

Grundkurshausarbeit zur Partnervermittlung: „Wo die Liebe hinbellt!“*

PD Dr. Thomas Pierson, Frankfurt am Main,
Verwaltungsrichterin Janna Samira Stein-Cadenbach, Bayreuth**

Der Fall ist inspiriert durch zwei neuere BGH-Entscheidungen zum Widerruf von Partnervermittlungsverträgen und zur analogen Anwendung des § 656 BGB auf Online-Partnervermittlungen.¹ Gerade für Anfänger herausfordernd mag der Umgang mit dieser Norm sein, der nach dem Aussterben des klassischen Heiratsvermittlers nur durch die Rechtsprechung ein Anwendungsbereich verschafft wird, obwohl die Regelung faktisch obsolet ist, ihre Verfassungsmäßigkeit seit langem bezweifelt wird und der ihr zugrundeliegende historische gesellschaftspolitische Normzweck kaum noch nachvollziehbar ist.² Die inhaltliche Schwierigkeit besteht darin, die von den Entscheidungen abweichende Fallkonstellation richtig zu erfassen und die juristischen Wertungen auf diese zu übertragen. Methodisch waren neben der Analogieprüfung viele Sachverhaltsinformationen zu verwerten und auf begrenztem Platz ein eher komplexes und technisches Prüfungsprogramm in einem sinnvollen Aufbau abzuarbeiten.

Sachverhalt

Valentine (V) begibt sich aus Liebeskummer für einige Monate in die Welt des Onlinedatings – vergeblich. Bei einem Besuch von Shakespeares „Verlorene Liebesmüh“ gelangt V zu der Erkenntnis, professioneller Hilfe einer seriösen Partnervermittlung aus der realen Welt zu bedürfen. Nach einigen Recherchen stößt V auf den gewerblichen Partnervermittler Reginald Herzsprung (H), der in Werbebroschüren damit wirbt, selbst die tragisch liebenden TokTik-Stars Abaelardus und Heloise miteinander verkuppelt zu haben. In mehreren schlaflosen Nächten steigert sich V in die Überzeugung hinein, dass bei einem so kompetenten und erfolgreichen Vermittler wie H ein Erfolg geradezu ein Selbstläufer sei und vereinbart mit ihm einen Besuch bei V, um den Beratungsbedarf zu ermitteln.

Im Beratungsgespräch am 11.10.2022 befragt H V zu finanziellen Verhältnissen, generellem Lebensstil und beruflichem Werdegang sowie bisherigen Partnersuchbemühungen. Weil V noch jung ist und nach Einschätzung des H keine erkennbaren Hindernisse dafür bestehen, dass V einen Herzensmenschen finden kann, rät er von der Buchung eines kosten- und zeitintensiven persönlichen „Eins-zu-Eins-Beratungspakets“ ab. Stattdessen empfiehlt er V seine von ihm und seinen Programmierern entwickelte Software, und erläutert V deren Bedienung und Funktionen, mit denen nach Eingabe durch Partnersuchende selbst ein automatisierter Partnerwuschabgleich vorgenommen wird. Der

* Der hier gekürzte Sachverhalt wurde im GK ZR I an der LMU München als Ferienhausarbeit ausgegeben.

** Der Autor Dr. Pierson ist Privatdozent an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main und am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte (Prof. Dr. Thorsten Keiser), Gießen tätig. Die Autorin Stein-Cadenbach ist Verwaltungsrichterin in Bayreuth.

¹ BGH NJW 2021, 2885; BGH NJW-RR 2021, 1141.

² Ähnlich Meyer, ZfPW 2019, 488; umfassend dazu und Verfassungswidrigkeit annehmend Haberl, Rechtliche Aspekte des Online-Datings, Insbesondere der Vergütungsanspruch der Partnerschaftsvermittler im Internet, 2018, S. 156–185; einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 f. AEUV prüfend Peters, Die Partnerschaftsvermittlung im deutschen und schweizerischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Online-Partnervermittlung: ein perspektivischer Vergleich mit Handlungsoptionen für das deutsche Privatrecht, 2019, S. 76–81.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

dafür programmierte Algorithmus sei zuverlässiger als jeder menschliche Profilabgleich. Vor allem würde dies vermeiden, dass er oder seine Mitarbeiter jemals Einblick in die konkret formulierten Partnerwünsche erhielten. So sei jede Möglichkeit des „Waschens schmutziger Wäsche“ mit intimen Details, sexuellen Vorlieben etc. ausgeschlossen. Da er dies der Mehrzahl seiner potentiellen Kunden empfehle, habe er nicht nach konkreten Partnerwunschkategorien gefragt. V ist von dem Vorgehen überzeugt und unterschreibt, im Glauben, so die große Liebe zu finden, das übliche Vertragsformular für das „Digital-Spezial-Paket“ des H, in dem es unter anderem heißt:

III. Leistungen des Partnervermittlers

1. Umfangreiche Beratung im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit Hintergrundcheck des Auftraggebers; Erläuterung des Partnersuchalgorithmus und Einweisung in die Eingabemaske der Vermittlungssoftware. Anfertigung eines Personalbogens und eines Partnerwunschbogens durch den Auftraggeber (vorbereitende Leistung). Eine Kenntnisnahme des Partnervermittlers von den persönlichen Angaben im Partnerwunschbogen im Zusammenhang mit der Identität des Auftraggebers ist ausgeschlossen.

2. Die eingegebenen Daten werden von dem Softwarealgorithmus des Partnervermittlers automatisiert bewertet und mit dem Kundenbestand abgeglichen, um eine möglichst weitgehende Übereinstimmung der Partnerwünsche zu gewährleisten (vorbereitende Leistung).

3. Auf der Grundlage dieses Abgleichs werden spätestens innerhalb von 3 Wochen nach Vertragsabschluss 120 Partnervorschläge (Partnerdepot) automatisiert zusammengestellt (Hauptleistung, auf die 80% des Honorars entfallen). Während der Vertragslaufzeit erhält der Auftraggeber Zugriff auf ein persönliches Benutzerkonto, in das unmittelbar nach Erstellung des Depots und in jedem weiteren vollen Kalendermonat am Monatsersten jeweils zehn Partnervorschläge eingestellt werden, die für den gesamten verbleibenden Vertragszeitraum einsehbar bleiben; das Depot wird während dieses Zeitraums fortlaufend automatisch aktualisiert; der Partnervermittler stellt eine Service-Hotline bereit, über die der Auftraggeber täglich von 8–22 Uhr technische Unterstützung erhalten kann (20% des Honorars).

IV. Das Benutzerkonto wird nach Eingang des vereinbarten Honorars oder Teilhonorars freigeschaltet.

V. Die Vertragslaufzeit beträgt zwölf Monate. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen.

Für das „Digital-Spezial-Paket“ verlangt H 3.900 €. Sie einigen sich auf V's Wunsch darauf, dass von dem Gesamthonorar 900 € sofort und der Rest in vierteljährlichen Raten von 750 € jeweils nach Ablauf des Vertragsquartals zu erbringen sind. Zudem unterzeichnet V eine gesonderte Erklärung, in der es heißt:

„Ich wünsche, dass H mit der Leistungserbringung aus dem Partnervermittlungsvertrag sofort beginnt. Mir ist bewusst, dass ich mein Widerrufsrecht verliere, wenn der Vertrag seitens des Partnervermittlers vollständig erfüllt ist.“

Zusätzlich füllt V einen „Auskunftsbogen zum Hintergrundcheck“ aus, der die aktuelle Einkommenssituation, beruflichen Werdegang und allgemeinen Lebensstil abfragt, außerdem weitere Formulare, die H erlauben, Auskünfte über das Vorliegen von Schulden und Vorstrafen etc. einzuholen. Durch das persönliche Gespräch und den Hintergrundcheck versucht H sicherzustellen, dass seine Kundschaft nur auf ernsthafte Interessenten stößt und vor Heiratsschwindlern und Stalkern geschützt ist.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Danach wird V von H mit fiktiven Beispielen ausführlich erläutert, wie realistisch und passend formulierte Vorstellungen zu bilden und einzugeben sind. Anschließend füllt V allein die Eingabemaske am mitgebrachten Laptop des H aus. Mit dem Speichern der Eingaben werden die Daten automatisch verschlüsselt und eine voll anonymisierte Kopie des Partnerwunschbogens erstellt.

In freudiger Erwartung bevorstehender Liebeshändel begleitet V den H zur U-Bahn. Auf dem Rückweg begegnet V der jungen Rottweilerhündin Rosi (R) mit ihrer Begleitperson Jona (J) beim Gassigehen. R hat den Rückruf noch nicht gelernt und springt schwanzwedelnd an V hoch. V wollte schon immer einen eigenen Hund haben und ist von den Zuneigungsbekundungen begeistert. V und J kommen ins Gespräch und vereinbaren, dass V hin und wieder auf R aufpassen wird, damit sich J in Ruhe auf das Referendarexamen vorbereiten kann. Zwei Tage später überweist V 900 € an H, woraufhin noch am selben Tag das Benutzerkonto freigeschaltet wird. Die ersten Partnervorschläge überzeugen V nicht besonders. Enttäuscht widmet V sich lieber den kurzweiligen Hundesitter-Stunden. Dabei kommen sich V und J allmählich näher und verlieben sich. Die traute Zwei- bzw. Dreisamkeit wird jedoch empfindlich gestört, als Anfang Februar 2023 ein Schreiben des H eintrifft. Mit Verwunderung habe er feststellen müssen, dass V die „längst fällige“ Rate nicht gezahlt habe und übersende daher beiliegende Rechnung mit der Bitte um umgehende Zahlung. J ist verletzt, während V ob der unerwartet mit J verlebten Glücksmomente die Partnervermittlung völlig vergessen hatte.

J ist der Auffassung, der Vertrag müsse „null und nichtig“ sein und V solle das gezahlte Geld zurückverlangen. Schließlich sei V von H ausgenutzt worden: Zutreffend führt J aus, dass die durchschnittliche Vergütung eines Partnervermittlers nur 2.000 € betrage. V ist schlicht enttäuscht. Nachdem H so überzeugend seine Methode angepriesen hatte, hatte sich V bei Vertragsschluss vorgestellt, mithilfe der Partnervorschläge auf jeden Fall die Liebe des Lebens finden zu können. Nach der Einsicht der ersten Partnervorschläge hat V aber erkannt, dass dazu mehr gehört, als die Buchung eines „Digital-Spezial-Pakets“. Zudem hatte V gedacht, ohne professionelle Unterstützung ohnehin keine Chance auf ein baldiges Liebesglück zu haben. V und J formulieren einen Brief, in dem sie schreiben, dass V sich nicht an die Vereinbarung gebunden fühle, weil V von falschen Voraussetzungen ausgegangen sei. Außerdem widerrufe V das Vertragsverhältnis. Nur „höchst hilfsweise“ – eine Formulierung, die J im Anwaltspraktikum aufgeschnappt hat – erkläre V außerdem die Kündigung. Die gezahlten 900 € verlange V zurück. Anschließend schickt V den Brief an H, der diesem am 8.2.2023 zugeht.

H hält sein Honorar für angemessen. Es könne nicht einfach ein Durchschnittssatz herangezogen werden, da sich der Leistungsumfang der Partnervermittlungen stark unterscheide. Er führt zutreffend aus, dass je nach Einzelfall Honorare zwischen 250 und 10.000 € vereinbart werden. Einen Erfolg habe er niemals versprochen, das sei in Herzensangelegenheiten ja gar nicht denkbar. Ein Widerruf komme schon nicht in Betracht, weil er seine Leistung schon erbracht habe. Er sei weiterhin bereit, das Vertragsverhältnis fortzuführen, schließlich wisse man nie, wie lange so ein junges Glück anhalte.

Fallfrage

Wie ist die Rechtslage?

Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass alle gesetzlichen Vorschriften zur Belehrung und Information von Verbrauchern bei Vertragsschluss erfüllt wurden. §§ 327–327s BGB sowie sonstige Normen, soweit sie sich speziell auf digitale Inhalte oder digitale Produkte beziehen, sind nicht anzuwenden.

Lösungsvorschlag

Teil 1: Anspruch V gegen H auf Zahlung von 900 €	1268
A. Anspruch aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB	1268
I. Anspruch entstanden	1269
1. Vertrag zwischen V und H	1269
a) Einigung	1269
b) Inhalt der Einigung	1269
2. Wirksamer Widerruf	1269
a) Widerrufsrecht gem. § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB	1269
b) Anwendbarkeit des § 312g BGB	1270
aa) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag, § 312g Abs. 1 BGB	1270
bb) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, 3 BGB	1270
c) Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 2, 3 BGB	1270
d) Kein vorzeitiges Erlöschen gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB	1270
aa) Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises durch den Verbraucher, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB	1270
bb) Vorliegen der außerhalb der Vertragsdurchführung liegenden Voraussetzungen	1270
cc) Vollständiges Erbringen der Dienstleistung, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB	1271
(1) Maß der Leistungserbringung nach allgemeinen Grundsätzen	1271
(2) Maß der Leistungserbringung nach Ziff. III des Vertrages	1272
(3) Einbeziehung der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3	1272
(a) Positive Einbeziehungsvoraussetzungen	1272
(b) Kein Einbeziehungshindernis nach § 305c Abs. 1 BGB	1272
(4) Unwirksamkeit der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3 des Vertrages nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1	1273
(a) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	1273
(b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	1273
(5) Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 361 Abs. 2 S. 1 BGB	1274
dd) Zwischenergebnis	1274
e) Widerrufserklärung innerhalb der Widerrufsfrist	1274
II. Ergebnis	1275
B. Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB	1275
I. Anspruch entstanden	1275

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

1. Wirksamer Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB.....	1275
a) Keine Nichtigkeit wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB.....	1275
b) Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB	1275
c) Keine Nichtigkeit des Vertrages ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge Anfechtung der Willenserklärung von V.....	1275
2. Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB.....	1276
a) Dienstvertrag, der kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist.....	1276
b) Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen	1276
c) Verpflichtung zur Leistung von Diensten höherer Art	1277
d) Übertragung auf Grund besonderen Vertrauens.....	1277
e) Kein Ausschluss des Kündigungsrechts.....	1278
3. Wirksame Kündigungserklärung.....	1278
4. Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet	1279
II. Zwischen- und Gesamtergebnis für Teil 1	1280
Teil 2: Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 €	1280
A. Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 € aus Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB	1280
I. Anspruch entstanden	1280
II. Anspruch erloschen.....	1281
III. Anspruch durchsetzbar	1281
1. Fälligkeit	1281
2. Kein Durchsetzungshindernis aus § 656 Abs. 1 S. 1 BGB	1281
a) Planwidrige Regelungslücke	1281
b) Vergleichbare Interessenlage.....	1282
aa) Ermittlung der für § 656 Abs. 1 BGB maßgeblichen Interessenlage.....	1282
bb) Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Vertragstyp.....	1282
c) Zwischenergebnis.....	1283
B. Ergebnis zu Teil 2	1284

Teil 1: Anspruch V gegen H auf Zahlung von 900 €

A. Anspruch aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB

V könnte gegen H ein Anspruch auf (Rück-)Zahlung von 900 € aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB zustehen.

I. Anspruch entstanden

Dies setzt voraus, dass V und H einen Vertrag geschlossen haben, dieser wirksam widerrufen wurde und H für die Abwicklung des Vertrages bereits Leistungen empfangen hat.

1. Vertrag zwischen V und H

a) Einigung

V unterschreibt das von H mitgebrachte Vertragsformular. Diese Handlung erfüllt den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung (Erklärungshandlung, Rechtsbindungswille, Rechtsfolgenbezeichnung) und V hatte auch Handlungswillen und Erklärungsbewusstsein (str., ob erforderlich), so dass der subjektive Tatbestand ebenfalls erfüllt ist. Ob V bei Abgabe der Erklärung einem Willensmangel unterlag, ist ausweislich der Anfechtungsmöglichkeiten (§§ 119 ff. BGB) irrelevant.

Auch H müsste eine inhaltlich übereinstimmende Willenserklärung abgegeben haben. Diese könnte bereits konkludent (§§ 133, 157 BGB) in der Überreichung des Vertragsformulars an V zur Unterschrift vorliegen. Dann hätte H einen Antrag i.S.d. § 145 BGB und V mit der Unterschrift eine Annahmeerklärung (vgl. § 149 BGB) abgegeben. Spätestens darin, dass V und H sich anschließend über die Zahlungsmodalitäten einigen und H mit der Leistungserbringung beginnt (Vorbereitung des Hintergrundchecks, Einführung und Beratung), liegt eine konkludente Willenserklärung des H (dann Antrag durch V). Beide Willenserklärungen sind unter Anwesenden analog § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen.

b) Inhalt der Einigung

Fraglich ist, auf welchen Vertragsinhalt und damit auch, welchen Vertragstyp V und H sich geeinigt haben. Dies ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Bei dem Vertrag könnte es sich um einen Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB handeln. Hierfür müsste H verpflichtet sein, durch Arbeit oder Dienstleistung einen Erfolg herbeizuführen (vgl. § 631 Abs. 2 BGB). H schuldet nach der Vertragserklärung jedoch nur Dienstleistungen wie Beratung, Erstellung des Partnerdepots und Einstellung von Partnervorschlägen in das Benutzerkonto usw. Auch im vorvertraglichen Bereich sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass H gegenüber V einen Vermittlungserfolg konkret in Aussicht gestellt hat, so dass dies auch nicht konkludent in die Willenserklärungen von H und V mit einbezogen wurde. Da H aus dem Vertrag nur seine Tätigkeit inklusive Bereithaltung von Benutzerkonto und Service-Hotline schuldet, während V zur Zahlung eines Honorars verpflichtet ist, handelt es sich um einen Dienstvertrag nach § 611 Abs. 1 BGB.³

2. Wirksamer Widerruf

V könnte den Vertrag widerrufen haben. Voraussetzung hierfür ist, dass V ein Widerrufsrecht zustand, das wirksam ausgeübt wurde.

a) Widerrufsrecht gem. § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB

V könnte ein Widerrufsrecht aus § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB zustehen.

³ Zur älteren Diskussion der vertragstypologischen Einordnung der Partnerschaftsvermittlung und dem Verhältnis zu § 656 BGB vertiefend Peters, Der Partnerschaftsvermittlungsvertrag, 1986, S. 85–125.

b) Anwendbarkeit des § 312g BGB

Die Anwendbarkeit des § 312g BGB ist in § 312 Abs. 1 BGB geregelt, die dort genannten Voraussetzungen liegen vor: Der Vertrag zwischen V und H entspricht der Legaldefinition des § 310 Abs. 2 BGB für den Verbrauchervertrag. V ist eine natürliche Person, die den Vertrag nicht zum Zweck einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abschließt, und damit nach § 13 BGB Verbraucher, H handelt hingegen in Ausübung einer solchen Tätigkeit und ist damit Unternehmer nach § 14 Abs. 1 BGB. V hat sich im Vertrag zur Zahlung eines Preises verpflichtet, nämlich zur Zahlung einer Vergütung i.H.v. 3.900 €. Eine der Ausnahmen oder Einschränkungen nach § 312 Abs. 2–8 BGB liegt nicht vor.

aa) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag, § 312b Abs. 1 BGB

Es handelt sich auch um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 e contrario, da der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit beider in der Wohnung von V geschlossen wurde, die kein Geschäftsraum des H (vgl. § 312b Abs. 2 BGB) ist.

bb) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, 3 BGB

Eine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, 3 BGB ist nicht ersichtlich.

c) Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 2, 3 BGB

V müsste eine Erklärung abgegeben haben, aus welcher der Entschluss, den Vertrag zu widerrufen, eindeutig hervorgeht. Die Erklärung ist eindeutig, da sie sogar – obwohl nicht erforderlich – das Wort „widerrufe“ enthält. Sie ist entsprechend § 355 Abs. 1 S. 2 BGB auch gegenüber dem Unternehmer H erfolgt: V hat die Erklärung mit dem Losschicken des Briefes abgegeben, diese ist dem H am 8.2.2023 zugegangen. Eine bestimmte Form ist für den Widerruf nicht vorgesehen, obwohl § 355 Abs. 1 S. 5 BGB für die Fristwahrung die rechtzeitige Absendung genügen lässt. Die jedenfalls vorliegende Textform nach § 126b BGB ist ausreichend.

d) Kein vorzeitiges Erlöschen gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB

Das Widerrufsrecht dürfte nicht durch vollständige Erbringung der Dienstleistung gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB erloschen sein.

aa) Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises durch den Verbraucher, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB

Ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen liegt vor und V als Verbraucher wurde zur Zahlung eines Preises von 3.900 € verpflichtet.

bb) Vorliegen der außerhalb der Vertragsdurchführung liegenden Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der § 356 Abs. 4 Nr. 2 lit. a–c BGB liegen vor: In der Unterzeichnung der dem Vertragsschluss nachfolgenden Erklärung liegt vor Beginn der Vertragsdurchführung eine ausdrückliche Zustimmung, dass H mit der Erbringung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt (lit. a), hat V die Zustimmung auf dem dauerhaften Datenträger Papier übermittelt (lit. b) und die Kenntnis der Rechtsfolgen bezüglich des Widerrufsrechts bestätigt (lit. c).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Die Zustimmung könnte jedoch unwirksam sein, wenn und weil sie von H, ohne den Inhalt ernsthaft zur Disposition zu stellen, vorformuliert wurde.⁴ Für die geschäftsähnliche Handlung der Zustimmung nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB⁵ gelten die §§ 305 ff. BGB analog⁶, eine Bereichsausnahme analog § 310 Abs. 4 S. 1 BGB liegt nicht vor.

Zwar ist davon auszugehen, dass eine Zustimmung, die in den AGB des Verwenders vorformuliert ist und bei Vertragsschluss automatisch mitunterschieden wird, unwirksam ist.⁷ Die Regelung bezweckt offensichtlich, dass der Verbraucher der Leistungserbringung bewusst und in Kenntnis seiner Rechte zustimmt. Die Zustimmung darf vom Unternehmer gleichwohl vorbereitet werden, dem Verbraucher muss jedoch eine freie Wahl bleiben, ob der Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist mit der Leistungserbringung beginnt.⁸ Vorliegend handelt es sich zwar um eine vorformulierte, jedoch nicht in den AGB des Formularvertrages enthaltene, sondern gesonderte Erklärung, die V erst nach Vertragsschluss unterschrieb. Anhaltspunkte dafür, dass V diesbezüglich nicht die freie Wahl gelassen wurde, bestehen nicht.

cc) Vollständiges Erbringen der Dienstleistung, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB

Fraglich ist jedoch, ob H seine Dienstleistung bereits i.S.d. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB vollständig erbracht hat. Hierfür müssen mindestens alle Pflichten des Unternehmers erfüllt sein, die für die Erbringung der Hauptleistung erforderlich sind.⁹

(1) Maß der Leistungserbringung nach allgemeinen Grundsätzen

Hauptleistungspflichten sind die Pflichten, auf die es nach dem Willen der Vertragspartner in so hohem Grad ankommt, dass diese unter allen Umständen erbracht werden müssen, um den Vertrag ordnungsgemäß abzuwickeln, weil diese Leistungspflichten den grundlegenden Charakter des Vertrages ausmachen.¹⁰ Für die Frage, welche Leistungen Hauptleistungen sein sollen, ist der Wille der Parteien maßgeblich. Da der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB eröffnet ist und H den Vertrag vorformuliert mitgebracht und nicht im Einzelfall ausgehandelt (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) hat, liegen AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Daher ist bei der Ermittlung des Vertragsinhalts der Auslegungsmaßstab der §§ 133, 157 BGB auf den objektiv-typischen Verständnishorizont eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden zu modifizieren.¹¹

Den vorliegenden Vertrag macht aus, dass der Kunde vom Partnervermittler Partneranschläge erhält, die ihm die Kontaktaufnahme zu potentiellen Partnern ermöglichen. Danach handelte es sich jedenfalls bei der Erstellung des Partnerdepots und der Bereitstellung von insgesamt 120 Partneranschlägen um Hauptleistungspflichten. Diese Leistungspflichten aus Ziff. III Nr. 3. des Vertrages stehen nicht nur im Synallagma mit der Gegenleistungspflicht des Kunden, sie sind der eigentliche Grund für den Vertragsabschluss des Kunden und machen den wesentlichen Vertragscharakter aus.

⁴ Das legt der Sachverhalt nahe, da V die Erklärung nur „unterzeichnet“.

⁵ Müller-Christmann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 356 Rn. 28.

⁶ Mäsch, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 305 Rn. 13 f.

⁷ Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 356 Rn. 9; zustimmend Fritsche, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 356 Rn. 43; Müller-Christmann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 356 Rn. 27.

⁸ Daher eine Zustimmung bei Ankreuzmöglichkeit in den AGB möglich haltend bei freier Wahl des Verbrauchers LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2015, 18414, Ziff. II lit. b.

⁹ BGH NJW 2021, 2885 (2885 Rn. 21); vgl. zum unionsrechtlichen Hintergrund EuGH NJW 2020, 3771 = LMK 2021, 437057 m. Anm. Ring.

¹⁰ Sinngemäß BGH NJW 2021, 2285 (2286 Rn. 22).

¹¹ Bonin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 305c Rn. 88.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Folglich wären die Hauptleistungspflichten nur teilweise erbracht, da H bis Februar 2023 zwar das ursprüngliche Partnerdepot voll erstellt, von den geschuldeten 120 Partnervorschlägen jedoch erst 50 in das Benutzerkonto eingestellt hat.

(2) Maß der Leistungserbringung nach Ziff. III des Vertrages

Fraglich ist jedoch, ob sich aus den in Klammern stehenden Angaben, die die Gewichtung und Einordnung der Leistungspflichten festlegen, etwas anderes ergibt. Nach Ziff. III Nr. 3. soll es sich bei der Erstellung des Partnerdepots zu Beginn der Vertragslaufzeit um die Hauptleistungspflicht aus dem Vertrag handeln, auf die 80% des Honorars entfallen, während die übrigen 20 % die Aktualisierung des Partnerdepots, die Einstellung der Partnervorschläge in das Benutzerkonto und die Bereitstellung einer Service-Hotline vergüten sollen. Danach hätte H die Hauptleistung bereits vollständig erbracht, da das Partnerdepot bereits im Oktober 2022 erstellt wurde. Jedoch müssten diese Bestimmungen wirksam vereinbart sein.

(3) Einbeziehung der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3

(a) Positive Einbeziehungsvoraussetzungen

Besondere Einbeziehungsvoraussetzungen bestehen nicht. Wenn es sich um AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, ist zu berücksichtigen, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB auf Formularverträge nicht anwendbar sind, weil bei ihnen die AGB unmittelbarer Bestandteil der Willenserklärung des Vertragspartners sind,¹² sondern die allgemeinen Einigungsvoraussetzungen gelten, welche hier vorliegen.

(b) Kein Einbeziehungshindernis nach § 305c Abs. 1 BGB

Möglicherweise sind die Klammerzusätze überraschend und schon deshalb gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden. Zunächst müssten die Klammerzusätze objektiv ungewöhnlich sein, was mangels besonderer Einzelfallumstände anhand des Erwartungshorizonts eines typischen Durchschnittskunden zu ermitteln ist.¹³ Vorliegend werden durch die Klammerzusätze die Begriffe von Haupt- und Nebenleistung definiert. Bei der Erstellung des Partnerdepots handelt es sich um eine rein interne Datenverarbeitung im Betrieb des H, während der Kunde erst von der Mitteilung ihrer Ergebnisse profitiert. Ihm kommt es nur darauf an, dass er die nach einem tauglichen Verfahren erstellten Vorschläge erhält und dadurch zu potentiellen Partnern Kontakt aufnehmen kann. Aus Sicht des Durchschnittskunden ist es daher ungewöhnlich, dass ein für ihn unsichtbares, „vorbereitendes Leistungsinternum“ die Hauptleistung sein soll.

Der Vertragspartner des Verwenders durfte darüber hinaus nicht mit den Klammerzusätzen rechnen brauchen. Der Klausel muss also ein gewisser Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnen.¹⁴ Durch die Verschiebung der Gewichtung der einzelnen Leistungsbestandteile wird in das synallagmatische Verhältnis der Leistungen zueinander eingegriffen. Zwar wird die Gesamtheit der gegenseitigen Leistungspflichten nicht verändert, wohl aber das Verhältnis der Leistungsbestandteile zueinander. Durch eine wesentliche Höherbewertung eines Leistungsanteils verschiebt sich das Preisgefüge. Schon dies dürfte für den Durchschnittskunden überraschend sein.

¹² Nach a.A. ist § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht anwendbar und Nr. 2 sowie das Einverständnis nach Abs. 2 a.E. stets erfüllt, so dass sie auch nicht im Einzelfall geprüft werden müssen.

¹³ Vgl. H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 305c Rn.14.

¹⁴ BGH NJW-RR 2017, 501 (502 Rn. 10).

Folgen zeigt eine solche Verschiebung erst im Falle einer Leistungsstörung oder der Geltendmachung von Gestaltungsrechten. Die Definition der Leistungsbestandteile wirkt sich auf das vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB aus, außerdem auf die Höhe eines etwaigen Wertersatzes nach § 357a Abs. 2 BGB. Die Verkürzung der gesetzlichen Rechte im Falle der Widerrufsmöglichkeit und in Fällen der Leistungsstörung ist schon auf Grund der Verortung, vor allem aber inhaltlich überraschend. Ein Kunde muss nicht damit rechnen, dass kleine Klammerzusätze in der Leistungsbeschreibung Regelungen enthalten, die vorrangig nicht der Festlegung des Umfangs der Leistungspflichten dienen, sondern ihre Wirkung in der Beschneidung seiner Rechte entfalten. Die Klammerzusätze sind daher nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Vertrages geworden.¹⁵ Der Vertrag bleibt im Übrigen gem. § 306 Abs. 1 BGB wirksam, Anhaltspunkte für einen Fall des Abs. 3 liegen nicht vor.

(4) Unwirksamkeit der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3 des Vertrages nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1

(a) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB findet nach Abs. 3 S. 1 nur bei solchen Bestimmungen statt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten. In Ziff. III des Vertrages werden die Leistungspflichten des Partnervermittlers festgelegt. Auch die fraglichen Klammerzusätze beziehen sich jeweils auf die dort angegebenen Leistungsbeschreibungen. Solche enthalten jedoch keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen, da im Gesetz nicht geregelt ist, auf welche (Haupt-)Leistungen sich die Parteien konkret einigen. Daher ist für Leistungsbeschreibungen die Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht eröffnet, es würde auch jeglicher normative Kontrollmaßstab für eine Angemessenheitsprüfung fehlen.¹⁶ Dies gilt jedoch nur für die Vereinbarung des unmittelbaren Leistungsgegenstandes, während Bestimmungen, welche die Leistungspflicht des Verwenders modifizieren, der Inhaltskontrolle unterliegen.¹⁷ Die Klammerzusätze regeln nicht unmittelbar die Leistungspflichten des H, sondern modifizieren durch Festlegung von anteiligen Werten den Leistungsbegriff selbst. Dieser unterliegt der Inhaltskontrolle.¹⁸

(b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Klammerzusätze müssten von einer gesetzlichen Regelung abweichen und mit deren wesentlichen Grundgedanken unvereinbar sein. Vorliegend modifizieren die Klammerzusätze mittels der Definition des Leistungsbegriffs die gesetzlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Durch die Deklaration der Erstellung des Partnerdepots zur Hauptleistungspflicht werden die Voraussetzungen für das Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB zum Nachteil des Kunden verändert. Soweit der Verwendungsgegner sich dennoch durch Widerruf, Rücktritt oder Kündigung nach §§ 626 f. BGB vom Vertrag lösen kann, werden diese Lösungsrechte entwertet, da durch die Festlegung der Leistungsanteile der Kunde wegen des Wertersatzes (§§ 357a Abs. 2, 346 Abs. 2 BGB) oder der anteiligen Vergütungspflicht (§ 628 Abs. 1 S. 1 BGB) den Großteil des vereinbarten Honorars

¹⁵ BGH NJW 2021, 2885 spricht diesen Aspekt in einem ähnlichen Fall nicht an.

¹⁶ Ganz h.M., exemplarisch BGH NJW 2019, 1446 (1448 Rn. 29); *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 18.

¹⁷ BGH NJW 2018, 534 (535 Rn. 15) m.w.N.; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307; *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 13.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2021, 2285 (2286 Rn. 25).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

dennoch zahlen muss. Die Klammerzusätze sind mit dem Grundgedanken der Gewährung der genannten Lösungsrechte unvereinbar und benachteiligen Vertragspartner des H unangemessen. Für Abweichungen vom Verbraucherschutzrecht ist die Unangemessenheit offensichtlich, da dieses einen Mindestschutz für Verbraucher gewährleisten soll, von dem zum Nachteil des Kunden nicht abgewichen werden darf (vgl. § 361 Abs. 2 BGB). Aber auch soweit Rücktrittsrechte, deren Grund in der Sphäre des Verwenders liegen, und die fristlosen Kündigungsmöglichkeiten in §§ 626 f. BGB betroffen sind, wird die gesetzgeberische Wertung der Lösungschancen so stark ausgehöhlt, dass die Regelung unangemessen ist. Daran ändert nichts, dass die Klammerzusätze dies nur mittelbar über die Definition des Leistungsbegriffs bewirken (§ 306a BGB).

(5) Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 361 Abs. 2 S. 1 BGB

Die Klammerzusätze sind zudem nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 361 Abs. 2 S. 1 BGB nichtig. Bei § 361 Abs. 2 S. 1 BGB handelt es sich nach Art. 2 EGBGB um ein Gesetz und auch um ein Verbot, da die Regelung jegliche für den Verbraucher nachteilige Abweichung von dem in den §§ 355–360 BGB gewährleisteten Mindestschutz untersagt. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob die Abweichung unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt wird, wie etwa durch Definitionen, die zur Abänderung der Hauptleistungspflicht des Verwenders führen.¹⁹ Aus § 361 Abs. 2 S. 2 BGB geht dies ebenfalls klarstellend hervor.

Demnach liegt in den Klammerzusätzen eine rechtsgeschäftlich vereinbarte und für den Verbraucher nachteilige Abweichung von den §§ 355 Abs. 1 S. 1, 356 Abs. 4 Nr. 2, 357a Abs. 2 BGB vor und somit ein Verstoß gegen § 361 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Vereinbarung ist insoweit gem. § 134 BGB nichtig. Dies führt jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages gem. § 139 BGB, sondern nur zur Teilnichtigkeit, der Nichtigkeit der Klammerzusätze. Denn nach dem hypothetischen objektiv vernünftigen Willen von H und V ist anzunehmen, dass sie den Vertrag auch ohne diese abgeschlossen hätten, insbesondere weil mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass sie eine gesetzeskonforme Vertragsgestaltung anstrebten, ihn also nicht von den im Detail verbraucher-schutzwidrigen Regelungen abhängig machen wollten.²⁰

dd) Zwischenergebnis

Die Klammerzusätze sind unwirksam (§§ 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1; § 134 BGB i.V.m. § 361 Abs. 2 S. 1 BGB), so dass diese für die Beurteilung, ob H seine Dienstleistung vollständig erbracht hat, nicht maßgeblich sind. Das Widerrufsrecht ist nicht nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB vorzeitig erloschen.

e) Widerrufserklärung innerhalb der Widerrufsfrist

V müsste den Vertrag fristgerecht widerrufen haben, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Widerrufsfrist begann gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB mit Vertragsschluss, da V von H ordnungsgemäß unterrichtet wurde (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB). Damit begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 Alt. 1 BGB am 12.10.2022. Die Dauer der Frist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB 14 Tage und endete damit nach § 188 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 25.10.2022. V hat den Widerruf jedoch erst im Februar 2023 und damit nicht fristgerecht erklärt und abgesendet (§ 355 Abs. 1 S. 5 BGB).

¹⁹ Rosenkranz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 361 Rn. 19, 19.5.

²⁰ Genauer zur Herleitung der Merkmale *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 139 Rn. 16 m.w.N.

II. Ergebnis

Ein Anspruch von V gegen H aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB ist mangels wirksamen Widerrufs nicht entstanden.

B. Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB

V könnte gegen H ein Anspruch auf (Rück-)Zahlung von 900 € aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zustehen.

I. Anspruch entstanden

Dies setzt voraus, dass V und H einen wirksamen Dienstvertrag geschlossen haben, dieser nach Beginn der Dienstleistung gem. § 626 BGB oder § 627 BGB wirksam gekündigt wurde und dass V die Vergütung für eine spätere Zeit als den Kündigungszeitpunkt im Voraus entrichtet hat.

1. Wirksamer Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB

a) Keine Nichtigkeit wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB

Die Einigung könnte wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Fraglich ist schon, ob der objektive Tatbestand des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung erfüllt ist. Hierfür gibt es keinen festen Wert, ein auffälliges Missverhältnis liegt jedoch in der Regel vor, wenn der objektive Wert von Leistung und Gegenleistung um 100 % oder mehr voneinander abweichen, wobei auch eine Überhöhung knapp darunter im konkreten Einzelfall ausreichen kann.²¹ Schon hierfür fehlen Anhaltspunkte im Sachverhalt, da von einer durchschnittlichen Vergütung i.H.v. 2.000 € wegen der divergierenden Leistungsprogramme nicht auf den objektiven Wert der hier vereinbarten Leistungen geschlossen werden kann.²² Jedenfalls fehlen Anhaltspunkte für das Vorliegen des subjektiven Tatbestands im Sinne einer Zwangslage bzw. einer der in § 138 Abs. 2 BGB genannten Schwächen bei V oder ihrer Ausbeutung durch H. Eine Nichtigkeit wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB liegt nicht vor.

b) Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB

Eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit der Partnervermittlung als Vertragsinhalt nach § 138 Abs. 1 BGB liegt jedenfalls heutzutage fern und wird nicht mehr ernsthaft diskutiert.²³

c) Keine Nichtigkeit des Vertrages ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge Anfechtung der Willenserklärung von V

V schreibt, sich nicht an die Vereinbarung gebunden zu fühlen, weil V von falschen Voraussetzungen

²¹ BGH NJW-RR 2017, 1261 (1262); *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 138 Rn. 47, 49.

²² Zur fehlenden Homogenität des Leistungsangebots und nichtbestehenden Durchschnittspreisen *Peters*, Die Partnerschaftsvermittlung im deutschen und schweizerischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Online-Partnervermittlung: ein perspektivischer Vergleich mit Handlungsoptionen für das deutsche Privatrecht, 2019, S. 104 f.

²³ Siehe nur BGH NJW-RR 2017, 1261 (1262) dazu, dass es keine allgemeinen Maßstäbe für die Sittenwidrigkeit von Partnervermittlungsverträgen gibt.

ausgegangen sei. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB auszulegen und lässt erkennen, dass V den Vertrag wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen möchte. Dagegen spricht nicht, dass V den Vertrag möglicherweise für bereits nichtig hält, da auch nichtige Verträge angefochten werden können. Damit liegt eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB vor, die H als Vertragspartner und damit gem. § 143 Abs. 2 BGB richtigen Anfechtungsgegner mit dem Brief nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen ist.

Anhaltspunkte für einen Inhalts- oder Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Fraglich ist, ob darin, dass V sich einen Vermittlungserfolg oder jedenfalls die Möglichkeit, allein durch die Partnernvorschläge des H auf jeden Fall die Liebe des Lebens finden zu können, vorgestellt hat, ein Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB vorliegt. Es könnte sich dabei um einen Irrtum über die Eigenschaft einer Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird, handeln. Sachen i.S.d. §§ 119 Abs. 2 Alt. 2 BGB sind nicht nur Sachen i.S.d. § 90 BGB, sondern alle möglichen Geschäftsgegenstände, also auch die vereinbarte Dienstleistung.²⁴ Es ist allerdings nicht erkennbar, über welche konkrete Eigenschaft sich V geirrt haben könnte oder dass V davon ausging, dass H nicht nur eine Dienstleistung, sondern einen konkreten Vermittlungserfolg schulde. Unabhängig von der Einordnung des Eigenschaftsirrtums,²⁵ liegt ein unbeachtlicher Motivirrtum vor. Was V erklärt hat und erklären wollte, stimmt überein. Soweit V durch Vorstellungen, Erwartungen oder Hoffnungen hinsichtlich durch die Vertragsdurchführung ermöglichte Kontakte zur Abgabe der Erklärung veranlasst wurde, handelt es sich nur um innere Beweggründe, die nicht zur Anfechtung berechtigen.²⁶ Auch eine Täuschung seitens H in Bezug auf die Tauglichkeit oder Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Partnernvermittlungsleistungen ist nicht ersichtlich, so dass V die Willenserklärung auch nicht nach § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB anfechten kann. Der Dienstvertrag ist daher nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig, sondern wirksam.

2. Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB

Anhaltspunkte für ein Recht zur fristlosen Kündigung aus § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor, in Betracht kommt aber ein Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB.

a) Dienstvertrag, der kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist

Bei dem Dienstvertrag zwischen V und H dürfte es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB handeln. Hiermit sind Arbeitsverhältnisse nach § 611a Abs. 1 BGB gemeint.²⁷ H handelt jedoch als Unternehmer, er kann seine Tätigkeit frei gestalten und handelt im Verhältnis zu V nicht weisungsgebunden.

b) Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen

Es dürfte sich nicht um ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen handeln, also keine ständigen oder langfristigen Aufgaben über einen längeren Zeitraum übertragen werden. Vorliegend wurde eine Vertragslaufzeit von zwölf Monaten vereinbart, was im konkreten Einzelfall genügen

²⁴ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 142 m.w.N.

²⁵ Die wohl h.M. geht von einem ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum aus, *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 110–119 m.w.N.

²⁶ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 119 Rn. 37.

²⁷ *Gotthardt*, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.6.2023, BGB § 622 Rn. 6.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

kann.²⁸ Die Auslegung ergibt jedoch, dass es bei der Ausnahme darum geht, das Vertrauen eines Dienstverpflichteten zu schützen, der damit rechnen durfte, einen nicht unerheblichen Teil seiner sachlichen und persönlichen Mittel für eine gewisse Dauer einzusetzen und dafür eine für seine wirtschaftliche Existenz oder Planung nicht unerhebliche Vergütung zu erhalten.²⁹ Wenn es sich wie vorliegend zwar um einen Vertrag mit einer mehrmonatigen Laufzeit, aber um eine Dienstleistung handelt, die vielen Interessenten ohne eine gewisse persönliche Bindung angeboten und dann vom Dienstleister abgewickelt wird, liegt die Voraussetzung nicht vor.

Bei dem zwischen V und H vereinbarten Honorar handelt sich auch nicht um feste Bezüge. Durch das Anknüpfen an langfristige, nicht unerhebliche Tätigkeiten muss es auch darum gehen, dass dem Dienstverpflichteten auf längere Sicht für sein wirtschaftliches Dasein nicht unerhebliche Beträge zufließen.³⁰ Dies ist hier schon wegen der Höhe der Vergütung von 3.900 € für ein ganzes Jahr eher fernliegend. Ausschlaggebend ist jedoch, dass es sich bei dem vereinbarten „Digital-Spezial-Paket“ um ein fest vorgegebenes Leistungsprogramm mit einer einmaligen Vergütung handelt. H und V haben sich nur auf Wunsch von V darauf geeinigt, dass das Honorar nicht insgesamt sofort fällig wird, sondern zunächst nur eine Anzahlung und der Rest in vierteljährlichen Raten gezahlt werden soll. Die ausnahmsweise Vereinbarung einer Ratenzahlung führt nicht dazu, dass es sich um feste Bezüge i.S.v. § 627 Abs. 1 BGB handelt.

c) Verpflichtung zur Leistung von Diensten höherer Art

Der Vertrag muss die Leistung von Diensten höherer Art zum Gegenstand haben. Das können solche sein, die besondere Fachkenntnisse oder Fertigkeiten voraussetzen oder den persönlichen Lebensbereich betreffen.³¹ V entscheidet sich für einen seriösen Partnervermittler, der seine Dienstleistung mittels einer Software abwickeln soll, die von ihm persönlich mitentwickelt wurde und für die er V intensiv persönlich berät. Auch wenn intime Details gerade nicht bekannt werden, so erhält H doch durch das Beratungsgespräch sehr private Einblicke in finanzielle Verhältnisse, Lebensstil und beruflichen Werdegang von V. Die Dienstleistung soll gerade im besonders privaten Bereich der Partnersuche genutzt werden. Aus diesem Grund sind die Dienste des H als Dienstleistungen höherer Art zu qualifizieren.³²

d) Übertragung auf Grund besonderen Vertrauens

Die vereinbarten Dienste müssten auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden, wobei es nach dem Wortlaut des Gesetzes („zu werden pflegen“) nicht auf das Vorliegen eines Vertrauens-

²⁸ BGH NJW 2021, 1392 (1394 Rn. 25). Vereinzelt wird ein dauerndes Dienstverhältnis schon abgelehnt, weil die Partnervermittlung auf ein kurzfristiges Ziel, im Idealfall den Erfolg mit dem ersten Partnervorschlag, ausgerichtet sei, so *Krenzer*, Die gewerbliche Partnervermittlung: unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, 1996, S. 175 f.

²⁹ *Plum/Horcher*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 627 Rn. 4 f.; *Henssler*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 627 Rn. 19.

³⁰ BGH NJW 2016, 1578 (1580 Rn. 27); BGH NJW 2021, 1392 (1395 Rn. 27); zur Problemstellung bei Online-Partnervermittlungen *Rockstroh/Gründner*, NJW 2016, 3393 (3394).

³¹ *Plum/Horcher*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 627 Rn. 7.

³² Zur grundsätzlichen Einordnung BGH NJW 2010, 150 (151 Rn. 19); zum älteren Streit darum *Priebe*, Eheanbahnungs- und Partnerschaftsvermittlungsverträge, insbesondere im Hinblick auf die Auflösung derartiger Verträge und deren Folgen, 1987, ab S. 112; früher wurde argumentiert, dass ein gesellschaftlich missbilligtes Geschäft kein höherer Dienst sein könne.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

verhältnisses im Einzelfall, sondern auf die typisierte Lage ankommt.³³ Davon ist auszugehen, wenn die Dienstleistung den persönlichen Lebensbereich des Dienstberechtigten betrifft und der Dienstverpflichtete Einblick in die Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Vertragspartners erlangt und er daher besonders diskret sein muss.³⁴ Gesteigert wird der Vertrauensbezug durch die H erteilte Erlaubnis, Auskünfte über das Vorliegen von Schulden und Vorstrafen einzuholen, während V im Gegenzug darauf vertrauen darf, durch die Vorschläge des H nicht an unseriöse Personen zu gelangen.

e) Kein Ausschluss des Kündigungsrechts

Das Kündigungsrecht dürfte nicht durch Ziff. V des Vertrages ausgeschlossen sein. Das Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB ist dispositiv, kann also grundsätzlich abbedungen werden.³⁵ Zweifelhaft erscheint jedoch, ob dies in AGB bzw. einem Formularvertrag mit einem Verbraucher erfolgen kann. Der Grundgedanke des § 627 Abs. 1 BGB ist es, einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen, indem es bei Diensten mit typischerweise besonderer Vertrauensstellung dem Dienstberechtigten jederzeit eine sofortige Lösung vom Vertrag ermöglicht, ohne dass objektive Gründe hierfür vorliegen müssen, nicht jedoch bei besonderer Schutzwürdigkeit des Dienstverpflichteten. Ein genereller Ausschluss des Kündigungsrechts in AGB ist jedenfalls mit dem Grundgedanken des § 627 Abs. 1 BGB unvereinbar, falls nicht ein angemessener Interessenausgleich stattfindet.³⁶ Der Ausschluss des Kündigungsrechts in Ziff. V des Vertrages ist daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Die Unwirksamkeit ergibt sich weiter daraus, dass in Ziff. V des Vertrages undifferenziert jegliches Kündigungsrecht ausgeschlossen wird. Die Klausel mag als individualvertragliche Klausel möglicherweise noch so ausgelegt werden können, dass der Ausschluss nicht das im Voraus absolut unabdingbare³⁷ Kündigungsrecht aus § 626 Abs. 1 BGB erfasst. Wegen § 305c Abs. 2 BGB darf hiervon bei AGB jedoch nicht ausgegangen werden.³⁸

Gem. § 306 Abs. 1 und 2 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam und verbleiben V die gesetzlichen Kündigungsrechte, mithin auch das Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB.

3. Wirksame Kündigungserklärung

V hat H in dem Brief die „Kündigung“ erklärt, was auch als Kündigung im rechtlichen Sinn auszulegen ist. Eine Form wie in § 623 BGB oder Frist wie in § 626 Abs. 2 BGB ist im Gesetz nicht vorgesehen. Fraglich ist jedoch, ob die Kündigung „höchst hilfsweise“ erfolgen durfte. Es könnte sich um eine Bedingung i.S.d. § 158 BGB handeln. Kündigungen sind als Gestaltungsrechte, die in die Rechte anderer eingreifen, bedingungsfeindlich, weil dem Gegenüber eine Unsicherheit über die Rechtslage nicht zumutbar ist.³⁹

³³ BGH NJW 2011, 3575 (3575 Rn. 9).

³⁴ BGH NJW 2011, 3575 (3575 Rn. 9) m.w.N.

³⁵ *Temming*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 627 Rn. 6 m.w.N.

³⁶ Zur grundsätzlichen Unwirksamkeit einer Abbedingung in AGB BGH NJW 2021, 1392 (1396 Rn. 35), in Rn. 36 aber andeutend, dass Abbedingung des Kündigungsrechts unter Kompensation nicht völlig undenkbar ist; ähnlich *Temming*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 627 Rn. 8.

³⁷ BGH NJW 2021, 1392 (1396 Rn. 35); *Plum/Horcher*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 626 Rn. 2.

³⁸ Bei der konkreten Fallprüfung ist die kundenfeindlichste Auslegung wegen der möglichen Nichtigkeitsfolge die kundenfreundlichste Auslegung.

³⁹ Statt vieler: *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, Vor. § 158 Rn. 18.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Die Erklärung könnte nach §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen sein, dass sie nur gelten soll, falls die zuvor geltend gemachten Unwirksamkeits- oder Beendigungsgründe nicht durchgreifen. Dann handelte es sich nicht um eine echte Bedingung im Sinne eines künftigen ungewissen Ereignisses, da der Sachverhalt bereits feststeht, obwohl sich V über die Rechtslage nicht gewiss ist. Teilweise wird vertreten, dass auch solche nur subjektiv ungewissen Ereignisse wie Bedingungen zu behandeln sind, weil die Ungewissheit zu einer ähnlich unzumutbaren Unsicherheit führen würde.⁴⁰ Teilweise wird davon ausgegangen, dass es sich bei der hilfsweisen Kündigung um eine zulässige auflösende (§ 158 Abs. 2 BGB) Rechtsbedingung handelt.⁴¹ Welcher Ansatz vorzugswürdig erscheint, muss nicht entschieden werden. Unabhängig von der dogmatischen Einordnung ist darauf abzustellen, ob eine hilfsweise Kündigung für den Fall, dass das Vertragsverhältnis nicht schon auf Grund anderer Tatbestände nichtig oder beendet ist, zu einer unzumutbaren Ungewissheit beim Kündigungsgegner führt.⁴² Zunächst ist festzustellen, dass ein Anknüpfen an die gegenwärtig bestehende Rechtslage zwischen den Parteien mangels Zukunftsabhängigkeit grundsätzlich nicht unzumutbar ist. Soweit man die subjektive Ungewissheit der Parteien mit einer objektiven Ungewissheit gleichsetzen möchte, führt dies vorliegend nicht zur Unzumutbarkeit für den Kündigungsgegner. Denn soweit jener sich unsicher ist, ob der Vertrag von vornherein nichtig war oder ob der Vertrag widerrufen wurde, kann er sein Verhalten nicht mit der nötigen Sicherheit hinsichtlich der bestehenden Ansprüche planen. Vielmehr muss die Rechtslage – notfalls gerichtlich – geklärt werden. Der Moment, in dem dies erfolgt, klärt die Frage, ob die Kündigung greifen soll. Die Abhängigkeit der Kündigung von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages aus anderen Gründen ist für den Erklärungsempfänger daher gegenüber dem Berufen auf diese Tatbestände selbst mit keiner zusätzlichen Ungewissheit verbunden.

4. Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet

Das Abstellen des Gesetzeswortlauts auf eine zeitliche Komponente könnte darauf hindeuten, dass bei einem Pauschalhonorar für eine Vertragslaufzeit von zwölf Monaten maßgeblich ist, wie viele der vereinbarten 365 Tage bis zum Zeitpunkt der Beendigung bereits verstrichen sind. Hat der Dienstberechtigte entgegen § 614 S. 1 BGB die Vergütung oder einen Teil davon im Voraus entrichtet, so würde er nach § 628 Abs. 1 S. 3 BGB einen Teil zurückverlangen können, soweit dieser den sich so ergebenden Bruchteil des vereinbarten Pauschalhonorars übersteigt.

Bei einer systematischen Auslegung des § 628 Abs. 1 BGB ergibt sich aber, dass es zu einem Gleichlauf der Ergebnisse, die sich aus § 628 Abs. 1 S. 1, 2 BGB, und solcher, die sich aus S. 3 ergeben, kommen muss. Die Norm regelt das Schicksal der Vergütungspflicht für den Fall einer fristlosen Kündigung. Nachdem der Dienstverpflichtete seinen Anspruch grundsätzlich erst geltend machen kann, wenn er seine Dienstleistung erbracht hat (§ 614 BGB), ermöglicht ihm § 628 Abs. 1 S. 1 BGB, im Falle einer vorzeitigen Kündigung einen Teilvergütungsanspruch entsprechend des bisher erbrachten Teils geltend zu machen. S. 2 schafft einen Interessenausgleich, falls der Beendigungsgrund in der Sphäre des Dienstverpflichteten liegt, so dass die Folgen der Kündigung nicht zu Lasten des Vertragspartners gehen. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob der Dienstberechtigte entgegen § 614 BGB bereits die Vergütung gezahlt hat, oder nicht. Der Dienstverpflichtete kann also gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB im Falle der Beendigung nach § 627 Abs. 1 BGB einen entsprechenden Teil der Vergütung

⁴⁰ Nachweise bei *Bork*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vor. §§ 158 ff., Rn. 29.

⁴¹ BAG NZA 2013, 1197 (1201 Rn. 44).

⁴² Ähnlich *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 158 Rn. 28–31.

Person/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

verlangen. Soweit der Dienstberechtigte mehr als das nach Abs. 1 S. 1 Geschuldete im Voraus entrichtet hat, kann er diesen Betrag nach Maßgabe des § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zurückverlangen.⁴³

Es kommt also darauf an, ob V einen höheren Anteil an Vergütung im Voraus entrichtet hat, als H an geschuldeten Leistungen erbracht hat. H und V haben vereinbart, dass V ein Pauschalhonorar von 3.900 € für die Dienstleistungen des H zahlen soll, wobei die von H zu übermittelnden 120 Partneranschläge auf zwölf Teilleistungen à zehn Vorschläge verteilt werden sollen. Daraus ergibt sich, dass auf jedes Vorschlagspaket ein Vergütungsanteil von einem Zwölftel entfällt, also 325 €. ⁴⁴ Das Dienstverhältnis wurde mit Zugang der Kündigung am 8.2.2023 beendet. Zu diesem Zeitpunkt hat H bereits fünf Vorschlagspakete eingestellt, nämlich einmal noch im laufenden Oktober und dann zum jeweils Monatsersten bis Februar. Damit entspricht der bisherige Teil der geleisteten Vergütung fünf Zwölftel, das sind 1.625 €. V hat im Voraus jedoch erst 900 € gezahlt, so dass kein zurückzufordernder Überschussbetrag verbleibt. Damit ist der Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB nicht entstanden.⁴⁵

II. Zwischen- und Gesamtergebnis für Teil 1

V hat keinen Anspruch gegen H auf Zahlung von 900 € aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB oder einer anderen Anspruchsgrundlage.

Teil 2: Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 €

A. Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 € aus Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

Mit dem Abschluss des wirksamen Dienstvertrages hat sich V grundsätzlich zur Zahlung eines Honorars i.H.v. 3.900 € verpflichtet.⁴⁶ Allerdings geht die wohl h.M. davon aus, dass der Anspruch auf Vergütung für Dienstleistungen nicht vor Erbringung der vollen Dienstleistung entsteht, Teilleistungen

⁴³ Plum/Horcher, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 628 Rn. 8; Henssler, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 628 Rn. 43; siehe auch Günther, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 628 Rn. 95.

⁴⁴ Zur Behandlung konkreter Teilleistung ebenso Günther, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 628 Rn. 42; bei Pauschalhonoraren ebenfalls auf den erbrachten Teil der Leistung und nicht auf den Zeitablauf abstellend Riesenhuber, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 628 Rn. 9.

⁴⁵ Häufig wird bei Dienstleistungsverträgen, auch Partnervermittlungsverträgen, von einer Teilung pro rata temporis ausgegangen. Besteht die Leistungspflicht aus einer allgemeinen laufenden Dienstleistung, etwa dem Bemühen um geeignete Partneranschläge, so trifft dies zu. Ist aber wie hier eine bestimmte Anzahl von Vorschlägen vereinbart, sind diese für die Berechnung maßgeblich. Weiter könnte man überlegen, die vorbereitenden Leistungen des H aus der Aufteilung herauszunehmen und nur den Restbetrag durch 120 zu teilen. Allerdings sind keine speziellen Vorlaufkosten als konkrete Aufwendungen ersichtlich und den vorbereitenden Leistungen wurde kein bestimmter Entgeltteil gegenübergestellt. Zudem dürften diese Aufwendungen ausschließlich zur Erfüllung des Vertrages mit V verwendbar sein (BGH NJW 1991, 2763 [2764]), jedoch wird V zugleich Teil des Partnerpools des H. Insofern nähern sich die vorbereitenden Leistungen sog. Allgemenkosten an, den Partnerpool ständig zu pflegen, aktualisieren und zu erweitern.

⁴⁶ Ob auf den vorliegenden Vertrag § 656 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar ist, muss für die Prüfung der Anspruchsentstehung nicht geklärt werden, da die Regelung trotz des Wortlauts nicht die Anspruchsentstehung, sondern nur die Durchsetzbarkeit der Forderung hindern würde, h.M., BGH NJW 1964, 546; Fischer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 656 Rn. 1; Althammer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 656 Rn. 1; a.A. Meier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2023, § 656 Rn. 20, sich jedoch zu Unrecht auf die dort zitierten Rechtsprechungs- und Literaturfundstellen stützend.

genügen nicht.⁴⁷ Jedoch bestimmt § 628 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Dienstverpflichtete im Fall einer außerordentlichen Kündigung nach § 627 BGB einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil seiner Vergütung verlangen kann. Der Rechtsgrund für die Vergütung dürfte dennoch der Dienstvertrag bleiben, dessen Abwicklung nach fristloser Kündigung § 628 BGB regelt. Daher ist der Anspruch des H gegen V aus dem Dienstvertrag i.H.v. 1.625 € entstanden.

II. Anspruch erloschen

Durch die Zahlung von V an H im Oktober 2022 ist der Anspruch i.H.v. 900 € gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Dem steht nicht entgegen, dass der Anspruch erst durch die Kündigung in der festgestellten Höhe endgültig entstanden ist. Insofern ist einhellig anerkannt, dass für den Fall, dass die Parteien einen Vorschuss des Dienstberechtigten vereinbaren, dieser eine Tilgungsleistung auf den späteren Anspruch des Dienstleiters aus dem Vertrag darstellt. Nichts anderes kann gelten, wenn statt des vollen Honoraranspruchs nach Erbringung der vollen Dienstleistung gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB ein Abwicklungsverhältnis entsteht, indem der Honoraranspruch anteilig besteht. Der Anspruch besteht daher nur noch i.H.v. 725 €.

III. Anspruch durchsetzbar

1. Fälligkeit

Die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs aus § 628 Abs. 1 S. 1 BGB dürfte sich wie der ursprüngliche Anspruch nach § 614 BGB richten, wobei die Voraussetzungen für die Fälligkeit dann stets vorliegen. Allerdings ist eine von § 614 BGB abweichende Vereinbarung der Parteien auch im Abwicklungsverhältnis weiter zu berücksichtigen. Danach ist im Februar 2023 erst ein Vertragsquartal abgelaufen, so dass der Anspruch des H maximal i.H.v. weiteren 750 € fällig ist. Dies genügt, da der Anspruch ohnehin nur noch i.H.v. 725 € besteht.

2. Kein Durchsetzungshindernis aus § 656 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Durchsetzbarkeit dürfte nicht durch die Regelung in § 656 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Eine unmittelbare Anwendung des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, da die Norm nach ihrem Wortlaut nur die Heiratsvermittlung erfasst. Fraglich ist, ob § 656 Abs. 1 S. 1 BGB auf den vorliegenden Partnervermittlungsvertrag analog anzuwenden ist. Dies würde eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraussetzen.

a) Planwidrige Regelungslücke

Eine Regelungslücke liegt vor, da das Gesetz zur Durchsetzbarkeit von Forderungen aus Partnervermittlungsverträgen keine Regelung enthält. Diese Regelungslücke müsste auch planwidrig, d.h. gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht unvollständig sein.⁴⁸ Da es sich bei § 656 Abs. 1 S. 1 BGB um eine Ausnahmenvorschrift für eine bestimmte Forderungsart handelt, kann von einem Fehlen

⁴⁷ BGH NJW 2006, 2485 (2486 Rn. 7) m.w.N.; *Latzel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 611 Rn. 340, 342, 344; *Joussen*, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.6.2023, BGB § 614 Rn. 3a; a.A. *Maties*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2023, § 614 Rn. 5.

⁴⁸ Z.B. BGH GRUR 2002, 238 (241).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

einer entsprechenden Regelung für eine andere Vertragsart nicht ohne Weiteres auf ein Übersehen des Regelungsbedarfs durch den Gesetzgeber geschlossen werden. Hier liegen jedoch Umstände vor, aus denen sich dies klar ergibt: Der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts konnte angesichts der damaligen – auch strafrechtlichen – Rechtslage und gesellschaftlichen Auffassungen nicht vorhersehen, dass in Zukunft außereheliche Partnerschaften durch Vermittler sogar angebahnt würden. Da der Gesetzgeber schon Ansprüchen aus dem Bereich der Ehevermittlung kritisch gegenüberstand, ist davon auszugehen, dass er eine vergleichbare oder darüber hinausgehende Regelung erst Recht für außereheliche Partnervermittlungen getroffen hätte.⁴⁹ Eine planwidrige Regelungslücke liegt daher vor.

b) Vergleichbare Interessenlage

aa) Ermittlung der für § 656 Abs. 1 BGB maßgeblichen Interessenlage

Das für die Regelung in § 656 Abs. 1 BGB – heutzutage – gewichtigste Interesse liegt nach h.M. in dem schützenswerten Diskretionsbedürfnis des Kunden, da zu erwarten ist, dass Prozesse um den Ehemaklerlohn die geschlossenen Ehen und die Intimsphäre der Ehegatten beeinträchtigen könnten.⁵⁰ Im Falle einer Klage auf den Maklerlohn wäre eine Beweisaufnahme oft mit erheblichen Peinlichkeiten verbunden; die Regelung dient damit dem Schutz der Menschenwürde und der freien Persönlichkeitsentfaltung.⁵¹

bb) Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Vertragstyp

Die Interessenlage müsste vergleichbar sein. Dafür müssten die Erwägungen, die gegen eine Klagbarkeit von Vergütungsansprüchen aus dem Ehemaklervertrag sprechen, auch der Klagbarkeit von Ansprüchen aus dem vorliegenden Vertrag entgegengehalten werden können. Dies wäre der Fall, wenn im Falle eines Prozesses ein ähnliches Risiko bestünde, dass die Intimsphäre des Dienstberechtigten empfindlich betroffen wäre und erhebliche Peinlichkeiten oder gar Unzumutbarkeiten zu erwarten wären.⁵² Es soll nicht darauf ankommen, ob die Vergütung für den Vermittlungserfolg („Partnermaklervertrag“) oder für bloße Vermittlungsbemühungen geschuldet sein soll; falls ein Vermittlungserfolg ausbleibt, sind erst recht peinliche Auseinandersetzungen über den Grund – Schlechtleistung des Vermittlers oder Persönlichkeit des Kunden – zu erwarten.⁵³ Eine analoge Anwendung auf erfolgsunabhängige Dienstverträge kommt daher grundsätzlich in Betracht.

Für eine ähnliche Interessenlage spricht, dass die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften ein vergleichbares Gewicht wie eine Ehe haben kann und dies heute von der Gesellschaft grundsätzlich anerkannt ist. Der gesellschaftliche Wandel führt zu fließenden Übergängen zwischen nichtehelicher und ehelicher Beziehungsanbahnung. Heute dürfte es üblicher sein, einen außerehelichen Partner anstatt eines Ehepartners zu suchen, manchmal vielleicht mit der Hoffnung, dass die Beziehung in der Zukunft in eine Eheschließung münden könnte. Viele Ehen werden erst nach Jahren der außerehelichen Beziehung, der Gründung eines gemeinsamen Haushalts oder erst nach der Geburt von Kindern geschlossen. Weiter schützt das Grundgesetz die freie Persönlichkeitsentfaltung auch,

⁴⁹ Ausführlicher BGH NJW 1990, 2550 (2551) m.w.N.

⁵⁰ BGH NJW 1986, 927 (928); kritisch mit Hinweis auf die Fallpraxis Meyer, ZfPW 2019, 488 (497).

⁵¹ Näher BGH NJW 1990, 2550 (2551) mit Rechtsprechungsnachweisen.

⁵² Zur Herleitung des Vergleichsmaßstabs BGH NJW 1990, 2550 (2551).

⁵³ BGH NJW 1986, 927 (928); in diese Richtung schon BGH NJW 1983, 2817 f.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

falls eine außereheliche Partnerschaft angestrebt wird.⁵⁴ Damit lassen sich Ehe- und Partnervermittlung nicht mehr kategorisch trennen, eine analoge Anwendung kommt in Betracht.⁵⁵

Entscheidend ist jedoch nicht allein die Einordnung als Partnervermittlungs(dienst)vertrag, sondern, ob wegen des vereinbarten Leistungsumfangs und der Art der anvisierten Vertragsabwicklung in einem Prozess um die Vergütung potentiell in vergleichbarer Weise in die Intimsphäre des Kunden eingegriffen würde, wie dies bei einem Streit um einen Ehemaklerlohn der Fall wäre.⁵⁶ Dafür spricht, dass H zur Ermittlung der geeigneten Partnervermittlungsleistung V unter anderem in Bezug auf finanzielle Verhältnisse, generellen Lebensstil, beruflichen Werdegang und bisherige Partnersuchbemühungen befragte. Auch durch den von V ermöglichten Hintergrundcheck konnte H Informationen erhalten, die wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit dem Zugriff durch jedermann entzogen sind.

Die Schutzwürdigkeit dieser Daten sagt noch nichts darüber aus, inwiefern zu erwarten wäre, dass bei einem Prozess um die Vergütung die Intimsphäre von V betroffen wäre. Für die Erstellung des Partnerdepots durch Abgleich der Daten der zu vermittelnden Personen werden Angaben der Kunden herangezogen, die von H oder seinen Mitarbeitern nicht eingesehen und daher auch nicht überprüft werden können. Eine individuelle Auswertung des Partnerpools findet nicht statt, die Schlüssigkeit oder Tauglichkeit der vom Algorithmus erstellten Partnervorschläge wird nicht überprüft. Es findet ein rein elektronischer Abgleich statt. Aus diesem Grund ist H als Dienstleister für die Richtigkeit der Angaben und die Tauglichkeit der Vorschläge nicht verantwortlich.⁵⁷ Daher ist eine Beweisaufnahme darüber, inwiefern die von H in das Benutzerkonto eingestellten Partnervorschläge überhaupt tauglich sind und H damit seine Leistungspflichten vollständig erfüllt hat, nicht zu erwarten. Soweit es überhaupt auf die im Vorgespräch oder durch den Hintergrundcheck zur Kenntnis gelangten Informationen ankommen kann, gehen diese nicht wesentlich über das hinaus, was etwa auch bei einem Streit über die Vergütung aus einer Arbeitsvermittlung, Lebensstilberatung oder einem Persönlichkeits-Coaching Prozessstoff sein könnte. Eine vergleichbare Interessenlage ist nicht gegeben, eine analoge Anwendung des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Vergütungsanspruch des H ist daher abzulehnen.⁵⁸

c) Zwischenergebnis

Ein Durchsetzungshindernis nach § 656 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) besteht nicht.

⁵⁴ BGH NJW 1990, 2250 (2551).

⁵⁵ So etwa BGH NJW 1990, 2550 (2551); BGH NJW-RR 2004, 778 (779) mit ablehnender Anm. *Finger*, FamRZ 2005, 181. Zur Gegenansicht vertiefend *Haberl*, Rechtliche Aspekte des Online-Datings, Insbesondere der Vergütungsanspruch der Partnerschaftsvermittler im Internet, 2018, S. 186–212.

⁵⁶ BGH NJW-RR 2021, 1141 (1142 Rn. 18).

⁵⁷ Mit vergleichbaren Argumenten lehnt BGH NJW-RR 2021, 1141 (1142 Rn. 18–20) die analoge Anwendung des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB auf Verträge mit Online-Partnerbörsen ohne individuelle und persönliche Betreuung ab. A.A. insoweit *Looschelders*, JA 2022, 249 (251).

⁵⁸ A.A. vertretbar, insbesondere auch mit Blick darauf, dass der von H eingesetzte Algorithmus untauglich oder fehlerhaft oder die Datenverarbeitung fehlerhaft erfolgt sein könnte, und ein Kunde, um vortragen zu können, warum aus seiner Sicht H seinen Leistungspflichten nicht vollständig nachgekommen ist, möglicherweise den Inhalt der von ihm eingespeisten Daten, die ihm zur Verfügung gestellten Partnervorschläge und die Gründe für deren Untauglichkeit darlegen müsste. Zu denkbaren Fällen der Schlechtleistung *Haberl*, Rechtliche Aspekte des Online-Datings, Insbesondere der Vergütungsanspruch der Partnerschaftsvermittler im Internet, 2018, S. 229–236, siehe auch *Peters*, NJW 2023, 559 (561 ff.); aus anderer Perspektive kritisch als „Pervertierung des Verbraucherschutzgedankens“, dem Auftraggeber mit Hinweis auf § 656 BGB den Einwand der Schlechtleistung abzuschneiden *Wichert*, ZMR 2007, 241 (245).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

B. Ergebnis zu Teil 2

H hat einen fälligen und auch im Übrigen durchsetzbaren Anspruch gegen V auf Zahlung von 725 € aus Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB.