
Datum: 28.02.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 105/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0228.24U105.16.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 471/15
Schlagworte: Dienstvertrag, Kündigung, Höhere Dienste, feste Bezüge, Beratungsleistungen
Normen: BGB § 611; BGB § 627

Leitsätze:

Beratungsleistungen für Gaststätten und Hotels können Dienste höherer Art im Sinne von § 627 Abs. 1 BGB darstellen.

Dienste höherer Art setzen eine besondere fachliche Qualifikation voraus, die aber nicht notwendig durch eine akademische Ausbildung erlangt sein müssen. In die Beurteilung ist das gesamte vertraglich vereinbarte Leistungsspektrum einzubeziehen.

Bei Dienstverhältnissen höherer Art ist das Kündigungsrecht des § 627 Abs. 1 BGB nur ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen eines dauernden Dienstverhältnisses und fester Bezüge kumulativ vorliegen. Feste Bezüge im Sinne der Vorschrift liegen nicht bereits dann vor, wenn dem Dienstverpflichteten nach dem Vertrag Zahlungen regelmäßig in einer bestimmten (Mindest-)Höhe zufließen sollen. Der unbestimmte Rechtsbegriff setzt vielmehr eine wertende Betrachtung und die tatrichterliche Feststellung voraus, dass die Bezüge aus Sicht des Dienstverpflichteten ein gewisses Gewicht haben und (mit) die Grundlage seines wirtschaftlichen Daseins bilden können (Anschluss BGH, Urteil vom 18. Februar 2016, III ZR 126/15; BGHZ 209, 52).

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 17.06.2016 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:	1
I.	2
Die Klägerin bietet bundesweit Beratungsdienstleistungen im Hotel- und Gastronomiebereich an, und zwar einerseits externe Schulungen, Seminare, schriftliche Marketing-Konzepte und allgemeine Informationen, andererseits die interne Schulung ihrer Kunden in deren Betrieben sowie Coaching und Beratung vor Ort. Die Beklagte betreibt ein Hotel in H-F. Mit ihrer Klage macht die Klägerin Vergütungsforderungen für Dienstleistungen aufgrund zwischen den Parteien geschlossener Nutzungs- und Beratungsvereinbarungen geltend.	3
Diese Vereinbarungen schlossen die Parteien am 27.04.2012 auf einem von der Klägerin vorgefertigten DIN-A4 Vordruck, der in 2 Spalten aufgegliedert war. Dabei fand sich die „Nutzungsvereinbarung“ unter dem Firmenlogo der Klägerin in der linken Spalte, daneben stand unter der Bezeichnung des Betriebes der Beklagten in der rechten Spalte die „Vereinbarung für interne Schulung, Beratung und Coachingtermine vor Ort“ (künftig: Beratungsvereinbarung). Die Geschäftsführerin der Beklagten und ein Abschluss-Vertreter der Klägerin unterzeichneten jeweils beide Spalten. Durchgehend unter beiden Spalten war ein Text abgedruckt mit „Geschäftsbedingungen geltend für oben aufgeführte Vereinbarungen“. Die linke Spalte enthielt eine Eintragung in dem dafür vorgesehenen Feld, wonach die Nutzungsvereinbarung zum 01.06.2012 beginnen sollte. Sie war „erstmalig zum Ende der Laufzeit von 24 Monaten“ kündbar. In der rechten Spalte war angegeben, dass die „internen Schulungen oder persönlichen Beratungen innerhalb der Laufzeit der vorstehend genannten Vereinbarung“ stattfinden sollten.	4
Für die Nutzungsvereinbarung fiel ein Gesamtbeitrag von monatlich netto 1.045,00 € an, für die Beratungsvereinbarung war eine monatliche Vergütung von 855,00 € netto für insgesamt 18 interne Schulungen oder Beratungseinheiten je 4 Stunden pro Jahr zu zahlen. Ferner fielen Fahrtkosten des Beraters in Höhe von 0,45 € pro Kilometer netto an. Eine „Betriebsanalyse für Hotelbetriebe“ war mit einmalig 2.990,00 € netto zu vergüten.	5
Als Berater für den Betrieb der Beklagten wurden von der Klägerin Frau Y und Herr E2 abgestellt. Die Beklagte plante für den 26.08.2012 eine 666-Jahrfeier mit anschließenden sog. „Kulinarischen Wochen“. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Vorbereitung dieser Feierlichkeiten ein Hauptanlass für die Beauftragung der Klägerin mit den oben genannten Leistungen war.	6

Ende Juli 2012 verließen etwa 90 % der bei der Klägerin als freie Mitarbeiter tätigen Berater das Unternehmen und wechselten zu einem Konkurrenzunternehmen, das vom ehemaligen Mitgesellschafter T der Klägerin gegründet worden war; der Klägerin verblieben danach zunächst nur 2 Berater. Daraufhin kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin mit Schreiben vom 03.08.2012 fristlos. Zwischen den Parteien ist weiter streitig, ob die Klägerin rechtzeitig neue Berater gefunden und der Beklagten einen gleichwertigen Ersatz angeboten hat. 7

Die Klägerin hat die Kündigung für unwirksam gehalten und gemeint, deshalb stehe ihr die vereinbarte Vergütung auch für die Zeit nach Ausspruch der Kündigung zu. 8

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 9

Die Klägerin hat beantragt, 10

die Beklagte zu verurteilen, an sie 11

1. 11.308,00 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.12.2014 sowie weitere 12

2. 38.437,00 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit. 13

3. 703,80 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 14

Die Beklagte hat einen Anspruch über 145,87 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.12.2012 anerkannt und im Übrigen beantragt 15

die Klage abzuweisen. 16

Das Landgericht hat die Klage nach Anhörung des Geschäftsführers D der Klägerin und der Geschäftsführerin der Beklagten überwiegend abgewiesen und lediglich einen von der Beklagten anerkannten Betrag von 145,87 € nebst Zinsen zugesprochen. Die zwischen den Parteien bestehende Vertragsbeziehung sei insgesamt fristlos durch die Kündigung der Beklagten vom 03.08.2012 beendet worden. Der Beklagten habe ein Kündigungsrecht gemäß § 627 Abs. 1 BGB zugestanden. Nutzungsvereinbarung und Beratungsvereinbarung stellten ein einheitliches Rechtsgeschäft dar. Die Erklärungen seien in eine Urkunde aufgenommen worden. Das begründe bereits die tatsächliche Vermutung für einen auf ein einheitliches Rechtsgeschäft gerichteten Willen. Einen solchen Willen habe die Geschäftsführerin der Beklagten auch in ihrer persönlichen Anhörung durch die Kammer bestätigt. 17

Zwischen den Parteien habe ein dauerndes Dienstverhältnis (§ 611 BGB) mit festen Bezügen im Sinne von § 627 Abs. 1 BGB bestanden. Die Klägerin habe vor der Kündigung ihrer Berater im Juli 2012 mit 22 Beratern 300 Kunden betreut. Sie habe ihre Dienstleistungen einer großen Zahl an weiteren Interessenten anbieten können. Deshalb stelle die Zahlungsverpflichtung der Beklagten keinen wesentlichen Teil der wirtschaftlichen Existenzgrundlage des Unternehmens der Klägerin dar. Ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz könne aus dem Vertragsverhältnis zur Beklagten nicht abgeleitet werden. 18

Die Klägerin habe sich auch zu Diensten höherer Art im Sinne von § 627 Abs. 1 BGB verpflichtet. Es habe sich nicht lediglich um die qualifizierte Vermittlung von Fachwissen gehandelt. Über die Schulungsverpflichtung hinaus habe die Klägerin eine Beratungsleistung geschuldet, die differenzierte Kenntnisse über die Geschäftsabläufe und finanziellen Verhältnisse der Beklagten vorausgesetzt habe. Die Klägerin habe einen Finanzscheck und auf dieser Grundlage eine betriebswirtschaftliche Auswertung durchgeführt. Es seien auf den jeweiligen Betrieb zugeschnittene Maßnahmen zur Förderung der Ziele des Unternehmens erarbeitet worden. Die eingesetzten Berater hätten nicht etwa lediglich allgemeines Wissen auf Grundlage vorgefertigter Konzepte und Mappen schematisch vermittelt. Im vorliegenden Fall habe die Beratung und konkrete Planung die anstehende Jubiläumsfeier umfasst. Den Beratern seien nicht nur Einblicke in die betrieblichen Abläufe sondern auch in die familiäre Situation verschafft worden.

Ein Anspruch auf vorgerichtliche Anwaltskosten bestehe nicht, da die Klägerin lediglich einen Anspruch auf den von der Beklagten anerkannten Teil der Vergütung für die ersten Tage des Monats August 2012 in Höhe von 145,87 € habe durchsetzen können. Dafür sei die Beauftragung von Anwälten nicht erforderlich gewesen. Die Durchsetzung der auf diesen geringen Betrag begrenzten Forderung sei auch nicht Gegenstand der Beauftragung der Anwälte gewesen. 20

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. 21

Es habe sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien um ein dauerndes Dienstverhältnis gehandelt, bei dem die Anwendung von § 627 BGB ausgeschlossen sei. Dafür sei bereits eine Laufzeit von einem Jahr mit Verlängerungsoption ausreichend. Bei der von der Beklagten zu zahlenden Vergütung habe es sich auch um feste Bezüge im Sinne der Vorschrift gehandelt. 22

Die Klägerin habe ein überschaubares mittelständisches Unternehmen geführt, das im Jahre 2012 bei ca. 300 Kunden mit 22 Beratern eine Bilanzsumme von 1.138.064,33 € und einen Jahresüberschuss von 275.537,66 € erwirtschaftet habe. Die monatliche Zahlung der Beklagten i.H.v. 1.900,00 € (netto) sei in die Kalkulation eingeflossen und habe die Existenz der Klägerin gesichert. 23

Das Landgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass höhere Dienste vereinbart gewesen seien. Es habe sich überwiegend um reine Schulungsleistungen und andere Wissensvermittlung gehandelt. Nach den Verträgen habe die Beklagte einerseits externe Schulungen und andererseits ein jährliches internes Schulungs- sowie Beratungskontingent buchen können. Mangels anderer Angaben sei von einer Aufteilung der internen Tätigkeit je zur Hälfte auf Beratungsleistungen und Schulungsleistungen auszugehen. Typischerweise habe damit ein Anteil von insgesamt $\frac{3}{4}$ in Form von Schulungsleistungen bestanden. Es komme auf diesen typischerweise anzunehmenden Schwerpunkt an. Ein Einblick der Berater in die persönlichen und betrieblichen Verhältnisse ändere an diesem Ergebnis nichts. 24

Weder die Geschäftsführer der Klägerin noch ihre Berater hätten über Qualifikationen verfügt, die einem Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater entsprochen hätten. Der Geschäftsführer der Klägerin sei gelernter Maschinenbauschlosser und der ausgeschiedene Partner von Beruf Drucker. Ein gleiches Bild ergebe sich für die Berater, die lediglich über Ausbildungsberufe im Hotelgewerbe verfügt, aber nicht den akademischen Background gehabt hätten, um betriebswirtschaftliche Begutachtungen durchzuführen. Es seien lediglich einfachste Analysen erstellt worden, für die kein akademisches Fachwissen notwendig, sondern allenfalls Erfahrungen im Hotelgewerbe bzw. Gaststättengewerbe 25

förderlich gewesen seien.

Der Beklagten sei mitgeteilt worden, dass die Berater nicht als persönlicher Coach anzusehen seien, sondern jederzeit ein Wechsel erfolgen konnte. Deshalb fehle es auch an dem persönlichen Vertrauen zum jeweiligen Berater. 26

Die Konzepte für bestimmte Dienstleistungen und Marketingaktionen seien nicht auf die Beklagte explizit zugeschnitten bzw. abgestimmt worden. Es habe sich um Standardkonzepte gehandelt, die in den Mappen der Klägerin allen Kunden zur Verfügung gestellt worden seien. 27

Es liege auch kein einheitliches Rechtsgeschäft vor. Dafür reiche nicht aus, dass beide Vereinbarungen auf einem Formular zusammengefasst worden seien. Die Leistungen seien nicht als einheitliches und untrennbares Gesamtpaket angeboten worden. Es habe Kunden gegeben, die lediglich die Nutzungsvereinbarung abgeschlossen hätten, andere hätten lediglich die Beratungsvereinbarung in Anspruch genommen. Die identische Vertragslaufzeit führe ebenfalls nicht zur Annahme eines einheitlichen Vertragsverhältnisses. 28

Selbst bei Annahme eines einheitlichen Vertragsverhältnisses ergebe sich ein Vertrag, der aus einem Geschäftsbesorgungs- und aus einem Dienstleistungsanteil bestehe. Dabei liege aber kein gemischter Vertrag vor, sondern ein sog. Kombinationsvertrag, bei dem die Klägerin unterschiedliche Hauptleistungen nebeneinander zu erbringen habe. Hinsichtlich der anzuwendenden Vorschriften komme es bei einem Nebeneinander von Elementen verschiedener Vertragstypen auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt an. Dieser liege in der Erbringung von Schulungsleistungen und damit nicht in einer Dienstleistung höherer Art. 29

Die Klägerin bezieht sich für ihre Rechtsauffassung insbesondere auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13.06.2014 (25 U 187/12, in Kopie Bl. 180 ff. d.A.). 30

Der Vergütungsanspruch bestehe damit in vollem Umfang. Deshalb stehe der Klägerin auch ein Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten zu. 31

Die Klägerin beantragt, 32

das angefochtene Urteil abzuändern, soweit es die Klägerin beschwert und der Klage stattzugeben. 33

Die Beklagte beantragt, 34

die Berufung zurückzuweisen. 35

Der Senat hat die Klägerin mit der Ladungsverfügung durch Beschluss vom 20.12.2016 darauf hingewiesen, dass die Berufung nach derzeitigen Sach- und Streitstand unbegründet sein dürfte; von einer Entscheidung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO sehe der Senat allerdings wegen des Urteils des OLG Frankfurt (s.o.) ab. 36

II. 37

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Der Senat hält an seiner bereits im Beschluss vom 20.12.2016, auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 443 ff. d.A.), mitgeteilten Beurteilung fest, wonach das zwischen den Parteien bestehende einheitlich zu betrachtende Vertragsverhältnis über die Erbringung von Schulungs- und Beratungsdienstleistungen durch die Kündigung der Beklagten vom 03.08.2012 wirksam 38

gemäß § 627 BGB fristlos gekündigt worden ist. Auf die darüber hinaus zwischen den Parteien erörterte Frage, ob der Beklagten infolge des Wegfalls der bei ihr eingesetzten Berater kurz vor dem geplanten Firmenjubiläum am 28.08.2012 ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB zugestanden hat, kommt es deshalb nicht an.

1. 39

Eine Kündigung gemäß § 627 Abs. 1 BGB ist nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden. Ein solcher Ausschluss ist lediglich individualvertraglich möglich und kann nicht bereits darin gesehen werden, dass die Verträge mit einer Verlängerungsklausel abgeschlossen worden sind, die ohne Kündigung zu einer automatischen Fortsetzung der vertraglichen Beziehung um jeweils 12 Monate führte. Soweit nach der Vereinbarung die Kündigung erstmals nach Ablauf von 24 Monaten möglich sein sollte, führt dies ebenfalls nicht zum Ausschluss des Kündigungsrechtes nach § 627 Abs. 1 BGB. 40

Denn die Regelung zur Vertragslaufzeit ist in einer von der Klägerin vorformulierten Klausel enthalten, bei der es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelte. Das Kündigungsrecht nach § 627 Abs. 1 BGB kann durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht wirksam ausgeschlossen werden, weil ein solcher Ausschluss gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam wäre (BGHZ 209, 52; BGH NJW 2010, 1520 Rn. 52; BGH NJW 2016, 1578 Rn. 24). Das Hinausschieben einer erstmaligen Kündigungsmöglichkeit für einen Zeitraum von 24 Monaten ist auch im hier vorliegenden Fall nicht mit dem wesentlichen Grundgedanken des jederzeitigen Kündigungsgrundes gemäß § 627 Abs. 1 BGB, der in seinem Anwendungsbereich eine Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten sicherstellen soll, nicht vereinbar. 41

2. 42

Die Kündigung der Beklagten erfasst die gesamten durch die Unterschriften der Geschäftsführerin der Beklagten und eines Vertreters der Klägerin am 27.04.2012 auf dem von der Klägerin bereitgestellten Formular begründeten vertraglichen Beziehungen. Denn dadurch ist ein einheitlicher Vertrag zwischen den Parteien geschlossen worden. Die Geschäftsführerin der Beklagten hat dieses Vertragsverhältnis insgesamt durch ihre Kündigung vom 03.08.2012 mit sofortiger Wirkung beendet. Die vertraglichen Beziehungen können nicht – wie die Klägerin es für richtig hält – in einen Dienstleistungsvertrag über Schulungsleistungen und einen Geschäftsbesorgungsvertrag über Beratungsleistungen aufgeteilt werden. Eine solche Aufteilung zöge die Vertragsbeziehung künstlich auseinander und wäre mit dem bei Vertragsschluss gegebenen Willen zur Begründung eines einheitlichen Dienstleistungsvertrages nicht vereinbar. Die Klägerin kann auch mit der in der Berufung vertieften Argumentation nicht durchdringen, die ersichtlich von dem Bestreben geprägt ist, zumindest den Bereich der Nutzungsvereinbarung aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsrechtes gemäß § 627 Abs. 1 BGB herauszuhalten, weil es sich insoweit bei isolierter Betrachtung nicht um Dienste höherer Art im Sinne von § 627 Abs. 1 BGB gehandelt haben könnte. 43

Entgegen der bei der Klägerin ebenfalls jedenfalls teilweise verfolgten Praxis, für die Nutzungsvereinbarung und die Beratungsvereinbarung jeweils gesonderte Formulare zu verwenden und unterschreiben zu lassen (vgl. insoweit *Senat*, Urteil vom 28.02.2017, 24 U 103/16; Vorinstanz LG Münster, 10 O 177/15, NJOZ 2016, 1455), ist die Annahme separater Vertragsverhältnisse im vorliegenden Fall schon deshalb mehr als fernliegend, weil hier eine einheitliche Urkunde auf einem von der Klägerin vorformulierten Formularvordruck verwendet worden ist. Dass die Klägerin das Formular in zwei Spalten gegliedert hat, die gesondert zu 44

unterschreiben waren, reicht für die Annahme zweier separater Verträge nicht aus. Es reicht auch nicht aus, dass gegebenenfalls die Möglichkeit bestanden hätte, die Nutzungsvereinbarung ohne Beratungsvereinbarung oder umgekehrt zu vereinbaren. Darauf kann schon deshalb nicht abgestellt werden, weil die Beklagte sich im vorliegenden Fall gerade nicht dafür entschieden hat, die Leistungen der Klägerin nur teilweise in Anspruch zu nehmen, sondern vielmehr das gesamte Leistungsspektrum beauftragt hat.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, stellt diese Zusammenfassung in einer einheitlichen Urkunde ein deutliches Indiz für eine einheitliche vertragliche Regelung und gegen zwei separat zu behandelnde Vertragsverhältnisse dar. Dabei hat sich das Landgericht nicht nur auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2014, 1101 Rz. 50; BGHZ 157, 168, 173 f.; BGHZ 54, 71, 72) stützen können, sondern auch auf die Rechtsprechung des OLG Hamm (12. Zivilsenat, Beschluss vom 27.06.2014, 12 U 45/14; 17. Zivilsenat, Beschlüsse vom 22.01.2015 und 26.02.2015, 17 U 143/14, BeckRS 2016, 11882 und 11883) in ebenfalls die Klägerin betreffende Verfahren. Dies wird bestätigt durch inzwischen ergangene Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 05.01.2017, 2 U 114/16; OLG München, Beschluss vom 06.12.2016, 3 U 3745/16; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.12.2016, 16 U 107/16).

Die einheitliche Urkunde begründet auch deshalb die nicht widerlegte Vermutung für ein einheitliches Vertragsverhältnis, weil die Klägerin in ihrem Formular in der rechten Spalte selbst auf die Laufzeit der Vereinbarung in der linken Spalte (Nutzungsvereinbarung) Bezug nimmt. Schon von der Formulierung her kann die Beratungsvereinbarung nur bei gleichzeitigem Abschluss der „vorstehend genannten Vereinbarung“, also der Nutzungsvereinbarung, getroffen werden. Andernfalls bliebe die Vertragslaufzeit ungeregt, was ersichtlich bereits im Interesse der Klägerin nicht gewollt war. Auch im Übrigen ergibt sich durch die Bezugnahme auf Geschäftsbedingungen, die über die gesamte Breite des Formulars unter beiden Vereinbarungen abgedruckt waren und für beide gelten sollten, dass es sich um ein einheitliches Vertragsverhältnis handelte und die „umschließenden“ Geschäftsbedingungen den gemeinsamen Rahmen für dieses Vertragsverhältnis bilden sollten.

Im Übrigen waren die extern und die intern zu erbringenden Leistungen ersichtlich in ihrer Kombination und ihrem Zusammenspiel darauf gerichtet, die betrieblichen Belange der Beklagten zu fördern, und stellten somit aus Sicht des Kunden bei gemeinsamer Beauftragung ein einheitliches Paket dar (dazu näher unter 3. c.).

3. 48

Nach § 627 BGB kann bei einem Dienstverhältnis, das wie hier kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 BGB ist, jederzeit die Kündigung erklärt werden, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Zu Recht und mit zutreffender Begründung geht das Landgericht davon aus, dass es sich bei den von der Klägerin geschuldeten Dienstleistungen um solche im Sinne des § 627 BGB handelte.

a. 50

Es lag kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18.02.2016, III ZR 126/15, BGHZ 209, 52 = NJW 2016, 1578, Rn. 26; vgl. auch BGH NJW-RR 2015, 126 Rn. 20; BGHZ 90, 280; NJW 1985, 2585;

NJW-RR 1993, 374) ist für ein dauerndes Dienstverhältnis nicht notwendig, dass es auf unbestimmte Zeit eingegangen wird. Vielmehr liegt ein dauerndes Dienstverhältnis bereits dann vor, wenn vertraglich eine bestimmte längere Zeit festgelegt wird. Insoweit kann etwa auch die Vereinbarung einer Laufzeit von nur einem Jahr die Annahme eines dauernden Dienstverhältnisses rechtfertigen, wenn die Parteien von der Möglichkeit und Zweckmäßigkeit einer Verlängerung ausgehen. Deshalb stehen auch vertragliche oder gesetzliche Kündigungsrechte, bei deren Nichtausübung sich die Laufzeit eines Vertrags verlängert, dem Bestehen eines Dauerdienstverhältnisses nicht entgegen (BGH Urteil vom 18.02.2011, a.a.O.). Hier war zunächst eine vertragliche Laufzeit von 24 Monaten vorgesehen, die sich bei nicht fristgerechter Kündigung automatisch um 12 Monate verlängern sollte. Deshalb ist nach den vorstehenden Grundsätzen zunächst von einem dauernden Dienstverhältnis auszugehen.

Die Klägerin bezog auf Grundlage dieses Dienstverhältnisses aber keine festen Bezüge im Sinne von § 627 BGB. Das Kündigungsrecht aus § 627 BGB ist nur dann ausgeschlossen, wenn beide Merkmale, also ein dauerndes Dienstverhältnis und die Vereinbarung fester Bezüge, kumulativ vorliegen (Urteil vom 22.09.2011 – III ZR 95/11, NJW 2011, 3575). Der Bundesgerichtshof hat auch diese negative Voraussetzung des § 627 BGB zuletzt in seiner Entscheidung vom 18.02.2016 (a.a.O., Rn. 27) näher konkretisiert und dabei an seine bestehende Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 22.09.2011, a.a.O., Rn. 11 m.w.N.) angeknüpft. Danach ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die aufgrund der vertraglichen Tätigkeit zufließenden Entgelte aus Sicht des Dienstverpflichteten ein gewisses Gewicht haben. Dazu wird keine soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit des Verpflichteten vorausgesetzt. Es ist auch nicht erforderlich, dass die Arbeitskraft des Dienstverpflichteten vollständig oder überwiegend in Anspruch genommen wird. Im Regelfall ist aber erforderlich, dass das Dienstverhältnis die sachlichen und persönlichen Mittel des Dienstverpflichteten nicht nur unerheblich beansprucht. Durch die gesetzliche Regelung soll das Vertrauen des Dienstverpflichteten geschützt werden, dass ihm auf längere Sicht bestimmte, von vornherein festgelegte Beträge in einem Umfang zufließen, welche (mit) die Grundlage seines wirtschaftlichen Daseins bilden können. Deshalb bedarf es der Festlegung einer Regelvergütung, mit der ein in einem dauernden Vertragsverhältnis stehender Dienstverpflichteter als nicht unerheblichen Beitrag zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz rechnen und planen darf. In diesem Fall genießt das Vertrauen des Dienstverpflichteten auf seine Existenzsicherung Vorrang vor dem Schutz der Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten.

52

Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes muss im Einzelfall nach der Verkehrsanschauung und dem Sprachgebrauch wertend beurteilt werden. Es handelt sich dabei um eine Tat- und Ermessensfrage (BGH Urteil vom 22.09.2011, a.a.O.; OLG Bamberg Ur. v. 9.3.2011 – 8 U 180/10, BeckRS 2011, 24210). Damit ist der Bundesgerichtshof insbesondere in seiner Entscheidung vom 18.02.2016 (a.a.O., Rn. 27) einer Beurteilung entgegengetreten, wonach eine feste Vergütung bereits dann anzunehmen ist, wenn die Zahlungen nach dem Vertrag regelmäßig in einer bestimmten (Mindest-)Höhe zufließen sollen. Insoweit liegt eine Klarstellung gegenüber älteren Entscheidungen zu Internats- und Privatschulverträgen vor, bei denen eine derartige Prüfung nicht ausdrücklich vorgenommen worden ist (vgl. Urteil vom 17.01.2008 – III ZR 74/07, BGHZ 175, 102; Urteil vom 04.11.1992 – VIII ZR 235/91, BGHZ 120, 108; Urteil vom 28.02.1985 – IX ZR 92/84, NJW 1985, 2585) und bei denen der Eindruck entstehen könnte, dass es für das Merkmal der festen Bezüge ausreicht, wenn von vornherein festgelegte Beträge jeweils monatlich gezahlt werden, ohne dass es auf das Gewicht der regelmäßig zu zahlenden Vergütung ankäme. Der Annahme einer solchen Regelvergütung steht nicht bereits entgegen, dass zu den regelmäßigen monatlichen Zahlungen ein einmaliger Betrag i.H.v. 2.990,00 € für die Betriebsanalyse hinzu

53

trat (so OLG München, Beschluss vom 06.12.2016, 3 U 3745/16).

Bei Anwendung dieser Grundsätze kann nicht von einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen im Sinne von § 627 BGB ausgegangen werden. Vielmehr spricht zunächst gegen das erforderliche Gewicht der Tätigkeit und der damit verbundenen Bezüge der Umstand, dass die Klägerin sogar den Wegfall einer ganz erheblichen Zahl an Kunden infolge der Kündigung ihrer Berater im Juli 2012 wirtschaftlich überstanden hat. Dies stellt einen Anhaltspunkt dafür dar, dass jedenfalls ein einzelner Vertragspartner keinen mehr als nur unerheblichen Beitrag zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz geleistet hat. Aber auch unabhängig von dieser rückblickenden Betrachtung kann bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht von festen Bezügen im oben dargestellten Sinn ausgegangen werden.

54

Die Klägerin hat eine uneingeschränkte Zahl von möglichen Vertragspartnern angesprochen. Sie ist bundesweit tätig geworden und hat sich bei ihren Bemühungen, Kunden zu werben, an alle inhabergeführten Gastbetriebe (Hotels und Gaststätten) Deutschlands als Zielgruppe gewandt. Im Unterschied zu Fällen, in denen der Dienstverpflichtete lediglich eine begrenzte und überschaubare Anzahl von Plätzen und zudem möglicherweise beschränkt auf bestimmte Zeiträume, wie z. B. Schuljahre für die Betreuung oder Ausbildung von Dienstberechtigten zu vergeben hat, war eine solche Kapazitätsgrenze bei der Klägerin nicht gegeben. Der Geschäftsbetrieb der Klägerin war im Jahre 2012 bereits auf eine so große Zahl von Kunden angelegt, dass der Beitrag jedes einzelnen, von der Klägerin betreuten Unternehmens nicht beträchtlich ins Gewicht fiel. Die Klägerin hat selbst dargelegt, dass sie im Jahre 2012 einen Kundenstamm von ca. 300 Unternehmen akquiriert hatte. Der Jahresüberschuss 2012 habe 275.537,66 € betragen (bei einer Bilanzsumme von 1.138.064,33 €). Neben der externen Schulung musste die Klägerin hinsichtlich der Beratungsvereinbarung jährlich lediglich 18 Termine zu je 4 Stunden durchführen. Damit war einer der ca. 20 Berater der Klägerin lediglich an 9 Arbeitstagen jährlich (zuzüglich Zeiten für Vorbereitungen und Nachbereitung sowie Fahrtzeiten) speziell für die Beklagte beschäftigt. Angesichts dieser Zahlen kann die erforderliche wirtschaftliche Erheblichkeit der Bindung des Dienstverpflichteten zum Dienstberechtigten im vorliegenden Fall nicht angenommen werden (vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 05.01.2017, 2 U 114/16). Dem kann die Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sie aufgrund der Zahl von ca. 20 Beratern nur über eingeschränkte Kapazitäten verfügte. Denn die Klägerin hat selbst ausgeführt, dass sich die Beratungskapazitäten der einzelnen Coaches den jeweiligen Auslastungen anpassen ließen. Zum anderen bestand – wie sich durch die Entwicklung nach Juli 2012 gezeigt hat – jederzeit die Möglichkeit, das Beraterteam der Klägerin zu erweitern, ohne eine dauerhafte Verpflichtung gegenüber fest angestellten Mitarbeitern einzugehen. Denn die Berater der Klägerin waren sämtlich als freie Mitarbeiter mit flexiblem Arbeitsanteil tätig. Auch die Zahl der Seminare und Schulungen ließ sich an die Menge der Kunden anpassen. Die Zuweisung eines bestimmten kontingentierten Schulungsplatzes mit einem festgelegten Schulungsinhalt war anders als z.B. bei einer Privatschule nicht vorgesehen, vielmehr mussten die Kunden die Seminar- und Schulungsplätze nach Verfügbarkeit buchen.

55

Im Ausgangspunkt ist auf das jeweilige Gewicht der Gegenleistung des einzelnen Vertragspartners, hier also der Beklagten, für die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Dienstverpflichteten abzustellen. Dem kann im vorliegenden Fall nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass durch die singuläre Betrachtung der Vertragsverhältnisse die existenzbedrohende Wirkung der Beendigung einer Vielzahl von Verträgen in Folge eines identischen Anlasses ausgeblendet wird. Das Abstellen auf Anlässe für eine Kündigung, die sich nicht nur bei einem Vertragspartner, sondern bei einem Großteil von Kunden oder sogar

56

sämtlichen Dienstberechtigten auswirken, muss nämlich die Ausnahme darstellen. Denn bei den Anlässen der Kündigung handelt es sich um nicht vom Tatbestand des § 627 Abs. 1 BGB erfasste Motive für die Vertragsbeendigung des Dienstberechtigten. Solche Motive können allenfalls dann in die Beurteilung der Erheblichkeit der Bezüge des jeweiligen Vertragsverhältnisses einbezogen werden, wenn die einzelnen Vertragspartner nicht unabhängig voneinander die Kündigung erklären, sondern aufgrund einer vorherigen Absprache oder nach sonstiger Abstimmung über ein gemeinsames Vorgehen tätig geworden sind. Für eine derartige Abstimmung der Beklagten mit anderen Vertragspartnern der Klägerin im Vorfeld der Kündigung sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte ersichtlich. Dafür reichen die von der Geschäftsführerin der Beklagten eingeräumten Gespräche mit ihren ehemaligen Beratern im Vorfeld der Kündigung nicht aus.

b.

57

Es liegen auch Dienste höherer Art vor. Die von der Klägerin in dem einheitlich zu beurteilenden Vertragsverhältnis zugesagten Dienste setzen eine besondere fachliche Qualifikation voraus. Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es nicht darauf an, ob eine akademische Ausbildung, die etwa der eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers bzw. eines entsprechend qualifizierten Unternehmensberaters entspricht, für die Dienstleistung erforderlich ist. Es reichen vielmehr besondere fachliche Kenntnisse aus (BGH, Urteil vom 10. November 2016 – III ZR 193/16 –, juris), wobei es gleichgültig ist, wie diese Kenntnisse erlangt worden sind. Für die Beurteilung der erforderlichen Qualifikation kommt es auf die nach dem Vertrag geschuldete ordnungsgemäße Leistungserbringung an (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21.09.2016, 17 U 112/16). Es ist also darauf abzustellen, welche Fachkunde für eine mangelfreie Erbringung der nach dem Vertragsinhalt geschuldeten Leistung erforderlich war. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, welche berufliche Qualifikation die von der Klägerin beschäftigten Berater und sonstigen für die Erfüllung der Aufgaben gegenüber der Beklagten eingesetzten Personen hatten. Deshalb nutzt es der Klägerin wenig, darauf abzustellen, dass die (freien) Mitarbeiter und sogar die Geschäftsführer der Klägerin lediglich auf gesammelte Erfahrungen im Hotel- und Gaststättengewerbe zurückgreifen konnten. Insoweit ist es eher befremdlich, dass die Klägerin nicht davor zurückgeschreckt, eine (angeblich fehlende) Qualifikation ihrer Geschäftsführer damit zu begründen, es habe sich bei diesen Personen mit offensichtlich maßgeblichem Einfluss auf die Inhalte des Leistungsangebots der Klägerin um einen gelernten Maschinenbauschlosser bzw. einen Drucker gehandelt. Die Klägerin kann sich auch nicht darauf zurückziehen, dass sie lediglich einfachste Analysen durchgeführt habe, für die Erfahrungen im Bereich des Hotel- und Gaststättengewerbes allenfalls förderlich, aber wohl nicht zwingend erforderlich gewesen seien.

58

Für die Art und erforderliche Qualifikation der geschuldeten Leistung ist nämlich darauf abzustellen, wie sich der geschuldete Leistungsinhalt nach den von der Klägerin im Rahmen der Vertragsanbahnung hervorgerufenen Erwartungen bei ihren Kunden, insbesondere der Beklagten, darstellte. Denn diese Inhaltsbeschreibungen sind Vertragsgegenstand geworden, so dass sich die Klägerin daran ebenso wie für die Vertragsdurchführung auch im Rahmen der Vertragsbeendigung nach § 627 BGB messen lassen muss.

59

Die von den Parteien vorgelegten Beschreibungen des von der Klägerin geschuldeten Leistungsumfangs stehen in krassem Widerspruch zu dem von der Klägerin in diesem Rechtsstreit gezeichneten Bild von lediglich allgemeinen, nicht auf das jeweilige Unternehmen des Kunden zugeschnittenen Konzepten mit Aktions-Flyern, die mit simplen Werbesprüchen verknüpft und für den gesamten Kundenstamm gleichermaßen geeignet

60

gewesen seien (Bl. 434 d.A.), sowie von lediglich einfachsten Analysen. Bei der von der Beklagten zusätzlich zu einem Preis von 2.990,00 € netto in Auftrag gegebenen „Betriebsanalyse für Hotelbetriebe“ habe es sich nur um einen kurzen Finanzcheck (Bl. 433 d.A.) gehandelt, bei dem es sich um einen „einmaligen Vorgang zur Befassung der Klägerin durch ihre Berater mit dem Unternehmen der Beklagten gehandelt habe“. Es finde lediglich ein überschlagsmäßiger Einblick in die betrieblichen Verhältnisse des jeweiligen Kunden statt, um die Bereiche des anzuwendenden allgemeingültigen Wissens besser eingrenzen zu können. Es finde allerdings keine ausgeklügelte und anspruchsvolle Unternehmensberatung statt (Bl. 319 d.A.). Vielmehr habe lediglich die Vermittlung von Fachwissen im Vordergrund gestanden. Die Berater hätten lediglich schematisch ihr Wissen beim jeweiligen Kunden zur Anwendung gebracht und dabei einfache Maßnahmen im Bereich Marketing und Betriebsorganisation angewendet. Bei den Dienstleistungen der Klägerin habe es sich um die Bereitstellung simpler Marketingkonzepte (Stichwort: „Die Wunschpfanne“) gehandelt, die den Kunden im Rahmen der Nutzungsvereinbarung zur eigenen Umsetzung zur Verfügung gestellt und im Rahmen der Beratungsvereinbarung durch den jeweiligen Berater vor Ort vermittelt worden seien (Bl. 152 d.A.). Aus der Tatsache, dass die Klägerin ihre Dienstleistung als hochwertige Dienstleistung beworben habe, folge nicht, dass es sich auch gleichzeitig um eine höhere Dienstleistung handele.

Mit diesen einschränkenden und zurückhaltenden Beschreibungen der Dienstleistungen der Klägerin sind die unabhängig von dem vorliegenden Prozess gefertigten Unterlagen zur inhaltlichen und werblichen Beschreibung der Leistungen der Klägerin nicht vereinbar. Dies beginnt bei den von der Klägerin vorgelegten Profilen der von ihr als angeblich gleichwertigem Ersatz für die ausgeschiedenen Berater gefundenen Fachleute mit mehrjähriger Berufserfahrung und einem umfangreichen praxiserprobten Fachwissen (Bl. 145 d.A.). Durch diese neu gewonnenen Berater sollte die Beratungsleistung auch ohne signifikante Reibungsverluste nach Einarbeitung in die Belange der Beklagten weiterhin kurzfristig möglich gewesen sein. In den vorgelegten Profilen unter dem Logo der Klägerin (Anl. K6 zum Schriftsatz der Klägerin vom 22.04.2016, Bl. 154 ff.) wird beispielsweise der neue Berater C (staatlich geprüfter Hotelbetriebswirt) dahingehend beschrieben, dass er „selbstständiger Unternehmensberater“ sei und Betriebe der mittleren und gehobenen Hotellerie- und Gastronomie berate (Bl. 154 d.A.). Kernkompetenzen des Beraters seien: Strategische Unternehmensentwicklung, Turn-Around-Beratung, kreative Marketingmaßnahmen, Maßnahmen zur Umsatz- und Gewinnoptimierung, Entwerfen von Marketingstrategien, Finanzplanung und Kostenrechnung, Neuausrichtung aller Gästeberührungspunkte, Mitarbeiterseminare etc. Der Berater T blicke auf eine 20-jährige Erfahrung als Direktor der 4 Sterne-Kategorie in der Privat- sowie Konzernhotellerie Deutschlands zurück (Bl. 156 d.A.).

61

Der der Beklagten als Nachfolger für die ausgeschiedenen Berater vorgeschlagene „Hotelfachmann“ N habe seinen Schwerpunkt in der Steigerung der Umsätze im Logisbereich. Der Weg zu steigenden Umsätzen bestehe aus mehreren Bausteinen: SWOT-Analyse, detaillierte Mitarbeiter-Analyse, Darstellung von Alleinstellungsmerkmalen, Kanalisierung des Auftritts in den nationalen und internationalen Buchungsmaschinen, Analyse der optimalen Nutzung des Front-Office-Systems. In den Aussagen zu dem Berater heißt es:

62

„Nach der individuellen und auf das jeweilige Haus und seinen Markt zugeschnittenen Konzeptentwicklung folgt das Wichtigste: die Umsetzung! (...) Sein zweiter Schwerpunkt ist die Turn-Around-Beratung: Wenn es im Hotel nicht mehr rund läuft und die existierenden Mechanismen nicht mehr greifen, hilft ein Blick vom erfahrenen Coach auf die momentane

63

Situation. Die Entwicklung neuer Leitlinien und die rasche Umsetzung entsprechender Maßnahmen sind Garant für nachhaltige Umsatzsteigerungen.“

Der Berater S berate und unterstütze „die H-N2-Betriebe als Coach und Trainer in den Schwerpunkten Change-, Revenue- und Yield-Management sowie im Aftersales Marketing“ (Bl. 163 d.A.). 64

Der Berater I erarbeite neben laufenden Buchführungsarbeiten der Finanz- und Lohnbuchhaltung individuell aussagekräftige Auswertungen, so dass die Unternehmer die Zahlen ihres Unternehmens verstehen und daraus wichtige Entscheidungen zum Wohl ihres Unternehmens ableiten könnten. Dazu zählten: 65

„Einführung einer fundierten Geschäftsplanung, Soll-/Ist-Analysen und was man daraus erkennen kann, Entwicklung von Steuerungstools, Kalkulationsroutinen einführen, Kostentreiber aufspüren und eliminieren, Einsparpotenziale offenlegen, Kennzahlenoptimierung, vorbereiten und begleiten von Bankgesprächen, Zuschüssen und Fördermitteln, im Rechnungswesen Erfassen der laufenden Geschäftsvorfälle im Rahmen des § 6 Nr. 4 StBerG, Erstellung laufender Lohnabrechnungen plus Lohnsteueranmeldungen. 66

Zusammenfassend hieß es in dem Profil des Beraters: 67

„I kann Ihnen helfen, eine Individualgastronomie auf Systembasis zu betreiben. Sie bleiben ein Individualgastronom, integrieren dabei jedoch die Vorzüge der Systemgastronomie in alle ihre Geschäfte, wie etwa die Standardisierung der Arbeitsabläufe, das einheitliche Erscheinungsbild sowie die zentrale Steuerung.“ 68

Die Profile und Lebensläufe der neuen Berater seien nach Behauptung der Klägerin mit Schreiben vom 03.09.2012 sämtlichen Kunden einschließlich der Beklagten übersandt worden. Mit E-Mail vom 11.09.2012 hat die Klägerin den Berater N vorgestellt, der der Beklagten „als kompetenter Hauptansprechpartner in allen Bereichen der Beratung zur Seite“ stehe (Bl. 172 d.A.). 69

Die ganz überwiegende Zahl dieser für die neuen Berater angepriesenen Leistungen und Fähigkeiten hat eine individuelle Betrachtung des jeweiligen Unternehmens zum Gegenstand und beschränkt sich ausdrücklich nicht darauf, nur allgemeingültiges Wissen unabhängig von den Besonderheiten des jeweiligen Betriebes zu vermitteln. 70

In der von der Beklagten vorgelegten Begrüßungsmappe für die Kunden der Klägerin hieß es zudem unter Ziff. 4 (Anl. B1 zur Klageerwiderung, Bl. 44 d.A.): 71

„(...) Ziel der Beratungstermine ist es, dass Sie die von H-N2 vorgefertigten erfolgserprobten Konzepte, zusammen mit Ihrem persönlichen Berater und Coach, auf ihren Betrieb zuschneiden und individuell anpassen. Auf diese Weise ist eine optimale Umsetzung für maximalen Erfolg gewährleistet. Zusätzlich können Sie mit Ihrem persönlichen Berater Schulungstermine festlegen, um Ihr Team auszubilden und zu motivieren. 72

(...) Die Inhalte für die Beratungen und betriebsinternen Schulungen werden von Ihrem persönlichen H-N2-Coach innerhalb einer Jahresmarketingplanung vordefiniert. Der Maßnahmeplan entsteht in der Regel durch eine detaillierte Betriebsanalyse und dem sich daraus ableitenden Stärken-/Schwächen Profil Ihres Betriebes. 73

So erreichen Sie am sichersten und stärksten ihre betrieblichen Ziele. (...)“ 74

75

Auf dieser Grundlage sind nach den anzuwendenden objektiven Maßstäben höhere Dienste geschuldet, die im Allgemeinen aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Insoweit kommt es auf das Vertrauen des Dienstberechtigten in den Dienstverpflichteten an; ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis ist demgegenüber keine Voraussetzung. Das besondere Vertrauensverhältnis muss auf einem persönlichen Vertrauen basieren, das sich nicht lediglich auf die Sachkompetenz des Vertragspartners erstreckt. Eine Übertragung aufgrund besonderen Vertrauens kommt immer dann in Betracht, wenn die Dienstleistung den persönlichen Lebens- oder Geschäftsbereich betrifft und daher in besonderem Maße Diskretion erfordert. Dies ist etwa der Fall, wenn der Dienstverpflichtete im Rahmen einer steuer- oder wirtschaftsberatenden Tätigkeit Einblick in Geschäfts-, Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Dienstberechtigten erlangt. Bei der Beauftragung mit derartigen Dienstleistungen legt der Dienstberechtigte typischerweise einen gesteigerten Wert auf die persönliche Zuverlässigkeit, Loyalität und Seriosität des Dienstverpflichteten. Dabei ist es unerheblich, ob die Dienste auch im konkreten Einzelfall wirklich auf einer solchen Vertrauensgrundlage übertragen wurden. Irrelevant für das Kündigungsrecht ist auch, ob tatsächlich ein Vertrauensverlust eingetreten ist. Allein der Umstand, dass der Dienstberechtigte ein Vertragsverhältnis nicht mit einer Einzelperson, sondern mit einer juristischen Person begründet, führt nicht zur Unanwendbarkeit des § 627 BGB (BGH, Urteil vom 08.10.2009, III ZR 93/09). Deshalb kann es entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt (Urt. vom 13.06.2014, 25 U 108/13) nicht darauf ankommen, dass die Klägerin die von ihr geschuldeten Leistungen nicht mit fest angestellten Beratern und von ihr überwachten Mitarbeitern, sondern durch freie Mitarbeiter erbringe, die immer wieder wechselten. Dabei ist schon zweifelhaft, ob es auf Grundlage des Unternehmenskonzeptes der Klägerin sinnvoll oder gängige Praxis war, einen ständigen Wechsel der Berater zuzulassen. Jedenfalls kommt es auf das von der Klägerin hervorgerufene Vertrauen in die persönlichen und fachlichen Qualifikationen der Gesamtheit der von ihr zur Beratung eingesetzten Berater und die sonstigen fachlichen Kompetenzen im Rahmen des von der Klägerin angebotenen Gesamtkonzeptes an.

Sowohl die Profile der Berater als auch die Aussagen in der Begrüßungsmappe beschreiben eine Leistungsanforderung, die besondere Fachkenntnisse voraussetzen und den persönlichen Geschäftsbereich des Dienstberechtigten betreffen (BGH NJW 2011, 3575 Rn. 9). Bei der von der Klägerin zugesagten Beratung ist der Kernbereich der betrieblichen Organisation betroffen. Dieser Kernbereich soll analysiert und gegebenenfalls restrukturiert bzw. optimiert werden. Die Klägerin hat selbst eingeräumt, dass aufgrund ihres Beratungskonzeptes Einblicke in die persönlichen und betrieblichen Verhältnisse ihrer Kunden erlangt werden. Vor diesem Hintergrund konnte die Beklagte eine Dienstleistung höherer Art erwarten. Das von der Klägerin demgegenüber im Prozess beschriebene Leistungsspektrum hätte keine ordnungsgemäße Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages dargestellt.

c. 77

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Beratungsleistung im Gesamtgefüge der vertraglich geschuldeten Leistungen der Klägerin nur von untergeordneter Bedeutung gewesen sei und nicht den Schwerpunkt der insgesamt vereinbarten Dienstleistung ausgemacht habe. Nach Auffassung der Klägerin handele es sich um einen Kombinationsvertrag, der von einem gemischten Vertrag zu unterscheiden sei. Für die Behandlung eines solchen Vertrages komme es auf den Schwerpunkt der geschuldeten Leistungen an. Dieser liege aber auf den zur Verfügung gestellten allgemeinen Unterlagen im Rahmen der Nutzungsvereinbarung und den angebotenen externen Schulungen und

Seminaren, also auf einer reinen Wissensvermittlung.

Dieser Betrachtung steht bereits die Bedeutung der Beratungsleistung für die Beklagte entgegen. Ein Schwerpunkt auf der Nutzungsvereinbarung folgt demgegenüber nicht schon aus der Regelung über die Vergütung. Die Nutzungsvereinbarung führte zwar zu einem monatlichen Entgelt von netto 1.045,00 €, während die Beratungs- und Schulungsvereinbarung ein monatliches Nettoentgelt von 855,00 € ausmachte. Entscheidend ist aber, dass die externen Schulungen nach der Gesamtkonzeption ohne die Beratungen im Betrieb zu dessen Stärkung kaum hinreichend sein konnten. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte hinsichtlich der Beratungsvereinbarung in erster Linie Schulungstermine zur Wissensvermittlung in Anspruch genommen hat. Die Beklagte hat im Juni/Juli 2012, also in den ersten beiden Monaten der Vertragslaufzeit, vielmehr 4 Beratungstermine mit ihren Coaches in Anspruch genommen und hatte nach dem Vortrag der Klägerin einen weiteren für August vereinbart. 79

Nach der Gesamtkonzeption des Angebots der Klägerin wäre eine bloße Inanspruchnahme der allgemein gehaltenen Mappen sowie der allgemeinen Seminare im Rahmen der Nutzungsvereinbarung für den jeweiligen Betrieb deutlich weniger nützlich gewesen als die Beratung zur Umsetzung auf den jeweilige Betrieb. Das Konzept der Klägerin wurde erst durch eine individuelle Anpassung auf den jeweiligen Betrieb unter Berücksichtigung der Besonderheiten der unternehmerischen Ausrichtung und der geschäftlichen Abläufe im jeweiligen Hotel bzw. in der jeweiligen Gaststätte interessant (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 31.08.2016, 2 U 69/16; Beschluss vom 10.11.2016, 13 U 144/16). Nur so ist zu erklären, dass die Beklagte wie viele andere Unternehmen bereit war, für die Dienstleistungen der Klägerin eine monatliche Zahlung von 1.900,00 € netto aufzuwenden. 80

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die vorgesehenen internen Schulungstermine jeweils eine besondere Schulung der Mitarbeiter des Unternehmens durch den mit dem Unternehmen vertrauten Berater als Coach darstellen sollten. Auch bei diesen Schulungen geht es also nicht um eine allgemeine Wissensvermittlung, sondern es sollten die in den Beratungsgesprächen erarbeiteten individuellen Ziele und Verbesserungsmöglichkeiten durch konkrete Schulungen der Mitarbeiter umgesetzt werden. Anders einzuordnen sind möglicherweise die allgemeinen Seminare, die zusätzlich gebucht werden konnten. Das führt aber nicht dazu, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit auf der allgemeinen, betriebsunabhängigen Wissensvermittlung gelegen hat. Die allgemeinen Informationen, die angebotenen Schulungen und die individuellen Beratungsleistungen greifen im Rahmen eines einheitlichen Konzeptes ineinander. Der wichtigste Bestandteil liegt für den jeweiligen Betrieb in der individuellen Beratung und den Coachingterminen vor Ort, durch die eine Umsetzung und Anpassung der allgemeinen Konzepte für den jeweiligen Betrieb sichergestellt werden sollte (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13.08.2016, 2 U 69/16; Beschluss vom 05.01.2017, 2 U 100 1416). Deshalb kann entgegen der Auffassung des Landgerichts München II (Urteil vom 31.07.2015, 2 O 5076/13) nicht allein darauf abgestellt werden, dass die durchzuführenden Schulungen eine Alternative zu den Beratungen darstellten und es sich bei Schulungen um reine Wissensvermittlung gehandelt habe, die nicht zu den höheren Diensten im Sinne von § 627 Abs. 1 BGB zähle. 81

4. 82

Die Berufung ist auch unbegründet, soweit das Landgericht eine Forderung der Klägerin über vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten abgelehnt hat. Dagegen werden in der Berufung keine Gründe vorgetragen. 83

84

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Der Senat misst der vereinzelt gebliebenen und auch auf Besonderheiten des Einzelfalls zurückzuführenden Rechtsprechung des OLG Frankfurt (25 U 187/12) angesichts des einheitlichen Bildes der Entscheidungen einer Vielzahl anderer Oberlandesgerichte keine solches Gewicht bei, dass zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich wäre.