teil völlig ausgeblendet und stattdessen die Vergütung an die Erstellung des Videos geknüpft, das für sich genommen für den Kunden keinen eigenständigen Wert hat und dessen Fertigung insoweit nur eine Vorbereitungshandlung darstellt für die eigentliche, diesem Vertrag insgesamt das Gepräge gebende Hauptleistung, nämlich die Vermittlung von Partnerschaften. Insoweit steht der Begriff der (Haupt-)Leistung auch nicht zur Disposition des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Senat, Urteil vom 18. April 2002, aaO) und scheidet demnach eine letztlich willkürliche Gewichtung von Leistungsbestandteilen aus. AGB-Klauseln, die in diesem Sinn den Rückerstattungsanspruch des Kündigenden unangemessen kürzen oder einschränken, sind nach § 308 Nr. 7a BGB unwirksam. Sie führen darüber hinaus unter dem Aspekt des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu einer unzulässigen Einschränkung des Rechts auf außerordentliche Kündigung nach § 627 BGB (Senat, Urteil vom 5. November 1998, aaO; siehe auch BGH, Urteil vom 29. Mai 1991, aaO; beide Entscheidungen noch zu § 10 Nr. 7a bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ergangen; Senat, Urteil vom 19. Mai 2005, aaO, S. 2544).

24 cc) Insoweit unterscheidet sich der streitgegenständliche Sachverhalt auch grundlegend von demjenigen, über den der Senat in seinem von der Beklagtenvertreterin in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Urteil vom 2. Juli 2009 (III ZR 303/08 - FamRZ 2009, 1575) entschieden hat. Zum einen handelte es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen, weil die dort im Streit befindliche "Preisklausel" individuell ausgehandelt worden war. Durch Individualvereinbarung kann aber in gewissen Grenzen eine von der gesetzlichen Regelung der §§ 627, 628 BGB abweichende Bestimmung getroffen werden (vgl. zu § 627 BGB: Senat, Urteil vom 19. Mai 2005 - III ZR 437/04 - NJW 2005, 2543; zu § 628 BGB: Senat, Urteil vom 16. Oktober 1986 - III ZR 67/85 - NJW 1987, 315, 316; BGH, Urteil vom 27. Februar 1978 - AnwSt (R) 9/77 - NJW 1978, 2304, m.w.N.). Zum anderen war dort - anders als hier - die vertragstypische Hauptleistung (Erbringung von 5 Partnerschaftsvorschlägen, für die die Parteien jeweils 1.000 € vereinbart hatten) erbracht worden und hatte sich der Vermittler lediglich verpflichtet, bei Bedarf kostenlos weitere Vorschläge zu liefern.

25 b) Da mithin davon auszugehen ist, dass die vom Kläger gezahlte Vergütung von 4.750 € von der Beklagten nicht bereits am Tag des Vertragsschlusses verdient wurde, sondern auch eine Vorauszahlung für deren weitere Leistungen darstellt, hätte die Beklagte im Einzelnen dazu vortragen müssen, welcher Wert ihrer bis zur Kündigung erbrachten Tätigkeit im Verhältnis zu der von ihr geschuldeten Gesamtleistung zukommt. Denn als Dienstverpflichtete und Bereicherungsschuldnerin muss sie behaupten und beweisen, zu welchem Teilbetrag die Vorauszahlung ihr für die bisherigen Dienstleistungen zusteht (BGH, Urteil vom 29. Mai 1991, aaO). Dass dies nicht in ausreichender Form

erfolgt ist, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt; hierzu verhält sich die Revisionsbegründung im Übrigen nicht.

Schlick Herrmann Wöstmann

Hucke Seiters

Vorinstanzen:
AG Hamburg-St. Georg, Entscheidung vom 23.05.2008 - 911 C 572/07 -
LG Hamburg, Entscheidung vom 24.02.2009 - 309 S 82/08 -