

PATRICK SCHWEFER

Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Fitness-Verträgen

Juristische Reihe **TENEA** / www.Jurawelt.com Bd. 46



46

Juristische Reihe

TENEA / www.Jurawelt.com



TENEA

Das Fitness-Studio hat in den letzten beiden Jahrzehnten dem klassischen Sportverein in vielen Regionen Deutschlands den Rang abgelaufen. Dies gilt insbesondere für die Großstädte, in denen Menschen nahezu aller Altersklassen die Angebote der Studios nutzen. Die Anzahl der aktiven Fitness-Sportler ist auf etwa 5 Millionen im gesamten Bundesgebiet gestiegen.

Damit hat zugleich die Bedeutung des Fitness-Vertrages an sich zugenommen. Dies führte in den 90er Jahren zu einer Flut von Urteilen, in denen sich die Gerichte mit der Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen auseinanderzusetzen hatten. Die Musterklagen einiger Verbraucherverbände führten zu Grundsatzurteilen des Bundesgerichtshofes und der Oberlandesgerichte. Seither hat die Zahl der veröffentlichten Urteile drastisch abgenommen.

Sind damit alle rechtlich relevanten Fragen geklärt? Der Autor zeigt auf, dass dies nicht der Fall ist. Vor allem der Bundesgerichtshof hat grundsätzliche Fragen offen gelassen und dort, wo er Akzente gesetzt hat, gleichzeitig neue Fragen aufgeworfen. Darüber hinaus waren einige Geschäftsbedingungen, wie etwa die Zahlung einer Anmeldegebühr, bislang nicht Gegenstand veröffentlichter Gerichtsentscheidungen.

Dem trägt der Autor dadurch Rechnung, dass er sich schwerpunktmäßig mit den Fragen der Vertragseinordnung in das System des BGB, der Zulässigkeit der vielerorts erhobenen Anmeldegebühr und der Laufzeit des Vertrages sowie den Kündigungsmöglichkeiten auseinandersetzt. Darüber hinaus gibt der Autor dem Leser in einer Gesamtschau einen weitreichenden Überblick über die Judikatur und zeigt Begründungsdefizite einzelner Urteile auf.

Patrick Schwefer, geb. 1969 in Neheim-Hüsten; 1989–1996 Studium der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster; 1. Staatsexamen 1996; anschließend Referendariat in Düsseldorf und Sydney; 2. Staatsexamen 1999; danach Tätigkeit in Düsseldorf WP-Gesellschaft; Promotion bei Prof. Dr. Timm, Münster; seit März 2002 im Finanzbereich eines Versicherungskonzerns und nebenberuflich als Rechtsanwalt in München tätig.

TENEA



Tenea (ἡ Τενέαι), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

PATRICK SCHWEFER

Die Wirksamkeit
Allgemeiner Geschäftsbedingungen
in Fitness-Verträgen

TENEA



Patrick Schwefer:

Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen
in Fitness-Verträgen

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 46)

Zugleich Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Dissertation 2002

D 6

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Timm
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Klicka
Dekan:	Prof. Dr. Pieroth
Datum der mündlichen Prüfung:	12. November 2002

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2003

ISBN 3-86504-019-5

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2002/2003 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Wolfram Timm für die großen Freiräume bei der Betreuung der Arbeit. Weiterhin danke ich Herrn Prof. Dr. Thomas Klicka für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich überdies den Herren Dres. Michael Schamberger und Felix Streitferdt für ihre Unterstützung mit Rat und Tat, insbesondere ihrer Hilfe beim Korrekturlesen.

Besonders herzlicher Dank gilt meinen Eltern, denen ich diese Arbeit gewidmet habe. Erst ihre vielfältige Unterstützung meiner Ausbildung hat die Anfertigung der vorliegenden Dissertation ermöglicht.

München, im Juni 2003

Patrick Schwefer

Inhaltsverzeichnis:

Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	VIII
§ 1 Einleitung	1
A. Die Entwicklung der Fitness-Branche	1
I. Die wirtschaftliche Entwicklung	1
II. Die Entwicklung der Trainingsformen in den Fitness-Studios	1
III. Die verschiedenen Typen von Fitness-Studios	2
B. Konkretisierung der Aufgabenstellung	3
C. Bedeutung der Schuldrechtsreform	4
D. Gang der Untersuchung	5
§ 2 Anwendbarkeit des Rechts der AGB und der RL 93/13/EWG	6
A. Anwendungsbereich gem. § 310 I, II, IV BGB	7
B. Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB	8
I. Vom Verwender gestellte, nicht ausgehandelte Vertragsbedingungen	8
II. Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen	8
1. Klauseln mit Wahlmöglichkeit	9
2. Ergänzungsbedürftige Klauseln	9
C. Modifizierte Anwendung unter Maßgabe der EU-Richtlinie 93/13/EWG	10
I. Erweiterte Anwendung auf Verbraucherverträge gem. § 310 III BGB	10
II. Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung	11
§ 3 Prüfungsrahmen und Beurteilungsmaßstäbe	13
A. Transparenzgebot	13
I. Unwirksamkeit gem. § 305 II Nr. 2 BGB	14
II. Unwirksamkeit gem. § 305c I BGB	14
III. Auslegung gem. § 305c II BGB	16
1. Objektive Auslegung	16
2. Auslegung im Verbandsverfahren	16
3. Auslegung im Individualverfahren	17
B. Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB	18
I. Überblick über die gesetzliche Regelung	18

II

II. Generalisierend-typisierender Prüfungsmaßstab	20
1. Grundsatz.....	20
2. Berücksichtigung der den Vertragsabschluss begleitenden Umstände....	20
a. Wortlaut und Systematik des § 310 III BGB	21
b. Harmonisierung der unterschiedlichen Schutzzwecke des Gesetzes ..	22
III. Auslegung des § 307 II BGB	23
1. Voraussetzungen des § 307 II Nr. 1 BGB	24
2. Anwendungsbereich des § 307 II Nr. 2 BGB.....	25
§ 4 Die rechtliche Einordnung der Fitness-Verträge	27
A. Einführung.....	27
I. Die Problematik - Stand der Diskussion	27
II. Kritische Betrachtung	28
III. Vorgehensweise.....	30
B. Die rechtliche Beurteilung der einzelnen Vertragselemente.....	31
I. Methode der Vertragstypbestimmung	31
1. Begriffliche Methode	31
2. Typologische Methode	32
3. Bewertung der Einordnungsmethoden.....	34
a. Begründungswert der Methoden.....	34
b. Zweckmäßigkeit der Methoden.....	38
II. Die Einordnung der einzelnen Vertragselemente	39
1. Die Trainingsbetreuung.....	39
2. Die Gebrauchsüberlassung der Sportgeräte.....	40
a. Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der Miete.....	40
aa. Voraussetzungen des § 535 BGB.....	40
(1) Gebrauchsüberlassung einer Sache gem. § 535 I 1 BGB.....	40
(2) Inhalt der Gebrauchsüberlassungs- und Erhaltungspflicht des Studios	41
bb. Gewährleistung gem. §§ 536, 536 a BGB	44
cc. Persönliche Verhinderung, § 537 BGB	45
b. Gesamtbetrachtende Wertung	47
c. Vergleich mit anderen gesetzliche Vertragstypen	49
d. Schlussfolgerung	50
3. Die Gebrauchsüberlassung der Trainingsräume.....	50
C. Die rechtliche Beurteilung des Gesamtvertrages	51
I. Kritische Bewertung des Meinungsstands.....	52
1. Absorptions- und Kombinationstheorie	52

2. Typenunterteilung im heutigen Schrifttum	53
3. Folgerungen für den Fitness-Vertrag in Rechtsprechung und Literatur	55
4. Keine Zuordnung zu einem der Grundformen des gemischten Vertrags ..	56
II. Allgemeine Überlegungen.....	57
1. Flexible Beurteilung von Einzelfragen.....	57
2. Unterscheidung verschiedener Rechtsfragen	58
III. Rechtsfragen, die einheitlich beantwortet werden müssen	58
1. Anwendung der Absorptionsmethode.....	58
2. Bestimmung des maßgeblichen Vertragselements.....	59
a. Wirtschaftliche, am Vertragszweck orientierte Betrachtungsweise.....	60
aa. Geeignetheit wirtschaftlicher Kriterien	60
bb. Bedeutung der Vertragselemente für die Fitness-Studios	61
cc. Bedeutung der Raumüberlassungspflicht für die Kunden.....	61
dd. Bedeutung der übrigen Vertragspflichten für die Kunden.....	62
ee. Schlussfolgerung.....	63
(1) Vertrag gerichtet auf Teilnahme am Gruppentraining	63
(2) Vertrag gerichtet auf Teilnahme am Gerätetraining	64
b. Schutzzweck der gesetzlichen Vorschriften	66
c. Wille zur einheitlichen Beurteilung von Geräte- und Gruppentraining...	67
d. Grundsätzlicher Geltungsanspruch des dispositiven Rechts.....	69
e. Fazit.....	70
IV. Rechtsfragen, die unterschiedlich beantwortet werden können	70
1. Grundsatz: Anwendung der Kombinationsmethode.....	70
2. Absorptionsmethode zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen	71
a. Persönliches Leistungshindernis des Dienstverpflichteten	71
b. Unzumutbarkeit des Trainings aufgrund eines Mietmangels	73
c. Fazit.....	74
§ 5 Leistung und Entgelt.....	74
A. Vertragstyp und monatliches Entgelt	74
B. Anmeldegebühr	76
I. Wirtschaftliche Bedeutung und Meinungsstand	76
II. Schranken der Inhaltskontrolle, § 307 III 1 BGB	77
1. Entgelt für eine Hauptleistung.....	77
2. Preisnebenabrede	79
a. Ausgangspunkt: Wortlaut und Wille des historischen Gesetzgebers....	80
b. Möglichkeit der Inhaltskontrolle	81
aa. Kontrollmaßstab im Dienstvertrags- bzw. im Mietrecht	82
bb. Allgemeine Rechtsgrundsätze.....	82
(1) Aufnahmegebühr im Vereinsrecht	83

(2) Vertragskosten im Kaufrecht.....	83
(3) Allgemeiner Grundsatz des Gesamtpreises.....	84
cc. Schlussfolgerung.....	85
c. Erfordernis der Inhaltskontrolle	85
d. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle.....	86
e. Ergebnis der Auslegung.....	89
III. Inhaltskontrolle gem. §§ 307 II Nr. 1, I BGB	90
§ 6 Vertragslaufzeit.....	91
A. Erstlaufzeit	92
I. Der Trend zu kürzeren Laufzeiten im Lichte der Rechtsprechung.....	92
II. Indizwirkung des § 309 Nr. 9 BGB	94
1. Die Argumentation des BGH.....	95
a. Urteil des XII. Senats zur Laufzeit des Fitness-Vertrages.....	95
b. Urteil des VIII. Senats zur Laufzeit von Zeitschriftenabonnements	96
c. Urteil des VIII. Senats zur Laufzeit eines Tänzer ausbildungsvertrags ..	96
2. Kritische Bewertung der Regelfall-Argumentation des BGH	97
a. Der Widerspruch in der Argumentation des VIII. Senats.....	97
b. Kein Regelfall des Unterrichtsvertrags	97
c. Die Heterogenität der von § 309 Nr. 9 BGB erfassten Vertragstypen ..	98
d. Keine Gleichbehandlung ungleicher Vertragstypen	99
3. Schlussfolgerung für den Fitness-Vertrag	100
III. Inhaltskontrolle am Maßstab der Generalklausel § 307 BGB	100
1. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken, § 307 II Nr. 1 BGB ..	100
2. Unangemessene Benachteiligung, § 307 I BGB	101
a. Das Interesse der Studios an langfristigen Verträgen.....	101
b. Das Interesse der Kunden an kurzen Laufzeiten	102
aa. Die finanzielle Belastung des Kunden	102
bb. Mangelnder Überblick der Kunden über zukünftige Umstände....	103
c. Abwägung der unterschiedlichen Interessen	104
d. "Heilung" unangemessener AGB durch Möglichkeit der Tarifwahl....	106
B. Stillschweigende Vertragsverlängerung	107
I. Unwirksamkeit gem. § 308 Nr. 5 BGB	108
II. Unwirksamkeit gem. § 307 II Nr. 1, I BGB	109
1. § 309 Nr. 9 BGB als möglicher wesentlicher Grundgedanke	109
2. Allgemeiner Rechtsgedanke in § 309 Nr. 9 BGB	110
III. Schlussfolgerung für den Fitness-Vertrag	112
C. Ordentliche Kündigung.....	113

I. Kündigungsfrist	113
II. Kündigungsform.....	114
§ 7 Zahlung	115
A. Lastschriftverfahren	115
I. Vorteile des Lastschriftverfahrens.....	116
1. Vorteile für die Fitness-Studios	116
2. Vorteile für die Kunden	116
II. Mögliche Nachteile für die Kunden	116
1. Einschränkung der Dispositionsfreiheit.....	117
2. Insolvenzrisiko	117
a. Art des Lastschriftverfahrens.....	117
b. Widerspruchsmöglichkeit des Kunden.....	118
aa. Frist von sechs Wochen	118
bb. Unbefristetes Widerrufsrecht.....	118
3. Schadensersatzansprüche der Bank	119
4. Abwägung der Vor- und Nachteile	120
B. Vorleistungspflicht.....	120
I. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 2a BGB	121
II. Unwirksamkeit gem. § 307 II Nr. 1, I BGB	122
1. Sachliche, die Umkehr der Vorleistungspflicht rechtfertigende Gründe ..	122
2. Zumutbarkeit der Vorleistungspflicht für die Kunden	123
C. Vorfälligkeit.....	124
I. Das Argumentationsmuster des OLG Celle	124
II. Vertragsstrafe i.S.d. § 309 Nr. 6 BGB	125
III. Unwirksamkeit gem. § 307 II Nr. 1, I BGB	126
1. § 498 I und § 543 II 1 Nr. 3 BGB als wesentliche Grundgedanken.....	126
2. §§ 614, 320 BGB als wesentlicher Grundgedanke	127
D. Mahnkostenpauschale.....	129
I. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 4 BGB	129
II. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 5a BGB	130
III. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 5b BGB	131
§ 8 Leistungshindernis, das in der Person des Kunden begründet ist	131
A. Vergütung unabhängig von der Inanspruchnahme	131
I. Die Argumentation des Bundesgerichtshofs	132
II. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken, § 307 II Nr. 1 BGB.....	133

1. Anwendbarkeit des § 615 S. 1 BGB	133
a. Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug.....	133
aa. Das Problem: Fixschuldcharakter von Dienstleistungen.....	134
bb. Rechtsfigur der Annahmearbeit	135
cc. Exklusivitätsverhältnis zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug	136
2. Gesamtanalogie zu §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB.....	137
a. Grundgedanke der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB	137
b. Vertragliche Pflicht, eine Überbelegung des Studios zu verhindern...	138
c. Weitere die Interessenlage berührende Gründe	139
d. Zeitspanne, in der eine Analogie gerechtfertigt ist	140
3. Ergebnis.....	140
B. Außerordentliche Kündigung.....	141
I. Kündigung gem. §§ 626, 627 BGB.....	141
II. Einzelne Kündigungsgründe.....	143
1. Krankheit.....	143
2. Umzug des Kunden.....	145
3. Einberufung zum Wehrdienst/ Schwangerschaft.....	145
§ 9 Freizeichnungsklauseln	146
A. Haftung für Schäden, die im Trainingsbetrieb entstehen	146
B. Haftung für mitgebrachte Sachen.....	147
I. Kein Umkehrschluss zu § 309 Nr. 7 BGB bei leichter Fahrlässigkeit	148
II. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes	148
§ 10 Leistungsänderung/ -einschränkung	151
A. Änderung der Öffnungszeiten	151
I. Vereinbarkeit der typischen Klauseln mit § 308 Nr. 4 BGB	151
II. Möglichkeit, einen Änderungsvorbehalt in den AGB festzulegen	151
B. Umzug des Studios	153
C. Urlaubsbedingte Schließung.....	153
§ 11 Sonstige Klauseln.....	154
A. Bestätigung, gesund zu sein	154
B. Verbindlichkeit der Hausordnung und der Anweisungen der Trainer	155
C. Gerichtsstandsvereinbarung	156
§ 12 Thesen	156

Abkürzungsverzeichnis:

BAG	Bundesarbeitsgericht
BerGer.....	Berufungsgericht
BT-Drucks.....	Drucksachen des Deutschen Bundestages
ders.	derselbe
dies.....	dieselbe/dieselben
DSSV.....	Deutscher Sportstudio-Verband
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
gem.	gemäß
insb.....	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des/der
LSA.....	Lastschriftabkommen der Banken
MethL	Methodenlehre
MünchKomm	Münchener Kommentar
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
pVV.....	positive Vertragsverletzung
SchuldR.....	Schuldrecht
U.....	Berufung in Zivilsachen
Vorb.....	Vorbemerkung
WiB.....	Wirtschaftsrechtliche Beratung
ZR.....	Revision in Zivilsachen

Im übrigen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert	Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin 1993.
Duden	Rechtschreibung der deutschen Sprache, 21. Auflage, Mannheim 1997.

VIII

Literaturverzeichnis:

- Artz, Markus
Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 –
Integration der Nebengesetze in das BGB,
in: JuS 2002, 528-535.
- Basedow, Jürgen
Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte,
in: AcP 182 (1982), 335-371.
- Bauer, Heinrich
Der Widerspruch des Zahlungspflichtigen im
Lastschriftverfahren,
in: WM 1981, 1186-1199.
- Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus J.
Handelsgesetzbuch,
30. Auflage, München 2000.
- Becker, Thomas
Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGBG,
Heidelberg 1986.
- Berger, Nikolaus
Typus und Rechtsnatur des Herstellerleasing,
Heidelberg 1988.
- Beineke, Claudia
Die richterliche Kontrolle von Entgeltklauseln der
Kreditwirtschaft nach dem AGB-Gesetz,
Diss., Köln 2001.
- Beuthien, Volker
Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuld-
verhältnis,
Tübingen 1969.
- Ders.
Das Nachleisten versäumter Arbeit - Zum
Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht -,
in: RdA 1972, 20-23.
- Börner, Andreas
Die "Heilung" von AGB durch die Berück-
sichtigung vertragsabschlußbegleitender
Umstände nach § 24a Nr. 3 AGBG,
in: JZ 1997, 595-601.
- Borges, Georg
Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen,
Berlin 2000.

- Brandenburg, Hans-Friedrich Die teleologische Reduktion,
Göttingen 1983.
- Brandner, Hans Erich Schranken der Inhaltskontrolle,
in: Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag,
S. 1-14,
Karlsruhe 1978.
- Ders. Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei
Verbraucherverträgen,
in: MDR 1997, 312-315.
- Brechmann, Wilfried Zur richtlinienkonformen Auslegung,
München 1994.
- Brors, Christiane Haftungsbeschränkungen gegenüber dem
Endverbraucher - neue Wege bei der AGB-
Kontrolle,
in: ZIP 1998, 1663-1670.
- Brox, Hans Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
25. Auflage, Köln, u.a. 2001.
- Brox, Hans Besonderes Schuldrecht,
Walker, Wolf Dietrich 27. Auflage, München 2002.
- Bruchner, Helmut Das Regelungsprinzip der "nachsüssigen"
Tilgungsverrechnung bei Annuitätendarlehen,
in: WM 1987, 449-463.
- Ders. Zinsberechnungsmethode bei Annuitätendarlehen
im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November
1988,
in: WM 1988, 1873-1878.
- Bundschuh, Karl Dietrich Die Widerspruchsfrist im Einzugsermächtigungs-
verfahren,
in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburts-
tag, S. 1039-1048,
Berlin, New York 1985.

X

- Bunte, Hermann-Josef EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Umsetzung durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, in: DB 1996, 1389-1393.
- Burhoff, Detlef Vereinsrecht, 3. Auflage, Herne, Berlin 1997.
- Burckardt, Katrin Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Baden-Baden 2000.
- Bydlinski, Franz Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien u.a. 1991.
- Canaris, Claus-Wilhelm Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr, in: WM 1980, 354-371.
- Ders. Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1982.
- Ders. Bankvertragsrecht, 4. Auflage, Berlin, New York 1988.
- Ders. Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, in: NJW 1987, 609-617.
- Ders. Noch einmal: Zinsberechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, in: NJW 1987, 2407-2409.
- Ders. Die Problematik der AGB-Kontrolle von Postenpreisen für Buchungsvorgänge auf Girokonten, in: WM 1996, 237-246.
- Charmatz, Hans Zur Entstehungsgeschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, Brünn, u.a. 1937.

- Claussen, Carsten Peter Bank- und Börsenrecht,
2. Auflage, München 2000.
- Coester, Michael AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Lichte des
europäischen Gemeinschaftsrechts,
in: Recht im Spannungsfeld von Theorie und
Praxis, Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70.
Geburtstag, S. 99-114,
München 1998.
- Coester-Waltjen, Dagmar Änderungen im Recht der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen,
in: Jura 1997, 272-275.
- Damm, Reinhard Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-
Recht,
in: JZ 1994, 161-178.
- Dellios, Georgios Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei
"gemischten Verträgen",
Diss., Regensburg 1981.
- Denck, Johannes Der Mißbrauch des Widerspruchsrechts im Last-
schriftverfahren,
in: ZHR 144 (1980), 171-191.
- Deppenheuer, Otto Der Wortlaut als Grenze,
Heidelberg 1988.
- Derleder, Peter
Metz, Rainer Die Nebenentgelte der Banken – Rechtsgrund-
grundlagen und rechtliche Grenzen,
in: ZIP 1996, 573-585.
- Dittrich, Bettina Unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen
von Sportstudios,
in: VuR 1999, 25-27.
- Dylla-Krebs, Corinna Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner
Geschäftsbedingungen,
Baden-Baden 1990.

XII

- Ebenroth, Thomas Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Rechtsgeschäft zwischen Miete und Kauf, in: JuS 1978, 588-594.
- Eckert, Hans-Werner Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: ZIP 1996, 1238-1241.
- Ehmann, Horst Das Lohnrisiko bei Smog-Alarm, in: NJW 1987, 401-410.
- Ekkenga, Jens Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, Heidelberg 1990.
- Emmerich, Volker
Sonnenschein, Jürgen Miete, Handkommentar, 6. Auflage, Berlin, New York 1991.
- Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1953.
- Ennecerus, Ludwig
Lehmann, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958.
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 10. Auflage, Münster, Köln 2000; Band II, 10. Auflage, Münster, Köln 2000.
- Esser, Josef
Schmidt, Eicke Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1995.
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, New York 1997.
- Fresemann, Thomas Die formularmäßige Überbürdung der Zufallshaftung als Form verschuldensunabhängiger Haftung, Münster 1995.
- Gaßner, Otto Rechtsanwendung beim doppeltypischen Vertrag am Beispiel der Werkdienstwohnung, in: AcP 186 (1986), 324-355.

- Gilles, Peter
Heinbuch, Holger
Gounalakis, Georgios
Handbuch des Unterrichtsrechts,
München 1988.
- Gounalakis, Georgios
Gounalakis, Kathrin
Rechtsprobleme der Vertragsgestaltung bei
privaten Unterrichtseinrichtungen,
in: RdJB 1997, 229-237.
- Hadding, Walther
Zur zivilrechtlichen Beurteilung des
Lastschriftverfahrens,
in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und
Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann
zum 70. Geburtstag, S. 375-393,
München 1975.
- Hammel, Frank A.
Notwendige Änderungen nach der Schuldrechts-
reform im Werk-, Dienst- und
Darlehensvertragsrecht,
Berlin 2002.
- Hassemer, Winfried
Tatbestand und Typus,
Köln 1967.
- Häuser, Franz
Inhaltskontrolle von Lastschriftabreden in
Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in: ZBB 1995, 285-296.
- Heidemann, Helke
AGB der Sportstudios und Fitneßcenter - eine
Rechtsprechungsübersicht,
in: VuR 1988, 249-258.
- Heidemann-Peuser, Helke
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.12.1996, XII ZR
193/95,
in: VuR 1997, 181-182.
- Heinbuch, Holger
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 8.3.1984, IX. ZR
144/83,
in: NJW 1984, 1532-1533.
- Heinrichs, Helmut
Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 23.10.1996,
XII ZR 55/95,
in: EWiR, § 9 AGBG, 1/97, 1-2.

XIV

- Ders. Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 4.12.1996, XII ZR 193/95, in: EWiR, § 9 AGBG, 5/97, 241-242.
- Ders. Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW 1993, 1817-1822.
- Ders. Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993, in: NJW 1994, 1380-1388.
- Ders. Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, in: NJW 1996, 2190-2197.
- Ders. Maßstäbe und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes, in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, RWS-Forum 2, S. 23-37, Köln 1987.
- Hensen, Horst-Diether Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 08.10.1998, III ZR 278/97, in: EWiR, § 8 AGBG, 3/98, 1105-1106.
- Hildebrand, Rainer Das Leitbild des gewählten Vertragstyps als Eingangsschranke für Allgemeine Geschäftsbedingungen - dargestellt am Vertragstypus des Zivilmaklers, Diss., Bochum 1978.
- Hinkel, Knud Erfolgsfaktoren von Frühphasenfinanzierungen durch Wagniskapitalgesellschaften, Wiesbaden 2001.
- Hippel, Eike von Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.12.1996, XII ZR 193/95, in: JZ 1997, 1009.
- Hoeninge, Heinrich Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim 1910.

- Hollmann, Hermann H. Erläuterungen zu BGH, Urteil vom 28.2.1977, II ZR 52/75, in: JA 1977, 546-549.
- Hommelhoff, Peter
Wiedenmann, Kai-Udo Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, in: ZIP 1993, 562-572.
- Honsell, Thomas Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders, in: JA 1985, 260-264.
- Horn, Norbert Die Neufassung 1984 der AGB der Banken, in: WM 1984, S. 449-465.
- Ders. Die richterliche Kontrolle von Entgeltklauseln nach dem AGB-Gesetz am Beispiel der Kreditwirtschaft, in: WM-Sonderbeilage Nr. 1/97, 1-23.
- Hoyningen-Huene, Gerrick von Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG, Heidelberg 1991.
- Huff, Martin Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 20.04.1989, IX ZR 214/88, in: EWIR, § 11 AGBG, 2/89, 839-840.
- Imping, Andreas Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.12.1996, XII ZR 193/95, in: WiB 1997, 600-601.
- Jacobs, Ulrich Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, Berlin 1995.
- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Auflage, München 1999.

- Jerusalem, Franz-W. Die Zersetzung im Rechtsdenken, Stuttgart 1968.
- Joost, Detlev Der Ausschluß der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: ZIP 1996, 1685-1693.
- Jung, Ute Die Einigung über die essentialia negotii als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages, in: JuS 1999, 28-32.
- Kamberovic, Refit Finanzanalysen kommerzieller Sportstudios, in: Trosien, Gerhard, Die Sportbranche, S. 275-285, Frankfurt, New York 1994.
- Kamberovic, Refit
Kretzschmar, Yvonne Eckdaten 2000 der Fitness- und Racketanlagen in Deutschland, Hamburg 2001.
- Kappus, Andreas Inhaltskontrolle gesetzesrezitierender Klauseln, in: NJW 2003, 322-324.
- Knütel, Rolf Zur duplex interpretatio von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JR 1981, 221-225.
- Koch, Ernst-Gerald Störungen beim Finanzierungsleasing Berlin 1981.
- Koch, Eckart
Stübing, Jürgen Kommentar zum AGBG, Neuwied, Darmstadt 1977.
- Koch, Hans-Joachim
Rüßmann, Helmut Juristische Begründungslehre, München 1982.
- Köhler, Helmut Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.

- Ders. BGB, Allgemeiner Teil,
26. Auflage, München 2002.
- Köndgen, Johannes Zur Praxis der sog. nachträglichen
Tilgungsverrechnung beim Hypothekenkredit,
in: NJW 1987, 160-166.
- Ders. Bankgebühren - Ökonomie und Recht
kreditwirtschaftlicher Entgeltgestaltung,
in: ZBB 1997, 117-139.
- Kohte, Wolfhard Die vorformulierte Abtretung von Arbeitsentgelt
und Sozialleistungen,
in: ZIP 1988, 1225-1242.
- Kokert, Josef Der Begriff des Typus bei Karl Larenz,
Berlin 1995.
- Koller, Ingo Die Wirksamkeit formularmäßiger
Haftungsfreizeichnungsklauseln zwischen
Schadensausgleich und Schadensprävention,
in: ZIP 1986, 1089-1100.
- Kollhosser, Helmut Zur Tilgungsverrechnung bei
Amortisationsdarlehen,
in: ZIP 1986, 1429-1440.
- Krampe, Christoph Die Unklarheitenregel,
Berlin 1983.
- Kreienbaum, Birgit Transparenz und AGB-Gesetz,
Berlin 1998.
- Kuhlen, Lothar Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie,
Berlin 1977.
- Larenz, Karl Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives
Recht,
in: NJW 1963, 737-741.
- Ders. Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner
Teil,
14. Auflage, München 1987.

XVIII

- Ders. Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil,
1. Halbband,
13. Auflage, München 1986.
- Larenz, Karl
Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
8. Auflage, München 1997.
- Larenz, Karl
Canaris, Claus-Wilhelm Lehrbuch des Schuldrechts,
II. Band: Besonderer Teil, 2. Halbband,
13. Auflage, München 1994.
- Dies. Methodenlehre der Rechtswissenschaft
(Studienausgabe),
3. Auflage, Berlin, u.a. 1995.
- Leenen, Detlef Typus und Rechtsfindung,
Berlin 1971.
- Ders. Die Pflichten des Leasing-Gebers,
AcP 190 (1990), 260-286.
- Lieb, Manfred Grundfragen einer Schuldrechtsreform,
in: AcP 183 (1983), 327-366.
- Ders. Das Leitbild des Finanzierungs-Leasing im
Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und
Inhaltskontrolle,
in: DB 1988, 946-954.
- Locher, Horst Das Recht der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen,
3. Auflage, München 1997.
- Ders. Begriffsbestimmung und Schutzzweck nach dem
AGBG,
in: JuS 1997, 389-392.
- Löwe, Walter Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.6.1979, VIII ZR
224/78,
in: BB 1979, 1063-1064.

- Ders. Verfehlte Einengung des Anwendungsbereichs des § 9 AGBG durch den Bundesgerichtshof, in: BB 1980, 1241-1243.
- Ders. Instrumente der abstrakten Kontrolle, in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, RWS-Forum 2, S. 99-119, Köln 1987.
- Löwe, Walter
Zoller, Edgar Zur Wirksamkeit von Vorleistungsklauseln im Reisevertrag, in: BB 1985, 2014-2016.
- Löwisch, Manfred Zum Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung bei Pflege eines erkrankten Kindes, in: DB 1979, 209-211.
- Lotmar, Philipp Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, Leipzig 1902.
- Lutter, Marcus Die Auslegung angeglichenen Rechts, in: JZ 1992, 593-607.
- Meder, Stephan Rechtsfragen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Entwicklung, in: JuS 1996, 89-96.
- Medicus, Dieter Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg 2002.
- Ders. Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 2002.
- Ders. Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10. Auflage, München 2000.
- Ders. Modellvorstellungen im Schuldrecht, in: Festschrift für Wilhelm Felgenträger zum 70. Geburtstag, S. 309-322, Göttingen 1969.

- Ders. Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, RWS-Forum 2, S. 83-97, Köln 1987.
- Mertens, Peter Gehaltsfortzahlung und Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes, in: NJW 1978, 1677-1678.
- Michalski, Lutz Die Berücksichtigung von vertragsabschlußbegleitenden Umständen nach § 24a Nr. 3 AGBG, in: DB 1999, 677-680.
- Moll, Wilhelm Dienstvergütung bei persönlicher Verhinderung, RdA 1980, 138-155.
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001; Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 4. Auflage, München 2001; Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I (§§ 433-606), 3. Auflage, München 1995; Band 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 607-704), 3. Auflage, München 1997.
- Neuhof, Rudolf Drittwirkung der AGB-Gesetzwidrigkeit zugunsten Vertragsfremder und Rückwirkung des Unwirksamkeitsverdikts auf Sicherheitenverträge, in: NJW 1994, 1763-1767.
- Neuner, Jörg Die Rechtsfindung contra legem, München 1992.
- Niebling, Jürgen Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG, in: BB 1984, 1713-1718.

- Ders. Schönheitsreparaturen des Mieters bei unrenoviert übernommener Wohnung, in: NJW 1987, 2564-2565.
- Ders. Die Inhaltskontrolle von Zinsberechnungsklauseln, in: ZIP 1987, 1433-1436.
- Ders. Die Inhaltskontrolle von Preisen und Leistungen nach dem AGBG, in: WM 1992, 845-852.
- Ders. Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGB-Gesetz, Diss., Tübingen 1988.
- Oertmann, Paul Zum Rechtsproblem der Sachgesamtheit, in: AcP 142 (1936), 88-104.
- Oetker, Hartmut Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994.
- Ders. Dynamische Verweisungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem, in: JZ 2002, 337-342.
- Ohldag, Thorsten Sportstudios in der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Kiel 1995.
- Olshausen, Eberhard von Rezension zu Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 5. Auflage, Köln 1987, in: ZHR 151 (1987), 636-643.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 56. Auflage, München 1997; 62. Auflage, München 2003.
- Ders. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München 2002.

XXII

- Pawlowski, Hans-Martin Methodenlehre für Juristen,
2. Auflage, Heidelberg 1991.
- Pfeiffer, Thomas Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 4.11.1992,
VIII ZR 235/91,
in: EWiR, § 9 AGBG, 7/93, 317-318.
- Picker, Eduard Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf,
in: JZ 1979, 285 (294).
- Ders. Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit,
Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im
Dienstvertragsrecht,
in: JZ 1985, 641-652 (Teil 1), 693-706 (Teil 2).
- Putzo, Eugen-Ludwig Erfüllung mit Buchgeld und die Haftung der
Beteiligten wegen ungerechtfertigter
Bereicherung,
Berlin, New York 1977.
- Raab, Paul D. H. Zur außerordentlichen Kündigung von
Fitneßverträgen,
in: JA 1998, 75-81.
- Raisch, Peter Zur Rechtsnatur des Automatenaufstellvertrages,
in: BB 1968, 526-532.
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Hamburg 1935.
- Reichert, Bernhard Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts,
Look, Frank van 8. Auflage, Neuwied, u.a. 2000.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer
Berücksichtigung des Reichsgerichts und des
Bundesgerichtshofes,
§§ 241-413, 12. Auflage, Berlin, New York 1976;
§§ 611-620, 12. Auflage, Berlin, New York 1997.
- Richardi, Reinhard Lohn oder Kurzarbeitergeld bei Smog-Alarm,
in: NJW 1987, 1231-1235.

- Ring, Gerhard
Klingelhöfer, Thomas
Das neue AGB-Recht,
Bonn 2002.
- Rode, Karlheinz
Begriffliche und typologische
Gesetzesinterpretation,
in: JR 1968, 401-407.
- Roth, Herbert
Funktion und Anwendungsbereich der Unklar-
heitenregel des § 5 ABGB,
in: WM 1991, 2085-2089; 2125-2135 .
- Ders.
Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von
Finanzierungs-Leasingverträgen,
in: AcP 190 (1990), 292-318.
- Ders.
Teilunmöglichkeit bei Typenkombinations-
verträgen - AG Herne-Wanne, NJW 1998, 3651,
in: JuS 1999, 220-224.
- Rottnauer, Achim
Widerspruchsmöglichkeit gegen Einzugser-
mächtigungslastschriften im Konkurs- oder
Vergleichsverfahren des Schuldners,
in: WM 1995, 272-280.
- Roussos, Kleanthis
Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen im
Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Berlin 1982.
- Rückert, Joachim
Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst-
und Arbeitsvertrag,
in: ZfA 1983, 1-29.
- Rümelin, Gustav
Dienstvertrag und Werkvertrag,
Tübingen 1905.
- Sambuc, Thorsten
Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB,
in: NJW 1981, 313-316.
- Sandrock, Otto
Zur ergänzenden Vertragsauslegung im
materiellen und internationalen
Schuldvertragsrecht,
Köln, Opladen 1966.

XXIV

- Sannwald, Rüdiger
Der Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen mit Nichtkaufleuten,
Berlin 1982.
- Schaefer, Frithjof
Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz bei Allgemeinen Versicherungsbedingungen,
in: VersR 1978, 4-13.
- Schäfer, Jürgen
Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Frankfurt am Main, u.a. 1992.
- Scherer, Josef
Heil, Renate
Die Rechtszersplitterung im Bereich des AGB-Gesetzes nach Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,
in: JA 1997, 849-852.
- Schimansky, Herbert
Bankvertragsrecht und Privatautonomie,
in: WM 1995, 461-467.
- Schimansky, Herbert
Bunte, Hermann-Josef
Lwowski, Hans-Jürgen
Bankrechtshandbuch, Band I,
2. Auflage, München 2001.
- Schlechtriem, Peter
Die sogenannte Unklarheitenregel des § 5 AGBG,
in: Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, S. 503-510,
München 1998.
- Schlosser, Peter
Entwicklungstendenzen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
in: ZIP 1985, 449-462.
- Schlosser, Peter
Coester-Waltjen, Dagmar
Graba, Hans-Ulrich
Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Bielefeld 1977.
- Schmidt, Eicke
AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB,
in: ZIP 1987, 1505-1509.
- Schmidt, Jürgen
Rezension über Strache, Das Denken in Standards, Berlin 1968,
in: ARSP 59 (1973), S. 257-264.

- Schmidt-Salzer, Joachim Recht der AGB und der mißbräuchlichen Klauseln:
Grundfragen,
in: JZ 1995, 223-231.
- Schön, Wolfgang Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs,
in: AcP 198 (1998), 401-456.
- Schreiber, Otto Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht,
in: JherJb, Bd. 60 (1912), 106-228.
- Schröder, Jürgen Aktuelle Rechtsprechung zu Verträgen mit
Fitneßstudios,
in: VuR 1992, 158-162.
- Schumacher, Ulrich Materielle Neuregelungen im Recht der
Allgemeine Geschäftsbedingungen,
in: MDR 2002, 973-980.
- Sefrin, Benno Die Kodifikationsreife des Finanzierungsleasing-
vertrages, Strategien und Methoden der schuld-
rechtlichen Bewältigung der modernen Vertrags-
typen,
Kehl, u.a. 1993.
- Seiler, Hans Hermann Die Vorauszahlungspflicht des Reisenden beim
Reisevertrag,
in: BB 1986, 1932-1942.
- Sigulla, Stefan Vertragstypologie und Gesetzesleitbilder im
modernen Dienstleistungsrecht,
Frankfurt am Main, u.a. 1987.
- Soergel, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch
Band 1: Allgemeiner Teil 1 (§§ 1-103),
13. Auflage, Stuttgart, u.a. 2000;
Band 2: Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240),
13. Auflage, Stuttgart, u.a. 1999,
Band 2: SchuldR I (§§ 241-432),
12. Auflage, Stuttgart, u.a. 1990;
Band 3: SchuldR II (§§ 433-515), AGBG,
12. Auflage, Stuttgart, u.a. 1991;

Band 4/1: SchuldR III/1 (§§ 516-651),
12. Auflage, Stuttgart, u.a. 1998.

Staudinger, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- Einl. zum BGB, §§ 1-12, VerschG, 13. Auflage,
Berlin 1995;
- Einl. zu §§ 241 ff., §§ 241, 242, AGBG,
12. Auflage, Berlin 1983;
- AGBG, 13. Auflage, Berlin 1998;
- §§ 293-327, 13. Auflage, Berlin 1995;
- §§ 535-563, 13. Auflage, Berlin 1995;
- §§ 611-615, 13. Auflage, Berlin 1999;
- §§ 616-619, 13. Auflage, Berlin 1997.

Stein, Axel

Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen,
Stuttgart, u.a. 1977.

Sternel, Friedemann

Mietrecht,
3. Auflage, Köln 1988.

Stöber, Kurt

Handbuch zum Vereinsrecht,
8. Auflage, Köln 2000.

Strache, Karl-Heinz

Das Denken in Standards,
Berlin 1968.

Taupitz, Jochen

Unwirksamkeit der sog. nachträglichen Tilgungs-
verrechnung bei Annuitäten-Darlehen - BGH, NJW
1989, 530 und NJW 1989, 222,
in: JuS 1989, 520-527.

Thamm, Manfred

Kommentar zu OLG Dresden, Urteil vom
8.7.1998, 8 U 3612/97,
in: BB 1999, 229-230.

Thomas, Heinz
Putzo, Hans

Zivilprozessordnung,
24. Auflage, München 2002.

Tonner, Klaus

Die Vorauszahlungspflicht des Kunden am
Beispiel des Reiserechts,
in: DB 1980, 1629-1632.

- Ders. Die Zulässigkeit der Vorauszahlungsklausel im Reiserecht,
in: NJW 1985, 111-112.
- Ulmer, Peter
Brandner, Hans-Erich
Hensen, Horst-Diether AGB-Gesetz,
9. Auflage, Köln 2001.
- Ulmer, Peter Der Vertragshändler,
München 1969.
- Ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7.7.1998, XI ZR
351/97,
in: BB 1998, 1865-1866.
- Ders. Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges
Kodikationswerk,
in: JZ 2001, 491-497.
- Ungeheuer, Christina Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.12.1996, XII ZR
193/95,
in: WuB, IV C., § 9 AGBG, 4.97, 577-578.
- Vortmann, Jürgen Kurzkomentar zu OLG Nürnberg, NJW-RR
1995, 1144,
in: EWIR, § 9 AGBG, 10/95, 1043-1044.
- Wagner-Wieduwilt, Klaus Das "Transparenzgebot" als Angemessenheits-
voraussetzung im Sinne des § 9 AGBG,
in: WM 1989, 37-45.
- Wank, Rolf Die juristische Begriffsbildung,
München 1985.
- Weick, Günter Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im
gegenwärtigen Vertragsrecht,
in: NJW 1978, 11-15.
- Ders. Schuldrechtsreform, Transparenz und
Gesetzgebungstechnik,
in: JZ 2002, 442-445.

XXVIII

- Weitnauer, Hermann Einige Fragen zum Verhältnis von VOB und
AGBG,
in: BauR 1978, 73-80.
- Westermann, Harm-Peter Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht
der Personengesellschaften,
Berlin, u.a. 1970.
- Ders. Abgrenzung von Neben- und Hauptleistungs-
pflichten im Hinblick auf die Inhaltskontrolle,
in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, RWS-Forum 2, S.
135-153,
Köln 1987.
- Westphalen, Friedrich Graf von Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke,
München, Loseblattsammlung,
Stand: Januar 2002.
- Ders. Die Novelle zum AGB-Gesetz,
in: BB 1996, 2101-2106.
- Ders. AGB-Recht ins BGB – Eine erste
Bestandsaufnahme,
in: NJW 2002, 12-25.
- Wienands, Hans Gerd AGB-Kontrolle bei Fitneßverträgen,
in: ZAP (1996), Fach 6, 243-256.
- Willemsen, Heinz Josef Schutz des Verbrauchers vor Aufrechterhaltung
unwirksamer AGB-Klauseln als "Individualverein-
barungen",
in: NJW 1982, 1121-1126.
- Wolf, Eckhard
Eckert, Hans-Georg Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und
Leasingrechts,
8. Auflage, Köln 2000.
- Wolf, Manfred Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.4.1987, VIII ZR
251/86,
in: JZ 1987, 833-834.

- Ders. Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in: NJW 1980, 2433-2440.
- Wolf, Manfred
Horn, Norbert
Lindacher, Walter F. AGB-Gesetz
4. Auflage, München 1999.
- Wolfsteiner, Hans Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil vom
30.04.1986,
13 U 52/85,
in: DNotZ 1987, 691-694.
- Zippelius, Reinhold Juristische Methodenlehre,
7. Auflage, München 1999.
- Zöllner, Wolfgang Immanente Grenzen arbeitsvertraglicher
Regelungen,
in: RdA 1989, 152-162.
- Zoller, Edgar Anmerkung zu OLG München, Urteil vom
6.2.1992,
29 U 4154/91,
in: BB 1992, 1750-1752.

Zitierte Materialien:

- Bericht des Rechtsausschusses zu dem von der Fraktion der CDU/CSU
eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über
Allgemeine Geschäftsbedingungen und dem von
Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines
Gesetzes über die Regelung des Rechts der
Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in: BT-Drucks. 7/5422, 1-16.
- Beschlußempfehlung und
Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung-
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-
Gesetzes,
in: BT-Drucks. 13/4699, 1-8.

Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses	zu dem Gesetzentwurf der Abgeordneten Alfred Hartenbach, SPD; Hermann Bachmaier, SPD u.a. sowie der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts in: BT-Drucks. 14/7052, 1-213.
Bundesminister der Justiz	Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1. Teilbericht, Bonn 1974.
Gesetzentwurf der Bundesregierung	eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: BT-Drucks. 7/3919, 1-59.
Gesetzentwurf der Bundesregierung	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, in: BT-Drucks. 13/2713, 1-8.
Gesetzentwurf der Fraktion	eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen der CDU/CSU (GAGB), in: BT-Drucks. 7/3200, 1-24.
Gesetzentwurf der Abgeordneten Alfred Hartenbach, SPD, Hermann Bachmaier, SPD u.a. sowie der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in BT-Drucks. 14, 6040, 1-286.
Motive	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 1896.
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Berlin 1899.
Jakobs, Horst Heinrich Schubert, Werner	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 433-651, Berlin, New York 1980.

§ 1 Einleitung

A. Die Entwicklung der Fitness-Branche

I. Die wirtschaftliche Entwicklung

Die Fitness-Branche unterlag in den letzten Jahrzehnten einer rasanten wirtschaftlichen Entwicklung. Ende der 70er Jahre gab es in Deutschland weniger als 1000 Fitness-Studios.¹ Die Anzahl der Studios ist stetig auf inzwischen über 6500 gestiegen.² Bei einem durchschnittlichen Jahresbeitrag von über 500 Euro und über 4,5 Millionen Kunden setzen die Fitness-Studios allein mit den Beiträgen jährlich mehr als 2,3 Mrd. Euro um.³ Hinzu kommen beträchtliche Nebeneinnahmen vor allem durch den Handel mit Sportartikeln sowie den Verkauf von Speisen und Getränken. Dies kennzeichnet die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der Fitness-Branche.

Die Zuwachsraten der vergangenen Jahre werden heute nicht mehr erreicht. Die Nachfrage ist in einigen Regionen, insbesondere in den Großstädten, weitgehend gesättigt.⁴ Dort lässt sich inzwischen ein für gesättigte Märkte typischer Konzentrationsprozess beobachten. Größere Ketten drängen auf den Markt und versuchen über eine gehobene Ausstattung der Studios, aber insbesondere auch über den Preis ihren Marktanteil zu vergrößern. Dies geschieht vor allem zu Lasten kleinerer Studios.⁵ Dennoch ist für die Zukunft insgesamt mit weiteren - wenn auch vergleichsweise moderaten - Umsatzsteigerungen zu rechnen.⁶

II. Die Entwicklung der Trainingsformen in den Fitness-Studios

Ende der 70er Jahre wurde in den Fitness-Studios vorwiegend reines Bodybuilding betrieben. Den meisten Sportlern kam es darauf an, möglichst viel Muskelmasse aufzubauen. Vorbilder waren Personen wie etwa Arnold Schwarzenegger. Das Angebot der vorhandenen Fitness-Studios beschränkte sich zumeist auf einen Kraftraum, in dem die Kunden selbständig, d.h. grundsätzlich ohne Trainingsbetreuung, trainierten.⁷ Daneben boten die Studios häufig Kampfsportkurse an. Die Kundschaft bestand vorwiegend aus Männern.

Mitte der 80er Jahre setzte ausgehend von der Aerobic-Welle ein Wandel im Fitness-Studio-Bereich ein. Das Ziel der sportlichen Betätigung war nicht mehr allein das

¹ Vgl. Ohldag, S. 18 unter Berufung auf den Deutschen Sportstudio-Verband (DSSV).

² Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 9.

³ Vgl. Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 9.

⁴ Kamberovic, Die Sportbranche, S. 275 (285).

⁵ Vor allem in mittleren und größeren Städten treten die für das frühe Stadium einer Branchenentwicklung typischen Marktungleichgewichte nicht mehr auf, so dass sich gerade für kleinere Studios die Chancen verringern, erfolgreich neu in den Markt einzutreten, vgl. allgemein hierzu Hinkel, S. 101.

⁶ Vgl. Kamberovic, Die Sportbranche, S. 275 (285).

⁷ Ohldag, S. 4.

Erreichen eines Maximums an Muskelmasse. Die Stärkung der Ausdauer, die Gesunderhaltung des Körpers oder aber der bloße Spaß am Sport stellten vermehrt die Ziele der Sportler dar. Die Fitness-Studios begannen sich in ihrem Erscheinungsbild zu wandeln. Neben den Geräten zum Muskelaufbau wurden vermehrt Ausdauermaschinen angeschafft.⁸ Die Trainingsbetreuung der Kunden durch fachkundiges Personal erlangte einen höheren Stellenwert. Einige Studios nahmen ein Kursprogramm (Aerobic, Gymnastik, u.ä.), andere Studios sog. Racketsportarten (Tennis, Squash, Badminton) in ihr Angebot auf.⁹ Das Angebot an Kampfsportarten nahm dagegen immer mehr ab. Die Kundschaft bestand zwar weiterhin überwiegend aus Männern, der Anteil der Frauen nahm aber stetig zu.

Diese Entwicklung setzt sich bis zum heutigen Tag fort. Reines Bodybuilding mit dem Ziel, die Muskelmasse zu maximieren, wird nur noch von relativ wenigen Sportlern betrieben. Die Ziele der meisten Kunden bestehen darin, physische Fitness zu erlangen und einfach Spaß zu haben. Gefragt ist vorwiegend ein ausgewogenes Training, das Kondition und Kreislauf stärkt. Im Bereich des Gerätetrainings bieten heute fast alle Studios eine umfassende und fachkundige Trainingsbetreuung an. Bemerkenswert ist, dass inzwischen insgesamt mehr Frauen als Männer in den Sportstudios trainieren.¹⁰

III. Die verschiedenen Typen von Fitness-Studios

In der Praxis haben sich verschiedenste Typen von Sportstudios gebildet. Zu unterscheiden sind vor allem das sog. klassische Fitness-Studio, das Frauenstudio, die kombinierte Fitness-Racket-Anlage und die reine Racket-Anlage.¹¹

Im klassischen Fitness-Studio besteht die Möglichkeit, Gerätetraining zu betreiben und/oder an den Kursprogrammen (Aerobic, Gymnastik, u.ä.) teilzunehmen. Die Kunden können sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts sein. Dies unterscheidet die klassischen Fitness-Studios von den Frauen-Studios. In diesen dürfen, wie sich schon aus dem Namen ergibt, lediglich Frauen trainieren. Obwohl die meisten Frauen die Kursprogramme bevorzugen, ist auch in fast allen Frauenstudios ein regelmäßiges Gerätetraining möglich.

In der kombinierten Fitness-Racket-Anlage werden sowohl Gerätetraining als auch Kursprogramme angeboten. Daneben kann der Kunde mindestens eine Racketsportart (vorwiegend Squash, Tennis und Badminton) betreiben. In reinen Racket-Anlagen beschränkt sich das Angebot auf Racketsportarten.

⁸ Ohldag, S. 4.

⁹ Ohldag, S. 4.

¹⁰ Vgl. Kamberovic, Die Sportbranche, S. 275 (285).

¹¹ Vgl. dazu Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 15.

B. Konkretisierung der Aufgabenstellung

Die Rechtsbeziehungen der unterschiedlichen Studios zu den Sportlern sind Gegenstand einer Vielzahl von Verträgen. Den in der Praxis abgeschlossenen Verträgen liegen fast ausnahmslos Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zugrunde, die das jeweilige Fitness-Studio dem Kunden bei Vertragsabschluss stellt. In der Vergangenheit waren diese AGB häufig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Neben zahlreichen Individualverfahren, die wegen des geringen Streitwertes vor den Amts- bzw. den Landgerichten durchgeführt wurden, sind vor allem die vielen Verbandsklagen zu nennen, die von den Verbraucherverbänden erhoben worden sind. Folge dieser Verfahren ist eine umfangreiche Judikatur¹² zur rechtlichen Behandlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verträgen mit Fitness-Studios. Hier sind die Urteile verschiedener Oberlandesgerichte¹³ und drei Urteile des Bundesgerichtshofes¹⁴ Mitte der 90er Jahre hervorzuheben.

Die Rechtsprechung ist überwiegend uneinheitlich. So beantworten die Gerichte nur wenige der zahlreichen Rechtsfragen, welche die Wirksamkeit einzelner AGB betreffen, übereinstimmend. Daneben besteht vor allem hinsichtlich des zentralen Problems, ob auf die Fitness-Verträge Dienstvertrags- oder Mietrecht anzuwenden ist, Streit zwischen den Oberlandesgerichten. Der BGH hatte Gelegenheit, in diesem Streit Stellung zu beziehen, hat aber ausdrücklich von einer Streitentscheidung abgesehen.¹⁵

Trotz der vielen offenen Fragen finden sich in der Literatur nur wenige Ausführungen, die sich so intensiv mit den Fitness-Verträgen befassen, dass sie die rechtliche Diskussion nachhaltig fördern können. Zumeist stellen die Autoren lediglich die Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte dar, ohne sich kritisch mit ihr auseinanderzusetzen. Soweit sie aber Stellung beziehen, erschöpfen sich ihre Aussagen häufig in bloßen Behauptungen ohne substantiierte Begründung.¹⁶ Eine umfassende Abhandlung zur vorliegenden Problematik gibt es bisher nicht.

Es ist daher das Anliegen dieser Untersuchung, die durch die uneinheitliche Rechtsprechung aufgeworfenen Rechtsfragen eingehend zu erörtern und - soweit dies erforderlich ist - eigenen Lösungsansätzen zuzuführen. Außerdem werden einige in

¹² Vgl. insb. die Rechtsprechungsübersichten von Heidemann, VuR 1988, 248 und Schröder, VuR 1992, 158.

¹³ Vgl. u.a. OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG Celle, NJW-RR 1995, 370; OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32.

¹⁴ BGH, NJW 1997, 193; NJW 1997, 195; NJW 1997, 739.

¹⁵ BGH, NJW 1997, 193 (195); NJW 1997, 739 (740); nicht zutreffend ist die Behauptung von M. Coester, der BGH habe den Fitness-Vertrag als atypischen Mietvertrag eingeordnet, so in Staudinger-M. Coester, § 8 AGBG, Rz. 35 (vgl. aber auch die differenziertere Darstellung im Rahmen der Kommentierung des § 9 AGBG unter Rz. 500).

¹⁶ So insbesondere bei der rechtlichen Einordnung des Fitness-Vertrages, vgl. z.B. Raab, JA 1998, 75 (76); Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 670.

der Praxis häufig verwendete Klauseln geprüft, die zwar bisher nicht Gegenstand der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte oder des BGH waren, an deren Wirksamkeit aber dennoch Zweifel bestehen.

Die Untersuchung soll aber bewusst nicht auf die Inhaltskontrolle von einzelnen Klauseln reduziert werden. Das Begründungsdefizit, das in vielen Urteilen und in den Ausführungen des Schrifttums zu Tage tritt, offenbart bei grundsätzlichen Fragen - zu nennen sind insbesondere die Vertragseinordnung und die rechtliche Beurteilung gemischter Verträge - erheblichen Klärungsbedarf. Aufgrund ihrer Bedeutung sollen diese Fragen bewusst eingehend erörtert werden, auch wenn die Ausführungen manchen Lesern zu tiefgründig bzw. zu ausführlich erscheinen mögen.

Um dem Anliegen dieser Arbeit gerecht zu werden, ist es erforderlich, die Untersuchung auf die Vertragstypen zu beschränken, die Gegenstand der umfangreichen Judikatur waren. Dies waren bisher ausschließlich Verträge, welche die Kunden zum Geräte- und/oder Gruppentraining berechtigen. Racketsportangebote blieben bei der rechtlichen Beurteilung unberücksichtigt. Die Abhandlung soll deshalb darauf beschränkt sein, die Vertragsformulare derjenigen Fitness-Studios eingehend zu untersuchen, die sowohl Geräte- als auch Gruppentraining anbieten. Auf die Besonderheiten, die sich aus der Möglichkeit ergeben, auch Racketangebote zu nutzen, wird nicht näher eingegangen.

Zudem werden nur solche Verträge erörtert, in denen sich der Kunde für eine bestimmte Laufzeit an das Studio bindet. Zwar finden sich in der Praxis auch Verträge, in denen der Kunde mit einer Tages- oder Zehnerkarte trainiert, dieses Angebot wird aber im Rahmen des Geräte- und Gruppentrainings äußerst selten genutzt. Nur im Bereich der Racketsportarten haben die Tages- und Zehnerkarten eine erhebliche Bedeutung, so dass eine Erörterung entbehrlich ist.

C. Bedeutung der Schuldrechtsreform

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts reformierte der Gesetzgeber zum 1. Januar 2002 das Bürgerliche Recht. Die Änderungen betreffen nahezu alle Bereiche des Schuldrechts. Hervorzuheben sind insbesondere die Änderungen des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts und des Kaufrechts. Die Nebengesetze, darunter auch das AGBG, wurden in das BGB integriert.¹⁷

Es liegt auf der Hand, dass die Änderungen für die im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchenden Problemstellungen nicht gänzlich unerheblich sind. Während die bis-

¹⁷ Mit der Integration des AGBG in das BGB sollten, von Randkorrekturen abgesehen, keine inhaltlichen Anpassungen verbunden sein. Nicht näher eingegangen werden soll hier auf die Fragen, ob und inwieweit die Integration des AGBG in das BGB überhaupt sinnvoll ist und ob nicht eine systematische Aufspaltung der Regelungen des AGBG in verschiedene Bücher und Abschnitte des BGB sachgerechter gewesen wäre, vgl. hierzu BT-Drucks. 14/6040, 149 f.; Ulmer, JZ 2001, 491 ff.; Weick, JZ 2002, 442 ff.; Graf v. Westphalen, NJW 2002, 12 ff. jeweils m.w.N.

herigen Abhandlungen und Urteile regelmäßig auf die alte Rechtslage Bezug nehmen, sind seit dem 1. Januar 2003 auch Alt-Verträge ausnahmslos nach dem BGB in der neuen Fassung zu beurteilen. Dies ergibt sich aus § 5 des Art. 229 EGBGB.

Gleichwohl ist in materiell-rechtlicher Hinsicht zu konstatieren, dass fast alle Änderungen für die rechtliche Beurteilung der Fitness-Verträge nicht (ergebnis-) relevant sind. Die Integration des AGBG in das BGB als solche hat für die Beurteilung von Dienst- und Mietverträgen und damit auch für Fitness-Verträge keine erhebliche Bedeutung.¹⁸ Zwar hat das Leistungsstörungenrecht wesentliche Veränderungen erfahren, die das bei der AGB-Prüfung heranzuziehende Leitbild der verschiedenen Schuldrechtstypen des BGB modifiziert haben.¹⁹ Die Änderungen betreffen aber vor allem das Kauf- und teilweise auch das Werkvertragsrecht; die hier relevanten Vertragstypen des Miet- und des Dienstvertragsrechts sind erheblich weniger betroffen.²⁰ Auch die teilweise einschneidenden Modifikationen des Allgemeinen Teils des Schuldrechts führen in der Regel zu keiner anderen Beurteilung des typischen Fitness-Vertrages.

Die größten Probleme für den Rechtsanwender ergeben sich zur Zeit daraus, dass sich viele Vorschriften an ungewohnter Stelle, teilweise mit einem modifizierten Wortlaut, wiederfinden.²¹ Dennoch soll im Rahmen dieser Arbeit allein auf die Gesetze in der neuen Fassung abgestellt werden, um die Argumentation übersichtlich zu gestalten. Auf die frühere Rechtslage, insbesondere auf die Normen, die vor Inkrafttreten des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes anzuwenden waren, wird nur dort (bei Vorschriften des BGB mit dem Zusatz a.F.) Bezug genommen, wo dies aufgrund erheblicher Änderungen sachgerecht erscheint oder wo eine Bezugnahme aus Verständnisgründen angezeigt ist.

D. Gang der Untersuchung

Obwohl sich die Unwirksamkeit einer in einem Fitness-Vertrag zu findenden Klausel auch aus den sonstigen Bestimmungen des BGB ergeben kann, wird nur geprüft, ob und inwieweit die Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen die §§ 305 ff. BGB (früher: AGBG) verstoßen.

Eine Klausel ist nach den sonstigen Vorschriften des BGB unwirksam, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)

¹⁸ Vgl. Ring/Klingelhöfer, S. 68; Schumacher, MDR 2002, 973 (980); Graf v. Westphalen, NJW 2002, 12 (22).

¹⁹ Graf v. Westphalen, NJW 2002, 12 (22).

²⁰ Vgl. Hammel, S. 73.

²¹ Bei Alt-Verträgen ergibt sich ein weiteres für Gesetzesänderungen typisches Problem, dass der Rechtsanwender im Blick behalten sollte: Aufgrund der materiell-rechtlichen Änderungen können bisher rein deklaratorische Klauseln einen eigenständigen Inhalt erhalten haben, der nunmehr einer Klauselkontrolle gem. §§ 307 ff. BGB zu unterziehen ist, vgl. Kappus NJW 2003, 322 (324).

oder gegen sonstige zwingende Regelungen des BGB verstößt. Im Einzelfall ist ein Verstoß gegen die §§ 134, 138 BGB zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, legt man aber einen typischen Vertrag zugrunde, so kommt ein Verstoß nicht in Betracht. Ist eine Klausel mit sonstigem zwingenden Recht nicht vereinbar, so ergibt sich die Unwirksamkeit nicht nur direkt aus der zwingenden Vorschrift, sondern ebenso aus § 307 II Nr. 1 BGB.²² Deshalb ist es nicht erforderlich, die sonstigen Vorschriften des BGB gesondert zu prüfen.

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt, wie bereits die Aufgabenstellung vermuten lässt, auf der Inhaltskontrolle der einzelnen Klauseln gem. §§ 307-309 BGB. Vorab werden jedoch einige grundsätzliche Fragen zur Konformität des Fitness-Vertrages mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beantwortet. Diese Vorgehensweise ist zweckmäßig, um die Inhaltskontrolle der Einzelklauseln nicht mit allgemeinen, sich wiederholenden Rechtsproblemen zu belasten und dadurch unübersichtlich zu gestalten. Überdies hilft die Klärung allgemeiner Fragen, wie z.B. der Auslegung des § 307 BGB, Missverständnisse zu vermeiden, die aus einer anderen Interpretation des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen resultieren können.

Der erste Abschnitt widmet sich der Frage, ob und inwieweit das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Fitness-Verträge anwendbar ist. Im Folgenden wird die Bedeutung des Transparenzgebots für die rechtliche Beurteilung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dargestellt. Schließlich werden die für die Inhaltskontrolle der Einzelklauseln maßgeblichen Prüfungsgrundsätze bestimmt. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf der umstrittenen rechtliche Einordnung der Verträge.

Im zweiten Abschnitt werden dann die typischen von den Fitness-Studios verwendeten Vertragsbestimmungen geordnet nach ihrem Regelungsgehalt einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB unterzogen.

§ 2 Anwendbarkeit des Rechts der AGB und der RL 93/13/EWG

Die Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt sich aus § 310 I, II und IV BGB (sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich) und aus § 305 I BGB (Begriff der AGB). Daneben ist § 310 III BGB zu berücksichtigen, der für Verbraucherverträge den Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen modifiziert. § 310 III BGB ist vom Gesetzgeber erlassen worden, um die EU-Richtlinie 93/13/EWG ins deutsche Recht zu transformieren.

²² BGH, NJW 1989, 1673 (1674); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 41; Erman-H. Hefermehl/Werner, Vor §§ 8, 9 AGBG, Rz. 4; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 10; a.A. aber BGH, NJW 1980, 1625 (1626), v. Hoyningen-Huene, Rz. 253.

Soweit das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in seinem Schutzgehalt hinter der Richtlinie zurückbleibt, ist auch zu erwägen, die Richtlinie unmittelbar oder mittelbar - im Wege der richtlinienkonformen Auslegung - anzuwenden.

A. Anwendungsbereich gem. § 310 I, II, IV BGB

Keine größeren Probleme bereitet die Frage, ob das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sachlich und persönlich anwendbar ist. Es liegt kein Ausnahmetatbestand des § 310 BGB vor.

Gem. § 310 IV BGB finden die Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) keine Anwendung bei Verträgen, die auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts geschlossen werden. Dazu zählt auch das Vereinsrecht, obwohl dies aus dem Terminus Gesellschaftsrecht nicht ohne weiteres hervorgeht.²³ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll aber der Begriff Gesellschaftsrecht weit aufzufassen sein und auch den Verein umfassen.²⁴ In den meisten in der Praxis zu findenden Verträgen wird der Kunde als "Mitglied" und das Entgelt für die Leistungen des Fitness-Studios als "Mitgliedsbeitrag" bezeichnet.²⁵

Deshalb könnte man vermuten, die Verträge seien vereinsrechtlicher Natur und daher dem Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entzogen. Die äußerliche Gestaltung der Verträge kann aber nicht dazu führen, sie dem Gebiet des Gesellschaftsrechts im Sinne des § 310 IV BGB zuzuordnen. Gesetzgeberischer Grund für die Bereichsausnahme war nicht ein fehlendes Bedürfnis für eine Angemessenheitskontrolle von Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Entscheidend war vielmehr die Erkenntnis, dass die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen und von Vereinssatzungen durch die auf Austauschverträge zugeschnittenen Kontrollvorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wenig effektiv wäre.²⁶ Daraus folgt, dass Verträge, die ein Austauschverhältnis zwischen den Vertragsparteien begründen und nicht schwerpunktmäßig ein Mitgliedschaftsverhältnis regeln, dem Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuzuordnen sind.²⁷

Die Verträge der Fitness-Studios mit ihren Kunden begründen kein Mitgliedschaftsverhältnis, das mit einem Vereinsbeitritt vergleichbar wäre. Statt dessen wird im schuldrechtlichen Sinne der Austausch von Leistungen durch die Vertragsparteien vereinbart. Aus diesem Grunde führt auch die Bezeichnung des Kunden als "Mit-

²³ BGHZ 105, 306 (316 ff.); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 23, Rz. 77; Staudinger-Schlosser, § 23 AGBG, Rz. 8; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 23, Rz. 22; a.A. wohl Erman-Werner, § 23 AGBG, Rz. 8.

²⁴ BT-Drucks. 7/3919, S. 41.

²⁵ So z.B. in einem vom BGH (NJW 1997, 193) zu beurteilenden Vertragsformular; vgl. auch Heidemann, VuR 1988, 249.

²⁶ Soergel-U. Stein, § 23 AGBG, Rz. 8; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 23, Rz. 20.

²⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 23, Rz. 22; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 23, Rz. 78.

glied" und die des Entgelts als "Mitgliedsbeitrag" nicht zur Unanwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. § 310 IV BGB. Da zudem ein Ausnahmetatbestand gem. § 310 II BGB nicht vorliegt, ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den Fitness-Vertrag sachlich anwendbar.

Auch ein Ausschluss der persönlichen Anwendbarkeit nach § 310 I BGB kommt regelmäßig nicht ernsthaft in Betracht. Dieser kann sich nur aus dem Gesichtspunkt ergeben, dass AGB gegenüber einem Kaufmann verwendet werden. Selbst wenn im Einzelfall der Vertragspartner eines Fitness-Studios Kaufmann sein sollte, so schließt er den Vertrag grundsätzlich zu privaten Zwecken und nicht in seiner Eigenschaft als Kaufmann.

B. Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB

Darüber hinaus setzt die Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen positiv voraus, dass die Bestimmungen im Fitness-Vertrag den Voraussetzungen des § 305 I BGB genügen.

I. Vom Verwender gestellte, nicht ausgehandelte Vertragsbedingungen

Aus § 305 I BGB ergibt sich, dass es sich bei den zu überprüfenden Klauseln um vom Verwender gestellte, nicht im einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingungen handeln muss. Diese Voraussetzungen erfüllen die Bestimmungen in den Fitness-Verträgen im Normalfall.

Die einzelnen Klauseln enthalten Regelungen, die den Vertragsinhalt gestalten sollen und sind daher Vertragsbedingungen i.S.d. § 305 I 1 BGB.²⁸ Die Fitness-Studios bringen sie in der Regel ein, um sie dem Kunden einseitig, d.h. ohne reale Aushandlungsmöglichkeit, aufzuerlegen. Da der Kunde in der Regel auch tatsächlich den Vertragsinhalt nicht mitgestalten kann, sind die Vertragsbedingungen gestellt²⁹ (§ 305 I 1, 2 BGB) und nicht im einzelnen ausgehandelt³⁰ (§ 305 I 3 BGB).

II. Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen

Zweifelhaft ist aber bisweilen, ob die Vertragsbedingungen auch für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Vorformuliert ist eine Vertragsbedingung, wenn sie schriftlich oder in sonstiger Weise fixiert worden ist.³¹ Zwar sind die meisten Klauseln

²⁸ Vgl. nur Palandt-Heinrichs, § 305, Rz. 3; Erman-H. Hefermehl, § 1 AGBG, Rz. 9.

²⁹ Vgl. zur umstrittenen Auslegung des Tatbestandsmerkmals "stellt": Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 1, Rz. 26 f. mit Nachweisen für beide Meinungsgruppen.

³⁰ Die Beantwortung der umstrittenen Frage, ob der negativen Voraussetzung des Aushandelns nach § 305 I 3 BGB eine eigenständige, Abs. 1, S. 1 einschränkende, Funktion zukommt oder ob die Vorschrift lediglich Klarstellungscharakter im Hinblick auf die AGB-Definition des § 305 I 1, 2 BGB besitzt, kann hier dahinstehen, vgl. zum Streitstand Locher, § 6, 3a (S. 33).

³¹ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 1, Rz. 12; Palandt-Heinrichs, § 305, Rz. 8.

in den Fitness-Verträgen schriftlich fixiert und damit vorformuliert, es finden sich jedoch regelmäßig auch Klauseln, die zur Ausfüllung vorgesehene Leerfelder enthalten. Vor allem die Wahl des vom Kunden gewünschten Vertragstyps, die Festlegung der Vertragslaufzeit und die damit einhergehende Bestimmung des zu zahlenden Entgelts erfolgen fast immer durch eine Ergänzung des schriftlich festgehaltenen Vertragstextes. Der Regelungsinhalt dieser Klauseln wird also nicht vollständig im Vertragsformular fixiert.

Es stellt sich daher die Frage, ob dennoch das Merkmal des Vorformulierens erfüllt ist. Zu unterscheiden sind Bestimmungen, in denen der Kunde durch Ankreuzen eine von mehreren Regelungsmöglichkeiten wählen kann und Klauseln, in denen erst durch eine textliche Ergänzung der Regelungsinhalt schriftlich festgehalten wird.

1. Klauseln mit Wahlmöglichkeit

Bei den Klauseln mit Wahlmöglichkeit ist - isoliert betrachtet - jede der einzelnen Alternativen vorformuliert. Der Kunde hat nur die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen, womit er in der Möglichkeit selbstverantwortlicher Interessenwahrnehmung beschränkt ist. Die Freiheit der inhaltlichen Ausgestaltung der Alternativen wird allein vom Verwender in Anspruch genommen.

Der Schutzzweck des Rechts der AGB besteht vor allem darin, zu verhindern, dass der Verwender die ihm eingeräumte einseitige Gestaltungsfreiheit missbraucht.³² Dieser Zweck wäre nicht zu erreichen, wenn der Verwender sich der Anwendung des Gesetzes dadurch entziehen könnte, dass er dem Kunden die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten lässt. Der Verwender könnte z.B. verschiedene, isoliert betrachtet jeweils unwirksame Klauseln kombinieren und damit das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen "ausschalten".

Aus diesem Grunde ist die gesamte Klausel trotz der eingeschränkten Wahlmöglichkeit des Kunden vorformuliert i.S.d. § 305 I 1, 2 BGB. Zudem kann es keinen Unterschied machen, ob der Verwender für jede der möglichen Regelungen ein gesonderetes Formular benutzt oder ob er alle Alternativen in einem Formular abdruckt und den Kunden die gewünschte Alternative kennzeichnen lässt.³³ Im Ergebnis sind somit Bestimmungen, die dem Kunden ein Wahlrecht einräumen, vorformuliert.³⁴

2. Ergänzungsbedürftige Klauseln

Bei den ergänzungsbedürftigen Klauseln ist nur ein Teil der Regelung im Vertragsformular festgehalten. Es liegt der Schluss nahe, dass die Klauseln mangels schrift-

³² BGHZ 126, 326 (332); Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl., Rz. 29; Erman-H. Hefermehl/Werner, Vorb. § 1 AGBG, Rz. 7; Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2194); Locher § 4, 1a (S. 16).

³³ BGH, WM 1985, 1208 (1209); WM 1986, 388 (389); NJW 1992, 503 (504).

³⁴ BGH, NJW 1992, 503 (504); OLG Düsseldorf, VuR 1996, 88 (89); Heinrichs, NJW 1994, 1380 (1381).

licher Fixierung nicht vorformuliert sind. Die Vorformulierung ist aber ein formales Merkmal, welches das Vorliegen einseitiger Gestaltungsmacht lediglich indiziert.³⁵ Die äußere Form, in der der einseitige Gestaltungswille in Erscheinung tritt, ist nicht maßgeblich.³⁶ Entscheidend ist, dass der Kerngehalt der Klausel - in welcher Form auch immer - fixiert worden ist.³⁷ Daher sind auch ausfüllungsbedürftige Klauseln vorformuliert im Sinne des § 305 I 1, 2 BGB, sofern der Kerngehalt als Ausfluss des einseitigen Gestaltungswillens fixiert ist und unangetastet bleibt.

Mit anderen Worten: Stehen die möglichen einzutragenden Alternativen bereits vorher fest, sei es durch die Fixierung in einer Preisliste bzw. einer Werbebroschüre oder im Ausnahmefall durch das Speichern im Gedächtnis³⁸ des Fitness-Studio-Betreibers, so stellt die Ergänzung des Textes einen für das Merkmal der Vorformulierung unbeachtlichen Skripturakt dar.

Der zu ergänzende Inhalt, der nicht bereits im Vertragsformular festgehalten ist, ergibt sich bei Fitness-Verträgen fast immer aus einer Preisliste oder lässt sich dem Werbematerial des Fitness-Studios entnehmen. In den übrigen Fällen wird der zu ergänzende Klauselinhalt dem Kunden regelmäßig aus dem Gedächtnis des Fitness-Studio-Betreibers oder seiner Angestellten diktiert. Damit ist der gesamte Regelungsinhalt der Klausel fixiert. Daraus folgt, dass auch die ergänzungsbedürftigen Klauseln vorformuliert i.S.d. § 305 I 1, 2 BGB sind.

C. Modifizierte Anwendung unter Maßgabe der EU-Richtlinie 93/13/EWG

I. Erweiterte Anwendung auf Verbraucherverträge gem. § 310 III BGB

Mit der Reform des AGBG vom 19. 7. 1996³⁹ wurde die EU-Richtlinie 93/13/EWG⁴⁰ umgesetzt. Durch den § 310 III BGB (früher: § 24a AGBG) sind die Schutzrichtung und der Inhalt des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wesentlich erweitert worden. Für Verbraucherverträge wurden in § 310 III BGB Sonderregeln aufgestellt. Das Gesetz verzichtet nunmehr darauf, dass der Verwender die Ein-

³⁵ Locher, § 6, 1a (S. 25); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 1 AGBG, Rz. 10; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 1, Rz. 12.

³⁶ MünchKomm-Basedow, § 1 AGBG, Rz. 13; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 1, Rz. 20; vgl. BGH NJW 2001, 2635 (2636), wonach eine mündlich übermittelte, vom Vertragspartner akzeptierte Formulierung ausreicht.

³⁷ BGH, NJW 1993, 1651; OLG Dresden, BB 1999, 228 (229); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 1, Rz. 39; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 1 AGBG, Rz. 10; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 1, Rz. 20.

³⁸ Ganz h.M.: BGHZ 115, 391 (394); BGH NJW 1988, 410; OLG Dresden, BB 1999, 228 (229); OLG Karlsruhe, DNotZ 1987, 688; Willemsen, NJW 1982, 1121 (1122); MünchKomm-Basedow, § 1 AGBG, Rz. 13; Soergel-U. Stein, § 1 AGBG, Rz. 9; Palandt-Heinrichs, § 305, Rz. 8; Staudinger-Schlosser, § 1 AGBG, Rz. 19; (anders aber noch in der Voraufgabe: Staudinger-Schlosser, 12. Aufl., § 1 AGBG, Rz. 16); differenzierend: Thamm, BB 1999, 229 (230); a.A. Wolfsteiner, DNotZ 1987, 688.

³⁹ BGBl. 1996 I 1013.

⁴⁰ ABl. EG Nr. L 95 v. 21.4 1993, S. 29 ff., abgedr. bei Ulmer/Brandner/Hensen, S. 21-30.

beziehung der Bedingungen veranlasst; es umfasst mithin auch sog. Drittbedingungen (Nr. 1). Weiterhin ist es grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn die Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind (Nr. 2). Schließlich sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 BGB auch die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (Nr. 3).

Der Begriff des Verbrauchervertrags ist in § 310 III BGB legaldefiniert. Dies ist ein Vertrag zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB), also einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt und einer natürlichen Person, die den Vertrag zu einem Zwecke abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Auf Fitness-Verträge treffen diese Voraussetzungen in der Regel zu. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist bei Verträgen mit Fitness-Studios unter der Maßgabe der Sonderregelung des § 310 III BGB anwendbar.

Gleichwohl ist die praktische Bedeutung des § 310 III BGB für die Prüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Fitness-Branche vergleichsweise gering. Die Vertragsbedingungen werden fast immer auf Veranlassung des Fitness-Studios in die Verträge einbezogen und in einer Vielzahl von Verträgen verwendet.⁴¹ Nur die Berücksichtigung der den Vertragsabschluss begleitenden Umstände im Rahmen des § 307 BGB kann im Einzelfall praktische Konsequenzen nach sich ziehen.⁴²

II. Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung

Obwohl die EU-Richtlinie in das Deutsche Recht transformiert worden ist, behält sie eine gegenüber dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eigenständige Bedeutung.⁴³ Zwar stimmen der Inhalt des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Richtlinie weitgehend überein⁴⁴, sie sind inhaltlich aber nicht deckungsgleich.

Soweit das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen für den Verbraucher weitergehenden Schutz vorsieht, gilt es uneingeschränkt, wie sich aus Art. 8 RL zweifelsfrei ergibt. Rechtswirkungen entfaltet die Richtlinie in den Fällen, in denen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur ein Schutzniveau gewährleistet, das hinter dem der Richtlinie zurückbleibt. Dann ist die betreffende Vorschrift des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen richtlinienkonform

⁴¹ Siehe oben, § 2, B I, II.

⁴² Nähere Ausführungen dazu unten, § 3, B II 2.

⁴³ Eckert, ZIP 1996, 1238 (1241).

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 13/2713, S. 4 ff.; Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2195); ders., NJW 1993, 1817; Damm, JZ 1994, 161; Graf v. Westphalen, BB 1996, 2101 (2105); D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (273); Locher, JuS 1997, 389 (392); Bunte, DB 1996, 1389; Eckert, ZIP 1996, 1238 (1241).

auszulegen, um den europarechtlichen Anforderungen an das deutsche Verbraucherschutzrecht Rechnung zu tragen.⁴⁵

Der Rechtsanwender muss im Rahmen der Auslegung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen stets den Richtlinien text, die Erwägungsgründe und die Interpretation durch den EuGH bzw. durch die Gerichte anderer EU-Staaten beachten.⁴⁶ Da die Transformation der Richtlinie von dem Willen getragen ist, ihre Vorgaben umfassend in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen, sollte man die Bedeutung der richtlinienkonformen Auslegung nicht überschätzen.

Gleichwohl ist ihr Anwendungsfeld nicht - wie etwa Heinrichs⁴⁷ meint - auf die Auslegung des § 307 BGB beschränkt. So stimmen z.B. § 306 II BGB und Art. 6 I RL inhaltlich nicht überein. Während § 306 II BGB mit dem Merkmal der unzumutbaren Härte ein subjektives Merkmal für die Gesamtnichtigkeit vorsieht, macht Art. 6 I RL die Gesamtnichtigkeit von der objektiven Voraussetzung abhängig, dass der Vertrag ohne die missbräuchlichen Klauseln nicht bestehen kann. § 306 II BGB ist deshalb richtlinienkonform und damit sehr eng auszulegen. Eine unzumutbare Härte für den Verwender kann überhaupt nur dann vorliegen, wenn der Vertrag ohne die missbräuchlichen Klauseln nicht bestehen kann.⁴⁸

Auch im Rahmen der Auslegung des § 307 III 1 BGB kann die Richtlinie von erheblicher Bedeutung sein.⁴⁹ Art. 4 II RL ist im Gegensatz zu § 307 III 1 BGB präziser und gleichzeitig enger formuliert. Er schränkt die Auslegungsmöglichkeiten des § 307 III 1 BGB ein, denn eine zu weite Auslegung würde erkennbar dem Sinn und Zweck der Richtlinie widersprechen.⁵⁰

⁴⁵ Eckert, ZIP 1996, 1238 (1241); Ulmer, BB 1998, 1865; M. Coester, FS Heinrichs, S. 99 (101); Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2195); Locher, JuS 1997, 389 (392); Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl., Rz. 73; D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (275); Graf v. Westphalen, BB 1996, 2101 (2104); allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung: EuGH, NJW 1994, 2473 (2474); Lutter, JZ 1992, 593 (604 ff.); grundlegend: Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, München 1994.

⁴⁶ D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (275); Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2196).

⁴⁷ Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2196).

⁴⁸ Eckert, ZIP 1996, 1238 (1241); a.A. Ulmer/Brandner/Hensen-H. Schmidt, § 6, Rz. 59, der eine solche Vorgehensweise als unzulässige Auslegung contra legem interpretiert; wieder anders Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2195 f.), der im Ergebnis keinen Unterschied zwischen der Auslegung des § 6 III AGBG (nun: § 306 III BGB) vor Erlass der Richtlinie und Art. 6 I RL sieht.

⁴⁹ Vgl. Ulmer, BB 1998, 1865 (1866); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 41; Hensen, EWIR, § 8 AGBG, 3/98, 1105 (1106).

⁵⁰ Nähere Ausführungen dazu unten, § 5, B II 2.

§ 3 Prüfungsrahmen und Beurteilungsmaßstäbe

Die Bestimmungen in den Fitness-Verträgen sind wirksam, wenn sie Bestandteil des Vertrages werden (§§ 305 II, 305c I BGB) und den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB genügen.⁵¹

Gem. § 305 II Nr. 1 BGB werden die Allgemeine Geschäftsbedingungen der Fitness-Studios nur dann wirksam in den Vertrag einbezogen, wenn ausdrücklich auf sie hingewiesen wird. Soweit die Bedingungen integraler Bestandteil eines Formularvertrages sind, liegt bereits in dem Vorlegen des schriftlich festgehaltenen Vertragstextes ein ausdrücklicher Hinweis.⁵² Im übrigen wird regelmäßig im Vertragstext auf die umseitigen bzw. beiliegenden Geschäftsbedingungen hingewiesen. Insoweit bestehen an der Wirksamkeit der Geschäftsbedingungen keine Zweifel.

A. Transparenzgebot

Die Unwirksamkeit der AGB kann sich aber aus einem Verstoß gegen das Transparenzgebot ergeben. Durch das dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen immanente Transparenzgebot wird dem Verwender die Pflicht auferlegt, mit einer entsprechenden Ausgestaltung und Formulierung die Vertragsbedingungen durchschaubar, richtig, bestimmt und möglichst klar darzustellen.⁵³

Das Transparenzgebot war als solches bisher nicht ausdrücklich im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen normiert. Nunmehr hat der Gesetzgeber es durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in § 307 I 2 BGB ausdrücklich in das BGB aufgenommen.⁵⁴ Demnach kann sich die Unwirksamkeit einer Klausel auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.⁵⁵

Darüber hinaus hatte das Transparenzgebot bereits zuvor seinen Niederschlag in weiteren Vorschriften gefunden. So ergeben sich aus § 305 II Nr. 2, aus § 305c I und aus § 305c II BGB mögliche Rechtsfolgen, die eine intransparente Vertrags-

⁵¹ Erman-H. Hefermehl/Werner, Vorb. §§ 8, 9 AGBG, Rz. 1.

⁵² Soergel-U. Stein, § 2 AGBG, Rz. 3; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 2 AGBG, Rz. 5.

⁵³ BGHZ 106, 42 (49); 116, 1 (3); 130, 150 (153); BGH, NJW 1993, 2052 (2054); Schäfer, S. 5; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 19; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 9, Rz. 87; Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 3, Rz. 14.

⁵⁴ Die Aufnahme des Transparenzgebotes ist auf ein Urteil des EuGH aus dem Jahr 2001 zurückzuführen, wonach die Umsetzung einer Richtlinie, die dem Verbraucher genau umschriebene Ansprüche gewährt, in klarer und eindeutiger Form zu erfolgen hat. Eine gefestigte nationale Rechtsprechung entbindet demnach den Gesetzgeber nicht von einer Umsetzung, vgl. EuGH, NJW 2001, 2244.

⁵⁵ Bereits vor der Schuldrechtsreform war das Transparenzgebot nach h.M. auch im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG zu berücksichtigen, so z.B. bei Zinsberechnungsklauseln, denen der Durchschnittskunde die effektive Gesamtbelastung nicht entnehmen kann, BGHZ 112, 115 (119 f.); vgl. auch BGH, NJW 1989, 222 (223); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 19; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 9, Rz. 87; a.A. aber Bruchner, WM 1988, 1873 (1875); Wagner-Wieduwilt, WM 1989, 37 (45).

gestaltung des Verwenders nach sich ziehen kann.⁵⁶ Aus einem Verstoß gegen § 305 II Nr. 2 oder § 305c I BGB folgt zwingend die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel. Ist eine Klausel unklar formuliert, so ist sie gem. § 305c II BGB zu Lasten des Verwenders auszulegen; sie kann durchaus wirksam sein.⁵⁷

I. Unwirksamkeit gem. § 305 II Nr. 2 BGB

Gem. § 305 II Nr. 2 BGB muss der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt der AGB zu nehmen. Dies setzt insbesondere voraus, dass er die AGB dem Kunden in verständlicher Form zugänglich macht. Zweifel an der Verständlichkeit bestehen etwa, wenn die AGB insgesamt unübersichtlich aufgebaut sind bzw. keine Gliederung erkennen lassen.⁵⁸ Die meisten der in der Praxis zu findenden Fitness-Verträge genügen aber den Anforderungen, die sich aus § 305 II Nr. 2 BGB ergeben.

In der Praxis, vor allem bei kleineren Fitness-Studios, findet sich aber auch eine nicht unerhebliche Anzahl von Verträgen, in denen die AGB weder inhaltlich noch anderweitig gegliedert sind. Ähnliche Regelungsbereiche betreffende Klauseln werden an verschiedenen Stellen des AGB-Textes aufgeführt. Dabei hat der Text häufig einen derartigen Umfang, dass es den Kunden des Fitness-Studios nicht möglich ist, sich in kurzer Zeit über einzelne Regelungsinhalte zu informieren, ohne das ganze Klauselwerk konzentriert und wiederholt zu lesen. Mit anderen Worten: Die Kunden haben in solchen Fällen keine Möglichkeit, in zumutbarer Weise von den Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Die Folge ist, dass die AGB in diesen Fällen nicht wirksam in die Verträge einbezogen sind.

II. Unwirksamkeit gem. § 305c I BGB

Eng verwandt mit § 305 II Nr. 2 BGB ist die Regelung des § 305c I BGB. Danach werden Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil, die nach den Umständen, insb. nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Kunde mit ihnen nicht zu rechnen braucht (überraschende Klauseln). Dabei kann sich der überraschende Charakter einer Klausel allein aus ihrer ungewöhnlichen Stellung

⁵⁶ Im Gegensatz zum in § 307 I 2 BGB ausdrücklich geregelten Transparenzgebot geht es bei § 305 II Nr. 2 BGB um die Abschlusstransparenz und nicht um die Transparenz der Vertragsabwicklung, vgl. Oetker, JZ 2002, 337 (340).

⁵⁷ BGH, NJW 1979, 2353 (254); MünchKomm-Basedow, § 5 AGBG, Rz. 18; Roth, WM 1991, 2085 (2088); Honsell, JA 1985, 260 (263); Sambuc, NJW 1981, 313 (314); so auch ausdrücklich der Rechtsausschuss des Bundestages bei den Beratungen zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, vgl. BT-Drucks. 14/7052, 188.

⁵⁸ BGHZ 51, 55 (59); BGH, NJW 1975 739; WM 1978, 978 (979); MünchKomm-Basedow, § 2 AGBG, Rz. 21; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 2, Rz. 27; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 2, Rz. 52; Staudinger-Schlosser, § 2 AGBG, Rz. 28.

im Vertrag ergeben.⁵⁹ Dies wirft bei einer erheblichen Zahl von Fitness-Verträgen die Frage auf, ob nicht einzelne Klauseln im Vertrag unwirksam sind.

Häufig ist auf dem zu unterschreibenden Vertragsformular eine ergänzungsbedürftige Klausel aufgeführt, in der die Laufzeit des Vertrages festgelegt wird, ohne dass sich hier ein Hinweis auf eine mögliche stillschweigende Vertragsverlängerung findet. Eine solche ist dann in den (umseitigen oder beiliegenden) Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt. Aufgrund der Vertragsgestaltung kann für den Kunden der Eindruck entstehen, der Vertrag laufe nach Ende der vereinbarten Dauer aus, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Es besteht die Möglichkeit, dass der Kunde durch die Klausel im AGB-Text überrascht wird.

Allerdings reicht allein das Überraschungselement für das Eingreifen des § 305c I BGB nicht aus, auch wenn dies die Überschrift vermuten lässt.⁶⁰ Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die Klausel unter Berücksichtigung der Erwartungen eines Durchschnittskunden unüblich bzw. ungewöhnlich ist. Entscheidend ist dabei die Frage, ob das Vertrauen des Kunden in eine funktionsgerechte Ausgestaltung der AGB und dem damit einhergehenden Verzicht auf eine nähere Kenntnisnahme ihres Inhalts durch die Klausel objektiv missachtet wird.⁶¹

Eine solche Missachtung liegt bei gebräuchlichen Vertragstypen nicht vor, soweit die Klausel ihrem Inhalt nach von der typischen Gestaltung nur unerheblich abweicht.⁶² Dabei spielt es keine Rolle, dass im Einzelfall ein mit dem Vertragstyp wenig erfahrener Kunde von der Üblichkeit der Klausel keine Kenntnis hat, da der Schutzzweck des § 305c I BGB nicht soweit geht, zusätzliche Einbeziehungs-schranken speziell zum Schutz geschäftlich unerfahrener Vertragspartner aufzustellen.⁶³

Für die angesprochenen Klauseln der Fitness-Studios bedeutet dies: Sie sind nicht überraschend i.S.d. § 305c I BGB. In der Praxis schließen die Vertragsparteien fast ausnahmslos Verträge, die eine stillschweigende Vertragsverlängerung für den Fall vorsehen, dass der Kunde nicht innerhalb einer bestimmten Frist kündigt. Dementsprechend ist eine derartige Vertragsgestaltung inhaltlich keinesfalls als ungewöhnlich zu bewerten.

Mit Ausnahme der problematisierten Punkte bereiten die Vertragsformulare bzw. die AGB-Texte im Hinblick auf die sich aus § 305 II Nr. 2 und § 305c I BGB ergebenden Anforderungen keine Schwierigkeiten. Die Klauselwerke sind im Ergebnis regel-

⁵⁹ BGH, NJW 1982, 2309 (2309 f.); Freseman, S. 31.

⁶⁰ BGH, NJW 1990, 576 (577); Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 3, Rz. 22a; Staudinger-Schlosser, § 3, Rz. 7; Soergel-U. Stein, § 3 AGBG, Rz. 6; Erman-H. Hefermehl, § 3 AGBG, Rz. 5.

⁶¹ BGHZ 130, 150 (154); BGH NJW-RR 2002, 485; OLG Düsseldorf, WM 1992, 1895 (1897); Palandt-Heinrichs, § 305c, Rz. 2; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 3, Rz. 18; Kreienbaum, S. 99.

⁶² Vgl. BGHZ 102, 152 (159); 106; 42 (49); 130, 150 (154); Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 3, Rz. 18; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 3 AGBG, Rz. 7.

⁶³ BGH, NJW 1981, 117 (118); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 3 AGBG, Rz. 8.

mäßig - abgesehen von den dargestellten Einzelfälle - so transparent, dass sie auch wirksam in die Verträge einbezogen werden.

III. Auslegung gem. § 305c II BGB

Eine größere Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der Fitness-Verträge hat die in § 305c II BGB normierte Unklarheitenregel.

1. Objektive Auslegung

Diese Regel greift aber, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, nur im Zweifel ein. Erst wenn eine mit den anerkannten Methoden durchgeführte objektive Auslegung ergeben hat, dass keine der unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten den klaren Vorzug verdient, ist der Weg für die Anwendbarkeit des § 305c II BGB frei.⁶⁴ Bei der Auslegung ist darauf abzustellen, wie ein durchschnittlicher Kunde ihren Wortlaut unter Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs bei aufmerksamer Durchsicht und bei verständiger Würdigung verstehen muss.⁶⁵

Ergibt die Auslegung einer Klausel, dass diese objektiv mehrdeutig ist, so stellt sich die Frage, wie die in § 305c II BGB aufgestellte Voraussetzung "zu Lasten des Verwenders" zu verstehen ist. Es bestehen zwei Möglichkeiten eine mehrdeutige Klausel auszulegen. Nach der sog. kundenfreundlichen Auslegung ist eine Klausel im Zweifel dahingehend auszulegen, dass sie den für den Kunden günstigsten Inhalt festlegt. Dagegen ist bei der sog. kundenfeindlichen Auslegung der für den Kunden ungünstigste Inhalt maßgeblich.

2. Auslegung im Verbandsverfahren

Im Verbandsverfahren ist der kundenfeindlichen Auslegung der Vorzug zu geben.⁶⁶ Die ratio legis des Verbandsverfahrens ist, unwirksame Klauseln aus dem Rechtsverkehr zu eliminieren.⁶⁷ Das Verbandsverfahren wäre bei kundenfreundlicher Auslegung dann nicht effektiv, wenn eine intransparente Klausel bei kundenfreundlicher Auslegung wirksam ist, bei kundenfeindlicher Auslegung aber gegen die §§ 307 ff. BGB verstößt. Häufig konfrontiert das Studio den Kunden mit dem verwendergünstigen Inhalt der Klausel. Da viele Kunden nicht in der Lage sind, ihre

⁶⁴ BGH, WM 1978, 10 (11); NJW 1979, 2148; BGH, WM 1987, 964 (965); Kreienbaum, S. 61; Palandt-Heinrichs, § 305c, Rz. 18; Honsell, JA 1985, 260 (261); Roth, WM 1991, 2085 (2086) m.w.N.; anders aber Schlechtriem, FS Heinrichs, S. 503 (509).

⁶⁵ BGHZ 98, 256 (260); Schmidt-Salzer, JZ 1995, 223 (225); Honsell, JA 1985, 260 (261); Krampe, S. 40; Soergel-U. Stein, § 5 AGBG, Rz 7.

⁶⁶ Ganz h.M., vgl. BGHZ 91, 55 (61); 104, 82 (88); 108, 52 (56); Löwe, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 99 (110); Schlosser/Coester-Waltjen/Graba-Schlosser, § 5, Rz. 4; Kohte, ZIP 1988, 1225 (1230); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 5 AGBG, Rz. 23; Heinrichs, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 23 (36); Roth, WM 1991, 2085 (2089) m.w.N.; a.A. Sambuc, NJW 1981, 313 (314).

⁶⁷ BGH, NJW 1980, 831 (832); Neuhof, NJW 1994, 1763 (1764).

Rechtsposition richtig einzuschätzen, sehen sie von einer gerichtlichen Auseinandersetzung ab, obwohl die Klausel sie tatsächlich unangemessen benachteiligt.

Die kundengünstige Auslegung im Verbandsprozess hätte zur Folge, dass den Verbraucherverbänden die Möglichkeit genommen würde, gegen die intransparente und den Kunden praktisch benachteiligende Klausel vorzugehen. Der Verwender würde für seine intransparente Klauselgestaltung noch dadurch belohnt, dass die Verbände keinen Unterlassungsanspruch hätten⁶⁸ und die Kunden nicht vor der benachteiligenden Vertragsgestaltung des Verwenders schützen könnten. Das Verbandsverfahren wäre somit wenig effektiv. Die kundenfreundliche Auslegung widerspricht deshalb der ratio legis des Verbandsverfahrens.

3. Auslegung im Individualverfahren

Dies wirft die Frage auf, ob die kundenfeindliche Auslegung auch im Individualverfahren geboten ist. Sofern alle Interpretationsmöglichkeiten zur Wirksamkeit der Klausel führen, ist der kundengünstigere Klauselinhalt maßgeblich.⁶⁹ Zweifelhaft ist aber, wie Bestimmungen auszulegen sind, die bei kundenfreundlicher Auslegung der Inhaltskontrolle standhalten und bei kundenfeindlicher Auslegung unwirksam sind.

Die Zweifel resultieren aus der Tatsache, dass die bei Unwirksamkeit einer Klausel nach § 306 II BGB eintretende gesetzliche Regelung grundsätzlich kundenfreundlicher ist als der Inhalt der kundenfreundlich ausgelegten Klausel. Die kundenfeindliche Auslegung der Klausel, die zur Unwirksamkeit führt, ist somit für den Kunden in Wirklichkeit günstiger, während sie den Verwender noch mehr belastet.

Ein Teil der Literatur betont den logischen Vorrang der Auslegung gegenüber der Inhaltskontrolle und kommt zu dem Ergebnis, dass die Klauseln im Individualverfahren kundengünstig auszulegen sind.⁷⁰ Die einzelnen Autoren stellen darauf ab, dass nach der Regel des allgemeinen Privatrechts erst der durch Auslegung ermittelte Geschäftsinhalt auf seine Wirksamkeit geprüft werden kann.⁷¹ Dieses Ergebnis sollte auch der Systematik des AGBG entsprechen, wie sie mit der strikten Trennung von Auslegung und Inhaltskontrolle zum Ausdruck gekommen war.⁷²

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 305c II BGB eine Sonderregelung darstellt, die gegenüber den allgemeinen Auslegungsregeln vorrangig anzuwenden ist. Der

⁶⁸ Roth, WM 1991, 2085 (2089); ähnlich Knütel, JR 1981, 221 (224).

⁶⁹ Vgl. nur Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5, Rz. 31, Artz, JuS 2002, 528 (530).

⁷⁰ Roth, WM 1991, 2085 (2088); Honsell, JA 1985, 260 (263); Medicus, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 83 (85); Larenz/Wolf, AT, § 29, Rz. 40; Knütel, JR 1981, 221 (224); im Ergebnis so auch Sambuc, NJW 1981, 313 (314); Basedow, AcP 182 (1982), 335 (355); Köhler, AT, § 16 VI 3.

⁷¹ Medicus, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 83 (85); Roth, WM 1991, 2085 (2088 f.).

⁷² Roth, WM 1991, 2085 (2089). Dieses Argument hat jedoch aufgrund der Tatsache an Gewicht verloren, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsreform die Gliederung des 1. Abschnittes des AGBG (§§ 1-12 AGBG) in zwei Unterabschnitte (*Allgemeine Vorschriften* und *Unwirksame Klauseln*) nicht übernommen, sondern aufgehoben hat.

Anwendungsbereich des § 305c II BGB ist überdies nicht auf die Inhaltskontrolle beschränkt, so dass die systematische Stellung der Unklarheitenregel im 1. Unterabschnitt schon vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts kein schlagkräftiges Argument für die kundenfreundliche Auslegung darstellte.

Mit der inzwischen h.M.⁷³ ist vielmehr auf den Wortlaut und den Schutzzweck des § 305c II BGB abzustellen. Der Zweck der Unklarheitenregel besteht darin, den Verwender im Interesse des Kunden zu einer klaren und eindeutigen Fassung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuhalten.⁷⁴ Diesem Zweck läuft die kundenfreundliche Auslegung zuwider, da inhaltlich unangemessene Auslegungsmöglichkeiten von vornherein nicht als kundengünstig in Betracht zu ziehen sind.⁷⁵ Der Wortlaut des § 305c II BGB, nach der die Klausel "zu Lasten des Verwenders" auszulegen ist, ist bei Berücksichtigung des Zwecks dahingehend zu verstehen, dass die für den Verwender im Ergebnis ungünstigste Deutungsalternative maßgeblich ist.

Dieses Ergebnis steht in Einklang mit dem Auslegungsmaßstab im Verbandsverfahren. Durch die kundenfeindliche Auslegung im Individualverfahren vermeidet man unterschiedliche Auslegungsergebnisse.⁷⁶ Auch im Interesse einer einheitlichen Gesetzesanwendung ist deshalb der kundenfeindlichen Auslegung der Vorzug zu geben.

Für die Inhaltskontrolle der Verträge mit Fitness-Studios ergibt sich somit als Auslegungsmaßstab die kundenfeindliche Auslegung. Hält eine kundenfeindlich ausgelegte Klausel der Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB nicht stand, so ist sie grundsätzlich ohne Berücksichtigung des dem Kunden günstigen Inhalts als unwirksam einzustufen.

B. Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB

I. Überblick über die gesetzliche Regelung

Eine überragende Bedeutung im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB.

⁷³ OLG Schleswig, ZIP 1995, 759 (762); Erman-H. Hefermehl, § 5 AGBG, Rz. 22; Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 5, Rz. 33; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5, Rz. 31; Palandt-Heinrichs, § 305c, Rz. 20; Horn, WM 1984, 449 (451); v. Olshausen, ZHR 151 (1987), 636 (639 f.); Schlosser, ZIP 1985, 449 (457 f.); Soergel-U. Stein, § 5 AGBG, Rz. 16; Artz, JuS 2002, 528 (530); auch der Bundesgerichtshof scheint dieser Auffassung zu sein, vgl. BGH NJW 1992, 1097 (1099); BGH, NJW 1994, 1799.

⁷⁴ Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 5, Rz. 24; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5, Rz. 1; Soergel-U. Stein, § 5 AGBG, Rz. 16.

⁷⁵ Soergel-U. Stein, § 5 AGBG, Rz. 16.

⁷⁶ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5, Rz. 4.

Diese Vorschriften gelten jedoch gem. § 307 III 1 BGB nur für Bestimmungen in den AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Wortlaut des § 307 III 1 BGB lässt den Rechtsanwender nicht ohne weiteres die Bedeutung der Vorschrift erschließen.

Einigkeit besteht aber darin, dass sog. Leistungsbeschreibungen und deklaratorische Klauseln von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind.⁷⁷ Obwohl die Hauptleistungspflichten des Fitness-Studios und des Kunden regelmäßig im Vertragsformular bzw. in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt werden, sind diese nicht kontrollfähig. Ferner sind Klauseln, die lediglich die dispositive Rechtslage wiederholen, von der Inhaltskontrolle ausgenommen. Die Prüfung des § 307 III 1 BGB im Rahmen der Inhaltskontrolle von Fitness-Verträgen ist trotz des auslegungsbedürftigen Wortlauts nur mit wenigen Problemen verbunden. Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des § 307 III 1 BGB nur bei der Beantwortung der Frage, ob eine Bestimmung kontrollfähig ist, die dem Kunden die Pflicht zur Zahlung einer Anmeldegebühr auferlegt.⁷⁸

Sofern die §§ 307-309 BGB anwendbar sind, ist im ersten Schritt der Inhaltskontrolle zu prüfen, ob die Bestimmung mit den in § 309 BGB normierten Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit vereinbar ist. Im zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob die Bestimmung gem. § 308 BGB gegen ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit verstößt. Die §§ 308, 309 BGB haben im Rahmen der Inhaltskontrolle von Fitness-Verträgen nur eine begrenzte Bedeutung. Die bei weitem wichtigste Funktion kommt der Generalklausel (§ 307 BGB) zu, deren Voraussetzungen im dritten Schritt zu prüfen sind. Diese ist auch dann anwendbar, wenn eine Klausel ihrem Regelungsgehalt nach in den Anwendungsbereich der §§ 308, 309 BGB fällt.

Gem. § 307 I BGB sind Bestimmungen in den AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Diese unbestimmten und wertungsbedürftigen Voraussetzungen des Abs. 1 werden durch den Abs. 2 näher konkretisiert. Danach ist "im Zweifel" von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen, wenn die Voraussetzungen des § 307 II Nr. 1 oder Nr. 2 BGB vorliegen. Entgegen dem Wortlaut ist § 307 II BGB nicht als subsidiäre Zweifelsregel, sondern wie sich aus dem Willen des Gesetzgebers⁷⁹ sowie aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt, als Regelbeispiel aufzufassen.⁸⁰ Die Tatbestände der Absätze 1 und 2 schließen sich dementsprechend nicht gegenseitig aus.⁸¹ Soweit der Verwender im Anwendungsbereich des § 307 II BGB sachliche Gründe darlegen und gegebenenfalls auch beweisen

⁷⁷ Vgl. nur Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 5; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 54.

⁷⁸ Ausführlich dazu unten, § 5, B II.

⁷⁹ BT-Drucks. 7/3919, S. 22.

⁸⁰ Becker, S. 202; v. Hoyningen-Huene, Rz. 128.

⁸¹ Locher, § 15, 3 (S. 145); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 8; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 57; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 33.

kann, welche die Verwendung der Klausel rechtfertigen, greift die Unwirksamkeitsvermutung des § 307 II BGB nicht durch.⁸²

Die Rechtsprechung trennt häufig nicht zwischen den verschiedenen Absätzen des § 307 BGB und stützt ihre Ergebnisse allein auf die Vorschrift des § 307 I BGB. Eine solche Vorgehensweise ist zwar nicht als schlechthin falsch zu werten, da sich die Unwirksamkeitsfolge aus § 307 I BGB ergibt. Sie führt aber dazu, dass die Urteilsbegründungen erheblich schwerer nachzuvollziehen sind.

Die Gerichte setzen sich im Einzelfall dem Verdacht aus, rein ergebnisorientiert geurteilt zu haben. Im übrigen widerspricht das alleinige Abstellen auf § 307 I BGB der Regelungsabsicht des Gesetzgebers, der die Inhaltskontrolle durch Angabe typischer rechtlicher Kriterien erleichtern wollte.⁸³ Daher ist § 307 II BGB schon aus Zweckmäßigkeitgesichtspunkten vor dem allgemeineren Maßstab des § 307 I BGB zu prüfen.

II. Generalisierend-typisierender Prüfungsmaßstab

1. Grundsatz

Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist grundsätzlich eine die typischen Verhältnisse berücksichtigende generalisierende Betrachtungsweise geboten.⁸⁴ Es ist zu prüfen, ob der Klauselinhalt generell unter Beachtung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Kunden ergibt.⁸⁵ Dabei sind insbesondere Art und Gegenstand, Zweck sowie die jeweilige Eigenart des Geschäfts zu berücksichtigen.⁸⁶

2. Berücksichtigung der den Vertragsabschluss begleitenden Umstände

Da die Verträge mit Fitness-Studios gem. § 310 III BGB Verbraucherverträge sind, ist eine Abweichung von diesem Grundsatz zu erwägen. Gem. § 310 III Nr. 3 BGB sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Allerdings beschränkt sich die Bedeutung dieser Vorschrift allein auf die Individualverfahren, da

⁸² Vgl. nur Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 61; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 129.

⁸³ Teilbericht I, S. 55; BT-Drucks. 7/3919, S. 23.

⁸⁴ Ganz h.M.: BGHZ 105, 24 (31); 110, 241 (244); Erman-H. Hefermehl, § 9 AGBG, Rz. 7; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 4; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 78 m.w.N.; kritisch aber Schmidt-Salzer, JZ 1995, 223 (230); Basedow, AcP 182 (1982), 335 (357).

⁸⁵ BGHZ 105, 24 (31); 110, 241 (244); MünchKomm-Basedow, § 9 AGBG, Rz. 11; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 8; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 78 m.w.N.

⁸⁶ BGHZ 98, 303, (308); 105, 24 (31); 110, 241 (244); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 7; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 8.

im Verbandsverfahren kraft Natur der Sache die generalisierend-typisierende Betrachtungsweise heranzuziehen ist.⁸⁷

a. Wortlaut und Systematik des § 310 III BGB

Der Wortlaut und die Systematik des § 310 III BGB legen den Schluss nahe, dass die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände bei Verbraucherverträgen immer zusätzlich zu berücksichtigen sind, also auch dann, wenn eine Klausel bei generell-typischer Betrachtungsweise unwirksam ist. Denn § 310 III BGB erweitert den Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und legt in Nr. 3 fest, dass "auch" die konkret-individuellen Umstände zu berücksichtigen sind. Demzufolge könnten die den Vertragsschluss begleitenden Umstände die gegen eine Klausel bestehende Bedenken derart verstärken, dass sie als unangemessen einzustufen ist. Umgekehrt könnten die Bedenken aber auch mit der Folge abgeschwächt werden, dass eine bei generell-typischer Betrachtung unwirksame Klausel der Inhaltskontrolle standhält.

Ein solcher - auf alle Verbraucherverträge bezogener - Schluss, den die h.M.⁸⁸ zu ziehen bereit ist, steht aber in Widerspruch zu dem Schutzzweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Entstehungsgeschichte des § 310 III BGB, so einleuchtend er auf den ersten Blick auch erscheinen mag. Da der Gesetzgeber einen gegenüber der Richtlinie weitergehenden Verbraucherschutz für nicht geboten erachtete, wollte er das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur soweit ändern, wie es zur Umsetzung der Richtlinie zwingend erforderlich war.⁸⁹ Eine Verkürzung des Schutzes der Kunden oder des Rechtsverkehrs beabsichtigte der Gesetzgeber mit der Gesetzesänderung nicht.

Könnten die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände die Folge hervorrufen, dass eine bei generell-typischer Betrachtung unwirksame AGB der Inhaltskontrolle standhält, so wäre der Schutz des Rechtsverkehrs im Vergleich zur früheren Gesetzeslage eingeschränkt. Klauseln in Verbraucherverträgen, die bisher bei einer generell-typischen Betrachtungsweise i.S.d. § 307 BGB unangemessen waren, könnten nunmehr aufgrund der zusätzlichen konkret-individuellen Prüfung wirksam sein. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Kunde Rechtsanwalt oder Rechts-

⁸⁷ D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (274); Eckert, ZIP 1996, 1238 (1240); Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2194); Staudinger-M. Coester, § 9 ABGB, Rz. 85; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 176; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, Art. 4 RL, Rz. 3; Brandner, MDR 1997, 312 (314); vgl. auch Heinrichs, NJW 1993, 1817 (1820); Damm, JZ 1994, 161 (174); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24a, Rz. 47.

⁸⁸ OLG Frankfurt/M., NJW-RR 2001, 780 (781); Börner, JZ 1997, 595; Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2194); Brandner, MDR 1997, 312 (314); Bunte, DB 1996, 389 (390); Staudinger-M. Coester, § 9 ABGB, Rz. 85; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 178, 180; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 54; Palandt-Heinrichs, § 310, Rz. 21; Graf v. Westphalen, BB 1996, 2101 (2104); wohl auch Locher JuS 1997, 389 (391).

⁸⁹ Vgl. BT-Drucks. 13/4699, S. 6; M. Coester, FS Heinrichs, S. 99 (100); Bunte, DB 1996, 1389.

professor ist, also einen erheblichen Wissensvorsprung vor durchschnittlichen Vertragspartnern des Verwenders hat.⁹⁰ Dazu ein Beispiel⁹¹:

Die geschäftlich unerfahrene Witwe W hat von ihrem verstorbenen Mann eine Eigentumswohnung geerbt. Sie entschließt sich die Wohnung zu vermieten und wird sich mit dem auf Mietrecht spezialisierten Rechtsanwalt R einig, der die Wohnung für seine Tochter anmieten will. Der ortsansässige Vermietersverein händigt ihr ein Vertragsformular mit Standard-AGB aus. Das Formular enthält eine Klausel mit einem komplizierten Verteilerschlüssel für die Nebenkostenabrechnung, den ein durchschnittlichen Mieter nicht annähernd nachvollziehen kann, weshalb die Klausel bei generell-typischer Betrachtungsweise gem. § 307 I 1 BGB i.V.m. § 307 I 2 BGB unwirksam ist. R unterschreibt das Vertragsformular. Er versteht aufgrund seiner beruflichen Erfahrung den Inhalt der Klausel, ohne dass es einer besonderen Anstrengung bedarf.

Abwandlung: Eine Woche später mietet R für seinen Sohn eine weitere Wohnung an. Vermieterin ist eine GmbH, die Eigentümerin von 50 Wohnungen ist und deren Geschäftsfeld sich auf die Vermietung der Wohnungen beschränkt. Die GmbH verwendet einen Standardmietvertrag, der hinsichtlich der Nebenkostenabrechnung exakt die Klausel enthält, die bereits von der W verwendet wurde.

Da die Klausel bei generell-typischer Betrachtungsweise unangemessen ist und es sich beim Vertrag zwischen W und R um keinen Verbrauchervertrag handelt, ist die Klausel im Ausgangsfall gem. § 307 I BGB unwirksam. In der Abwandlung wäre die Klausel - unterstellt § 310 III Nr. 3 BGB wäre anwendbar - wirksam, da ein Verbrauchervertrag vorliegt und der R den Inhalt der Klausel schon beim Vertragsabschluss nachvollziehen konnte, sie für ihn also nicht intransparent war.

Dass dieses Ergebnis dem natürlichen Gerechtigkeitsempfinden widerspricht⁹², liegt auf der Hand: Die W ist - wenn überhaupt - eher schutzwürdig als die GmbH. Dennoch gereicht der GmbH ausgerechnet die Tatsache zum Vorteil, dass sie als Unternehmerin handelt und einen Verbrauchervertrag abschließt.

b. Harmonisierung der unterschiedlichen Schutzzwecke des Gesetzes

Das Ergebnis des Beispielfalls ist vor allem darin begründet, dass die h.M. den verschiedenen Schutzzwecken des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht hinreichend Rechnung trägt. Der ursprüngliche Schutzzweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, den Rechtsverkehr von unangemessenen Bedingungen freizuhalten⁹³, besteht nämlich weiterhin. Neben ihn - ihn wohlgermerkt

⁹⁰ Vgl. Locher, JuS 1997, 389 (392); Ulmer/Brandner/Hensen, § 9, Rz. 179; anders aber Borges, S. 71, der eine Berücksichtigung des Wissenstandes generell ablehnt.

⁹¹ Vom Verfasser frei gebildet.

⁹² Ähnlich Eckert, ZIP 1996, 1238 (1240), der eine analoge Anwendung des § 24a AGBG (nun: § 310 III BGB) durch die Rechtsprechung für möglich hält.

⁹³ BGHZ 126, 326 (332); BT-Drucks. 7/3919, S. 13; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl., Rz. 29; Locher, JuS 1997, 389 (390 f.); D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (274).

aber nicht verdrängend - tritt der Schutzzweck des § 310 III BGB, durch den der Verbraucher in seiner rollenspezifischen Unterlegenheit geschützt werden soll.⁹⁴ Aufgrund der verschiedenen Schutzzwecke ist § 310 III BGB so verstehen, dass er immer nur dann eingreift, wenn entweder ein Verbrauchervertrag vorliegt, der nicht den Anforderungen des § 305 I BGB genügt (so § 310 III Nr. 2 BGB) oder der Kunde nicht bereits durch die ursprünglichen Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinreichend geschützt ist.

Dementsprechend ist die Inhaltskontrolle von Fitness-Verträgen in zwei Schritten durchzuführen: Zunächst ist allein die generalisierend-typisierende Betrachtungsweise maßgeblich. Stellt sich dabei heraus, dass die Klausel wirksam ist, so ist anschließend zu prüfen, ob nicht konkret-individuelle Umstände vorliegen, die eine andere Bewertung rechtfertigen. Ist die Klausel dagegen bei generell-typischer Betrachtung unwirksam, so können auch bei Vertragsschluss bestehende Umstände nicht zur Wirksamkeit der Klausel führen.⁹⁵ Soweit aber die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind, muss man die für den Verbraucher nachteiligen Gegebenheiten ebenso berücksichtigen wie die vorteilhaften.⁹⁶

Eine solche Vorgehensweise wird nicht nur den verschiedenen Schutzzwecken des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerecht, sondern wirkt überdies der Gefahr entgegen, dass aufgrund unterschiedlicher Kontrollmaßstäbe im Individual- und im Verbandsverfahren die Verbandsklagen ihre praktische Bedeutung verlieren, weil man sich auf ihre Ergebnisse im Individualverfahren nicht mehr verlassen kann.⁹⁷

III. Auslegung des § 307 II BGB

Zur Festlegung der weiteren Vorgehensweise ist es erforderlich, die Voraussetzungen des § 307 II BGB näher zu bestimmen. Dieses Erfordernis resultiert daraus, dass die Vorschrift keine unmittelbaren operationalen Entscheidungshilfen gibt, sondern einerseits Bezug nimmt auf *die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung* (Nr. 1), andererseits auf *die wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben* (Nr. 2).⁹⁸

⁹⁴ Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2194); Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, 562 (565 f.); Locher JuS 1997, 389 (391 f.); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24a, Rz. 4.

⁹⁵ So auch Michalski, DB 1999, 677 (678f.); D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (275); Staudinger-Schlosser, § 24a AGBG, Rz. 53; Erman-Werner, § 24a AGBG, Rz. 50; Borges, S. 52; Burckhardt, S. 170.

⁹⁶ Vgl. Locher, JuS 1997, 389 (392); Börner, JZ 1997, 595; Brandner, MDR 1997, 312 (314); Bunte, DB 1996, 1389 (1390); Scherer/Heil, JA 1997, 849 (851); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 180; Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2194); Staudinger-Schlosser, § 24a AGBG, Rz. 55.

⁹⁷ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, Art. 4 RL, Rz. 3.

⁹⁸ Ekkenga, S. 44.

1. Voraussetzungen des § 307 II Nr. 1 BGB

Mit dem Merkmal der *gesetzlichen Regelung* in § 307 II Nr. 1 BGB werden nicht nur die formellen und materiellen Gesetze erfasst, sondern auch das ungeschriebene Recht.⁹⁹ Dementsprechend sind auch richter- und gewohnheitsrechtliche Regelungen sowie alle anerkannten Rechtssätze, die von der Rechtsprechung und der Rechtslehre durch Auslegung, Analogie oder Rechtsfortbildung entwickelt wurden, als gesetzliche Regelung einzustufen.¹⁰⁰ Gleiches gilt für allgemeine Rechtsgrundsätze, die aus der Rechtsordnung insgesamt abzuleiten sind.¹⁰¹ Dies bedeutet, dass auch gesetzlich nicht typisierte Verträge einer Inhaltskontrolle unterzogen werden können, sofern sich aus anderen gesetzlichen Regelungen bzw. der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit Grundgedanken als Prüfungsmaßstab ergeben.¹⁰²

Nicht jede Abweichung von der gesetzlichen Regelung indiziert eine unangemessene Benachteiligung des Kunden. Nur wenn die abbedungene gesetzliche Regelung zu den *wesentlichen Grundgedanken* zu zählen ist, sind die Voraussetzungen des § 307 II Nr. 1 BGB erfüllt. Dies ist der Fall, wenn der tragende Inhalt der gesetzlichen Regelung für die rechtliche Stellung des Vertragspartners und die angemessene Verteilung des Vertragsrisikos von wesentlicher Bedeutung sind.¹⁰³

Einen anderen Maßstab wählt die Rechtsprechung: Ausgehend von der durch Raiser¹⁰⁴ begründeten Lehre von der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts soll ein wesentlicher Grundgedanke vorliegen, wenn die gesetzliche Regelung, von der eine AGB-Bestimmung abweicht, vorwiegend auf Erwägungen des gerechten Interessenausgleichs und nicht der Zweckmäßigkeit beruht.¹⁰⁵ Eine strikte Unterscheidung zwischen Normen, die dem Interessenausgleich dienen und denen, die aus Gründen der

⁹⁹ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 66; Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 169; a.A. Staudinger-Schlosser, 12. Aufl., § 9 AGBG, Rz. 20, der nur formelle und materielle Gesetze, nicht aber das ungeschriebene Recht als Vergleichsmaßstab heranziehen will.

¹⁰⁰ BGHZ 100, 157 (163); 121, 13 (18); BGH, NJW 1983, 1671 (1672); NJW 1984, 1184 (1186); NJW, 1993, 2738 (2739); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 22;; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 66 m.w.N.; a.A. Becker, S. 79 ff., 89; Zöllner, RdA 1989, 152 (159 f.), die nur unmittelbar subsumtionsfähige Rechtssätze ausreichen lassen.

¹⁰¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 137; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 67; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 33 jeweils m.w.N.

¹⁰² BGHZ 100, 157 (163 f.); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 24; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 67; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 140; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 34; a.A. folgerichtig Becker, S. 92 ff., der grundsätzlich § 9 II Nr. 2 AGBG (nun: § 310 II Nr. 2 BGB) anwenden will.

¹⁰³ Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 23; ähnlich Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 133; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 35; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 70 f.

¹⁰⁴ Raiser, S. 295.

¹⁰⁵ BGHZ 89, 206 (211); 114, 238 (240); 115, 38 (42); BGH NJW 2001, 3480; vgl. auch Teilbericht I, S. 55.

Zweckmäßigkeit erlassen wurden, ist aber praktisch kaum durchführbar.¹⁰⁶ Sie lässt überdies außer Acht, dass auch eine Abweichung von Vorschriften, die vorrangig auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, den Vertragspartner möglicherweise empfindlich belastet und somit auf die Vertragsgerechtigkeit im Sinne einer ausgewogenen Gestaltung der beiderseitigen Rechte und Pflichten erhebliche Auswirkungen haben kann.¹⁰⁷

2. Anwendungsbereich des § 307 II Nr. 2 BGB

§ 307 II Nr. 2 BGB stellt als Vergleichsmaßstab auf *die wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben*, ab. Zweifelhaft ist, was unter diesem wenig geglückten Wortlaut zu verstehen ist. Die Deutung des Wortlauts ist aufgrund der weiten Auslegung des § 307 II Nr. 1 BGB nicht zu trennen von der Frage, ob und inwieweit der Regelung in Ziff. 2 überhaupt ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Nur so ist ein schlüssiges Anwendungsschema zu finden, das die Inhaltskontrolle erheblich erleichtert.

Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Regelbeispielen des § 307 II BGB ist sehr umstritten. Namentlich Heinrichs vertritt die Auffassung, dass der Ziff. 2 ein eigenständiger und gegenüber der Ziff. 1 vorrangiger Anwendungsbereich zusteht.¹⁰⁸ Einige Autoren kommen zu dem gegenteiligen Ergebnis, dass Ziff. 2 gegenüber der Regelung in Ziff. 1 subsidiär ist.¹⁰⁹ Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur gehen schließlich davon aus, dass die beiden Regelfälle der unangemessenen Benachteiligung nebeneinander anwendbar sind.¹¹⁰ So stützt der BGH mitunter die Unwirksamkeit einer Klausel ausdrücklich auf § 307 II Nr. 1 und Nr. 2.¹¹¹ Dieses Verständnis der wohl h.M. begegnet aber durchschlagenden Bedenken.

In einer Regelung die mit den Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzes übereinstimmt, kann man nur schwerlich eine Gefährdung des Vertragszwecks erblicken.

¹⁰⁶ Die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung resultieren daraus, dass die Normen des dispositiven Rechts zumeist nicht einseitig einem angemessenen Interessenausgleichs oder der Zweckmäßigkeit dienen, sondern beide Ziele gleichzeitig verfolgen. Zudem ergeben sich häufig weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der Norm stichhaltige Argumente für eine Abgrenzung. Welcher Schutzzweck letztlich der Norm schwerpunktmäßig zugrunde liegt, ist eine komplexe Wertungsfrage, vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 71; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 23; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 132; vgl. auch Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 27.

¹⁰⁷ Erman-H. Hefermehl, § 9 AGBG, Rz. 23; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 132; vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 70 f.

¹⁰⁸ Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 31.

¹⁰⁹ Becker, S. 192; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba-Graba, § 9, Rz. 30; v. Hoyningen-Huene, Rz. 282; Staudinger-Schlosser, 12. Aufl., § 9 AGBG, Rz. 28.

¹¹⁰ BGHZ 130, 19 (33); Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 32; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 82; Löwe, BB 1979, 1063 (1064); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 130; ähnlich Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 199.

¹¹¹ Vgl. etwa BGHZ 130, 19 (33).

Anderenfalls würde man dem Gesetzgeber unterstellen, dass seine Ordnungs- und Wertvorstellungen an den berechtigten Interessen der Vertragsparteien vorbeizielen. Der die Klausel prüfende Richter würde, nachdem er bereits den § 307 II Nr. 1 BGB geprüft hat, de facto die Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers am Maßstab des § 307 II Nr. 2 BGB auf ihre Angemessenheit hin überprüfen. Eine Überprüfung des Gesetzgebers durch den Richter soll aber, wie insbesondere § 307 III 1 BGB zeigt, nicht stattfinden.¹¹²

Ein weiteres Argument ergibt sich aus den Materialien des AGBG. Demnach bezweckt § 307 II Nr. 2 BGB, die Inhaltskontrolle dort zu erleichtern, wo eine Orientierungshilfe in Form einer dispositiven gesetzlichen Regelung fehlt.¹¹³ Dies zeigt, dass der Gesetzgeber erst dort eine Anwendung des § 307 II Nr. 2 BGB für erforderlich hielt, wo kein dispositives Gesetzesrecht Anwendung findet. Er ist also von der vorrangigen Bedeutung des § 307 II Nr. 1 BGB ausgegangen.

Legt man, wie hier, § 307 II Nr. 1 BGB so weit aus, dass selbst allgemeine Rechtsgrundsätze als gesetzliche Regelung i.S.d. § 307 II Nr. 1 BGB einzustufen sind und geht man vom grundsätzlichen Vorrang des § 307 II Nr. 1 BGB aus, dann verbleibt für § 307 II Nr. 2 BGB nur ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich.¹¹⁴ Dieser reduziert sich auf Fälle, in denen völlig atypische Verträge oder aber atypische Einzelklauseln zu kontrollieren sind. Nur wenn keine im dispositiven Recht verankerten Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers herzuleiten sind, hat sich die Inhaltskontrolle am Maßstab der *wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben*, zu orientieren.

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für in den AGB festgelegte Haftungsausschlüsse zugunsten des Verwenders. Nach der h.M. ist § 307 II Nr. 2 BGB anwendbar, wenn AGB-Bestimmungen die Freizeichnung von sog. Kardinalpflichten festlegen.¹¹⁵ Auf einen solchen Anwendungsbereich lassen vor allem die Materialien zum AGBG schließen.¹¹⁶ Praktisch macht es aber keinen Sinn, im Bereich der Freizeichnungsklauseln auf § 307 II Nr. 2 BGB abzustellen. Soweit Haftungsausschlüsse in bezug auf wesentliche Vertragspflichten festgelegt werden,

¹¹² Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 22; Becker, S. 115; Canaris, NJW 1987, 609 (611); Bruchner, WM 1987, 449 (456); Dylla-Krebs, S. 65.

¹¹³ Teilbericht I, S. 55.

¹¹⁴ Vgl. MünchKomm-Basedow, § 9 AGBG, Rz. 41. Der Anwendungsbereich wird auch nicht durch den neu gefassten § 280 BGB erweitert (so grundsätzlich aber Graf v. Westphalen, NJW 2002, 12 (19)). § 280 BGB gibt dem AGB-Verwender nicht das weitreichende Recht, seine Rechte und Pflichten nach Belieben festzulegen. Wie bisher sind atypische Verträge dem Grundsatz nach vorrangig an den besonderen Regeln des Schuldrechts, also dessen wesentlichen Grundgedanken, zu messen.

¹¹⁵ BGHZ 89, 363 (367); 93, 29 (48); 103, 316 (324); BGH, NJW 1990, 761 (764); Roussos, S. 102; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 9 AGBG, Rz. 28; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 35; Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 199.

¹¹⁶ Teilbericht I, S. 55 f.; BT-Drucks. 7/3919, S. 23.

liegt regelmäßig eine Abweichung vom Haftungsmaßstab der §§ 276 ff. BGB vor.¹¹⁷ Dann ist für den Fall, dass der Haftungsausschluss nicht bereits gegen § 309 Nr. 7 BGB verstößt, im Zweifel davon auszugehen, dass der Klauselinhalt von *den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung* abweicht. Eines Rückgriffs auf § 307 II Nr. 2 BGB bedarf es demnach nicht.¹¹⁸

§ 4 Die rechtliche Einordnung der Fitness-Verträge

A. Einführung

I. Die Problematik - Stand der Diskussion

Der Kunde eines typischen, modernen Fitness-Studios hat regelmäßig die Wahl, ob er das Gruppentraining und/oder das Gerätetraining betreiben will.¹¹⁹ Das Studio schuldet hinsichtlich des Gerätetrainings die Überlassung der Sportgeräte sowie der Trainingsräume. Wählt der Kunde das Gruppentraining, so reduziert sich das Gebrauchsüberlassungselement auf die Bereitstellung der Räumlichkeiten. Im Rahmen des Gerätetrainings besteht daneben regelmäßig die Möglichkeit, sich vom Betreiber des Fitness-Studios oder dessen Angestellten beraten zu lassen. Auch wenn der Kunde auf die Beratung verzichtet, so überwachen der Betreiber des Fitness-Studios oder seine Angestellten dennoch das Gerätetraining und greifen gegebenenfalls ein, wenn der Kunde sich oder andere Sportler gefährdet. Das Gruppentraining findet stets unter Anleitung eines Trainers bzw. einer Trainerin statt.

Aufgrund dieser tatsächlichen Begebenheiten besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass die Fitness-Verträge neben Gebrauchsüberlassungselementen auch dienstrechtliche Elemente aufweisen. Die Einigkeit endet aber dort, wo es um die Beantwortung der Frage geht, welche Auswirkungen das bestehende dienstvertragliche Element auf die rechtliche Einordnung des typischen Fitness-Vertrages hat. Die Diskussion beschränkt sich dabei - soweit erkennbar - auf Verträge, die das Gerätetraining zum Gegenstand haben.

Die h.M.¹²⁰ sieht im Fitness-Vertrag einen gemischten Vertrag, der sich in Kombination verschiedener, rechtlich unselbständiger Vertragstypen zu einem einzigen Ver-

¹¹⁷ Wolf, NJW 1980, 2433 (2437); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 151; Staudinger-Schlosser, 12. Aufl.; § 9 AGBG, Rz. 28; Jauernig-Teichmann, § 9 AGBG, Rz. 6.

¹¹⁸ So auch Staudinger-Schlosser, 12. Aufl., § 11 Nr. 7 AGBG, Rz. 36; Brors, ZIP 1998, 1663 (1667); Wolf, NJW 1980, 2433 (2434).

¹¹⁹ Siehe oben, § 1, A II, III.

¹²⁰ OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 11, 12; OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (33); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (243 f.); LG München, VuR 1994, 362 (364); LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1015 f.); LG Freiburg, 1981, 56 (56 f.); AG Bautzen, NJW-RR 1998, 130; AG Gelsenkirchen-Buer, NJW-RR 1989, 245; AG München, NJW-RR 1991, 251; AG Frankfurt/Main, NJW-RR 1993, 758; RGRK-Anders/Gehle, § 611, Rz. 753; Staudinger-Emmerich, Vorb. §§ 535, 536, Rz. 153; Raab, JA 1998, 75 (76).

trag vereinigt, wobei der Schwerpunkt dieses typengemischten Vertrages auf dem Gebrauchsüberlassungselement liegen soll. Daher sei auf den Fitness-Vertrag grundsätzlich das Mietrecht gem. §§ 535 ff. BGB anzuwenden.

Demgegenüber sieht ein Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums das dienstvertragliche Element zumindest als gleichrangig¹²¹, teilweise sogar als vorrangig¹²² an. Die Überwachungs- und Beratungspflichten seien so wesentlich, dass die §§ 611 ff. BGB bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen seien.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, wie die Verträge rechtlich einzuordnen sind, bisher nicht beantwortet. In drei neueren Entscheidungen, in denen einzelne Klauseln in Fitness-Verträgen einer Inhaltskontrolle zu unterziehen waren, hätte er dazu Gelegenheit gehabt, er hat die Frage nach der rechtlichen Einordnung aber ausdrücklich offen gelassen.¹²³ Dennoch scheint der BGH geneigt, den Fitness-Vertrag nicht schwerpunktmäßig dem Mietrecht zuzuordnen.¹²⁴

II. Kritische Betrachtung

Die rechtliche Einordnung des Fitness-Vertrages in Rechtsprechung und Literatur ist jedenfalls argumentativ nicht überzeugend. Es verwundert, dass im Rahmen der bisherigen Diskussion nur in Ausnahmefällen die tatsächlichen Begebenheiten in den Fitness-Studios Berücksichtigung finden. Die Gerichte stützen - sofern sie Mietrecht anwenden und dies überhaupt begründen - ihre rechtliche Einordnung zumeist auf den Wortlaut des dem jeweiligen Vertrag zugrunde liegenden Textes.¹²⁵ Dieser sieht häufig lediglich eine Gebrauchsüberlassungspflicht der Studios vor.¹²⁶

Es ergibt sich aus den §§ 133, 157 BGB, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen sind, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste und dass gerade nicht auf den buchstäblichen Sinn der Erklärung abzustellen ist. Der Wortlaut der

¹²¹ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 243 (mit der Tendenz zum Dienstvertragsrecht); vgl. auch Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 1; Huff, EWiR, § 11 AGBG 2/89, 839 (840).

¹²² OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (bei Bodybuilding-Angebot bestimmt das Dienstleistungselement den Gesamtvertrag); AG Dülmen, NJW-RR 1985, 1718 (1719); AG Langen, NJW-RR 1995, 823; Schröder, VuR 1992, 158 (159); Erman-Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 12 AGBG, Rz. 3; vgl. auch LG Wuppertal, NJW-RR 1989, 1524 (Vereinbarung zur Teilnahme an Kampfsportkurs und Nutzung des Bodybuilding-Angebots ist einheitlich als Dienstvertrag anzusehen).

¹²³ BGH, NJW 1997, 193 (194 f.); NJW 1997, 195; NJW 1997, 739; ebenfalls offen gelassen wurde die Frage der rechtlichen Einordnung vom OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371).

¹²⁴ Anlass zu dieser Vermutung gibt folgende Formulierung: "Ob die dienstvertraglichen Elemente des Vertrags - wie das BerGer. meint - tatsächlich eine so untergeordnete Rolle spielen, dass sie den Gesamtcharakter nicht neben den mietrechtlichen Elementen entscheidend mitprägen, mag zweifelhaft sein (...). Die Frage kann aber offen bleiben", BGH NJW 1997, 739.

¹²⁵ So ausdrücklich OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 11; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243; LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1016).

¹²⁶ Vgl. z.B. die zu beurteilenden Vertragstexte in BGH, NJW 1997, 193; BGH, NJW 1997, 739.

Formularverträge hat im Rahmen der Auslegung nur einen eingeschränkten Stellenwert. Bei den Formularverträgen der Fitness-Branche ist nämlich zu beachten, dass sich der Kunde bei Erhalt des Formulars quasi in der Rolle eines Erklärungsempfängers befindet. Für ihn hat das Formular den Inhalt, den er von seinem Empfängerhorizont aus verstehen durfte; allein diesen Inhalt will er erklären, wenn er den Vertrag unterzeichnet.¹²⁷ Auch wenn der Kunde einen Vertrag unterzeichnet, in dem nur eine Gebrauchsüberlassungspflicht des Studios festgelegt ist, so ist darin nicht ohne weiteres der Wille zu sehen, auf Dienstleistungen des Studios zu verzichten.

Es sind vielmehr neben dem Wortlaut des Vertragsformulars auch andere wichtige Auslegungskriterien, insbesondere die Verkehrssitte zu berücksichtigen. Über das Merkmal der Verkehrssitte ist auch die im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Besondere Bedeutung bei der rechtlichen Einordnung gesetzlich nicht geregelter Vertragstypen kommt folglich der tatsächlichen Erscheinungsform des Vertragstyps im Rechts- und Wirtschaftsverkehr zu.¹²⁸

Soweit die Gerichte annehmen, die Verträge seien vorrangig nach dem Dienstvertragsrecht zu beurteilen, fehlt auch hier häufig eine ausreichende, an den tatsächlichen Begebenheiten orientierte Begründung. Zwar nehmen die Gerichte das Bestehen umfassender Beratungs- und Überwachungspflichten an, die den Gesamtvertrag prägen sollen, es wird aber zumeist nicht deutlich, aus welchen rechtlichen bzw. tatsächlichen Gesichtspunkten sich derart weitgehende Pflichten des Fitness-Studios ergeben sollen.

Darüber hinaus differenziert ein Teil des Schrifttums zwischen den beiden Auffassungen.¹²⁹ Es sei auf das tatsächliche Angebot des konkreten Studios abzustellen. Die Frage, wie der Vertrag rechtlich zu beurteilen ist, sei insoweit eine Frage des Einzelfalles. Dem ist aber nur dann zuzustimmen, wenn sich aus den Willenserklärungen der Vertragsparteien ergibt, dass eine Vereinbarung abweichend von der im Verkehr der beteiligten Kreise herrschenden tatsächlichen Übung gewollt ist. Das tatsächliche Angebot eines Studios ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages unerheblich, sofern ein Kunde das Vertragsformular unterzeichnet, ohne dass in mündlicher oder schriftlicher Form die Leistungspflichten des Studios explizit festgelegt sind oder sich diese aus den konkreten Umständen bei Vertragsschluss ergeben. Dann ist das Angebot des Studios aus dem Empfängerhorizont des Kunden dahingehend auszulegen, dass das Fitness-Studio, die für die Branche übliche Leistung schuldet. Eine andere Auslegung stünde im Widerspruch zu den §§ 133, 157 BGB.

¹²⁷ Vgl. BGH, NJW 1983, 1903 (1904); Sigulla, S. 119.

¹²⁸ So bereits Ulmer, Vertragshändler, S. 12, 247 f.

¹²⁹ Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 1; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243; Gounalakis/Gounalakis, RdJB 1997, 229 (230).

III. Vorgehensweise

Angesichts der aufgezeigten unterschiedlichen Auffassungen und deren regelmäßig unzureichenden Begründungen ist es erforderlich, einen eigenen Lösungsansatz zur rechtlichen Einordnung des Fitness-Vertrages zu entwickeln. Dabei soll ein besonderes Augenmerk auf die methodischen Grundlagen gerichtet werden, mit deren Hilfe die rechtliche Einordnung überhaupt erst erfolgen kann. Es stellen sich vor allem zwei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, die im Rahmen der bisherigen Diskussion allenfalls andeutungsweise beantwortet wurden.

Die erste Frage resultiert aus der Tatsache, dass der Fitness-Vertrag, sofern er auf das Gerätetraining gerichtet ist, zwei Gebrauchsüberlassungselemente beinhaltet. Neben der Überlassung der Trainingsräume ist das Fitness-Studio verpflichtet, dem Kunden die Trainingsgeräte zum Gebrauch zu überlassen. Der Wortlaut von § 535 I 1 BGB spricht dafür, dass die Überlassungselemente mietrechtlicher Natur i.S.d. §§ 535 ff. BGB sind. Andererseits weichen die Gebrauchsüberlassungspflichten in ihrer konkreten Ausgestaltung in vielfacher Hinsicht von den üblicherweise abgeschlossenen Mietverträgen ab. So gewähren die Studios z.B. den Kunden nicht den alleinigen Gebrauch der Trainingsräume und -geräte.¹³⁰ Sie räumen ihnen lediglich die Möglichkeit ein, mit einer Vielzahl von anderen, im voraus nicht bekannten Personen gemeinsam die Geräte zu nutzen.

Es ist daher zu klären, ob und inwieweit die Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften überhaupt in Betracht kommt. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, ob man einen Vertrag durch Subsumtion unter den Eingangsparagraphen einem gesetzlichen Grundtyp zuordnen kann (begriffliche Methode) oder ob die Zuordnung davon abhängt, dass der Vertrag durch die Verbindung der ihn kennzeichnenden Merkmale in seinem Gesamtbild dem gesetzlichen Typus entspricht (typologische Methode).

Eine zweite Frage von grundsätzlicher Bedeutung ergibt sich daraus, dass der Fitness-Vertrag neben den Gebrauchsüberlassungselementen auch ein dienstvertragliches Element enthält und somit einen typengemischten Vertrag darstellt. Das BGB verbindet den Grundsatz der Vertragsfreiheit im Schuldrecht mit der Aufstellung einzelner Grundtypen von Schuldverträgen. Eine allgemeine Vorschrift, aus der sich ergibt, welche besonderen schuldrechtlichen Normen auf gemischte Verträge Anwendung finden, enthält das BGB indes nicht.¹³¹ Dies wirft unweigerlich die Frage auf, ob und inwieweit die Regeln aller dem Vertrag zugrundeliegenden Typen anwendbar sind oder ob lediglich die Normen eines gesetzlich geregelten Grundtyps zur Anwendung kommen.

¹³⁰ Vgl. BGH, NJW 1997, 193 (194); OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12.

¹³¹ Das BGB enthält lediglich einige besondere Vorschriften, wie z.B. zur rechtlichen Beurteilung von Werklieferungsverträgen, § 651 BGB, vgl. Charmatz, S. 259, der sich eingehend mit der Entstehungsgeschichte des BGB auseinandersetzt.

Dementsprechend hat die rechtliche Beurteilung des Gesamtvertrages in zwei Schritten zu erfolgen: Zuerst sind die Vorschriften zu ermitteln, die auf die einzelnen Vertragselemente bei isolierter Betrachtung anzuwenden wären. Im Anschluss daran ist zu prüfen, welche der ermittelten schuldrechtlichen Normen auf den Gesamtvertrag anzuwenden sind.

B. Die rechtliche Beurteilung der einzelnen Vertragselemente

I. Methode der Vertragstypbestimmung

Zunächst ist also die Frage zu beantworten, ob der begrifflichen oder der typologischen Methode der Vorzug zu geben ist. Dabei ist angesichts der Themenstellung dieser Arbeit zu beachten, dass sich die Erörterung nicht auf die gesamte, überaus komplexe Problematik der Denkform des Typus¹³² erstrecken kann. Sie ist auf die wesentlichen Ergebnisse und vor allem auf ihre praktischen Auswirkungen zu beschränken, auch wenn dies teilweise dazu führt, dass auf einzelne Argumente, insbesondere die methodischen Hintergründe, nur stark verkürzt eingegangen werden kann.

1. Begriffliche Methode

Die Vertragseinordnung nach der begrifflichen Methode erfolgt in zwei Schritten.¹³³ Zunächst ist entsprechend der herkömmlichen Gesetzesauslegung auf einer Definitionsebene der Begriff des gesetzlich geregelten Vertragstyps zu bestimmen. In einem zweiten Schritt ist dann die konkrete vertragliche Vereinbarung unter die gefundene Definition zu subsumieren. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag entspricht (nur) dann dem gesetzlichen Vertragstyp, wenn (ausnahmslos) alle Definitionsmerkmale vorliegen.

Auf der Definitionsebene stellt sich das Problem, wie die Begriffsbestimmung zu erfolgen hat. Den gesetzlichen Regelungen der einzelnen Vertragsarten ist jeweils ein Eingangsparagraph vorangestellt, in dem wesentliche Grundcharakteristika des Vertragstyps aufgeführt sind. Es besteht somit die Möglichkeit, den jeweiligen Eingangsparagraphen als vom Gesetzgeber vorgegebene Definition des Vertragstyps aufzufassen, unter die zu subsumieren ist. Dies führt zu einer weiten Begriffsbestimmung des jeweiligen gesetzlich geregelten Vertragstyps. Ebenso ist es aber auch möglich weitere Definitionsmerkmale, die sich aus den nachfolgenden Vorschriften ergeben, dem Begriff hinzuzufügen. Die Folge ist eine engere Begriffsbestimmung. Die Rechtsprechung geht grundsätzlich nach der begrifflichen Methode vor. Dabei wählt sie eine weite Begriffsbestimmung. Mit dieser Methode werden in

¹³² Eingehend mit dieser Problematik befassen sich die Arbeiten von Hassemer, Tatbestand und Typus, Köln 1967; Leenen, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971; Kuhlen, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin 1977; Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995.

¹³³ Vgl. hierzu und zum Folgenden nur Kokert, S. 262.

der Realität gefundene Vertragstypen auch dann dem gesetzlichen Grundtyp zugeordnet, wenn wesentliche, nicht im Eingangsparagraphen aufgeführte Merkmale fehlen.

Als Beispiel lässt sich die BGH-Rechtsprechung¹³⁴ zum Finanzierungsleasing-Vertrag anführen, auf den grundsätzlich die mietrechtlichen Vorschriften anzuwenden sein sollen. Der BGH definiert den Grundtypus des Mietvertrages gem. § 535 BGB als eine zeitlich begrenzte entgeltliche Gebrauchsüberlassung. Er fasst den Begriff der Miete also weit, so dass die anderen Merkmale des Finanzierungsleasing-Vertrages, wie z.B. der Gewährleistungssauschluss im Verhältnis Leasinggeber - Leasingnehmer, bei der Vertragseinordnung keine Berücksichtigung finden.

Diese Vorgehensweise wählen die Gerichte regelmäßig auch im Bereich der Fitness-Verträge.¹³⁵ Dabei stellen sie zumeist allein auf die Gebrauchsüberlassung der Sportgeräte und der Trainingsräume ab und kommen zum Ergebnis, dass die Fitness-Verträge (zumindest überwiegend) als Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB zu qualifizieren sind. Andere Gesichtspunkte, wie z.B. die Tatsache, dass die Studios die Sachen einer Vielzahl von anderen, im voraus nicht bekannten Personen gemeinsam zum Gebrauch überlassen, finden im Rahmen der Vertragseinordnung grundsätzlich keine Berücksichtigung.¹³⁶ Die Gerichte wählen also eine weite Begriffsbestimmung, unter die sie den Fitness-Vertrag subsumieren.

2. Typologische Methode

Im Rahmen der typologischen Methode erfolgt die Vertragseinordnung durch einen wertenden Vergleich des in der Praxis gefundenen Vertragstyps mit dem gesetzlich geregelten Grundtyp. Vereinfacht ausgedrückt ist ein Vertrag dann dem gesetzlich normierten Grundtyp zuzuordnen, wenn die Verbindung der ihn kennzeichnenden Merkmale in seinem Gesamtbild dem gesetzlichen Typus entspricht.¹³⁷ Diese Zuordnungsbeschreibung ist isoliert betrachtet eine Leerformel, da sie keine hinreichende Aussage über die Vorgehensweise und die Kriterien der Vertragseinordnung enthält. Deshalb ist eine detailliertere Darstellung der typologischen Methode erforderlich.

Zunächst ist das Leitbild des gesetzlich normierten Vertragstyps zu bestimmen. Die Einordnung erfolgt unter der Prämisse, dass zwischen der Einleitungsnorm und den nachfolgenden Vorschriften keine strenge Koppelung besteht.¹³⁸ Im Gegensatz zur

¹³⁴ Vgl. nur BGHZ 71, 189 (194); BGH, NJW 1986, 179.

¹³⁵ Besonders deutlich wird dies in den Urteilen vom OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890; LG Frankenthal, VuR 1993, 350 (351). Beachte aber auch die Ausführungen des OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12 f., näher dazu unten, § 4, B I 2.

¹³⁶ Vgl. etwa BGH, NJW 1997, 193 (194); OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12 f.

¹³⁷ Vgl. Pawlowski, Rz. 147.

¹³⁸ Leenen, Typus, S. 166; Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 106; Esser/Schmidt, SchuldR AT, Teilbd. 1; § 12 I 2 (S. 212); Dellios, S. 48.

begrifflichen Methode beschränkt sich die Bestimmung der Merkmale nicht auf die in den Eingangsparagraphen aufgeführten Pflichten der Parteien. Maßgeblich ist vielmehr der gesamte Normenkomplex, d.h. alle dispositiven und zwingenden Vorschriften, die das Gesetz für den in Betracht kommenden Vertragstyp vorsieht.¹³⁹ Rückschlüsse lassen sich ferner daraus ziehen, dass der Gesetzgeber eine Frage nicht ausdrücklich innerhalb des Normenkomplexes geregelt hat.¹⁴⁰ Soweit Merkmale auf der Tatbestandsseite in die rechtliche Beurteilung einbezogen werden, ähnelt die typologische Methode trotz aller Unterschiede der begrifflichen. Im übrigen besteht ein erster wichtiger Unterschied: Neben der Berücksichtigung der Tatbestandsmerkmale sind auch die Rechtsfolgen, die das Gesetz vorsieht, zu berücksichtigen.

Anschließend ist durch einen wertenden Vergleich zu ermitteln, ob der konkrete zu beurteilende Vertragstyp dem Leitbild des gesetzlichen Typus zuzuordnen ist. Hier zeigt sich der zweite entscheidende Unterschied zur begrifflichen Methode: Den einzelnen Merkmalen des gesetzlichen Leitbilds kommt keine konstitutive Bedeutung zu. Stimmen der zu beurteilende Vertrag und das Leitbild des gesetzlichen Vertragstypus in einem oder in mehreren Merkmalen nicht überein, so schließt dies die Zuordnung nicht schlechthin aus.¹⁴¹

Die typologische Methode zielt nicht auf die Feststellung exakter Übereinstimmung ab. Es soll vielmehr der Grad der Abweichung zwischen dem zu untersuchenden und dem gesetzlichen Vertragstyp ermittelt werden.¹⁴² Der erforderliche Grad der Übereinstimmung lässt sich mit Worten nicht ausdrücken, denn die Grenzen sind bei typologischem Verständnis des Vertragsrechts fließend. Wann ein Vertrag dem gesetzlich geregelten Typ zuzuordnen ist, ist letztlich eine Wertungsfrage.

Die Wertung erschöpft sich keinesfalls in einer summarischen Prüfung. Die Anzahl der übereinstimmenden Merkmale ist lediglich als Indiz für oder gegen eine Einordnung aufzufassen.¹⁴³ Daneben ist aber in einer Gesamtbetrachtung die jeweilige Kennzeichnungskraft der ermittelten Merkmale in die Wertung einzubeziehen.¹⁴⁴ Die Kennzeichnungskraft ist um so höher, je mehr der gesetzliche Vertragstyp durch das vorliegende oder fehlende Element geprägt ist.¹⁴⁵ Ergibt die auf der Tatbestandsseite

¹³⁹ Leenen, Typus, S. 180; Larenz/Canaris, MethL, S. 123; Ebenroth, JuS 1978, 588 (590); Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 107; Sefrin, S. 119; Hildebrand, S. 140.

¹⁴⁰ Finden sich bei den Vorschriften anderer Vertragstypen ausdrückliche Regelungen zu einer Frage, so kann hieraus zu folgern sein, dass der Gesetzgeber diese Frage im Rahmen des zu untersuchenden Normenkomplexes bewusst nicht geregelt hat. Dann ist in der Nichtregelung eine erhebliche Wertentscheidung des Gesetzgebers zu sehen.

¹⁴¹ Leenen, Typus, S. 183 f.; Ebenroth, JuS 1978, 588 (590); Pawlowski, Rz. 147.

¹⁴² Leenen, Typus, S. 183; Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 103; Engisch, S. 243.

¹⁴³ Bydlinski, S. 549; Sefrin, S. 125.

¹⁴⁴ Leenen, Typus, S. 183; Hildebrand, S. 111; Sefrin, S. 125.

¹⁴⁵ So ist z.B. die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen (§ 433 I 1 BGB), prägender als die Pflicht des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen (§ 433 II BGB). Dem Käufer geht es vorrangig darum, das Eigentum zu erlangen. Der Verkäufer dagegen ist typischerweise vor allem daran interessiert, dass ihm der Käufer den Kaufpreis bezahlt.

durchgeführte Wertung, dass der zu überprüfende Vertragstyp dem gesetzlichen Typ weitgehend entspricht, so ist in einem letzten Schritt zu prüfen, ob die Rechtsfolgen, die das Gesetz vorsieht, der Interessenlage der Parteien entsprechen. Ist dies in einem erheblichem Maße nicht der Fall, so scheidet eine Zuordnung aus.

Die typologische Methode ist in der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte von allenfalls untergeordneter Bedeutung. Es ist kein Urteil zu finden, in dem das Gericht seine Vertragseinordnung ausdrücklich auf die typologische Methode zurückführt.¹⁴⁶ Dagegen finden sich in der Literatur zahlreiche Ausführungen, in denen sich die Autoren der typologischen Methode bedienen bzw. ein typologisches Verständnis des Vertragsrechts offenbaren.¹⁴⁷

3. Bewertung der Einordnungsmethoden

In der Methodenlehre besteht seit langem - ein mitunter heftig geführter - Streit darüber, welcher Methode der Vorzug zu geben ist.¹⁴⁸ Auf eine Streitentscheidung kommt es aber letztlich nur dann an, wenn den Methoden ein eigenständiger Begründungswert zukommt.

a. Begründungswert der Methoden

So unterschiedlich die Einordnungsmethoden von ihrem Ansatz her auch erscheinen mögen, so dienen sie doch dem gleichen Zweck: Es sollen die Rechtsfolgen bestimmt werden, die aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien resultieren.

Lässt sich ein Vertrag dem gesetzlichen Vertragstyp zuordnen, so folgt aus der Zuordnung, dass die für diesen Vertragstyp aufgestellten Regeln des besonderen Schuldrecht dem Grundsatz nach anwendbar sind. Die Kriterien, die zur Einordnung eines Vertrages herangezogen werden, weichen erheblich voneinander ab, je nachdem welcher Methode man den Vorzug gibt. Es liegt daher auf der Hand, dass die Wahl der Methode letztlich in vielen Fällen entscheidend dafür ist, ob der zu untersuchende Vertrag dem gesetzlich geregelten Vertragstyp zuzuordnen ist oder nicht. Dies besagt aber noch nicht, dass den Einordnungsmethoden im Hinblick auf die zu ermittelnden Rechtsfolgen ein eigenständiger Begründungswert zukommt.

¹⁴⁶ Dagegen stützen sich der BFH und das BSG in einigen Urteilen ausdrücklich auf die typologische Methode, vgl. BFH, BStBl. II, 1974, 404 (407); BFH, BStBl. II 1985, 336 (338); BFH, DB 1990, 1373 (1380); BSG, USK, 1985, 1269 (1272); BSG, VersR 1980, 1168 (1169).

¹⁴⁷ So etwa Roth, AcP 190 (1990), 292 (294 ff.); Berger, S. 5 f.; Ebenroth, JuS 1978, 588 (590); Leenen, AcP 190 (1990), 260 (265); Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 1 (S. 42); Sigulla, S. 74 ff.; Koch, S. 44; Sefrin, S. 120 ff.; Sannwald, S. 78 ff.; zahlreiche weitere Nachweise finden sich bei Kokert, S. 273.

¹⁴⁸ Die typologische Methode befürworten neben Leenen und Hassemer u.a.: Larenz/Canaris, MethL, S. 404 ff.; Strache, S. 52 ff.; Rode, JR 1968, S. 401 (404 ff.); ablehnend stehen ihr gegenüber: J. Schmidt, ARSP 59 (1973); 257 (260 ff.); Wank; S. 124 ff.; Jerusalem, S. 79 f.; Koch/Rüßmann, S. 67 ff.; weitere Nachweise für beide Ansichten bei Kokert, S. 274.

Die Vertragseinordnung erfasst den Vertrag in seiner Gesamtheit. Auch wenn sich daraus die grundsätzliche Anwendbarkeit der besonderen schuldrechtlichen Normen ergibt, so entbindet die Vertragseinordnung den Rechtsanwender nicht von seiner Pflicht, jede maßgebliche Einzelnorm auf ihre Anwendbarkeit hin zu überprüfen.¹⁴⁹ Die aufgrund der rechtlichen Einordnung in Betracht kommende Norm ist nach den herkömmlichen Methoden auszulegen. Dabei ist der rechtlich maßgebende Sinn der Vorschrift zu ermitteln.¹⁵⁰

Nicht unberücksichtigt bleiben kann bei der Auslegung der mit der Vorschrift verfolgte Zweck. Die ratio legis bildet das wichtigste Auslegungskriterium.¹⁵¹ Die Ermittlung des maßgebenden Sinns einer Vorschrift ist vor allem vom grundsätzlichen Zweck - und damit untrennbar verbunden: der Funktion - abhängig, der man den zumeist dispositiven Normen des besonderen Schuldrechts beimisst.¹⁵² Es ist heute anerkannt, dass den dispositiven Normen eine Ordnungsfunktion zukommt: Sie sollen die objektiven Interessen des Rechtsverkehrs und soziale Bedürfnisse im Verhältnis der Vertragsparteien verwirklichen.¹⁵³

Die Ordnungsfunktion und damit der Geltungsanspruch des dispositiven Rechts befinden sich aber in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich verankerten¹⁵⁴ Prinzip der Vertragsfreiheit. Dieses erlaubt es den Parteien, in den Grenzen des zwingenden Rechts jede von ihnen gewollte Regelung zu treffen. Der Zweck der Vertragsfreiheit besteht darin, die Verwirklichung des Parteiwillens zu gewährleisten. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist davon auszugehen, dass die Normen des dispositiven Rechts in erster Linie von einer sachlichen, auf Abwägung der kollidierenden Parteiinteressen beruhenden Wertentscheidung des Gesetzgebers getragen werden.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Anderer Ansicht ist aber das LG Darmstadt im Rahmen der Beurteilung eines Fitness-Vertrages. Das LG scheint unmittelbar aus der Vertragseinordnung den Schluss zu ziehen, dass das dispositive Mietrecht ohne weiteres in seiner Gesamtheit anwendbar ist; es setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob die Interessenlage der Vertragsparteien eine Anwendung der streitgegenständlichen Norm (im zu beurteilenden Fall: § 552 BGB a.F., nun: § 537 BGB) verbietet, vgl. LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1015 f.); ähnlich auch LG München, VuR 1994, 362 (364).

¹⁵⁰ Larenz/Wolf, AT, § 4, Rz. 28; Brox, AT, Rz. 58; Staudinger-Coing, Einl. zum BGB, Rz. 137; nach der heute kaum noch vertretenen subjektiven Theorie ist dagegen die Feststellung des Willens und der Absicht des historischen Gesetzgebers das einzige Ziel der Auslegung, vgl. zum Streitstand Staudinger-Coing, Einl. zum BGB, Rz. 133-136; Larenz/Canaris, MethL, S. 137-141.

¹⁵¹ Canaris, Lücken, S. 19; Staudinger-Coing, Einl. zum BGB, Rz. 151; Medicus, AT, Rz. 308; Brox, AT, Rz. 62; vgl. auch BGHZ 2, 176 (184 f.); es ist aber zu beachten, dass zwischen den einzelnen Auslegungskriterien kein Rang- oder Stufenverhältnis besteht, vgl. nur Soergel-W. Hefermehl, Anh. § 133, Rz. 3.

¹⁵² Eingehend mit der Funktion des dispositiven Rechts befasst sich Sandrock, S. 32-47.

¹⁵³ Vgl. nur Weick, NJW 1978, 11 (13); Medicus, AT, Rz. 340, 342; MünchKomm-Säcker, Einl. vor § 1, Rz. 128; Larenz/Wolf, AT, § 28, Rz. 109, 111; Dellios, S. 44.

¹⁵⁴ BVerfGE 8, 274 (328); 17, 341 (347); Larenz/Wolf, AT, § 34, Rz. 22; Soergel-Wolf, Vorb. § 145, Rz. 42 m.w.N.

¹⁵⁵ Dellios, S. 224.

Für die Auslegung der Einzelnormen bedeutet dies konkret: Es kommen ernsthaft nur Rechtsfolgen in Betracht, die nicht dem typischen Parteiwillen und mithin der typischen Interessenlage der Parteien widersprechen. Anderenfalls würde die Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts überbetont. Eine Auslegung, die sich in Widerspruch zum typischen Parteiwillen setzt, führt die Vertragsfreiheit praktisch ad absurdum. Die Parteien müssten alle möglichen, noch so unwahrscheinlichen Fälle bedenken und einer vertraglichen Regelung zuführen, um das ihrer Interessenlage widersprechende dispositive Recht "auszuschalten". In diesem Zusammenhang sei auf ein überzeugendes Argument des Reichsgerichts hingewiesen: "Ein allgemeiner Grundsatz der Auslegung ist auch, dass im Zweifel der Gesetzgeber eine nützliche, nicht eine schädliche Vorschrift hat aufstellen wollen."¹⁵⁶

Dementsprechend ist unverzichtbare Voraussetzung für die Anwendung des dispositiven Rechts, dass die vorgesehene Rechtsfolge mit dem typischen Parteiwillen in Einklang steht. Selbst ein dem typischen Parteiwillen entgegenstehender Wortlaut kann die Anwendbarkeit des dispositiven Rechts nicht begründen. Dieses Verständnis von der Bedeutung des dispositiven Rechts verstößt nur scheinbar gegen die Auslegungsregel¹⁵⁷, dass der sprachlich mögliche Wortsinn die Grenze der zulässigen Auslegung darstellt. Da weder Gesetzgeber noch Gesetz perfekt sind und nicht alle möglichen Fälle im voraus erkennen oder gar regeln können, besteht ein Bedürfnis zur Rechtsanwendung über den möglichen Wortsinn hinaus.¹⁵⁸ Dann handelt es sich begrifflich gesehen aber nicht mehr um Auslegung, sondern um die Ergänzung des dispositiven Rechts.¹⁵⁹

Das Erfordernis, das dispositive Recht zu ergänzen, kann sich insbesondere aus dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) ergeben.¹⁶⁰ Demnach ist Ungleichartiges verschieden zu behandeln. Soweit ein Tatbestand eine durch den Gleichheitsgrundsatz gebotene Einschränkung vermissen lässt, liegt eine sog. verdeckte Lücke vor.¹⁶¹ Dann ist der Tatbestand auf den ihm nach dem Regelungszweck bzw. dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückzuführen (teleologische Reduktion).¹⁶²

Für den Fall, dass das dispositive Recht dem typischen Parteiwillen widerspricht, dem möglichen Wortsinn nach aber eine Anwendung geboten ist, bedeutet dies: Das

¹⁵⁶ RGZ 74, 69 (72).

¹⁵⁷ Diese wird von der ganz h.M. vertreten: Neuner, S. 90; Bydlinski, S. 441; Larenz, NJW 1963, 737 (739); Larenz/Wolf, AT, § 4, Rz. 37; Larenz/Canaris, MethL, S. 143 m.w.N.; a.A. aber Depenheuer, S. 46.

¹⁵⁸ Larenz/Canaris, MethL, S. 187; MünchKomm-Säcker, Einl. vor § 1, Rz. 134.

¹⁵⁹ Soergel-W. Hefermehl, Anh. § 133, Rz. 12; Canaris, Lücken, S. 21; Bydlinski, S. 468.

¹⁶⁰ Canaris, Lücken, S. 82; Pawlowski, Rz. 453; Bydlinski, S. 480.

¹⁶¹ Canaris, Lücken, S. 83; Bydlinski, S. 480; Larenz/Canaris, MethL, S. 198; Soergel-W. Hefermehl, Anh. § 133, Rz. 14; gegen die Verwendung eines Lückenbegriffs allerdings Brandenburg, S. 63.

¹⁶² Larenz/Canaris, MethL, S. 211; Larenz/Wolf, AT, § 4, Rz. 70; Soergel-W. Hefermehl, Anh. § 133, Rz. 14; Bydlinski, S. 480.

dispositive Recht ist nicht anwendbar, weil das Gesetz im Hinblick auf die Vertragsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz eine wertungsmäßige Differenzierung hätte vornehmen müssen. Da insoweit aber eine (einschränkende) Regelung fehlt, ist der Tatbestand teleologisch zu reduzieren. Die dispositive Norm ist trotz der Einordnung des Vertrages und der damit einhergehenden grundsätzlichen Anwendbarkeit des nachgiebigen Rechts nicht einschlägig.

Umgekehrt kann man aus der Nichtzuordnung eines Vertrages keinesfalls folgern, dass alle besonderen schuldrechtlichen Normen, die das BGB für den Vertragstyp vorsieht, unanwendbar sind. Auch hier ist auf die Möglichkeit, das dispositive Recht zu ergänzen, besonderes Augenmerk zu richten. Es kann eine analoge Anwendung einzelner Normen in Betracht kommen. Aus dem Gleichheitsgrundsatz ergibt sich das Gebot, Gleichartiges gleich zu behandeln. Soweit das Gesetz für einen gleich gelagerten Fall eine Rechtsfolge vorsieht, für den zu beurteilenden Vertrag aber keine Regelung trifft, liegt eine sog. offene Lücke vor.¹⁶³ Diese Lücke ist durch die analoge Anwendung der für den gleich gelagerten Fall getroffene Regelung zu schließen.¹⁶⁴ Damit besteht die Möglichkeit, dass einzelne dispositive Normen zur (entsprechenden) Anwendung kommen, obwohl die Vereinbarung der Parteien dem gesetzlich geregelten Vertragstyp in seiner Gesamtheit nicht entspricht.

Mit der Vertragseinordnung kann folglich keine abschließende Aussage darüber getroffen werden, welche Rechtsfolgen sich aus der Vereinbarung der Parteien ergeben. Sowohl die teleologische Reduktion als auch die Analogie dienen der Verwirklichung des Gesetzeszwecks. Durch sie werden die lückenhaften gesetzgeberischen Wertentscheidungen im Hinblick auf den typischen Parteiwillen bzw. die typische Interessenlage der Parteien angepasst. Die Anwendbarkeit der einzelnen Normen des besonderen Schuldrechts hängt letztlich nicht von der Vertragseinordnung als solcher ab, sondern ergibt sich aus der typischen Interessenlage der Parteien.¹⁶⁵ Die Methoden der Vertragseinordnung führen also nur scheinbar zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Mit anderen Worten: Die bestehenden Unterschiede zwischen der begrifflichen und der typologischen Methode werden durch die Ergänzung des dispositiven Rechts korrigiert.¹⁶⁶ Im Hinblick auf die aus der Vertragseinordnung resultierenden Rechtsfolgen kommen beide Methoden ausgehend von der typischen Interessenlage der Parteien zum gleichen Ergebnis.¹⁶⁷ Ein eigenständiger Begründungswert kommt den Methoden nicht zu.¹⁶⁸

¹⁶³ Soergel-W. Hefermehl, Anh. § 133, Rz. 13; Bydlinski, S. 475; eingehend zur Methode der Lückenfeststellung: Canaris, Lücken, S. 71 f.; Larenz/Canaris, MethL, S. 202.

¹⁶⁴ Canaris, Lücken, S. 72; Bydlinski, S. 475; Larenz, NJW 1963, 737 (739).

¹⁶⁵ Vgl. Leenen, Typus, S. 186 f.; Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 102.

¹⁶⁶ Vgl. Leenen, Typus, S. 175.

¹⁶⁷ So Sigulla, S. 113; Kokert, S. 264; vgl. auch Leenen, Typus, S. 176 f.; Bydlinski, S. 546.

¹⁶⁸ Leenen, Typus, S. 176 f.; Sigulla, S. 113; Dellios, S. 219.

b. Zweckmäßigkeit der Methoden

Deshalb kann im Rahmen dieser Arbeit die Methode gewählt werden, die sich als die zweckmäßigere darstellt. Der Vorteil der typologischen Methode besteht darin, dass sie bereits im Rahmen der Vertragseinordnung die Angemessenheit der Rechtsfolgen und mithin die typische Interessenlage der Vertragsparteien berücksichtigt.

Sie vermeidet durch ihre gesamtbetrachtende Wertung weitgehend die Probleme, die sich nach einer Subsumtion unter die Eingangsparagrafen ergeben. Die Inkongruenz der einleitenden Vorschriften und ihrer Folgeregelungen kann bei Anwendung der begrifflichen Methode dazu führen, dass eine Vielzahl besonderer schuldrechtlicher Normen teleologisch ausgeschlossen bzw. analog angewendet werden müssen.¹⁶⁹ Im Extremfall stellt sich die aus der Vertragseinordnung resultierende Bezeichnung des Vertrages - überspitzt formuliert - als "Etikettenschwindel" dar. Der Rechtsverkehr verbindet mit der Bezeichnung nämlich regelmäßig die Erwartung, dass die für den Vertragstyp aufgestellten dispositiven Rechtsnormen jedenfalls dem Grundsatz nach uneingeschränkt anwendbar sind.

Die typologische Methode kommt dagegen dem Ziel näher, den Anwendungsbereich der dispositiven Rechtsnormen möglichst genau zu bestimmen. Sie stellt sich als die flexiblere Methode dar, da sie den Einleitungsnormen nur indizielle Bedeutung zumisst.¹⁷⁰ Die Vertragseinordnung erfolgt von vornherein mit Blick darauf, welche Rechtsfolgen angemessen sind. Dies hat zur Folge, dass sich der Anwendungsbereich der besonderen schuldrechtlichen Normen gegenüber der begrifflichen Methode exakter bestimmen lässt. Die typologische Methode erleichtert folglich die Rechtsfindung.

Dieser Vorteil wird auch nicht durch ein geringeres Maß an Rechtssicherheit erkauft.¹⁷¹ Zwar ist der begrifflichen Methode zuzugestehen, dass die Vertragseinordnung als solche einfacher durchzuführen ist und ihre Ergebnisse daher leichter vorhersehbar sind.¹⁷² Die Aussagekraft dieser Ergebnisse ist aber um so geringer. Die Probleme, die im Rahmen der typologischen Vertragseinordnung auftauchen, umgeht die begriffliche Methode nur scheinbar. Sobald die Anwendbarkeit von

¹⁶⁹ Sigulla, S. 112; vgl. auch Leenen, Typus, S. 171.

¹⁷⁰ Vgl. Larenz/Canaris, MethL, S. 124.

¹⁷¹ Leenen, Typus, S. 91; Larenz/Canaris, MethL, S. 124; ein anderes Verständnis offenbart aber Raisch, wenn er wie folgt argumentiert: "(...) man (muss) sich darüber klar sein, dass jede Fortbewegung von starren Methoden einen Schritt von der Rechtssicherheit weg zu zwar möglicherweise gerechteren Einzelfallentscheidungen, aber auch zur Maßlosigkeit führt", Raisch, BB 1968, 526 (528).

¹⁷² Die Diskussion zur Einordnung des Finanzierungsleasing-Vertrages zeigt aber, dass auch die Verwendung der begrifflichen Methode nicht zu einheitlichen Ergebnissen führt. Dies liegt daran, dass auf der Definitionsebene der Begriff der Miete teilweise weit, ausschließlich an § 535 I 1 BGB orientiert, teilweise dagegen eng, § 535 I 2 BGB zusätzlich berücksichtigend, verstanden wird, vgl. dazu Kokert, S. 261-263.

Einzelnormen in Frage steht, muss sich auch der begrifflich vorgehende Rechtsanwender mit ihnen auseinandersetzen. Beide Methoden ermöglichen daher jedenfalls in Grenzfällen keine sicher vorhersehbaren Ergebnisse.

Die typologische Methode ist nach alledem zweckmäßiger als die begriffliche. Sie ist besser geeignet, den grundsätzlichen Anwendungsbereich der besonderen schuldrechtlichen Regelungen zu bestimmen. Deshalb ist sie der weiteren Prüfung zugrunde zu legen.

II. Die Einordnung der einzelnen Vertragselemente

Die besonderen schuldrechtlichen Regelungen sind - wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt - nur dann dem Grundsatz nach auf die einzelnen Vertragselemente anwendbar, wenn sich diese bei typologischer Betrachtung den gesetzlichen Schuldvertragstypen zuordnen lassen.

1. Die Trainingsbetreuung

Dem typischen Fitness-Vertrag lässt sich die Pflicht des Studios entnehmen, die Kunden beim Training zu betreuen. Unzweifelhaft besteht eine solche Pflicht, wenn der Vertrag seinem Inhalt nach das Gruppentraining - Gymnastik, Aerobic, etc. - umfasst.¹⁷³ Das Studio hat dann die Kunden in der Gruppe anzuleiten. Eine Trainerin oder ein Trainer macht die verschiedenen Übungen vor und weist den Kunde bei Bedarf auf das unsachgemäße Ausführen einzelner Übungen hin und korrigiert ihn.

Aber auch beim reinen Gerätetraining besteht eine Pflicht zur Trainingsbetreuung. Wenn auch vereinzelt - insbesondere in älteren Urteilen - die Ansicht vertreten wurde, das Studio schulde ausschließlich die Gebrauchsüberlassung der Trainingsgeräte¹⁷⁴, so hat sich inzwischen weitgehend die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Kunde neben der Gebrauchsüberlassung der Sportgeräte auch einen Anspruch auf Überwachung und Anleitung des Gerätetrainings hat.¹⁷⁵ Dieser Anspruch ergibt sich - wie bereits dargelegt¹⁷⁶ - aus der in den Fitness-Studios herrschenden Verkehrssitte, die bei der Auslegung der Willenserklärungen zu berücksichtigen ist.

¹⁷³ So z.B. das LG Frankfurt/Main, NJW 1985, 1717 (1718) bei der Beurteilung eines Vertrages, der das Body-Shaping zum Gegenstand hatte.

¹⁷⁴ So z.B. das LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890.

¹⁷⁵ Vgl. BGH, NJW 1997, 193 (194); NJW 1997, 739; Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 1; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 f.; Gounalakis/Gounalakis, RdJB 1997, 229 (230); Raab, JA 1998, 75 (76) m.w.N.

¹⁷⁶ Siehe oben, § 4, A III.

Bei isolierter Betrachtung stellt sich die Trainingsbetreuung als dienstvertragliches Element dar, ohne dass es hierzu einer eingehenden Erörterung bedarf.¹⁷⁷ Kennzeichnend für einen Dienstvertrag i.S.d. Gesetzes ist, dass der Dienstverpflichtete eine Tätigkeit schuldet. Gem. § 611 II BGB können Dienste jeglicher Art Gegenstand des Dienstvertrages sein. Daraus folgt, dass der Dienstvertrag weit zu fassen ist. Es sind an die Art der Tätigkeit keine besonderen Voraussetzungen zu knüpfen. Dies spiegelt sich auch in der Regelungsdichte der § 611 ff. BGB wider. So sind z.B. Gewährleistungsvorschriften nicht existent. Es gelten insoweit die allgemeinen Regeln, d.h. bei Schlechtleistung kommen Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB n.F. (pVV) in Betracht. Im Ergebnis bestehen auch keine Zweifel daran, dass die dienstvertraglichen Vorschriften grundsätzlich mit der typischen Interessenlage der Vertragsparteien in Einklang stehen. Die Trainingsbetreuungspflicht lässt sich daher typologisch dem Dienstvertrag zuordnen.

2. Die Gebrauchsüberlassung der Sportgeräte

Daneben ergibt sich aus der vertraglichen Vereinbarung die Pflicht des Studios, dem Kunden die Einrichtung des Fitness-Studios zum Gebrauch zu überlassen, sofern dieser das Gerätetraining gewählt hat. Die h.M. geht - wie bereits dargestellt - davon aus, dass die Gebrauchsüberlassung der Sportgeräte mietrechtlicher Natur ist.¹⁷⁸ Fraglich ist, ob diese These haltbar ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu ermitteln, ob und inwieweit die in der Praxis gefundenen Verträge dem Leitbild des gesetzlichen Vertragstyps der Miete (§§ 535 ff. BGB) entsprechen.¹⁷⁹

a. Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der Miete

aa. Voraussetzungen des § 535 BGB

(1) Gebrauchsüberlassung einer Sache gem. § 535 I 1 BGB

Eine überzeugende Begründung für ihre Auffassung liefern weder die Rechtsprechung noch das Schrifttum. Sie stellen allein auf den Wortlaut des § 535 I 1 BGB ab. Auf den ersten Blick scheint das Wortlautargument auch sehr überzeugend zu sein; die Voraussetzungen des § 535 I 1 BGB liegen scheinbar unproblematisch vor: Bei den Sportgeräten handelt es sich unzweifelhaft um Sachen, die das Fitness-Studio seinem Kunden für eine zeitlich begrenzte Dauer zum Gebrauch gewährt.

¹⁷⁷ So wird auch in der Rechtsprechung und Literatur zu Recht ohne jede Begründung der dienstvertragliche Charakter der Trainingsbetreuung unterstellt, vgl. statt aller BGH, NJW 1997, 193 (194).

¹⁷⁸ Siehe oben, § 4, A II.

¹⁷⁹ Zur Vorgehensweise vgl. die Ausführungen oben, § 4, B I 2.

Dabei ist es nicht erforderlich, dass das Fitness-Studio seinem Kunden den unmittelbaren Besitz an der Sache überträgt. Zwar werden die meisten Mietverträge durch die Einräumung unmittelbaren Besitzes erfüllt. Dies ist aber keine zwingende Voraussetzung des § 535 I 1 BGB. Aus dem Wortlaut und den Motiven¹⁸⁰ ergibt sich, dass der Vermieter dem Mieter lediglich die vertraglich vorgesehene Benutzung der Sache durch die wiederholte Gewährung des ungestörten Zutritts zu ermöglichen hat.¹⁸¹

Einzig fraglich ist, ob die Sportgeräte in ihrer Gesamtheit eine Sache im Rechtssinne sind. Gem. § 90 BGB sind Sachen im Sinne des Gesetzes - also auch im Sinne des § 535 I 1 BGB - nur körperliche Gegenstände. Zwar sind die einzelnen Sportgeräte unproblematisch Sachen und damit isoliert betrachtet jeweils tauglicher Mietgegenstand, es ist aber die Besonderheit zu beachten, dass die Verträge der Fitness-Studios mit ihren Kunden regelmäßig auf die "Benutzung der Einrichtung des Studios"¹⁸² und somit der Sportgeräte in ihrer Gesamtheit gerichtet sind.

Die Sportgeräte stellen eine sog. Sachgesamtheit¹⁸³ dar. Sie sind wegen ihres gemeinsamen Zwecks zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden; die Einzelsachen bleiben aber rechtlich selbständig. Da eine Sache im Rechtssinne aber nur dann vorliegt, wenn sich die Gesamtheit einzelner Sachen nach allgemeiner, natürlicher Auffassung als eine Körpereinheit darstellt, ist die Studioeinrichtung keine Sache im Sinne des § 90 BGB.¹⁸⁴ Stellt man also allein auf den buchstäblichen Sinn des § 535 I 1 BGB ab, so ist die Gebrauchsgewährung der Studioeinrichtung keine Leistungspflicht des Fitness-Studios im Sinne des § 535 I 1 BGB.

(2) Inhalt der Gebrauchsüberlassungs- und Erhaltungspflicht des Studios

Dies legt die Vermutung nahe, dass es sich bei dem Gebrauchsüberlassungselement um keine mietvertragliche Pflicht handelt. Zwar kann aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes über Sachgesamtheiten in der Regel nicht dinglich verfügt werden, sie können aber wegen ihrer gemeinsamen Zweckbindung dennoch Gegenstand einheitlicher schuldrechtlicher Verpflichtungen sein.¹⁸⁵ Dies gilt insbesondere für entgeltliche Gebrauchsüberlassungsverträge.

¹⁸⁰ Mugdan II, S. 205.

¹⁸¹ RGZ 141, 99 (101 f.); BGHZ 65, 137 (139 f.); BGH, WM 1989, 725 (726); MünchKomm-Voelskow, §§ 535, 536, Rz. 41; Emmerich/Sonnenschein, §§ 535, 536, Rz. 6.

¹⁸² Oder ähnliche Formulierungen wie z.B. "Der Kunde ist berechtigt, die Trainingsgeräte im Studio zu benutzen" oder "Vertragsgegenstand ist folgende Leistung: Gerätetraining im Krafraum".

¹⁸³ Vgl. zur Abgrenzung einer Sache von einer Sachgesamtheit, Brox, AT, Rz. 737; MünchKomm-Holch, § 90, Rz. 40-42; lesenswert ist auch der vertiefende Aufsatz von Oertmann, AcP 136 (1932), 88 ff.

¹⁸⁴ Vgl. RGZ 53, 218 (220); BGH, LM § 93 Nr. 2; Soergel-Marly, Vorb. § 90, Rz. 6; MünchKomm-Holch, § 90, Rz. 30.

¹⁸⁵ Allgemeine Meinung: RG, WarnR 1918, Nr. 154; MünchKomm-Holch, § 90, Rz. 40; Jauernig-Jauernig, § 90, Rz. 5; Soergel-Marly, Vorb. § 90, Rz. 7; Erman-Michalski, Vorb. § 90, Rz. 5, vgl. auch BGH, NJW 1992, 324.

Allein aus der schuldrechtlichen Verpflichtung, dem Vertragspartner eine Sachgesamtheit zum Gebrauch zu überlassen, folgt allerdings nicht, dass die vereinbarten Leistungspflichten Pflichten i. S. d. § 535 BGB sind. Entscheidend ist einzig, ob sich aus dem Willen der Parteien ergibt, dass Leistungen geschuldet werden, die den Pflichten des gesetzlichen Vertragstyps der Miete entsprechen. Nicht jeder Vertrag, der eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung zum Gegenstand hat, ist nämlich ohne weiteres dem Mietrecht zuordnen. Anderenfalls würde das Prinzip der Vertragsfreiheit in evidenter Weise missachtet.

Unzweifelhaft ist das Mietrecht aber auf solche Gebrauchsüberlassungsverträge anwendbar, in denen die Parteien statt eines Mietvertrages über die Sachgesamtheit jeweils einzelne Mietverträge über die Einzelsachen schließen könnten, ohne dass sich die wesentlichen Züge des von den Parteien gewollten einheitlichen Gesamtvertrages ändern würden. Dann entsprechen die vereinbarten Leistungspflichten denen des § 535 BGB. Eine andere rechtliche Beurteilung ist dagegen in den Fällen in Betracht zu ziehen, in denen der Gesamtvertrag nicht ohne weiteres in Einzelverträge aufspaltbar ist.

Im Bereich der Verträge zwischen den Fitness-Studios und ihren Kunden widerspräche das Abschließen von Einzelverträgen sowohl dem Interesse des Studios als auch dem der Kunden. Gem. § 535 I 1 BGB ist das Mietverhältnis auf die angemietete Sache beschränkt. Das Fitness-Studio hätte dem Kunden exakt die Geräte zum Gebrauch zu überlassen, die sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Studio befinden.

Selbst wenn man argumentiert, dass mit der Bezeichnung als Studioeinrichtung die Sachen bei Vertragsschluss lediglich der Gattung nach bestimmt sind, so tritt spätestens bei erstmaliger Gebrauchsgewährung Konkretisierung ein.¹⁸⁶ Das Fitness-Studio wäre also verpflichtet gem. § 535 I 2 BGB jede Einzelsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Dem Kunden ständen umgekehrt die Rechte der §§ 536 ff. BGB zu, d.h. der Vermieter könnte eine fehlerhafte Einzelsache nicht ersatzweise gegen eine mangelfreie austauschen.¹⁸⁷ Ebenso wäre es dem Fitness-Studio verwehrt, einzelne ältere Sportgeräte ohne die Zustimmung des Kunden gegen moderne auszutauschen.

Eine solche Regelung würde dem Interesse der Fitness-Studios nicht gerecht. Das Dilemma der Studios ist vor allem in der Tatsache begründet, dass sie jeweils eine große Zahl von Kunden haben, deren Verträge sich in zeitlicher Hinsicht überschneiden. Würde man die gesetzlichen Vorschriften der §§ 535 ff. BGB auf den Fitness-Vertrag anwenden, so könnten die Studios ihre Einrichtung zwar erweitern,

¹⁸⁶ Staudinger-Emmerich, §§ 535, 536, Rz. 5; vgl. zu den Besonderheiten der gesetzlich nicht geregelten Gattungsmiete: Medicus, FS Felgenträger, S. 309 (311 f.).

¹⁸⁷ BGH, NJW 1982, 873; Staudinger-Emmerich, §§ 535, 536, Rz. 5.

sie könnten einzelne Sportgeräte aber auf ewig weder austauschen noch auf andere Art und Weise aus dem Studio entfernen, auch wenn sie ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran hätten. Die einzige Möglichkeit wäre, mit jedem Kunden insoweit einen abändernden Vertrag zu schließen, was schon aus praktischen Gründen nahezu unmöglich erscheint. Berücksichtigt man, dass es sich beim Fitness-Sport um eine Trend- und Mode-Sportart handelt, in der die technische Neu- und Weiterentwicklung der Trainingsgeräte zügig voranschreitet, so hätten die bereits bestehenden Fitness-Studios zudem erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber den neueröffnenden.

Umgekehrt entspricht eine solche Rechtslage in der Regel auch nicht dem Willen der Kunden. Diese sind daran interessiert, mit modernsten und für das Erreichen ihres Trainingsziels möglichst effektiven Geräten zu trainieren. Sofern einzelne Geräte mit Mängeln behaftet sind, kommt es den Kunden nicht darauf an, dass der Betreiber des Fitness-Studios exakt dieses Gerät repariert bzw. reparieren lässt. Entscheidend ist für sie vielmehr die tatsächliche Möglichkeit, an einem mangelfreien Gerät ähnlichen Typs zu trainieren.

Die Interessenlage sei an einem Beispielsfall¹⁸⁸ illustriert:

Die Einrichtung eines Fitness-Studios besteht unter anderem aus fünf Fahrrad-Ergometern älteren Typs. In der täglichen Trainingspraxis zeigt sich, dass selbst zu den Zeiten, in denen das Studio am besten ausgelastet ist, maximal vier Fahrräder von den Kunden genutzt werden. An zwei Fahrrädern entsteht ein erheblicher Defekt. Der Studioinhaber will daraufhin die beiden defekten Fahrräder gegen zwei neuere - im Gegensatz zu den bisherigen Rädern computerunterstützte - Modelle austauschen.

Der Austausch der beiden älteren gegen die modernen Räder steht im Interesse sowohl des Studios als auch der Kunden. Das Studio kann seine Wettbewerbsfähigkeit durch die modernere Einrichtung erheblich stärken. Negative Auswirkungen auf den täglichen Trainingsbetrieb sind dagegen nicht zu befürchten. Die Mehrzahl der Kunden wird erfahrungsgemäß den Austausch der Geräte befürworten und bevorzugt an den neueren Geräten trainieren. Es besteht die realistische Wahrscheinlichkeit, dass das Studio durch die Anschaffung der computerunterstützten Räder sogar eine bessere Auslastung der Gerätegruppe Fahrräder erreichen kann. Die Kunden, die das Training mit den Fahrrädern älteren Typs bevorzugen, können auch weiterhin diese benutzen.

Bei konsequenter Anwendung des § 535 BGB wäre das Schuldverhältnis dagegen auf die fünf Fahrräder älteren Typs beschränkt. Der Studioinhaber müsste deshalb die beiden Fahrräder reparieren (lassen), obwohl das Fehlen zumindest eines Fahrrades keine negativen Auswirkungen auf den täglichen Trainingsbetrieb hätte. Es liegt daher auf der Hand, dass die gesetzliche Regelung weder den Willen des Fitness-Studios noch den der Kunden hinreichend berücksichtigt.

¹⁸⁸ Vom Verfasser frei gebildet.

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen: Die Aufspaltung des Fitness-Vertrages in eine Vielzahl von Einzelverträgen würde der besonderen Eigenart des Gesamtvertrages nicht gerecht. Die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die Studioeinrichtung im Zeitpunkt der Gebrauchsgewährung stellt sich als praxisfern dar, denn den Vertragsparteien ist grundsätzlich an einer Substituierbarkeit der Trainingsgeräte gelegen. Die Regelung des § 535 BGB widerspricht daher dem Interesse der Vertragsparteien in erheblichem Maße. Der Fitness-Vertrag in seiner tatsächlichen Erscheinungsform weicht insoweit wesentlich vom gesetzlichen Leitbild der Miete ab.

bb. Gewährleistung gem. §§ 536, 536 a BGB

Aus der vorstehend beschriebenen Interessenlage der Fitness-Studios und ihrer Kunden lassen sich auch im Hinblick auf mögliche Gewährleistungsrechte Rückschlüsse ziehen. Das Vorliegen eines Mangels i.S.d. § 536 BGB kann aber beim Fitness-Vertrag nicht zwingend einen Gewährleistungsanspruch des Kunden nach sich ziehen. Dies würde der typischen Interessenlage der Vertragsparteien nicht gerecht.

Ein Gewährleistungsanspruch besteht, wenn die vermietete Sache mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert. Maßgebend ist der subjektive Fehlerbegriff: Unter einem Fehler ist die für den Mieter ungünstige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit zu verstehen.¹⁸⁹ Die Fehlerhaftigkeit einer Sache ergibt sich aber nicht - wie man vermuten könnte - ausschließlich aus ihrer körperliche Beschaffenheit; sie ist bereits dann gegeben, wenn Umstände vorliegen, die der Sache zwar nicht unmittelbar anhaften, die aber so auf sie einwirken, dass der vertragsgemäße Gebrauch beeinträchtigt ist.¹⁹⁰

Wenn auch die körperliche Beschaffenheit der Sache nicht das einzige, einen Fehler begründende Kriterium ist, so führt dennoch ein die Gebrauchstauglichkeit mindernder Mangel in der Substanz der Mietsache unweigerlich zu einem Gewährleistungsanspruch des Kunden. Dass diese gesetzliche Regelung nicht ohne weiteres auf den Fitness-Vertrag anwendbar ist, soll wiederum durch einen Beispielsfall¹⁹¹ belegt werden:

Die Einrichtung eines Fitness-Studios besteht unter anderem aus drei computerunterstützten Rudergeräten. Selbst bei maximaler Auslastung des Studios werden regelmäßig nur zwei Geräte von den Kunden genutzt. Bei einem Rudergerät entsteht am zugehörigen Computer ein erheblicher

¹⁸⁹ RGZ, 119, 353 (356); BGH, LM § 537 Nr. 28; BGH, WM 1991, 26 (28); Erman-Jendrek, § 537, Rz. 3; Staudinger-Emmerich, § 537, Rz. 6; Soergel-Heintzmann, § 537, Rz. 17; MünchKommVoelskow, § 537, Rz. 6 m.w.N.

¹⁹⁰ BGH LM § 537 Nr. 44; Soergel-Heintzmann, § 537, Rz. 17; MünchKomm-Voelskow, § 537, Rz. 2; Starnel, II, Rz. 509; Staudinger-Emmerich, § 537, Rz. 4 m.w.N.

¹⁹¹ Vom Verfasser frei gebildet.

Defekt. Der Inhaber des Studios verzichtet aufgrund der geringen Nutzung des Gerätes auf eine Reparatur und entfernt es aus dem Studio.

Nach einigen Monaten ändert sich die Trainingssituation im Studio. Die verbliebenen Rudergeräte erfreuen sich eines regen Interesses der Kunden und sind zu den Stoßzeiten regelmäßig derart ausgelastet, dass ihre Benutzung nur nach Wartezeiten von mehr als einer Stunde möglich ist.

Das Rudergerät ist im Zeitpunkt des Computerdefekts unproblematisch mit einem Fehler i.S.d. § 536 I 1 BGB behaftet. Einen Gewährleistungsanspruch der Kunden kann man bei Berücksichtigung der Parteiinteressen dennoch nicht ernsthaft in Betracht ziehen. Die Kunden haben die Möglichkeit, an den verbliebenen Geräten zu trainieren. Ihr Erfüllungsinteresse ist nicht beeinträchtigt. Dagegen hat das Fitness-Studio ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse, auf eine Reparatur oder Neuanschaffung zu verzichten. Deshalb widerspricht eine Minderung des Entgelts durch die Kunden (§ 536 BGB) ebenso den typischen Parteiinteressen wie eine Schadensersatzpflicht des Studios (§ 536 a BGB).

Anders stellt sich die Rechtslage durch die geänderten Trainingsbedingungen dar. Die Kunden haben keine Möglichkeit, in zumutbarer Weise an den Rudergeräten zu trainieren. Folglich ist ihr Erfüllungsinteresse beeinträchtigt. Der Betreiber des Fitness-Studios ist daher verpflichtet, ein neues Gerät anzuschaffen oder aber das alte Gerät reparieren zu lassen. Reicht die von ihm gewählte Maßnahme nicht aus, den Trainingsbetrieb zu normalisieren, so trifft ihn darüber hinaus die Pflicht, ein viertes Rudergerät in der Studioeinrichtung zu integrieren. Anderenfalls entstehen Gewährleistungsansprüche des Kunden, obwohl die körperliche Beschaffenheit der Rudergeräte fehlerfrei ist.

Es zeigt sich also: Anknüpfungspunkt für das Entstehen von Gewährleistungsansprüchen des Kunden ist nicht die körperliche Beschaffenheit der zum Gebrauch überlassenen Sachen. Ebenso wie beim primären Erhaltungsanspruch aus § 535 I 2 BGB ist auch beim sekundären Gewährleistungsanspruch aus §§ 536, 536 a BGB letztlich entscheidend, ob und inwieweit die Studios dem Kunden tatsächlich Trainingsmöglichkeiten anbieten. Die schematische Anwendung der §§ 536, 536 a BGB führt zu Ergebnissen, die dem typischen Parteiwillen nicht gerecht werden. Aus diesem Grund ist auch hinsichtlich der §§ 536, 536 a BGB eine erhebliche Abweichung des Fitness-Vertrages vom gesetzlichen Leitbild der Miete zu konstatieren.

cc. Persönliche Verhinderung, § 537 BGB

Eine Ausnahmeregelung gegenüber den § 326 BGB enthält § 537 BGB.¹⁹² Danach wird der Mieter von der Errichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, dass er

¹⁹² So die ganz h.M.: Palandt-Putzo, § 537, Rz. 1; Soergel-Heintzmann, § 552, Rz. 1; MünchKommVoelskow, § 552, Rz. 2; Erman-Jendrek, § 552, Rz. 2; einschränkend aber Emmerich-Sonnenschein, § 552, Rz. 1.

durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts gehindert wird. Der Unterschied zu § 326 BGB besteht darin, dass auch eine schuldlose Gebrauchsverhinderung die Leistungspflicht des Kunden nicht entfallen lässt.¹⁹³

Die Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers beruhen weitgehend auf der Prämisse, dass der Vermieter die Mietsache einem einzigen Mieter oder aber einer bestimmten Mietergemeinschaft zum ausschließlichen Gebrauch zur Verfügung stellt. Besonders deutlich zeigt sich dies in der Regelung der §§ 546, 546 a BGB: Die Rückgabe der Mietsache ist dem Mieter begriffsnotwendig nur dann möglich, wenn er die alleinige Sachherrschaft über die Sache inne hat.¹⁹⁴ Ebenso machen die Vorschriften über die Lasten der Mietsache (§ 535 I 3 BGB), den Ersatz sonstiger Aufwendungen und das Wegnahmerecht des Mieters (§ 539 BGB) sowie die Gebrauchsüberlassung an Dritte (§ 540 BGB) nur dann Sinn, wenn der Vermieter dem Mieter die Sache zum alleinigen Gebrauch überlässt.¹⁹⁵

Betrachtet man die Ausnahmevorschrift des § 537 BGB in diesem Kontext, so wird die Regelungsabsicht des Gesetzgebers deutlich: In § 537 I 1 BGB stellt er das Vermieterinteresse im Falle der Gebrauchsverhinderung über das des Mieters. Der Vermieter ist schutzbedürftig, da er durch die ausschließliche Überlassung der Sache an den Mieter daran gehindert ist, diese selbst zu benutzen oder aber anderweitig zu verwerten.¹⁹⁶ Um insoweit einen angemessenen Interessenausgleich im Gesetz zu normieren, sah sich der Gesetzgeber gezwungen, eine besondere, von der allgemeinen Regelung abweichende, Vorschrift zu erlassen.

Im Falle der bloßen Mitbenutzung, wie sie im Fitness-Vertrag vorgesehen ist, kann jedoch eine gegenüber dem Allgemeinen Schuldrecht verschobene Interessenlage der Parteien jedenfalls bei langfristigen Leistungshindernissen nicht angenommen werden.¹⁹⁷ Der Inhaber des Fitness-Studios ist bei einem langfristigen Leistungshindernis - entgegen der Prämisse, auf der § 537 I 1 BGB beruht - nicht daran gehindert, die Sache anderweitig zu verwerten. Ist z.B. ein Kunde aufgrund eines Sehnenrisses fünf Monate nicht in der Lage, im Studio zu trainieren, so kann das Studio in Kenntnis dieser Sachlage einen zusätzlichen Kunden aufnehmen und mithin die Studioeinrichtung anderweitig verwerten. Die Aufnahme eines neuen Kunden im Bereich des Gerätetrainings ist auch kurzfristig möglich. Im Gegensatz zu sportlichen Unterrichtsveranstaltungen, bei denen sich die Qualität der Unterrichtung am Können der Unterrichtsgruppe ausrichtet, entsteht hier keine schwer zu schließende Lücke im

¹⁹³ Erman-Jendrek, § 552, Rz. 2; Soergel-Heintzmann, § 552, Rz. 3.

¹⁹⁴ Vgl. Stornel, IV, Rz. 564; Erman-Jendrek, § 557, Rz. 4.

¹⁹⁵ Vgl. OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12.

¹⁹⁶ OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12.

¹⁹⁷ Anders stellt sich die Rechtslage aber bei kurzfristigen Leistungshindernissen dar, näher dazu unten, § 8, A II 2.

Teilnehmerkreis.¹⁹⁸ Die Betreuung beim Gerätetraining ist üblicherweise individuell ausgerichtet. Die Integration neuer Kunden in den Trainingsbetrieb ist daher problemlos durchführbar, ohne dass zusätzliche Kosten hierfür entstehen.

Daneben ist entscheidend darauf abzustellen, dass beim Fitness-Vertrag § 537 I 2 BGB als Korrektiv gegenüber § 537 I 1 BGB praktisch kaum einen Anwendungsbereich hat. Aus § 537 I 2 BGB folgt, dass sich das Studio im Falle der Nichtnutzung der gemieteten Sache die Vorteile anrechnen lassen muss, die es aus der anderweitigen Verwertung der Studioeinrichtung erlangt. Für das Studio besteht aber keine gesetzlich oder vertraglich fixierte Grenze, wie viele Kunden es zahlenmäßig genau aufnehmen darf. Dem Kunden ist es praktisch unmöglich, sich erfolgsversprechend auf § 537 I 2 BGB zu berufen. Das Studio wird regelmäßig behaupten, dass es die während des Leistungshindernisses gewonnenen Kunden ohnehin noch hätte aufnehmen können, ohne dass eine Überbelegung des Studios die Folge gewesen wäre. Eine solche Behauptung ist für den Kunden tatsächlich kaum zu entkräften, da objektiv nachprüfbar Obergrenzen für das Studio nicht existieren. Bei dieser Sachlage wäre es dem Kunden gegenüber unangemessen, ihm einseitig gem. § 537 I 1 BGB das Verwendungsrisiko aufzuerlegen, ohne dass er - entgegen der gesetzlichen Regelung - aus einer anderweitigen Verwertung der Studioeinrichtung seinen Nutzen ziehen kann.

Aus den dargestellten Gründen wird die Vorschrift des § 537 BGB der Interessenlage der Vertragsparteien nicht gerecht.¹⁹⁹ Das gesetzliche Leitbild der Miete weicht auch insoweit vom Vertragstyp des Fitness-Vertrages erheblich ab.

b. Gesamtbetrachtende Wertung

Die Regelung der auf die Trainingsgeräte bezogenen Gebrauchsüberlassungspflicht im Fitness-Vertrag weicht auf der deskriptiven Ebene in zweierlei Hinsicht vom gesetzlichen Vertragstyp der Miete ab: Zum einen ist der Leistungsgegenstand im Gegensatz zur Regelung der § 535 ff. BGB keine Sache im Rechtssinne, sondern eine Sachgesamtheit; zum anderen überlässt das Studio die Sachgesamtheit nicht einem Mieter oder einer Mietergemeinschaft zum ausschließlichen Gebrauch, sondern gewährt ihnen lediglich eine Mitbenutzungsmöglichkeit.

Daraus resultieren auf der normativen Ebene Abweichungen bei der Hauptleistungspflicht des Studios, den Gewährleistungsansprüchen des Kunden und den Unmöglichkeitregeln. Darüber hinaus sind weitere gesetzliche Vorschriften wie z.B. die §§ 535 I 3, 539 und 540 BGB nicht anwendbar.

¹⁹⁸ Vgl. LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1016).

¹⁹⁹ Im Ergebnis ebenso die h.M.: BGH, NJW 1997, 193 (194); OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 13; Heinrichs, EWiR § 9 AGBG 1/97, 1; Raab, JA 1998, 75 (81); a.A. aber LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1016); LG München, VuR 1994, 362 (364); Soergel-Heintzmann, § 552, Rz. 2, der § 552 BGB a.F. (nun: § 537 BGB) sogar analog anwenden will, wenn der Fitness-Vertrag sich im Einzelfall nicht als Mietvertrag einordnen lässt.

Die dargestellte Inkongruenz zwischen dem Fitness-Vertrag und dem in den §§ 535 ff. BGB normierten Mietvertrag legt den Schluss nahe, dass es sich in rechtlicher Hinsicht um verschiedene Vertragstypen handelt. Zieht man dennoch - wie die h.M.²⁰⁰ - die Einordnung des Fitness-Vertrages als Mietvertrag in Betracht, so muss man sich unweigerlich der Frage stellen, welchen Sinn es überhaupt macht, einen Vertrag dem gesetzlichen Typus zuzuordnen, obwohl offensichtlich die Anwendbarkeit wesentlicher Vorschriften des besonderen Schuldrechts ausgeschlossen ist.

Sinnvoll kann die Einordnung als Mietvertrag überhaupt nur dann sein, wenn man die Auffassung vertritt, dass die übrigen Normen des Mietrechts dem Grundsatz nach uneingeschränkt anwendbar sind. Zweifelhaft ist, ob eine solche Auffassung mit den Modellvorstellungen des Gesetzgebers in Einklang steht.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage fällt leichter, wenn man sich die Bedeutung der Vorschriften vor Augen hält, von denen der typische Fitness-Vertrag in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht abweicht. Die Beschreibung der primären Leistungspflichten, die sekundären Gewährleistungsansprüche und die rechtsvernichtenden Einreden der Unmöglichkeit stellen den Kernbereich des dem Gesetzgeber vorschwebenden Regelungsmodells dar. Jedes Vertragsverhältnis ist entscheidend durch die Hauptleistungspflichten geprägt. Nur um ihretwillen schließen die Vertragsparteien überhaupt den Vertrag.²⁰¹ Es liegt daher auf der Hand, dass die Rechtsfolgen, die aus der Festlegung der Hauptleistungspflichten und deren Nicht- bzw. Schlechterfüllung resultieren, von essentieller Bedeutung für die Parteien sind.

Mehr als in jedem anderen Regelungsbereich sind dementsprechend die gesetzlichen Vorschriften von Gerechtigkeitserwägungen des Gesetzgebers geprägt. Dagegen beruhen andere Normen, wie z.B. die der Verjährung, vorwiegend auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Diese dienen weniger einem angemessenen Ausgleich der typischen Parteiinteressen, sondern sollen vor allem ein gewisses Maß an Rechtssicherheit schaffen und zu einer zweckmäßigen, optimalen sowie ökonomischen Befriedigung der gesellschaftlichen Interessen beitragen.²⁰²

Die einzelnen Regelungen des Mietrechts stehen in einem grundsätzlich untrennbaren Zusammenhang zueinander. Sie sind als Gesamtregelung aufzufassen, mit der der Gesetzgeber eine ausgewogene Gestaltung der beiderseitigen Rechte und Pflichten bezweckt hat.²⁰³ Soweit bereits die den Kernbereich des Regelungsmodells ausmachenden Vorschriften nicht der Interessenlage der Parteien entsprechen und somit zwangsläufig nicht zu einem ausgewogenen Interessenausgleich führen

²⁰⁰ Vgl. die Ausführungen oben, § 4, A II.

²⁰¹ Larenz, SchuldR I, § 2 I (S. 8); Fikentscher, Rz. 31; vgl. auch Jung, JuS 1999, 28 (29).

²⁰² Vgl. Zippelius, S. 8 f.; Bydlinski, S. 325, 330.

²⁰³ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 132.

können, schlägt deren Unanwendbarkeit regelmäßig auch auf die Normen durch, die der Gesetzgeber vorrangig aus Gründen der Zweckmäßigkeit aufgestellt hat.

Teilweise ist die Anwendbarkeit dieser Normen bereits begriffsnotwendig ausgeschlossen. Dies belegen z.B. die §§ 546, 546 a BGB. Der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache gem. § 546 BGB hat zum Inhalt, dass der Mieter dem Vermieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache einzuräumen hat.²⁰⁴ Ergibt die Vertragsauslegung aber, dass den "Vermieter" schon keine Verpflichtung trifft, seinem "Mieter" den unmittelbaren Besitz an der vertragsgegenständlichen Sache einzuräumen, so kann das Gesetz dem "Vermieter" auch nicht deren Rückgabe auferlegen. Ebenso kann man die Verjährungsvorschrift des § 548 BGB zur rechtlichen Beurteilung nicht heranziehen. Schließlich sind die §§ 535 I 3, 537, 539, 540 BGB nicht anwendbar, da die Mietsache bei Zugrundelegung des gesetzlichen Wertungsmodell einem Mieter zum alleinigen Gebrauch überlassen werden müsste.

Die innere, auf sachlichen Erwägungen beruhende Verbindung der einzelnen Normen kennzeichnet das gesetzgeberische Wertungsmodell. Die Vorschriften sind, bildlich ausgedrückt, wie bei Zahnrädern ineinander verzahnt. Es verbietet sich daher, die übrigen Vorschriften anzuwenden, wenn die vertragliche Vereinbarung und der gesetzliche Vertragstyp bereits in den wesentlichen, das gesetzgeberische Wertungsmodell prägenden Punkten differieren. Anderenfalls würde den angewendeten Vorschriften eine eigenständige Bedeutung zugemessen, die diesen aufgrund der gesetzgeberischen Wertentscheidung so jedenfalls grundsätzlich nicht zukommt.

Deshalb stellt die Pflicht des Fitness-Studios, dem Kunden die Sportgeräte zum Gebrauch zu überlassen, keine mietvertragliche Pflicht i.S.d. §§ 535 ff. BGB dar. Damit keine Missverständnisse entstehen: Dies heißt in Bezug auf den Fitness-Vertrag natürlich nicht, dass die Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften schlechthin ausgeschlossen ist. Die (entsprechende) Anwendung einzelner Normen kann unter den Voraussetzungen, die für eine Analogie bestehen, durchaus in Betracht kommen.²⁰⁵

c. Vergleich mit anderen gesetzliche Vertragstypen

Der Fitness-Vertrag entspricht auch nicht anderen gesetzlichen Vertragstypen. Die im BGB neben dem Mietvertrag normierten Gebrauchsüberlassungsverträge, wie z.B. die Pacht (§§ 581 ff.), weichen offensichtlich noch stärker vom typischen Fitness-Vertrag ab.

Erwägen könnte man aber die Anwendung der §§ 611 ff. BGB auch auf die Überlassung der Sportgeräte. Als Dienst i.S.d. Gesetzes wäre dann das Zurverfügungstellen und Warten der Sportgeräte anzusehen. Eine solche - zugegebenermaßen

²⁰⁴ Soergel-Heintzmann, § 556, Rz. 3; Erman-Jendrek, § 556, Rz. 4; Stornel, IV, Rz. 564.

²⁰⁵ Vgl. dazu die Ausführungen oben, § 4, B I 3a.

weit hergeholte - Interpretation steht nicht unbedingt in Widerspruch mit der Interessenlage der Kunden. Der Zweck des Vertrags besteht für die Kunden vor allem darin, sich sportlich zu betätigen und ihre körperliche Konstitution zu stärken. Der Vertragszweck ist mithin der gleiche, unabhängig davon, ob die Kunden das Geräte- oder das Gruppentraining wählen.

Dennoch sind die §§ 611 ff. BGB (zumindest direkt) nicht anwendbar. Im Gegensatz zum Mietrecht, in der Schuldner das Entgelt für die Nutzung der Sache entrichtet, wird im Dienstvertragsrecht die Erbringung einer Tätigkeit als solche vergütet.²⁰⁶ Die Überlassung der Sportgeräte stellt aber letztlich nichts anderes dar als die wirtschaftliche Nutzung des den Trainingsgeräten anhaftenden Sachwertes und gerade nicht eine als Dienstleistung anzusehende Tätigkeit des Studios. Der Unterschied zum gesetzlich geregelten Dienstvertrag ist so wesentlich, dass eine Zuordnung insoweit ausscheidet.

d. Schlussfolgerung

Die Überlassung der Trainingsgeräte zum Gebrauch lässt sich bei isolierter Betrachtung nicht einem gesetzlich geregelten Vertragstyp zuordnen. Die §§ 535 ff. BGB sind grundsätzlich unanwendbar. Die rechtliche Beurteilung der Gebrauchsüberlassungspflicht hat somit bei den allgemeinen Regelungen des BGB und des Schuldrechts anzusetzen. Soweit die Voraussetzungen einer analogen Anwendung gegeben sind, können jedoch auch besondere schuldrechtliche Vorschriften zur Anwendung gelangen. In Betracht kommen dabei vorrangig Normen des Mietrechts, im Einzelfall aber auch solche des Dienstvertragsrechts.

3. Die Gebrauchsüberlassung der Trainingsräume

Schließlich beinhaltet der Fitness-Vertrag ein drittes, in der rechtlichen Diskussion bisweilen vernachlässigtes, Element. Um das Training überhaupt erst zu ermöglichen, muss das Fitness-Studio den Kunden seine Trainingsräume zur Verfügung stellen.

Der Kunde hat nur einen Anspruch auf Mitbenutzung der Räumlichkeiten.²⁰⁷ Insoweit besteht kein Unterschied zwischen der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung der Sportgeräte und der Trainingsräume. § 537 BGB ist nicht anwendbar. Aus den bereits erörterten Gründen ergibt sich, dass die einseitige Übernahme des Verwendungsrisikos der Interessenlage der Vertragsparteien im Falle der Mitbenutzung widerspricht.²⁰⁸

²⁰⁶ Vgl. nur Soergel-Kraft, § 611, Rz. 50.

²⁰⁷ Dies ergibt sich aus der Natur des Fitness-Vertrages, wie er sich in der Praxis der Fitness-Studios entwickelt hat, vgl. nur BGH, NJW 1997, 193 (194); OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12.

²⁰⁸ Siehe die vorstehenden Ausführungen unter § 4, B II 2 a cc.

Allerdings sind die weiteren, den gesetzlichen Vertragstyp prägenden Vorschriften anwendbar. Im Gegensatz zur Studioeinrichtung sind die Trainingsräume nach dem Vertragszweck nicht substituierbar und damit als Sachen i.S.d. § 535 BGB zu qualifizieren. Es sind keine Gründe ersichtlich, die dagegen sprechen, die Interessenlage der Parteien als weitgehend mit der gesetzlichen Regelung in Einklang stehend zu bewerten. Das Fitness-Studio trifft mithin gem. § 535 I 2 BGB die Pflicht, die Räumlichkeiten in gebrauchstauglichem Zustand zu erhalten. Aus diesem Umstand folgt auch ohne weiteres die Anwendbarkeit der §§ 536, 536 a BGB. Sofern ein die Gebrauchstauglichkeit mindernder Mangel vorliegt, bestehen Gewährleistungsansprüche des Kunden.

Da sich die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages auf den Mitbenutzungscharakter beschränkt, ist im Rahmen einer gesamt betrachtenden Wertung grundsätzlich von der Anwendbarkeit der mietrechtlichen Vorschriften auszugehen.²⁰⁹ Zwar sind einige Vorschriften des Mietrechts - wie z.B. § 537 BGB - auch im Hinblick auf die Überlassung der Trainingsräume nicht anwendbar, insgesamt ist die Abweichung vom gesetzlichen Vertragstyp der Miete aber nicht so erheblich, als dass sich eine Zuordnung verbietet.

Die Interessenlage der Parteien eines Mitbenutzungsvertrages deckt sich überdies weitgehend mit der, die dem historischen Gesetzgeber für die Parteien eines typischen Mietvertrages vorschwebte. Bereits zur Jahrhundertwende waren Mitbenutzungsverträge in der wirtschaftlichen Praxis nicht selten.²¹⁰ Der Gesetzgeber hat dennoch vom Erlass besonderer Regelungen für solche Gebrauchsüberlassungsverträge abgesehen.²¹¹ Es ist daher davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die (grundsätzliche) Anwendbarkeit der §§ 535 ff. BGB auch auf Mitbenutzungsverträge vorschwebte.

C. Die rechtliche Beurteilung des Gesamtvertrages

Aufgrund der verschieden zu beurteilenden Vertragselemente ist der Fitness-Vertrag als sog. gemischter Vertrag einzustufen. Da das BGB keine allgemeine Grundsätze darüber enthält, wie ein gemischter Vertrag rechtlich zu beurteilen ist²¹², stellt sich die Frage, ob und inwieweit die vom Gesetzgeber für die einzelnen Vertragselemente vorgesehenen Rechtsfolgen heranzuziehen sind.

²⁰⁹ So im Ergebnis die ständige Rechtsprechung bei Verträgen, die auf die Mitbenutzung von Freizeiteinrichtungen gerichtet sind, vgl. nur BGH, NJW 1962, 908 (Autoscooter); VersR 1975, 766 (Freibadbenutzung); LG Freiburg, MDR 1981, 56 (Fitness-Vertrag) m.w.N.

²¹⁰ So gab es im Rechtsverkehr z.B. Verträge, welche die (Mit-) Benutzung von Badeanstalten oder Kirmeseinrichtungen (Karusselle o.ä.) zum Gegenstand hatten.

²¹¹ Vgl. Mot. II, S. 370 (Benutzung eines Klaviers, das im Besitz des Vermieters verbleibt; Lustwandeln im Park).

²¹² Vgl. nur Charmatz, S. 259 f.; keinen allgemeinen Grundsatz enthält insbesondere § 651 BGB, der für den Werklieferungsvertrag die grundsätzliche Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Vorschriften normiert, dessen systematische Stellung im Besonderen Teil des Schuldrechts aber einer grundsätzlichen Anwendung auf andere gemischte Verträge entgegensteht.

I. Kritische Bewertung des Meinungsstands

1. Absorptions- und Kombinationstheorie

Bereits Anfang des vorigen Jahrhunderts sind von der Literatur Theorien zur Beurteilung gemischter Verträge entwickelt worden.

Nach der *Absorptionstheorie*²¹³ soll auf den gesamten Vertrag lediglich das Recht des Vertragstyps, dessen Element dominiert, anzuwenden sein. Dominierend ist ein Vertragselement nach dieser Theorie, wenn es sich nach der Natur des Vertrages als Hauptleistung darstellt. Die Vorschriften, die isoliert betrachtet auf die weniger wichtigen Vertragsbestandteile anzuwenden wären, werden absorbiert und finden somit keine Anwendung.

Die Vertreter der *Kombinationstheorie*²¹⁴ wenden dagegen die Regeln der verschiedenen Vertragstypen nebeneinander an. Zur rechtlichen Beurteilung sind demnach die für den jeweiligen Vertragsbestandteil maßgeblichen Rechtsnormen getrennt heranzuziehen. Soweit diese zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, soll anhand des mutmaßlichen Parteiwillens zu entscheiden sein, welche Vorschrift anzuwenden ist.

Gegen die ausschließliche Anwendung einer dieser beiden Theorien bestehen jedoch durchgreifende Bedenken.

Der Absorptionstheorie ist entgegenzuhalten, dass sie die Besonderheiten der unterschiedlichen Vertragselemente nicht hinreichend berücksichtigt. Ihre uneingeschränkte Anwendung würde zwangsläufig Wertungswidersprüche zur Behandlung gesetzestypischer Verträge hervorrufen.²¹⁵ Darüber hinaus sind durchaus Vertragsgestaltungen denkbar, in denen ein Leistungsschwerpunkt nicht festgestellt werden kann, weil die verschiedentypischen Leistungspflichten nach dem Parteiwillen gleichgewichtig nebeneinander stehen. In diesen Fällen widerspricht es regelmäßig dem Parteiwillen, den gesamten Vertrag unter einen bestimmten Vertragstypus als den Typus der vermeintlichen Hauptleistung zu zwingen.²¹⁶

²¹³ Die Absorptionstheorie ist im wesentlichen von Lotmar begründet worden, vgl. Lotmar, S. 176 ff., 686 ff.; eine ausführliche Darstellung der von anderen Vertretern der Absorptionstheorie aufgestellten Thesen findet sich bei Charmatz, S. 296 ff.

²¹⁴ Die Kombinationstheorie ist von G. Rümelin und Hoeningner begründet worden, vgl. insb. G. Rümelin, S. 320 ff.; Hoeningner, S. 360 ff. Ihr nahestehend ist die von Schreiber (JherJb, Bd. 60 (1912), S. 106 ff., 203 ff.) entwickelte Theorie der analogen Rechtsanwendung, nach der die Bestimmungen der einzelnen Vertragstypen allenfalls analog angewendet werden können, da die gemischten Verträge als solche keine Regelung im Gesetz gefunden haben. Der Sache nach aber führt diese Theorie kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen, vgl. Leenen, Typus, S. 170; Bydlinski, S. 552.

²¹⁵ Esser/Schmidt, § 12 II 2 (S. 215); Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3b (S. 44); Raisch, BB 1968, 526 (529) Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; vgl. auch Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 30; Jauernig-Vollkommer, § 305, Rz. 31; MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 45.

²¹⁶ Vgl. Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 20; Soergel-Wolf, § 305, Rz. 27; Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3b (S. 44); Sigulla, S. 100.

Die Kombinationstheorie kann gleichfalls nicht vollends überzeugen. Bei nahezu allen Verträgen - so auch beim Fitness-Vertrag - kann die Beurteilung in bezug auf einzelne Rechtsfragen, wie z.B. der Kündigung, sinnvollerweise nur einheitlich erfolgen.²¹⁷ Die Kombinationstheorie ist aber nicht in der Lage, die Eigenarten bzw. die Besonderheiten des gesamtheitlichen Vertragsgefüges zu erfassen. Sie berücksichtigt nicht hinreichend, dass die im BGB normierten Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers auf reine Vertragstypen und gerade nicht auf gemischte Verträge zugeschnitten sind.²¹⁸

Dementsprechend werden die Kombinations- und die Absorptionstheorie heute - soweit ersichtlich - in ihrer reinen Form nicht mehr vertreten.²¹⁹ Es besteht freilich weitgehend Einigkeit darüber, dass die den Theorien zugrundeliegenden Methoden trotz ihrer aufgezeigten Schwächen wesentlich zur Rechtsfindung beitragen können.²²⁰ Die Anwendung der Kombinations- oder der Absorptionsmethode²²¹ muss abhängig von der Art des Vertrages und der konkreten Rechtsfrage flexibel erfolgen. Dabei ist es hinzunehmen, dass als unerwünschter Nebeneffekt einer flexiblen Vorgehensweise ein Stück Rechtssicherheit verloren geht.

2. Typenunterteilung im heutigen Schrifttum

Um zumindest in gewissen Grenzen vorhersehbare Ergebnisse zu ermöglichen, ist im Schrifttum ein für die Rechtspraxis brauchbares - wohlgemerkt aber nur grundsätzlich anwendbares²²² - Beurteilungsschema entwickelt worden. Mit Hilfe dieses Schemas unterteilen die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum die gemischten Verträge zumeist in verschiedene Untertypen, für die sie jeweils gesondert die Frage nach dem anzuwendenden Recht beantworten.²²³ Wenn auch die Unterteilungen in der Literatur nicht immer einheitlich erfolgen, so lassen sich im wesentlichen vier große Gruppen unterscheiden:²²⁴ Die typischen Verträge mit

²¹⁷ Vgl. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3b (S. 44) ; Soergel-Wolf, § 305, Rz. 33; Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 31; Esser/Schmidt, § 12 II 2c (S. 216); MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 67.

²¹⁸ Vgl. Leenen, Typus, S. 169; Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 32; Esser/Schmidt, § 12 II (S. 213 f.); Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; Raisch, BB 1968, 526 (529).

²¹⁹ MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 67; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44); Leenen, Typus, S. 169; Soergel-Wolf, § 305, Rz. 27.

²²⁰ Vgl. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44); Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 67; Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 32.

²²¹ Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte die Bezeichnung als "Methode" gewählt werden, da die Theorien jeweils auf eine umfassende Lösung des Problems der gemischten Verträge abzielen, vgl. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3b (S. 44).

²²² Vgl. Dellios, S. 59.

²²³ Vgl. Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 33 ff.

²²⁴ Die systematische Einteilung ist ursprünglich von Ennecerus/Lehmann, § 100 B (S. 395-402) entwickelt worden. Dieser Einteilung folgt teilweise abgewandelt das überwiegende Schrifttum: Vgl. insbesondere Soergel-Wolf, § 305, Rz. 28-34; Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 33-43; Fikentscher, Rz. 650-654; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 1b (S. 42); MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 56-67.

untergeordneter andersartiger Nebenleistung, die Typenkombinationsverträge, die Typenverschmelzungsverträge und die typenfremden Verträge.

Ein *typischer Vertrag mit untergeordneter andersartiger Nebenleistung* liegt vor, wenn die Parteien neben einer gesetzestypischen Hauptleistung eine Nebenpflicht von nur untergeordneter Bedeutung vereinbart haben.²²⁵ Auf einen solchen Vertrag soll nach der herrschenden Meinung²²⁶ grundsätzlich die Absorptionsmethode anzuwenden sein. Nur im Einzelfall könne man die Vorschriften der Nebenleistung entsprechend anwenden.

Ein *Typenkombinationsvertrag* ist ein Vertrag, der Elemente mehrerer gesetzlich geregelter Typen von annähernd gleichwertigen Gewicht enthält, die sich auf unterschiedliche Teilleistungen beziehen.²²⁷ Er soll nach der überwiegenden Auffassung²²⁸ grundsätzlich mit Hilfe der Kombinationsmethode zu beurteilen sein. Die Kombinationsmethode sei die sachgerechtere, da sie besser geeignet sei, die Besonderheiten der einzelnen gesetzlich geregelten Vertragselemente zu erfassen. Nur soweit aus praktischen Gründen eine Rechtsfrage zwingend einheitlich zu entscheiden sei, müsse man die Absorptionsmethode heranziehen.

Von einem *typenfremden Vertrag* spricht man, wenn dieser typusprägende Merkmale enthält, die in ihrer Gesamtheit weder als bloße atypische Abwandlung eines gesetzlich geregelten Vertragstyps noch als Kombination mehrerer derartiger Typen aufgefasst werden können.²²⁹ Bei einem solchen Vertrag können sowohl die Absorptionsmethode als auch die Kombinationsmethode grundsätzlich nicht zur Rechtsfindung beitragen. Die Rechtsfolgen sind durch ergänzende Gesetzesauslegung (Analogie, Rechtsfortbildung) oder im Einzelfall durch die ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln.

Für einen *Typenverschmelzungsvertrag* ist charakteristisch, dass der Schuldner nur eine einzige Leistung schuldet, die zwischen zwei gesetzlichen Typen steht und diese untrennbar miteinander verbindet.²³⁰ Welche Rechtsnormen auf den Typenverschmelzungsvertrag anzuwenden sind, kann im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen. Der Fitness-Vertrag ist eindeutig nicht als Typenverschmelzungsvertrag

²²⁵ Soergel-Wolf, § 305, Rz. 28; Esser/Schmidt, § 12 II 2a (S. 215); Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 38; anders aber Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 1c (S. 43), wonach Verträge mit "ganz untergeordneter Bedeutung" keine gemischten, sondern atypische Verträge sein sollen.

²²⁶ Vgl. nur Fikentscher, Rz. 651; Soergel-Wolf, § 305, Rz. 28.

²²⁷ So Fikentscher, Rz. 652; ähnlich auch Soergel-Wolf, § 305, Rz. 29.

²²⁸ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44); Esser/Schmidt, § 12 II 2 (S. 215).

²²⁹ Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 40 f.; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I (S. 42); Fikentscher, Rz. 654; Soergel-Wolf, § 305, Rz. 32.

²³⁰ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I (S. 42); Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 40; Fikentscher, Rz. 654; eine andere Definition wählend aber Esser/Schmidt, § 12 II 2c (S. 215); Soergel-Wolf, § 305, Rz. 32; Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 23.

im Sinne dieser Definition aufzufassen, denn es werden verschiedene Vertrags-
elemente geschuldet, die aber jeweils keine zwei gesetzliche Typen untrennbar
miteinander verbinden.

3. Folgerungen für den Fitness-Vertrag in Rechtsprechung und Literatur

Diese grundsätzliche Unterteilung legen die Rechtsprechung und die Literatur auch
der Bewertung von Fitness-Verträgen zugrunde. Dabei stufen sie den Fitness-
Vertrag zumeist als typischen Vertrag mit untergeordneter andersartiger Neben-
leistung²³¹, teilweise aber auch als Typenkombinationsvertrag mit annähernd
gleichwertigen Teilleistungen²³² ein.

Eine Einordnung des Fitness-Vertrages als Typenverschmelzungsvertrag wird
dagegen - wie gezeigt: zu Recht - nicht erwogen. Auch auf die Möglichkeit, dass der
Fitness-Vertrag ein typenfremder Vertrag ist, gehen weder die Gerichte noch die
Autoren des Schrifttums ein. Dies ist folgerichtig, da sowohl die Rechtsprechung als
auch die Literatur einheitlich die Auffassung vertreten, dass die Überlassung der
Trainingsgeräte eine mietvertragliche Pflicht i.S.d. §§ 535 ff. BGB sei.

Anlass zu Kritik gibt jedoch die Art und Weise, wie die Gerichte und die Autoren im
Schrifttum - wenn überhaupt - ihre Einordnung begründen. In der Regel leugnen sie
das Bestehen einer dienstvertraglichen Pflicht zwar nicht, sie stellen aber zumeist
nur mit einem lapidaren Satz fest, dass das mietrechtliche Element eindeutig
überwiege und daher auf den gesamten Vertrag grundsätzlich die mietrechtlichen
Vorschriften anzuwenden seien.²³³

Einmal abgesehen davon, dass die (grundsätzliche) Anwendbarkeit der §§ 535 ff.
BGB nach den bisherigen Ausführungen²³⁴ nicht in Betracht kommt, so kann man
dennoch nicht einfach darüber hinweggehen, dass in den Fitness-Studios die
Trainingsbetreuung auch beim Gerätetraining von erheblicher Bedeutung ist.

²³¹ Mit mietrechtlicher Hauptleistung: OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 12; OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (33); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (243 f.); LG Darmstadt, NJW-RR, 1991, 1015 (1015 f.); LG Saarbrücken, NJW-RR 1991, 890; LG Frankenthal, VuR, 1993, 350 (351); LG München 1994, 362 (364); LG Düsseldorf, VuR 1992, 173; LG Freiburg, MDR 1981, 56; AG Bautzen, NJW-RR 1998, 130; AG München, NJW-RR 1991, 251; AG Frankfurt/Main, NJW-RR 1993, 758; Raab, JA 1998, 75 (76); mit dienstvertraglicher Hauptleistung: AG Langen, NJW-RR 1995, 823; Schröder, VuR, 1992, 158 (159).

²³² OLG Hamm, NJW-RR, 1992, 242; OLG Hamm, NJW-RR, 1992, 243; LG Düsseldorf, VuR 1992, 171 (172); LG Dortmund, VuR 1992, 163 (164); LG Dortmund, VuR 1992, 166 (167); Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 1; vgl. auch Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243; Ungeheuer, WuB IV C, § 9 AGBG 4.97, S. 577; Gounalakis/Gounalakis, RdJB 1997, 229 (230).

²³³ Vgl. z.B. die Begründungen von OLG Frankfurt/Main (6 U 164/93), S. 11; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (243 f.); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890.

²³⁴ Siehe oben, § 4, B II 2.

Für viele Kunden ist die vertraglich vereinbarte Trainingsbetreuung wesentlicher Bestandteil des Vertrages. Ihnen ist es nicht möglich, ihr Trainingsziel ohne Anleitung zu erreichen. Erfolgt z.B. das Gerätetraining auf medizinischen Rat als Rehabilitationsmaßnahme nach einem Unfall, so ist der Kunde regelmäßig darauf angewiesen, dass ein Sportlehrer ihm einen Trainingsplan erstellt und den Kraftwiderstand der Geräte seinen körperlichen Voraussetzungen entsprechend justiert. Eine Gebrauchsüberlassung ohne Betreuung ist für einen solchen Kunden weitgehend sinnlos.

Selbst wenn man zu der Ansicht neigt, das Gebrauchsüberlassungselement überwiege in seiner Bedeutung die Trainingsbetreuungspflicht, so ist für eine ordnungsgemäße Begründung dennoch erforderlich, sich mit der Bedeutung der dienstvertraglichen Pflichten des Studios eingehend auseinanderzusetzen. Anderenfalls setzt man sich dem Verdacht aus, seiner rechtlichen Bewertung realitätsfremde Vorstellungen vom Trainingsbetrieb in den Fitness-Studios zugrunde gelegt zu haben

4. Keine Zuordnung zu einem der Grundformen des gemischten Vertrags

Die Zuordnung des Fitness-Vertrages zu einem der Untertypen bereitet erhebliche Schwierigkeiten, die insbesondere aus der Atypizität der auf die Sportgeräte gerichteten Überlassungspflicht resultieren. Nimmt man die Definitionen des Schrifttums, so ist es nicht möglich, den auf das Gerätetraining gerichteten Vertrag in seiner Gesamtheit einem der Untertypen zuzuordnen.

Ein typischer Mietvertrag mit untergeordneter andersartiger Nebenleistung kann schon deshalb nicht gegeben sein, da selbst wenn man die Überlassung der Trainingsgeräte als dominierendes Vertragselement ansieht, diese jedenfalls keine typische Pflicht i.S.d. §§ 535 S. 1 BGB darstellt.²³⁵ Ebenso kommt die Einordnung des Fitness-Vertrages als typischer Dienstvertrag nicht in Betracht, da die Gebrauchsüberlassungselemente offensichtlich nicht von untergeordneter Bedeutung sind.

Ein Typenkombinationsvertrag liegt ebenfalls nicht vor. Dann müssten nämlich alle Vertragselemente bei isolierter Betrachtung einem gesetzlich geregelten Vertragstyp zuzuordnen sein. Dies ist aber im Hinblick auf die Gebrauchsüberlassung der Trainingsgeräte nicht der Fall.

Schließlich kann man auch aus der Atypizität eines Vertragselements nicht folgern, dass ein typenfremder Vertrag i.S.d. der Unterteilung des Schrifttums vorliegt. Per definitionem liegt ein solcher nur dann vor, wenn der Vertrag sich aus einer Kombination mehrerer gesetzlich nicht geregelter Vertragselemente zusammensetzt. Die

²³⁵ Zu einem anderen Ergebnis kommt - wie bereits dargestellt - die überwiegende Rechtsprechung, vgl. die Nachweise in Fn. 310.

Trainingsbetreuung ist aber eine dienstvertragliche Pflicht, so dass der Gesamtvertrag nicht insgesamt typenfremd sein kann.

Aber auch der auf das Gruppentraining gerichtete Fitness-Vertrag lässt sich nicht ohne weiteres in das Beurteilungsschema einordnen. Zwar scheint das Dienstleistungselement in seiner Bedeutung im Vergleich zur Überlassung der Räumlichkeiten zu überwiegen; die Überlassungspflicht ist jedoch nicht von derart untergeordneter Bedeutung, dass unproblematisch ein typischer Vertrag mit untergeordneter andersartiger Nebenleistung vorliegt.

II. Allgemeine Überlegungen

1. Flexible Beurteilung von Einzelfragen

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass man sich bei der rechtlichen Beurteilung des Fitness-Vertrages von allzu schematischen Überlegungen lösen muss. Weder mit den vom früheren Schrifttum entwickelten Theorien allein noch mit der systematischen Unterteilung der gemischten Verträge, wie sie das überwiegende Schrifttum vertritt, sind sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Es liegt daher auf der Hand, dass es nicht möglich ist, eine allgemeingültige Regel aufzustellen, welche Vorschriften auf den Fitness-Vertrag in seiner Gesamtheit anzuwenden sind.

Eine schematische Anwendung der Regeln des einen oder anderen Vertragselements ist ausgeschlossen. Zu vielschichtig sind die Probleme, die aus den mitunter differierenden Schutzzwecken der gesetzlichen Vorschriften und aus der Interessenlage der Vertragsparteien resultieren. Es hängt von der jeweils zu beantwortenden Rechtsfrage ab, welche gesetzlichen Vorschriften im Einzelfall heranzuziehen sind.²³⁶

Eine abschließende Klärung aller möglichen Einzelfragen kann jedoch naturgemäß im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden; sie würde der Aufgabenstellung nicht gerecht. Die Ausführungen sollen deshalb auf die Darstellung einer grundsätzlichen Rechtsfindungsmethode beschränkt werden, mit deren Hilfe die rechtliche Beurteilung des Gesamtvertrages erheblich vereinfacht werden kann.

²³⁶ So grundsätzlich auch die h.M.: BGH, NJW 1995, 324 (326); Roth, JuS 1999, 220 (223); MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 67; RGRK-Ballhaus, Vorb. § 305, Rz. 35; Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; Staudinger-Löwisch, Einl. § 305, Rz. 32; Erman-Battes, Vorb. § 305, Rz. 21; Jauernig-Vollkommer, § 305, Rz. 21; vgl. auch Soergel-Wolf, § 305, Rz. 27, der diese Auffassung treffend Theorie der interessengerechten Rechtsanwendung nennt.

2. Unterscheidung verschiedener Rechtsfragen

Bei der Rechtsfolgenbestimmung ist zu unterscheiden zwischen solchen Rechtsfragen, die aus tatsächlichen Gründen zwingend einheitlich zu entscheiden sind und jenen, die für jedes Vertragselement differenziert beantwortet werden könnten.

Häufig kann die rechtliche Beurteilung, wie z.B. im Hinblick auf die Vertragslaufzeit oder die Kündigung, nur einheitlich erfolgen.²³⁷ Die Dienstleistungen des Studios sind schon aus tatsächlichen Gründen ohne die Gebrauchsüberlassung der Räumlichkeiten und gegebenenfalls der Sportgeräte nicht zu erbringen. Umgekehrt verliert die Gebrauchsüberlassung der Trainingsräume ohne Trainingsleitung ihren Sinn. Da die einzelnen Vertragspflichten somit in einem inneren Zusammenhang stehen und nicht verselbständigt sind, wäre es geradezu absurd, den Gesamtvertrag künstlich aufzuspalten und die gesetzlichen Regeln isoliert auf die einzelnen Vertragselemente anzuwenden.

Mögliche Folge einer solchen Vorgehensweise wäre, dass die Kündigung des Gesamtvertrages nur ein Vertragselement erfassen würde, z.B. die Raumüberlassungspflicht, die anderen Vertragspflichten aber weiterhin bestünden. Ein solches Ergebnis wäre schlechthin unvertretbar. Soweit sich also bei einer Rechtsfrage aus dem Wesen des Gesamtvertrages ergibt, dass die einzelnen Vertrags-elemente ihr rechtliches Schicksal teilen müssen, um eine interessengerechte Beurteilung zu ermöglichen, kommt nur eine einheitliche Entscheidung in Betracht.

Dagegen können viele Rechtsfragen - jedenfalls bei Berücksichtigung der tatsächlichen Begebenheiten - differenziert beantwortet werden. So kann man beispielsweise die Verletzung einer Vertragspflicht nach den für dieses Element geltenden Regeln beurteilen, ohne dass diese Beurteilung dem Wesen des Gesamtvertrages von vornherein zuwider läuft.

III. Rechtsfragen, die einheitlich beantwortet werden müssen

1. Anwendung der Absorptionsmethode

Die Kombinationsmethode hilft bei der Beurteilung von Rechtsfragen, die einheitlich behandelt werden müssen, nicht weiter. Wenn die Regeln der einzelnen Vertrags-elemente zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, ist eine Entscheidung darüber zu treffen, welche Rechtsgrundsätze maßgeblich sind. Aus diesem Grunde ist im

²³⁷ Gaßner, AcP 186 (1986), 324 (334); MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 67; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44); Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 35; vgl. auch Soergel-Wolf, § 305, Rz. 31; Medicus, SchuldR II, § 121 I 2b (Rz. 590).

Rahmen der Beantwortung von Rechtsfragen, die nur einheitlich entschieden werden können, die Absorptionsmethode zu wählen.²³⁸

So etwa im Falle, dass ein Kunde den Fitness-Vertrag ordentlich kündigt: Denn während für die Miete eines Raumes - soweit die Miete nach Monaten bemessen ist - gem. § 580 a I Nr. 3 BGB eine beinahe dreimonatige Kündigungsfrist gilt, beträgt die Kündigungsfrist bei Dienstverträgen praktisch nur zwei Wochen (§ 621 Nr. 3 BGB - die Kündigung ist zum 15. eines jeden Monats zulässig). Noch erheblicher ist die Abweichung, wenn man für die Gebrauchsüberlassung der Trainingsgeräte als (möglicherweise analog anwendbaren) Vergleichsmaßstab § 580 a III Nr. 2 BGB heranzieht. Dann wäre die Kündigungsfrist mit nur drei Tagen außerordentlich kurz bemessen.

Es ist offenkundig, dass - wenn überhaupt - nur eine der drei möglichen Kündigungsfristen auf den Fitness-Vertrag angewendet werden kann. Die anderen beiden kann man zur rechtlichen Beurteilung nicht heranziehen. Sie werden i.S.d. Absorptionstheorie absorbiert.

Zwar könnte man erwägen, abweichend von den gesetzlichen Kündigungsfristen eine mittlere Frist, z.B. vier Wochen, zu wählen.²³⁹ Eine solche Vorgehensweise ist aber grundsätzlich abzulehnen. Sie ließe unberücksichtigt, dass Kündigungsfristen nicht nur der Gerechtigkeit, sondern im besonderen Maße auch der Rechtssicherheit und damit dem Rechtsfrieden dienen.²⁴⁰ Eine mittlere Lösung würde die im Bereich der gemischten Verträge ohnehin schon bestehende Rechtsunsicherheit verstärken, so dass der Zweck des Gesetzes insoweit ad absurdum geführt würde. Nur für den Fall, dass die gesetzlich geregelten Kündigungsfristen einem besonderen Schutzbedürfnis der einen oder anderen Vertragspartei dienen und nur mit einer mittleren Lösung eine sachgerechte Lösung gefunden werden kann, ist ein solches Ergebnis ernsthaft in Betracht zu ziehen.

2. Bestimmung des maßgeblichen Vertragselements

Schwierig zu beantworten ist die Frage, wie das für die rechtliche Beurteilung maßgebliche Vertragselement zu ermitteln ist. Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass die Harmonisierung der gesetzlichen Zwecke und des typischen Parteiwillens letztlich nur mit einer wertenden Gesamtbetrachtung erreicht werden kann.

²³⁸ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44); Soergel-Wolf, § 305, Rz. 31; MünchKomm-Thode, § 305, Rz. 67; vgl. auch Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 36.

²³⁹ Vgl. Raisch, BB 1968, 526 (530 f.), der solche Erwägungen im Rahmen der Kündigung eines Automatenaufstellvertrages anstellt.

²⁴⁰ Vgl. Zippelius, S. 8; Bydlinski, S. 325.

a. Wirtschaftliche, am Vertragszweck orientierte Betrachtungsweise

aa. Geeignetheit wirtschaftlicher Kriterien

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den gemischten Verträgen soll allgemein auf den "Schwerpunkt des Vertrages" abzustellen sein.²⁴¹ Diese Formulierung allein sagt nichts darüber aus, wie der sog. Schwerpunkt ermittelt werden kann. Dennoch stützen sich viele Gerichte bei der Beurteilung von Fitness-Verträgen auf die Formulierung des BGH, ohne dass sie hinreichend deutlich machen, aus welchen konkreten Gesichtspunkten bzw. Kriterien sich der von ihnen ermittelte Schwerpunkt ergeben soll.²⁴²

Der Bundesgerichtshof selbst ermittelt den Schwerpunkt vor allem anhand wirtschaftlicher Kriterien, berücksichtigt aber auch rechtliche Gesichtspunkte.²⁴³ Eine solche - vorwiegend wirtschaftliche - Betrachtungsweise trägt dem Umstand Rechnung, dass die wirtschaftliche Bedeutung der Vertragselemente in erheblichem Maße die Interessenlage der Vertragsparteien beeinflusst. Das wirtschaftliche Überwiegen eines Vertragselements ist Indiz dafür, dass das Vertragselement den Gesamtvertrag auch im rechtlichen Sinne dominiert.

Dennoch darf die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht in eine ausschließlich ökonomisch orientierte Bewertung münden. Zwar wäre einer solchen wirtschaftlichen Methode zuzugestehen, dass sie bedingt durch ihre vorwiegend objektiven Kriterien ein gewisses Maß an Rechtssicherheit schaffen könnte.²⁴⁴ Es ist jedoch eine offenkundige Tatsache, dass die Interessenlage der Vertragsparteien - besonders die der Kunden - nicht nur durch rein ökonomische Motive bestimmt wird. Würde man dies ignorieren, so wären Ergebnisse die Folge, die in vielen Fällen dem Parteiwillen zuwiderlaufen würden.

Deshalb sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten im Zusammenhang mit dem Vertragszweck und der Interessenlage der Vertragsparteien zu bewerten.²⁴⁵ Ein aufgrund wirtschaftlicher Kriterien ermitteltes Ergebnis ist anhand des Parteiwillens zu überprüfen. Nur wenn sich die wirtschaftlichen Begebenheiten und der Parteiwille in Einklang befinden, kann die wertmäßige Bedeutung der Vertragsbestandteile zur Bestimmung des dominierenden Vertragselements herangezogen werden.

²⁴¹ So z.B. BGH, NJW 1981, 341 (342); NJW 1983, 49 (50); NJW 1989, 1673 (1674); BB 1986, 1396 (1397); NJW 1995, 324 (326).

²⁴² Vgl. nur OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; VuR 1996, 32 (33); OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244); LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1015 f.); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890; LG Frankenthal, VuR 1993, 350 (351).

²⁴³ Vgl. BGH, NJW 1983, 49 (50); 1995, 324 (326).

²⁴⁴ Vgl. Dellios, S. 88.

²⁴⁵ So im Ergebnis auch der BGH, vgl. BGH BB 1986, 1396 (1396 f.); NJW 1995, 324 (326).

Ausgehend von den Grundsätzen, die der BGH aufgestellt hat, soll zunächst mit einer wirtschaftlichen, am Vertragszweck orientierten Betrachtung versucht werden, dass maßgebliche Vertragselement zu bestimmen.

bb. Bedeutung der Vertragselemente für die Fitness-Studios

Aus der Sicht eines Fitness-Studios spiegelt sich die wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Vertragselemente im wesentlichen auf der Kostenseite wider. Stellt man auf die Kostenstruktur der Fitness-Studios ab, so wird offenbar, dass insoweit das Raumüberlassungselement den Vertrag dominiert.

Bei einem durchschnittlichen Fitness-Studio beträgt der Anteil der Raummiete an den gesamten Betriebskosten über 30 %.²⁴⁶ Hinzu kommen mit einem Anteil von ungefähr 10 % Energie- und Wasserkosten, die ganz überwiegend dem Raumüberlassungselement zugerechnet werden müssen.²⁴⁷ Insgesamt wendet ein durchschnittliches Studio somit über 40 % seiner Gesamtkosten für die Bereitstellung der Räumlichkeiten auf. Dagegen nehmen sich die Personalkosten mit einem Anteil von immerhin ca. 30 % und die Kosten für die Geräte mit einem Anteil von unter 10 % relativ bescheiden aus.²⁴⁸ Würde man die Kosten des Studios zum einzigen Maßstab erheben, so wäre also das Raumüberlassungselement als das insgesamt überwiegende einzustufen.

cc. Bedeutung der Raumüberlassungspflicht für die Kunden

Anders stellt sich die Bedeutung der Vertragselemente aber aus Kundensicht dar. Für die Kunden ist die Kostensituation des Studios regelmäßig kaum von Interesse. Sie verpflichten sich zur Entrichtung des monatlichen Entgelts, um am Gruppentraining teilzunehmen und/oder das Training an den Geräten auszuüben.

Die Raumüberlassung hat für sie nur eine untergeordnete Bedeutung. Diese Pflicht ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien nicht unmittelbar ihretwegen den Vertrag abschließen, so wie es für die Vereinbarung von Hauptleistungspflichten typisch ist. Zwar ist die Raumüberlassung für eine ordnungsgemäße Erfüllung der übrigen Vertragselemente notwendige und unverzichtbare Voraussetzung; darin erschöpft sich allerdings auch ihre Bedeutung für die Kunden.

Die übrigen Leistungspflichten, die das Fitness-Studio und die Kunden vereinbaren, prägen das Vertragsverhältnis in erheblicherer Art und Weise. Nur um ihrer Erfüllung wegen verpflichten sich die Kunden zur Zahlung des monatlichen Entgelts. Der

²⁴⁶ Vgl. Ohldag, S. 66 f.; Kamberovic, Die Sportbranche, S. 275 (283).

²⁴⁷ Die für eine nicht produzierende Branche ganz erheblichen Energie- und Wasserkosten sind vor allem auf den kostenintensiven Nassbereich in den Studios zurückzuführen. Darüber hinaus schlagen die Heiz- und Beleuchtungskosten in den zumeist relativ großzügig bemessenen Räumlichkeiten erheblich zu Buche, vgl. Ohldag, S. 66.

²⁴⁸ Vgl. Ohldag, S. 67; Kamberovic, Die Sportbranche, S. 275 (283).

Vertragsschluss erfolgt zielgerichtet mit dem Zweck, an den Sportgeräten zu trainieren oder aber am Gruppentraining teilzunehmen. Die Überlassung der Trainingsräume stellt sich letztlich als bloßes Mittel zur Erreichung dieses Vertragszwecks dar. Die Überlassung der Räumlichkeiten hat aus diesem Grunde für die Kunden einen untergeordneten Stellenwert.

dd. Bedeutung der übrigen Vertragspflichten für die Kunden

Im Bereich der auf das Gerätetraining gerichteten Fitness-Verträge stellt sich überdies die Frage, ob aus Kundensicht der Schwerpunkt des Vertrages auf der Dienstleistungs- oder der Gebrauchsüberlassungspflicht des Studios liegt.

Ein kleiner Teil der Kunden - wohlgemerkt nur eine kleine Minderheit²⁴⁹ - trainiert mit dem Ziel, die Muskelmasse zu maximieren (sog. Bodybuilder). Diese Kunden sind häufig mit den Geräten derart vertraut, dass sie auf eine Einweisung oder fortlaufende Betreuung nicht angewiesen sind; die Beratung durch einen Gerätetrainer ist geradezu unerwünscht. Dieser Gruppe kommt es ganz entscheidend darauf an, an den verschiedenen, möglichst modernen und effektiven, Geräten zu trainieren. Allein aus dieser Motivation heraus verpflichten sich die einzelnen Kunden, das monatliche Entgelt zu entrichten.

Umgekehrt stellt sich die Interessenlage einer anderen Gruppe dar. Rund 20 % der Kunden schließen den Fitness-Vertrag aus rehabilitativ gesundheitlichen Gründen (sog. Gesundheitssportler).²⁵⁰ So ist es z.B. aus medizinischer Sicht erforderlich, bei einem nicht reparablen Knorpelschaden oder Kreuzbandriss im Knie die Ober- und Unterschenkelmuskulatur zu stärken, um so die Bewegungsfähigkeit des Kniegelenks zu gewährleisten.

Ein möglichst effektives, an den Gesundheitsbedürfnissen des Kunden ausgerichtetes Training ist aber in der Regel nur möglich, wenn ein Trainer dem Kunden einen individuellen Trainingsplan erstellt und ihn fortlaufend beim Gerätetraining betreut. Gegebenenfalls hat der Trainer je nach Trainingserfolg darauf hinzuwirken, dass die Übungen erweitert, geändert oder nur noch eingeschränkt ausgeführt werden. Den aus Gesundheitsgründen trainierenden Kunden kommt es daher vor allem darauf an, die Dienstleistungen des Fitness-Studios in Anspruch zu nehmen. Die Gebrauchsüberlassung der Trainingsgeräte ist eher als Mittel zum eigentlichen Vertragszweck, der Trainingsgestaltung durch den Gerätetrainer aufzufassen.²⁵¹

²⁴⁹ Nach einer sozialwissenschaftlichen Studie trainieren insgesamt nur 2,2 % der Kunden mit der Zielsetzung der Muskelhypertrophie, Ohldag, S. 53.

²⁵⁰ Vgl. Ohldag, S. 53.

²⁵¹ Vgl. BFH, BStBl. II 1994, 362 (363) in einer Entscheidung, bei der es um die Beurteilung der Frage ging, ob der Betrieb eines Fitness-Studios eine unterrichtende Tätigkeit i.S.d. § 18 I EStG darstellt.

Die übrigen Kunden lassen sich in drei weitere Gruppen einteilen: Die Fitnesssportler, die Komplementärsportler und die Sozial-/Kommunikationssportler.²⁵² Die Fitnesssportler, mit einem Anteil von über 50 % die insgesamt größte Gruppe, trainieren mit dem Ziel, ihre Figur optisch zu verbessern und einen präventiven gesundheitlichen Schutz zu erreichen.²⁵³ Sie vereinen also in gewisser Weise die Ziele der Bodybuilder und der Gesundheitssportler. Die Komplementärsportler betreiben das Training als Ergänzung zu ihrer eigentlichen sportlichen Betätigung, um dort ihre Leistungsmöglichkeiten zu steigern, während es den Sozial-/Kommunikationssportlern hauptsächlich um die Knüpfung mitmenschlicher Kontakte geht.²⁵⁴

Es ist schwerlich abzuschätzen, ob es diesen Gruppen vorrangig auf die Dienstleistungen des Studios oder die Nutzung des Geräteparks ankommt. Insgesamt ist aber zu konstatieren, dass es keine einheitliche Interessenlage gibt. Die einen Kunden nutzen die Dienstleistungen des Studios so gut wie gar nicht und könnten nach ihrem Vorstellungsbild auf die Trainingsbetreuung ganz verzichten. Für andere Kunden hingegen ist die Erstellung individueller Trainingspläne bzw. die Überwachung durch einen Trainer unverzichtbare Voraussetzung und teilweise sogar der entscheidende Beweggrund, den Fitness-Vertrag abzuschließen.

ee. Schlussfolgerung

Die wirtschaftliche Betrachtung der einzelnen Vertragselemente macht deutlich: Eine einheitliche Interessenlage der Studios und der Kunden ist zumindest bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht festzustellen. Mehr noch: Auch auf der Kundenseite divergieren die Interessen. Dies macht eine wertende Gesamtbetrachtung - jedenfalls soweit die Kunden das Gerätetraining gewählt haben - außerordentlich schwierig.

(1) Vertrag gerichtet auf Teilnahme am Gruppentraining

Relativ einfach gestaltet sich die rechtliche Beurteilung allerdings noch bei Verträgen, die das Gruppentraining zum Gegenstand haben. Da das Studio die Überlassung der Trainingsgeräte nicht schuldet, ist nur zwischen der Bedeutung der Raumüberlassungs- und der Trainingsbetreuungspflicht abzuwägen. Zudem besteht auf der Kundenseite eine einheitliche Interessenlage. Zwar überwiegt aus Kostensicht der Studios das Raumüberlassungselement; maßgeblich ist letztlich aber die wirtschaftliche Bedeutung, welche die Kunden dem Vertragsschluss beimessen.

Bei der Bestimmung des dominierenden Vertragselements ist nämlich darauf abzustellen, ob das wirtschaftliche Interesse des jeweiligen Vertragspartners für die

²⁵² Diese sachgerechte Einteilung wählt Ohldag im Rahmen einer sozialwissenschaftlichen Studie, vgl. Ohldag, S. 52 f.

²⁵³ Ohldag, S. 52 f.

²⁵⁴ Ohldag, S. 53.

Gegenseite erkennbar ist.²⁵⁵ Denn die Bestimmung der anwendbaren dispositiven Normen muss im Einklang mit dem Willen der Vertragsparteien erfolgen.²⁵⁶ Soweit die Interessenlage des Vertragspartners bei Vertragsschluss erkennbar ist, wird diese gem. §§ 133, 157 BGB zur Grundlage des Vertrages und ist deshalb zwingend zu berücksichtigen.

Für den typischen Kunden ist die Kostenstruktur und die damit einhergehende Interessenlage des Fitness-Studios aber nicht oder jedenfalls nur begrenzt erkennbar. Regelmäßig macht er sich auch keine Gedanken darüber. Die Kosten, die das Fitness-Studio für die Erfüllung der einzelnen Vertragspflichten aufzuwenden hat, wirken sich nicht unmittelbar auf seine Entscheidung aus, den Vertrag abzuschließen. Dagegen kann das Fitness-Studio die Interessenlage des Kunden erkennen: Es liegt förmlich auf der Hand, dass die Kunden den Vertrag nicht primär deshalb schließen, weil sie die Räumlichkeiten des Studios nutzen wollen, sondern weil sie an einer professionellen Trainingsleitung interessiert sind.

Für das Überwiegen des dienstvertraglichen Elements sprechen aber auch die wirtschaftlichen Überlegungen, welche die Fitness-Studios normalerweise anstellen. Die Studios richten ihre betriebswirtschaftlichen Planungen zwar auch an den Kosten aus, die Entscheidungen für oder gegen bestimmte Investitionen erfolgen aber häufig nur mittelbar dem Ziel, die Kosten zu minimieren; in der Hauptsache dienen die finanziellen Mittel der Erfüllung des Kundeninteresses. Dem Betreiber eines Fitness-Studios ist in der Regel bewusst, dass die konkrete Ausgestaltung des angebotenen, vom Kunden vorrangig gewünschten Vertragselements den Ausschlag dafür gibt, ob der Kunde den Vertrag abschließt oder nicht. Jedes andere wirtschaftliche Verständnis würde den Gegebenheiten einer marktwirtschaftlichen Ordnung nicht gerecht. Denn soweit ein Unternehmen sein Angebot nicht primär auf die Nachfrage der Kunden ausrichtet, kann es gute betriebswirtschaftliche Ergebnisse - oder auf den Punkt gebracht: einen angemessenen Gewinn - kaum erzielen. Berücksichtigt man dies, so wird deutlich, dass die Interessenlage der Kunden auch die der Fitness-Studios maßgeblich beeinflusst.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten: Bei einer wirtschaftlichen, am Vertragszweck orientierten Betrachtungsweise überwiegt das dienstvertragliche Element jedenfalls dann, wenn der Fitness-Vertrag auf die Teilnahme am Gruppentraining gerichtet ist.

(2) Vertrag gerichtet auf Teilnahme am Gerätetraining

Die vorstehenden Ausführungen gelten sinngemäß auch für die rechtliche Beurteilung eines Fitness-Vertrages, der auf die Teilnahme am Gerätetraining gerichtet ist. Auch bei diesem Vertragstyp hat die Raumüberlassungspflicht eine untergeordnete Bedeutung, denn den Kunden kommt es primär auf die Trainingsbetreuung und die

²⁵⁵ BGH, NJW 1995, 324 (326).

²⁵⁶ Siehe oben, § 4, B I 3 a.

Geräteüberlassung an. Problematisch ist allerdings, welches dieser beiden Vertrags-elemente bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise überwiegt. Die Problematik resultiert aus der unterschiedlichen Interessenlage der einzelnen Kunden.

Erwägen könnte man, die einzelnen Verträge je nach Interessenlage der Kunden differenziert zu beurteilen. Dann wären z.B. für den aus gesundheitlichen Gründen trainierenden Sportler die dienstvertraglichen Vorschriften anzuwenden; für den typischen Bodybuilder wären dagegen die für die Geräteüberlassung einschlägigen Grundsätze maßgeblich. Eine solche differenzierte Betrachtung scheint auf den ersten Blick dem Interesse aller Parteien gerecht zu werden. Dennoch ist sie im Ergebnis abzulehnen.

Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung können nämlich nur die Willenserklärungen der Vertragsparteien sein. Dies bedeutet: Nur der ausdrücklich oder konkludent erklärte Wille kann überhaupt Rechtswirkungen entfalten. Dann müsste der innere Wille des Kunden aber in irgendeiner Weise für das Studio erkennbar nach außen treten. Regelmäßig ist für das Fitness-Studio jedoch nicht erkennbar, ob der Kunde vorrangig die Dienstleistungen in Anspruch nehmen will oder nicht. Da die Willenserklärungen der Kunden aus dem Empfängerhorizont der Studios auszulegen sind, kommt ihnen grundsätzlich - unabhängig vom inneren Willen der Kunden - jeweils die gleiche Bedeutung zu. Eine differenzierte Beurteilung ist daher mit den Grundsätzen des Vertragsrechts nicht vereinbar. Es kommt nur eine einheitliche Lösung in Betracht.

Tatsache ist, dass nur ein Teil der Kunden die Dienstleistungen der Studios tatsächlich in Anspruch nimmt. Dies spricht auf den ersten Blick für das Überwiegen des Gebrauchsüberlassungselements, denn alle Kunden nutzen die Geräte unabhängig davon, ob sie den Willen haben, sich beim Training betreuen zu lassen oder nicht. Gleichwohl ist zu bedenken, dass der innere Verzicht auf eine vertraglich vereinbarte Leistungspflicht nicht ohne weiteres die Rechtsnatur des Vertrages berührt. Tatsache ist nämlich ebenso, dass die Fitness-Studios sich zur Erbringung von Dienstleistungen schuldrechtlich verpflichten.

Der tatsächliche Verzicht einzelner Kunden ist nicht gleichzusetzen mit einem Verzicht im rechtlichen Sinne. Da alle Kunden betragsmäßig das gleiche Entgelt entrichten²⁵⁷, haben die Kunden im Zweifel auch keinen Grund, die Inanspruchnahme von Dienstleistungen auf Dauer rechtsverbindlich auszuschließen. Den Kunden bleibt es daher vorbehalten, ihre innere Einstellung zur Trainingsbetreuung zu ändern und das Dienstleistungsangebot in der Zukunft doch zu nutzen.

Daraus folgt: Mit einer wirtschaftlichen, an der Interessenlage ausgerichteten Betrachtung ist es im Hinblick auf das Gerätetraining nicht möglich, zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen.

²⁵⁷ Dies gilt unter der Prämisse, dass sie im gleichen Fitness-Studio einen Vertrag mit gleicher Laufzeit abschließen.

b. Schutzzweck der gesetzlichen Vorschriften

Möglicherweise kann der Schutzzweck der in Betracht kommenden Normen zur Bestimmung des maßgeblichen Vertragselements herangezogen werden. Insbesondere Larenz/Canaris stellen vorrangig auf dieses Kriterium ab. Der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des BGH halten sie entgegen, sie sei zu schematisch und zu wenig an teleologischen Kriterien orientiert.²⁵⁸ Die wertmäßige Bedeutung der einzelnen Vertragselemente sei nur insoweit zu berücksichtigen, als dass das Gewicht des Schutzzwecks um so geringer wird, je kleiner der wertmäßige Anteil des betreffenden Vertragsbestandteils am Gesamtvertrag ist.

Die Kritik am BGH mag bei vielen Rechtsfragen ihre Berechtigung haben und zu einer sachgerechten Lösung beitragen. Sinnvoll ist ein Abstellen auf den Schutzzweck der konkurrierenden Normen aber nur dann, wenn die gesetzlichen Regelungen in ihrer Schutzrichtung entgegengesetzte Ziele verfolgen.

So z.B. bei der Frage, ob eine gemischte Schenkung dem Formerfordernis des § 518 BGB genügen muss. Während der Gesetzgeber den Vertragstypus Kaufvertrag bewusst formlos ausgestaltet hat, hat er in § 518 BGB festgelegt, dass die Schenkung einer notarielle Beurkundung bedarf. Diese Form schützt den Schenkenden vor übereilten Verpflichtungen und dient der Beweissicherung.²⁵⁹ Der Schutzzweck des § 518 BGB steht damit in Gegensatz zur Intention des Gesetzgebers, den Abschluss eines Kaufvertrages von keiner Form abhängig zu machen, um den Rechts- und Wirtschaftsverkehr zu erleichtern.²⁶⁰ Da § 518 BGB den Schenkenden umfassend schützen soll und auch für Schenkungen geringen Wertes gilt, ist der Schutzzweck als so erheblich einzuschätzen, dass auch bei wertmäßigen Überwiegen des kaufrechtlichen Vertragsteils die Form des § 518 BGB einzuhalten ist; ein anderes Ergebnis kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die unentgeltliche Komponente nach dem Willen der Vertragsparteien von ganz untergeordneter Bedeutung ist.²⁶¹

Anders stellt sich aber die Gesetzeslage beim Fitness-Vertrag dar: Die konkurrierenden Normen, die eine einheitlich zu beantwortende Rechtsfragen betreffen, verfolgen gleichgerichtete Ziele. So dienen z.B. die ordentlichen Kündigungsfristen sowohl im Dienstvertragsrecht als auch im Mietrecht einer für beide Vertragsparteien angemessenen Beendigung des Vertragsverhältnisses. Der Schutzzweck dieser Normen ist als gleichwertig anzusehen und zwar ebenso in ihrer Schutzrichtung wie in ihrer Intensität.

²⁵⁸ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a.

²⁵⁹ MünchKomm-Kollhosser, § 518, Rz. 1; Palandt-Heinrichs, § 518, Rz. 1a; Larenz, SchuldR II/1, § 47 I; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 III 1b.

²⁶⁰ Vgl. nur Palandt-Heinrichs, § 125, Rz. 1.

²⁶¹ So Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 III 1b; Leenen, Typus, S. 138; vgl. auch MünchKomm-Kollhosser, § 516, Rz. 32; Medicus, SchuldR II, § 121 II 2b .

Aus diesem Grunde lässt sich aus dem Schutzzweck kein Argument für oder wider der einen oder anderen Frist ableiten. Der Schutzzweck der Norm ist kein taugliches Kriterium zur Bestimmung des maßgeblichen Vertragselements eines Fitness-Vertrages.

c. Wille zur einheitlichen Beurteilung von Geräte- und Gruppentraining

Eine entscheidende Rolle bei der Auslegung der schuldrechtlichen Vorschriften spielt der Parteiwille. Für die Maßgeblichkeit des dienstrechtlichen Elements spricht daher eine andere Überlegung: Es erscheint wenig sachgerecht, den auf das Gruppentraining und den auf das Gerätetraining gerichteten Fitness-Vertrag unterschiedlich zu beurteilen. Dies hätte zur Folge, dass z.B. für beide Vertragsarten unterschiedliche Kündigungsfristen zur Anwendung kämen. Dies würde dem Willen der Kunden, aber auch dem der Fitness-Studios in vielen Fällen nicht gerecht. Die Interessenlage der Kunden lässt sich an einem praktischen Beispiel belegen:

Ein Ehepaar will einen Teil der gemeinsamen Freizeit in einem Fitness-Studio verbringen. Die Ehefrau bevorzugt das Aerobictraining, der Ehemann will dagegen an den Geräten trainieren. Am 1. April 2003 schließen die beiden jeweils einen Fitness-Vertrag ab. Dabei kreuzen sie auf dem Vertragsformular die unterschiedlichen Vertragstypen an. Der monatliche Entgelt beträgt jeweils 45,-- Euro. Eine bestimmte Laufzeit wird nicht vereinbart.²⁶²

Daraufhin besuchen die Eheleute jeweils gemeinsam das Fitness-Studio. Während die Ehefrau am Kursprogramm teilnimmt, benutzt der Ehemann unter Anleitung die Trainingsgeräte. Anschließend fahren die beiden immer zusammen nach Hause. Nach über fünf Monaten verlieren die Ehepartner die Lust am Training und kündigen den Vertrag am 16. September und zwar zum "nächstmöglichen Zeitpunkt".

Angenommen der Vertrag der Ehefrau sei nach Dienstvertragsrechts zu beurteilen, so würde dieser gem. §§ 620 II, 621 Nr. 3 BGB mit Ablauf des 31. Oktober 2003 enden. Dagegen würde der Vertrag des Ehemannes, unterstellt die §§ 542 I, 580 a III Nr. 2 BGB seien analog anwendbar, bereits am 19. September 2003 - genau sechs Wochen früher - untergehen.

Für eine solche differenzierte Beurteilung der beiden Untertypen des Fitness-Vertrages fehlen hinreichende sachliche Gründe. Die Interessenlage der Kunden ist augenscheinlich identisch. Es ist für die Kunden schlichtweg nicht nachvollziehbar, dass die Kündigungsfristen derart erheblich voneinander abweichen, obwohl sie

²⁶² Der Einfachheit halber wird dem Beispiel ein Vertrag ohne bestimmte Laufzeit zugrunde gelegt, obwohl diese in der Praxis sehr selten sind. Es ist jedoch zu beachten, dass bei vielen Verträgen die Vereinbarung einer bestimmten Laufzeit wegen Verstoßes gegen verschiedene Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist. In einem solchen Fall ist gem. § 306 II BGB das dispositive Recht heranzuziehen. Der Vertrag kann dann - genau wie der auf unbestimmte Zeit geschlossene - ordentlich gekündigt werden, vgl. OLG Frankfurt/Main, NJW 1981, 2760; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 12, Rz. 17.

betragsmäßig das gleiche Entgelt entrichten müssen und Leistungen in vergleichbarem Umfang in Anspruch nehmen.

Aber auch für die Studios ist die Interessenlage vergleichbar. Das Interesse der Studios wird vor allem durch die laufenden Kosten bestimmt. Den Kosten stehen durch die Kündigung eines Vertrages fehlende monatliche Einnahmen gegenüber. Dies wirkt sich negativ auf die Gewinnerwartung aus. Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten, dem entgegenzuwirken: Erstens kann das Studio neue Kunden werben, die in der betriebswirtschaftlichen Planung an die Stelle der ausgeschiedenen treten. Als zweite Möglichkeit ist eine Reduzierung der laufenden Kosten in Betracht zu ziehen. Die kurzfristige Realisierung dieser beiden betriebswirtschaftlichen Optionen stellt ein Fitness-Studio vor große, oftmals unlösbare Probleme.

Häufig ist es aufgrund der starken Konkurrenz durch andere Studios kaum möglich, die entstandene Lücke innerhalb so geringer Zeit zu schließen, dass keine Einnahmeausfälle zu verbuchen sind. Bei dem Bemühen, neue Kunden zu werben, ist es grundsätzlich unerheblich, ob eine Lücke im Bereich des Gruppentrainings oder im Bereich des Gerätetrainings entstanden ist. Da die Untertypen des Fitness-Vertrages in ihrer Akzeptanz bei den Kunden vergleichbar sind, kann nicht angenommen werden, dass es dem Studio einfacher fällt, Kunden für den einen oder den anderen Untertypen zu finden. Es ist deshalb nicht einzusehen, wieso unterschiedliche Kündigungsfristen gelten sollen.

Eine kurzfristige Kostenreduzierung mit der Folge, dass die Einnahmeausfälle vollständig kompensiert werden können, ist meist auch nicht durchführbar. Zur Erfüllung der Vertragspflichten gegenüber den Kunden schließen die Studios ihrerseits mittel- oder langfristige Verträge, etwa mit Banken, Lieferanten und Angestellten. In der Regel ist es schon aus rechtlichen Gründen nicht möglich, sich kurzfristig von diesen Verträgen zu lösen. Überdies ist es auch in tatsächlicher Hinsicht nicht ohne weiteres ratsam, einen Trainer zu kündigen oder Trainingsgeräte aus den Trainingsräumen zu entfernen, da das Studio bestrebt sein muss, die Qualität des täglichen Trainingsbetriebes langfristig zu sichern.

Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für das Gruppen- und das Gerätetraining. Da eine kurzfristige Kostenreduzierung somit bei beiden Untertypen des Fitness-Vertrages kaum möglich ist, fehlen auch insoweit sachliche Gründe, die für eine unterschiedliche Beurteilung sprechen. Nicht zuletzt deshalb ist anzunehmen, dass es auch im Interesse der Fitness-Studios liegt, die Untertypen des Fitness-Vertrages einheitlich zu behandeln. Bei einer ungleichen Behandlung der Kunden wären Rechtsstreitigkeiten, die zu Imageverlusten für das Studio führen können, eine fast unvermeidliche Folge. Wenn sich außerdem - wie im Beispiel dargestellt - ein Ehepartner sechs Wochen früher vom Vertrag lösen kann, so widerspricht dies regelmäßig dem Gerechtigkeitsempfinden der Kunden.

Dass ein Wille der Fitness-Studios zur Gleichbehandlung von Geräte- und Gruppentrainingsvertrag tatsächlich existiert, dokumentieren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es werden die gleichen Formulare mit identischen Regelungen benutzt und zwar unabhängig davon, ob der Kunde das Gerätetraining oder das Gruppentraining wählt. Es lässt sich daher festhalten: Es besteht ein übereinstimmender Wille zwischen den Kunden auf der einen und den Studios auf der anderen Seite, die unterschiedlichen Fitness-Verträge grundsätzlich gleich zu beurteilen. Damit ist aber noch nicht gesagt, welche Vorschriften letztlich anwendbar sein sollen. Im Ergebnis kommen aber nur die dienstvertraglichen Vorschriften ernsthaft in Betracht.

Der auf Teilnahme am Gruppentraining gerichtete Fitness-Vertrag lässt sich schwerpunktmäßig dem Dienstvertragsrecht zuordnen. Da aber auch der Gerätetrainingsvertrag erheblich ins Gewicht fallende dienstvertragliche Elemente enthält, steht der Fitness-Vertrag in seiner Gesamtheit dem gesetzlichen Vertragstypus Dienstvertrag weitaus näher als dem Mietvertrag, von dem der Gerätetrainingsvertrag - nach der hier vertretenen Auffassung²⁶³ - überdies in ganz erheblichem Maße abweicht. Folglich spricht der Wille der Vertragsparteien zur einheitlichen Beurteilung des Fitness-Vertrages für die Anwendbarkeit der dienstvertraglichen Vorschriften.

d. Grundsätzlicher Geltungsanspruch des dispositiven Rechts

Schließlich kann als Kriterium der grundsätzliche Geltungsanspruch des dispositiven Rechts herangezogen werden. Wie bereits dargestellt²⁶⁴, befindet sich die Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der Vertragsfreiheit. Das dispositive Recht besitzt immer dann einen grundsätzlichen Geltungsanspruch, wenn die gesetzliche Regelung nicht dem erklärten oder hypothetischen Parteiwillen widerspricht, da anderenfalls das dispositive Recht nahezu funktionslos wäre.

Der Fitness-Vertrag ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Gebrauchsüberlassung der Geräte in wesentlichen Zügen vom gesetzlich geregelten Vertragstyp der Miete abweicht und damit für dieses Vertragselement keine unmittelbar anwendbare gesetzliche Regelung besteht.²⁶⁵ Für die anderen Vertragselemente existieren dagegen dispositive Vorschriften. Den Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers wird man daher am besten gerecht, wenn man die gesetzlich geregelten Vertragselemente als maßgeblich erachtet. Aus diesem Grunde ist im Zweifel davon auszugehen, dass die gesetzlich geregelten Vertragselemente bei der rechtlichen Beurteilung den Vorrang haben. Dies sind beim Fitness-Vertrag das

²⁶³ Siehe oben, § 4, B II 2.

²⁶⁴ Siehe oben, § 4, B I 3 a aa.

²⁶⁵ Insoweit kann man vom Vorliegen eines "gemischten Vertrages besonderer Art" sprechen; so der BGH bei der Beurteilung eines Abonnementvertrages, der kaufrechtliche und typenfremde Vertragselemente umfasste, BGHZ 70, 356 (361).

Raumüberlassungs- und das Dienstleistungselement, wobei die dienstvertragliche Leistungspflicht - wie gezeigt - gegenüber der Gebrauchsüberlassung der Räumlichkeiten überwiegt. Da ein der Anwendung des Dienstvertragsrechts entgegenstehender Wille nicht besteht, spricht auch der grundsätzliche Geltungsanspruch des dispositiven Rechts für die Maßgeblichkeit der §§ 611 ff. BGB.

e. Fazit

Soweit Rechtsfragen aus tatsächlichen Gründen einheitlich beantwortet werden müssen, sind die dienstvertraglichen Vorschriften anzuwenden. Zwar ergeben sich dafür aus der wirtschaftlichen Interessenlage und aus dem Schutzzweck der in Betracht zu ziehenden Vorschriften keine zwingenden Argumente, der Wille zur einheitlichen Beurteilung und der grundsätzliche Geltungsanspruch des dispositiven Rechts sprechen aber für den Vorrang der §§ 611 ff. BGB.

Mit einer solchen Vorgehensweise vermeidet man auch ein weiteres Abgrenzungsproblem: Die Frage, nach welchen Vorschriften die Fitness-Verträge zu beurteilen sind, in denen sich der Kunde für das Gesamtangebot des Studios - also Gruppen- und Gerätetraining - entscheidet, beantwortet sich von selbst.

IV. Rechtsfragen, die unterschiedlich beantwortet werden können

1. Grundsatz: Anwendung der Kombinationsmethode

Viele Rechtsfragen können jedenfalls dem Grundsatz nach unterschiedlich beantwortet werden. So ist z.B. die mangelhafte Erfüllung der vertraglich geschuldeten Raumüberlassungspflicht grundsätzlich nach den mietrechtlichen Vorschriften zu beurteilen, ohne dass dies in tatsächlicher Hinsicht dem Wesen des Gesamtvertrages zuwider liefe.²⁶⁶ Eine schuldhafte Pflichtverletzung der Trainingsbetreuungspflicht kann nach dem Dienstvertragsrecht, ein Mangel an einem Sportgerät im Wege der ergänzenden Gesetzes- oder gegebenenfalls Vertragsauslegung beurteilt werden.

Es sind keine Gründe ersichtlich, die gegen den Grundsatz sprechen, die einzelnen Vertragselemente isoliert, d.h. nach den für sie geltenden Vorschriften und Grundsätzen zu behandeln. Mit einer solchen Vorgehensweise kommt man den Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers am nächsten, kann am ehesten Wertungswidersprüche zur rechtlichen Behandlung gesetzestypischer Verträge vermeiden und wird jedenfalls im Zweifel auch der Interessenlage der Vertragsparteien bestmöglich

²⁶⁶ Vgl. dazu die Ausführungen oben, § 4, C II 2.

gerecht.²⁶⁷ Mit anderen Worten: Grundsätzlich ist die Kombinationsmethode anzuwenden, wenn es eine Rechtsfrage zu beantworten gilt, die nicht aus praktischen Gründen zwingend einheitlich zu entscheiden ist.²⁶⁸

Im Rahmen der Kombinationsmethode sind die einzelnen Vertragselemente isoliert zu beurteilen. Dies erfordert häufig eine quantitative, d.h. wertmäßige Unterteilung des Gesamtvertrages. Die einzelnen Vertragsbestandteile sind unter vorrangiger Berücksichtigung des mutmaßlichen Parteiwillens, gegebenenfalls durch Schätzung, wirtschaftlich zu bewerten.²⁶⁹ Auf der Grundlage einer solchen Bewertung lassen sich mögliche Sekundäransprüche oder rechtsvernichtende Einwendungen der Höhe nach bestimmen.

2. Absorptionsmethode zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Bei der Anwendung der Kombinationsmethode muss man sich über eines klar sein: Zwar können die Rechtsfragen grundsätzlich unterschiedlich beantwortet werden, sie müssen es aber nicht. Ein prinzipielles Festhalten an der Kombinationsmethode - sozusagen um jeden Preis - wäre zu schematisch. Es würde geradezu die Gefahr von Wertungswidersprüchen bzw. Ergebnissen, die an den berechtigten Interessen der Vertragsparteien vorbeizielern, heraufbeschwören. Dies sei an zwei Beispielfällen illustriert:

a. Persönliches Leistungshindernis des Dienstverpflichteten

Beispiel 1: Die Betreiberin M eines kleinen Fitness-Studios (Öffnungszeiten 10-22 Uhr) beabsichtigt, wie jeden Morgen um 10 Uhr das Studio aufzuschließen und eine Aerobic-Stunde zu geben. Als sie um 9.30 Uhr abfahren will, erleidet ihr Sohn S plötzlich einen lebensbedrohlichen asthmatischen Anfall. T fährt daraufhin den S umgehend ins Krankenhaus und wartet dort, bis ihr der behandelnde Arzt mitteilt, dass keine Gefahr mehr für S besteht. Die T ist erleichtert und fährt umgehend zum Studio. Dieses erreicht sie um 11.00 Uhr.

Zehn Kundinnen warteten bereits um 10.00 Uhr vor dem verschlossenen Studio. Nach einer halben Stunde Wartezeit fuhren sie erobst wieder nach Hause. Sie verlangen nun einen Teil ihres monatlichen Entgelts zurück.

Diese Rechtsfrage muss nicht aus praktischen Gründen einheitlich entschieden werden. Es kommt somit grundsätzlich die Kombinationsmethode in Betracht. Würde man diese hier anwenden, so hätten die Kundinnen im Hinblick auf das Raum-

²⁶⁷ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44).

²⁶⁸ So z.B. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 I 3a (S. 44); Soergel-Wolf, § 305, Rz. 31; Staudinger-Löwisch, § 305, Rz. 30 f.; Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; Roth, JuS 1999, 220.

²⁶⁹ So Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 II 2e (S. 50); vgl. auch Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 311, Rz. 25; Soergel-Wolf, § 305, Rz. 31.

überlassungselement einen Rückvergütungsanspruch (§ 812 I 1, 1. Fall i.V.m. §§ 326 I 1, 1. HS., 275 I BGB). Bezüglich der Dienstleistungspflicht könnte die T allerdings den § 616 S. 1 BGB als *lex specialis* einwenden.²⁷⁰ Dessen Voraussetzungen liegen vor, denn die T war durch einen in ihrer Person liegenden Grund²⁷¹ unverschuldet und für eine verhältnismäßig unerhebliche Zeit an der Erbringung der Dienstleistung gehindert.

Das Ergebnis einer kombinierten Beurteilung wäre mithin, dass die Kundinnen einen Teil ihres Entgelts zurückfordern könnten. Dieses Ergebnis widerspricht aber dem Sinn und Zweck des § 616 S. 1 BGB. Im Dienstvertragsrecht gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Dienstgeber ohne Erbringung der Leistung kein Entgelt schuldet. § 616 S. 1 BGB macht von diesem Grundsatz eine Ausnahme, ist jedoch eng auszulegen.²⁷² Nur persönliche, d.h. subjektive Gründe führen zu einem Fortbestand des Entgeltanspruchs; auch schwerwiegende objektive Gründe, wie z.B. Naturkatastrophen, erhebliche Witterungseinflüsse oder flächendeckende Streiks in den öffentlichen Verkehrsbetrieben finden im Rahmen des § 616 S. 1 BGB keine Berücksichtigung.²⁷³ Dies gilt selbst dann, wenn der Dienstverpflichtete aufgrund der objektiven Gründe persönlich nicht arbeiten kann, etwa weil es ihm nicht möglich ist, den Erfüllungsort (rechtzeitig) zu erreichen.²⁷⁴

Dementsprechend schützt § 616 S. 1 BGB nicht generell das wirtschaftliche Interesse des Dienstverpflichteten bei einem unverschuldeten Leistungshindernis. Die Vorschrift statuiert vielmehr die Ausnahme, dass schwerwiegende persönliche Gründe der Leistungspflicht vorgehen. Der Dienstverpflichtete soll nicht gezwungen sein, aus finanziellen Gründen seine Dienste erbringen zu müssen, obwohl ihm dies aufgrund der besonderen Umstände eigentlich nicht zumutbar ist.²⁷⁵

²⁷⁰ Der Anwendungsbereich des § 616 S. 1 BGB ist nicht auf Arbeitsverträge beschränkt, sondern erfasst Dienstverträge aller Art, wie sich insbesondere aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, vgl. nur Moll, RdA 1980, 138 (139).

²⁷¹ Die plötzliche Krankheit eines nahen Familienangehörigen, also auch eines Kindes, ist nach allgemeiner Meinung ein persönlicher Grund i.S.d. § 616 S. 1 BGB, BAG, AP Nr. 48 zu § 616; MünchKomm-Schaub, § 616, Rz. 17; Staudinger-Oetker, § 616, Rz. 56; Soergel-Kraft, § 616, Rz. 16; Mertens, NJW 1978, 1677; Löwisch, DB 1979, 209 (211).

²⁷² Vgl. MünchKomm-Schaub, § 616, Rz. 12; RGRK-Matthes, § 616, Rz. 11; Mertens, NJW 1978, 1677.

²⁷³ Palandt-Putzo, § 616, Rz. 8; Jauernig-Schlechtriem, § 616, Rz. 3; MünchKomm-Schaub, § 616, Rz. 12 f.; Medicus, SchuldR II, Rz. 332; RGRK-Matthes, § 616, Rz. 12; a.A. aber Moll, RdA 1980, 138 (155).

²⁷⁴ BAG, NJW 1983, 1078 (1079); Medicus, SchuldR II, § 97 III 2b (Rz. 332); Staudinger-Oetker, § 616, Rz. 76; Soergel-Kraft, § 616, Rz. 18.

²⁷⁵ Vgl. BGHZ 21, 112 (114); Mot. II, S. 463; Soergel-Kraft, § 616, Rz. 2; MünchKomm-Schaub, § 616, Rz. 1; a.A. Staudinger-Oetker, § 616, Rz. 15 ff. (insb. Rz. 17), der im Erlass des § 616 S. 1 BGB entgegen den Motiven (Mot. II, S. 463) keine sozialpolitische Entscheidung des Gesetzgebers sieht, sondern die Regelung eines - auf der Rechtsregel *minima non curat praetor* basierenden - allgemeinen Prinzips, nach dem die Berufung auf geringe Mängel einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle.

Bei strikter Anwendung der Kombinationsmethode müsste die T gleichwohl einen Teil des bereits geleisteten Entgelts der Kundinnen zurückzahlen. Finanzielle Erwägungen würden entgegen dem Rechtsgedanken des § 616 S. 1 BGB eine erhebliche Rolle spielen. Der Schutzzweck des § 616 S. 1 BGB lässt sich mithin nur dadurch verwirklichen, dass § 616 S. 1 BGB auch den mietrechtlichen Teil des Gesamtvertrages erfasst.

b. Unzumutbarkeit des Trainings aufgrund eines Mietmangels

Beispiel 2: Die Heizung eines Fitness-Studios erleidet im Winter einen Defekt, so dass die Temperaturen im Studio nur noch 10° C betragen. Der Heizungsausfall ist auf höhere Gewalt und nicht auf ein Verschulden des Betreibers zurückzuführen. Die Reparatur der Heizung dauert genau einen Monat.

Der Kunde K nahm in der Vergangenheit regelmäßig am Gruppentraining teil. Aufgrund der geringen Temperaturen weigert sich der Kunde K nunmehr, zu trainieren und verlangt das bereits entrichtete Entgelt für den Monat zurück.

Auch diese Rechtsfrage muss nicht zwingend einheitlich entschieden werden. Würde man die Kombinationsmethode anwenden, so hätte K einen Rückvergütungsanspruch²⁷⁶ aus § 812 I 2, 1. Fall i.V.m. § 536 I 1 BGB und zwar in Höhe des wertmäßigen Anteils der Raumüberlassungspflicht am Gesamtvertrag. Hinsichtlich des Dienstleistungselements bestünde dagegen kein Anspruch. Zwar ist das Training im Studio für die Kunden aufgrund der geringen Temperaturen unzumutbar, die Erbringung der Dienstleistungen ist aber nicht tatsächlich unmöglich. Damit käme nur ein Anspruch des K aus §§ 280 I, 241 II BGB n.F. (pVV) in Betracht. Die Voraussetzungen liegen aber im Ergebnis nicht vor, denn das Studio hat den Heizungsausfall nicht zu vertreten (§ 280 I 2 BGB). Ein solches Ergebnis würde dem berechtigten Interesse der Kunden einerseits und den Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers andererseits nicht gerecht.

Der Gesetzgeber hat im Dienstvertragsrecht aus guten Gründen keine Gewährleistungshaftung normiert. Ein wichtiger Grund liegt darin, dass im Dienstrecht zu meist dem Dienstgeber die Verantwortung für die Organisation seines Betriebes bzw. die konkrete Ausgestaltung der Dienstleistung obliegt.²⁷⁷ Daher entspricht es im Normalfall der Interessenlage der Parteien, dem Dienstgeber das Organisations- und Betriebsrisiko für den Fall aufzubürden, dass der Dienstverpflichtete unverschuldet eine mangelhafte Leistung erbringt. Im Verhältnis zwischen Studios und Kunden stellt sich die Sach- und Interessenlage aber genau entgegengesetzt dar: Die Fitness-Studios sind Dienstverpflichtete, die Kunden Dienstberechtigte. Gleichwohl ist es unbestritten die Aufgabe eines Fitness-Studios, das Training zu organisieren.

²⁷⁶ Maßgeblich sind die Vorschriften des Bereicherungsrechts, wie sich schon aus der Entstehungsgeschichte des BGB ergibt, Mugdan II, S. 209; vgl. auch OLG Frankfurt/Main, WuM 1972, 42; Soergel-Heintzmann, § 537, Rz. 44; MünchKomm-Voelskow, § 537, Rz. 11.

²⁷⁷ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 63 II 4 (S. 53).

Es ist daher nicht interessengerecht, den Studios die Privilegierung des Dienstvertragsrechts zuteil werden zu lassen. Denn der Mangel beruht gerade auf einem Umstand, der nach dem Mietrecht in die Risikosphäre des Studios fällt. Die vom Gesetzgeber als angemessen angesehene Risikoverteilung würde ins Gegenteil verkehrt, wenn die Kunden die Hauptlast tragen müssten, obwohl diese aufgrund der Mangelhaftigkeit der Mietsache überhaupt erst entstanden ist. Demgemäß verdient auch bei dieser Rechtsfrage die Absorptionsmethode den Vorzug.²⁷⁸

Allerdings sind hier nicht - wie bei der Beurteilung des ersten Beispielsfalls - die dienstvertraglichen Vorschriften maßgeblich, sondern eine mietrechtliche Norm. Dies dokumentiert die Flexibilität, mit der ein Fitness-Vertrag zu beurteilen ist. Eine starre Anwendung der Kombinations- bzw. der Absorptionsmethode wird der Interessenlage der Parteien ebensowenig gerecht wie den Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers.

c. Fazit

Es zeigt sich also: Mit der Kombinationsmethode kann nicht immer die optimale Lösung gefunden werden. Gleichfalls sollte ihre Bedeutung aber auch nicht unterschätzt werden. In der Mehrzahl der Fälle führt sie nämlich zu sachgerechten Ergebnissen. Nur: Der Rechtsanwender muss ihre Ergebnisse jeweils anhand der Interessenlage der Parteien und des Schutzzweckes der einschlägigen Normen auf ihre Richtigkeit hin überprüfen.

§ 5 Leistung und Entgelt

A. Vertragstyp und monatliches Entgelt

Regelmäßig werden im Vertragsformular eines Fitness-Studios der Vertragstyp und das diesem entsprechende monatlich zu entrichtende Entgelt - zumeist als "Monatsbeitrag" bezeichnet - bestimmt. Aus der Entscheidung des Kunden für einen Vertragstyp ergeben sich somit die Hauptleistungspflichten und ihr Äquivalenzverhältnis. Wie bereits dargelegt²⁷⁹, handelt es sich bei den Festlegungen im Vertragsformular trotz der Wahlmöglichkeit des Kunden um AGB, so dass diese grundsätzlich einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB zu unterziehen sind.

Dem steht allerdings § 307 III 1 BGB als Schranke der Inhaltskontrolle entgegen. Kontrollfähig sind nämlich nur AGB, "durch die von Rechtsvorschriften abweichende

²⁷⁸ Dieses Ergebnis entspricht auch dem Rechtsgedanken der §§ 281 II und § 323 V BGB. Nach diesen Vorschriften wirkt sich die teilweise Nichterfüllung auf den Gesamtvertrag aus, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger nicht von Interesse ist. Vgl. dazu die Ausführungen von Roth zur Unmöglichkeit eines Veranstaltungsbesuchsvertrages, bei dem der Konzertveranstalter nicht in der Lage ist, den geschuldeten Sitzplatz bereit zu stellen, sondern nur noch Stehplätze zur Verfügung stehen, Roth, JuS 1999, 220 (223).

²⁷⁹ Siehe oben, § 2, B II.

oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden". Mit der Bestimmung der Hauptleistungspflichten weichen die Vertragsparteien weder von der gesetzlichen Regelung ab noch ergänzen sie diese.

Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist nach dem BGB die Einigung der Vertragsparteien über die Hauptleistungspflichten. Regelungen über Nebenpflichten oder Obliegenheiten können, müssen aber nicht getroffen werden. Haben die Parteien insoweit keine Regelung getroffen, so werden die vereinbarten Hauptleistungspflichten durch das - meist dispositive - Gesetzesrecht ergänzt.

Für die Festlegung der Hauptleistungspflichten existieren weitgehend keine vergleichbaren Bestimmungen.²⁸⁰ Einzig § 612 II BGB könnte im Hinblick auf den Fitness-Vertrag als Vergleichsnorm heranzuziehen sein.²⁸¹ Danach ist, wenn die Parteien die Höhe der Vergütung nicht bestimmt haben, die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Zweck dieser Vorschrift ist es, dem typischen Parteiwillen zum Durchbruch zu verhelfen und im Zweifel die Wirksamkeit der Einigung nicht von einer fehlenden Preisabsprache abhängig zu machen.²⁸² § 612 II BGB trägt damit der Besonderheit des Dienstvertragsrechts Rechnung, nach der eine Rückabwicklung des bereits erfüllten Vertrages nicht oder oftmals nur unter großen Schwierigkeiten möglich ist. Deshalb kann dieser Vorschrift keine normative Richtlinienfunktion zugesprochen werden.²⁸³

Da somit kein gesetzlicher Vergleichsmaßstab existiert, weicht die Festlegung der Hauptleistungspflichten und ihres Äquivalenzverhältnisses auch nicht von der gesetzlichen Regelung ab.²⁸⁴ Diese vom Wortlaut des § 307 III 1 BGB ausgehende Argumentation entspricht auch dem Prinzip der Vertragsfreiheit und deckt sich mit der Gesetzesbegründung²⁸⁵, wonach eine Kontrolle der Preis- und Leistungsangebote ausgeschlossen sein soll.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Die formularmäßige Festlegung des Vertragstyps und des Entgelts ist wirksam. Sie ist nicht kontrollfähig und damit einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307-309 BGB entzogen.

²⁸⁰ Im verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Vertragsfreiheit gilt (dies sollte eine Selbstverständlichkeit sein): Die Vorschriften des besonderen Schuldrechts nehmen Bezug auf die vertragliche Vereinbarung und nicht umgekehrt. Daher haben z.B. § 535 und § 611 I BGB auch bei atypischen Vertragsgestaltungen keinen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Leistungen, vgl. nur Lieb, DB 1988, 946; Leenen, AcP 190 (1990), 260 (266).

²⁸¹ Vgl. Brandner, FS Hauß, S. 1 (5); Niebling, WM 1992, 845 (849); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 17.

²⁸² Niebling, WM 1992, 845 (850).

²⁸³ Brandner, FS Hauß, S. 13; Canaris, WM 1996, 237 (240); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 17; Dylla-Krebs, S. 216; Niebling, BB 1984, 1713 (1718); so auch BGHZ 116, 117 (119) zu § 632 II BGB.

²⁸⁴ BGH, NJW 1992, 688 (689); Niebling, WM 1992, 845 (850); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 8, Rz. 8; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 17.

²⁸⁵ BT-Drucks. 7/3919, S. 22.

B. Anmeldegebühr

Neben der Vereinbarung des monatlichen Entgelts findet sich in den Vertragsformularen häufig²⁸⁶ auch eine Bestimmung, mit der das Fitness-Studio dem Kunden die einmalige Zahlung einer Geldsumme auferlegt. In der Regel wird diese als "Anmeldegebühr" bezeichnet. Sie beträgt im Durchschnitt knapp 60 Euro und damit in etwa einem sog. Monatsbeitrag.²⁸⁷

I. Wirtschaftliche Bedeutung und Meinungsstand

Fragwürdig ist bereits der wirtschaftliche Sinn einer solchen Anmeldegebühr. In anderen Branchen - exemplarisch sei auf den Mobilfunk²⁸⁸ und auf das Pay-TV²⁸⁹ verwiesen - versuchen die Anbieter, den Kunden mit anfangs besonders günstigen Bedingungen zum Abschluss eines langfristigen Vertrages zu bewegen. Die typische Unternehmensphilosophie ist es, möglichst viele Kunden mit günstigen Einstiegspreisen zu gewinnen und diese Kunden durch gute bzw. angemessene Leistungen auf Dauer zu halten. Dadurch versprechen sich die Unternehmen, auf lange Sicht erhebliche Renditen zu erzielen. Sie nutzen damit die Besonderheit des Dauerschuldverhältnisses, das nicht nur auf eine einmalige Leistung, sondern - wie die Bezeichnung schon aussagt - auf eine dauerhafte vertragliche Beziehung gerichtet ist. Die Anfangsinvestitionen amortisieren sich nach einem gewissen Zeitablauf.

Die meisten Fitness-Studios gehen genau den entgegengesetzten Weg. Mit der Erhebung der Anmeldegebühr verdoppelt sich praktisch das Entgelt für den ersten Monat. Ob und inwieweit diese Vorgehensweise mittel- bis langfristig unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten Sinn macht, erscheint zweifelhaft. Eine solche unternehmerische Strategie ist für sich genommen rechtlich aber nicht zu beanstanden. Unzweifelhaft können die Vertragsparteien rechtswirksam, wie § 305b BGB i.V.m. §§ 241 I, 311 I BGB zeigt, die Zahlung einer Anmeldegebühr individuell vereinbaren.²⁹⁰ Frag-

²⁸⁶ Nach Auskunft des Deutschen Sportstudio-Verbandes erhoben im Jahre 1996 ca. 85% aller Studios eine Anmeldegebühr.

²⁸⁷ Vgl. Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 28.

²⁸⁸ In der Mobilfunk-Branche subventionieren die Anbieter die Telefongeräte und bieten die Handys weit unter dem Listenpreis an, um den Kunden den Abschluss eines langfristigen Vertrages schmackhaft zu machen. Teilweise werden die Telefone "verschenkt" oder zum symbolischen Preis von 1,- Euro verkauft. Daneben wird dem Kunden häufig ein Startguthaben eingeräumt und auf die Anschlussgebühr verzichtet.

²⁸⁹ So musste der Kunde früher bei Premiere für die ersten zwei Monate nur den halben Preis bezahlen. In der Zwischenzeit ist die Gesellschaft dazu übergegangen, die zum Empfang erforderlichen Digitalreceiver zu subventionieren.

²⁹⁰ A.A. aber Gilles/Heinbuch/Gounalakis, Rz. 214, die im Rahmen der Beurteilung von Unterrichtsverträgen die Auffassung vertreten, individuell ausgehandelte Einschreibegebühren seien wegen Verstoßes gegen § 242 BGB nichtig. Diese Auffassung widerspricht aber dem verfassungsrechtlich geschützten Prinzip der Vertragsfreiheit und ist mithin abzulehnen.

lich ist allerdings, ob dies auch im Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich ist.

Die Anmeldegebühr könnte - wie insbesondere die Ausführungen²⁹¹ zu *Vertragstyp und monatliches Entgelt* vermuten lassen - als Festlegung eines Entgelts der Inhaltskontrolle entzogen und damit wirksam sein. Die beteiligten Verkehrskreise und die Verbraucherschutzvereine gehen offensichtlich von der Wirksamkeit der Anmeldegebühr aus. Nur so lässt sich erklären, dass zwar unzählige Gerichtsverfahren durchgeführt wurden, die Fitness-Verträge zum Gegenstand hatten, aber nicht ein Urteil veröffentlicht wurde, das sich mit der Wirksamkeit der Anmeldegebühr auseinandersetzt.

Auch in der Literatur zu den Fitness-Verträgen finden sich keine Ausführungen, die sich mit der Wirksamkeit der Anmeldegebühr auseinandersetzen. Einzelne Autoren unterziehen aber sog. Einschreibengebühren, die im Rahmen von Direktunterrichtsverträgen per AGB festgelegt werden, einer Inhaltskontrolle. Die Vereinbarung einer Einschreibgebühr soll grundsätzlich gegen § 307 I BGB verstoßen.²⁹² Der Sache nach handelt es sich bei der Einschreibgebühr um nichts anderes als eine Anmeldegebühr: Die AGB sehen die einmalige Zahlung einer Geldleistung neben dem monatlich zu entrichtenden Entgelt vor. Die Auffassung der Autoren basiert jedoch vornehmlich auf puren Behauptungen. Eine ausführliche, substantiierte Begründung, findet sich an den angegebenen Stellen nicht. Bezeichnend ist, dass die Autoren § 307 III 1 BGB mit keiner Silbe erwähnen.

II. Schranken der Inhaltskontrolle, § 307 III 1 BGB

Die Anmeldegebühr ist wirksam, wenn sie gem. § 307 III 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen ist.

1. Entgelt für eine Hauptleistung

Aufgrund des im Bürgerlichen Recht geltenden Prinzips der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien - wie bereits ausgeführt²⁹³ - die dem Vertrag zugrundeliegenden Hauptleistungspflichten frei bestimmen, ohne dass AGB-Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln, der Inhaltskontrolle unterliegen. Daher ist die Anmeldegebühr zumindest dann als kontrollfreie Klausel zu qualifizieren, wenn sie das Entgelt für eine Hauptleistung darstellt.²⁹⁴

²⁹¹ Vgl. die Ausführungen oben, § 5, A I.

²⁹² Gilles/Heinbuch/Gounalakis, Rz. 214; Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Direktunterrichtsverträge, Rz. 20.

²⁹³ Siehe oben, § 5, I A.

²⁹⁴ Vgl. BGHZ 91, 316 (318); 93, 358 (361); 124, 254 (256); BGH, NJW 1992, 688; NJW-RR 1993, 375; Brandner, FS Hauß, S. 1 (8); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 8; Soergel-U. Stein, § 8 ABGB, Rz. 5; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 59.

Erwägen könnte man zunächst, die Anmeldegebühr als zusätzliches Entgelt für die wiederkehrenden Hauptleistungspflichten des Fitness-Studios, also Raum- und Geräteüberlassung sowie Trainingsbetreuung aufzufassen, was im Ergebnis freilich abzulehnen ist. Dagegen spricht, dass der typische Fitness-Vertrag den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses hat.

Für Dauerschuldverhältnisse ist charakteristisch, dass wiederkehrenden Leistungen grundsätzlich ein periodisch, d.h. wiederholt zu entrichtendes Entgelt gegenübersteht.²⁹⁵ Die Anmeldegebühr ist aber nur einmal zu entrichten. Sie wird in der Praxis nur einmal fällig und zwar unabhängig davon, welche Laufzeit der Kunde tatsächlich wählt. Sie steht also in keinem unmittelbaren Austauschverhältnis zu den wiederkehrenden Leistungen des Fitness-Studios. Daraus folgt, dass die Anmeldegebühr auch kein zusätzliches Entgelt für die wiederkehrenden Hauptleistungspflichten des Studios darstellen kann.

Damit kann die Anmeldegebühr nur dann ein Entgelt für eine Hauptleistung darstellen, wenn neben die wiederkehrenden Hauptleistungspflichten des Studios eine weitere einmalig zu erbringende Hauptleistung tritt, für die die Anmeldegebühr das Entgelt darstellt. Als eine solche Hauptleistung kommt ein einmalig zu erbringender Gesundheitscheck mit geeigneten medizinischen Geräten sowie eine einmalige, umfassende Beratung und Einweisung des Sportlers in Trainingsmethoden, Ernährung oder ähnliches in Betracht. Die Vereinbarung zusätzlicher Hauptleistungen ist in der Praxis aber eher unüblich. Für eine derartige Vereinbarung geben auch die typischen Vertragsformulare nichts her. Wenn die Angestellten des Studios den Kunden umfassend beraten, so ist dies grundsätzlich Bestandteil der allgemeinen Trainingsbetreuungspflicht und wird daher bereits über den "Monatsbeitrag" abgegolten.

Vielmehr ergibt sich bereits aus der Bezeichnung als "Anmeldegebühr", dass der zu zahlende Betrag in unmittelbarem Zusammenhang zum Anmeldevorgang stehen soll. Da der Anmeldevorgang als solcher aber erst die Hauptleistungspflichten der Parteien begründet, kann die Anmeldegebühr schon begriffsnotwendig kein Entgelt für eine Hauptleistung darstellen.²⁹⁶

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass es vereinzelt durchaus Studios gibt, die einmalige Beratungsleistungen anbieten, die über die allgemeine Trainingsbetreuungspflicht hinausgehen. Ebenso gibt es Studios, die einen einmaligen, umfassenden Gesundheitscheck anbieten, etwa mit Blutdruck- und Pulsmessgeräten, um die Leistungsfähigkeit des Kunden zu bestimmen. Soweit diese Studios in ihren AGB hinreichend transparent zum Ausdruck bringen, dass für die einmalige Leistung ein gesondertes Entgelt zu entrichten ist und dass es sich bei der Anmeldegebühr nicht

²⁹⁵ OLG Hamm, NJW-RR 1990, 567 (569); Medicus, SchuldR I, § 42 II 1 (Rz. 483); Larenz, SchuldR I, § 2 VI (S. 29).

²⁹⁶ Vgl. Gilles/Heinbuch/Gounalakis, Rz. 214.

um ein Entgelt für den Anmeldevorgang handelt, sind die AGB als Preisabrede einzustufen und damit der Inhaltskontrolle entzogen.

2. Preisnebenabrede

Die Tatsache, dass die Anmeldegebühr in keinem unmittelbaren Bezug zur Hauptleistung steht, führt nicht zwingend zu der Schlussfolgerung, die Inhaltskontrolle sei ohne weiteres zulässig. Nach dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 307 III 1 BGB soll eine Kontrolle der Preise oder Leistungsangebote ausgeschlossen sein.²⁹⁷ Es liegt aber auf der Hand, dass nicht alle Regelungen, die sich in irgendeiner Weise auf den Preis auswirken, der Inhaltskontrolle entzogen sein können.²⁹⁸ Anderenfalls würde die Inhaltskontrolle derart weitreichend beschränkt, dass der Schutzzweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, den Rechtsverkehr von unangemessenen Bestimmungen freizuhalten²⁹⁹, nicht zu erreichen wäre.

Aus diesem Grunde unterscheiden Rechtsprechung und Literatur zwischen der kontrollfreien Preisabrede einerseits und der kontrollunterworfenen sog. Preisnebenabrede andererseits. Die Abgrenzung zwischen Preisabrede und Preisnebenabrede gehört zu den kompliziertesten und am kontroversesten³⁰⁰ diskutierten Rechtsfragen, die das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufwirft. Es gibt so gut wie keinen denkbaren Lösungsansatz, der nicht vertreten wird.³⁰¹ Dies liegt vor allem am wenig geglückten Wortlaut³⁰² des § 307 III 1 BGB und an der relativ geringen Aussagekraft der Materialien zum § 8 AGBG (entspricht § 307 III 1 BGB n.F.), wobei diese zum Teil auch noch inhaltlich divergieren.

Die Annahme wäre vermessen, es sei im Rahmen dieser Arbeit möglich, endgültig Licht ins Dunkel zu bringen. Allein die Darstellung aller konstruktiven Beiträge zu diesem Thema würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und einen Schwerpunkt setzen, der der Bedeutung der Anmeldegebühr nicht gerecht würde, obwohl - dies sei schon vorweggenommen - die Streitfrage letztlich ergebnisrelevant sein wird. Es

²⁹⁷ BT-Drucks. 7/3919, S. 22; vgl. auch BGHZ 95, 362 (370 f.); 106, 259 (263); 114, 330 (333); BGHZ 124, 254 (256); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 8; Joost, ZIP 1996, 1685 (1687) m.w.N.

²⁹⁸ Vgl. Canaris, NJW 1987, 609 (613).

²⁹⁹ BGHZ 126, 326 (332); BT-Drucks. 7/3919, S. 13; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl., Rz. 29; D. Coester-Waltjen, Jura 1997, 272 (274).

³⁰⁰ Vgl. etwa die Ausführungen von Roth, der der Rechtsprechung vorwirft, sie kontrolliere "nicht, wo sie darf, sondern wo sie will", AcP 190 (1990), 292 (314).

³⁰¹ Vgl. nur die Darstellung des umfangreichen Meinungsspektrums bei Dylla-Krebs, S. 158-184, die sich wohlgerne auf dem Stand des Jahres 1990 befindet. In den letzten Jahren sind eine Vielzahl weiterer Urteile und Beiträge veröffentlicht worden.

³⁰² Brandner, FS Hauß, S. 1 (4 f.); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 1; Niebling BB 1984, 1713; MünchKomm-Basedow, § 8 AGBG, Rz. 1; weniger kritisch Joost, ZIP 1996, 1685 (1686).

kann hier nur auf die wesentlichen Argumente eingegangen werden.³⁰³ Eine umfassende - bis ins letzte Detail gehende - Erörterung der verschiedenen Auffassungen bedarf es aber auch nicht, um die Frage nach der Kontrollfähigkeit der Anmeldegebühr zu beantworten.

a. Ausgangspunkt: Wortlaut und Wille des historischen Gesetzgebers

Im besonderen Schuldrecht des BGB existieren keine Rechtsnormen mit normativer Richtlinienfunktion, die den Vertragsparteien Preis und Leistung vorgeben.³⁰⁴ Eine preis- oder leistungsbestimmende Klausel weicht daher grundsätzlich weder vom dispositiven Recht ab noch ergänzt sie dieses.³⁰⁵ Soweit aber die Preis und Leistung betreffenden AGB über die *essentialia negotii* hinausgehen, müssten sie bei enger Auslegung des Wortlautes gem. § 307 III 1 BGB der Inhaltskontrolle unterworfen sein.³⁰⁶ Dann weichen sie entweder von den besonderen schuldrechtlichen Vorschriften ab oder ergänzen diese.

Dieses Ergebnis scheint jedoch den Erwägungen des Gesetzgebers, die in der Begründung des Regierungsentwurfs³⁰⁷ festgehalten worden sind, zu widersprechen. Demnach sollte eine Kontrolle von Preis- und Leistungsangeboten durch § 307 III 1 BGB ausgeschlossen sein. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber etwa zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten oder aber zwischen Haupt- und Nebenabreden differenzieren wollte, sind nicht zu erkennen. Es liegt deshalb der Schluss nahe, die Kontrolle von Leistungsangeboten und Preisen sollte schlechthin ausgeschlossen sein. Ein solch weitgehender Wille hat sich aber allenfalls rudimentär im Wortlaut des § 307 III 1 BGB niedergeschlagen.

Dies wirft die Frage auf: Wenn der Gesetzgeber wirklich die Kontrolle von Preis und Leistung insgesamt hätte ausschließen wollen, wieso hat er dies nicht ausdrücklich normiert? Es hätte nur der Hinzufügung eines klarstellenden Halbsatzes bedurft. Möglicherweise hat der Gesetzgeber das Problem schlicht übersehen, was damit zusammenhängen könnte, dass vor der systematischen Regelung des Rechts der AGB die Aufmerksamkeit fast ausschließlich der inhaltlichen Kontrolle vorformulierter

³⁰³ Ergänzend sei auf zwei lesenswerte Dissertationen hingewiesen, die sich schwerpunktmäßig mit dieser Fragestellung auseinandersetzen: Dylla-Krebs, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Baden Baden 1990; Niebling, *Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGB-Gesetz*, Diss., Tübingen 1988.

³⁰⁴ Siehe bereits oben, § 5, A I.

³⁰⁵ Dies gilt außerhalb des BGB nicht, soweit in Spezialgesetzen oder Gebührenverordnungen Preis- oder Leistungsbestimmungen zwingend geregelt sind. Dann können die Klauseln nach dem Wortlaut des § 307 III 1 BGB kontrolliert werden. Als Beispiele lassen sich die BRAGO und die HOAI anführen. Näher dazu mit weiteren Beispielen: Dylla-Krebs, S. 210-216.

³⁰⁶ Vgl. nur Dylla-Krebs, S. 115.

³⁰⁷ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 22 zu § 6, der in inhaltlich unveränderter Form als § 8 in das AGBG aufgenommen wurde (nun: § 307 III 1 BGB).

Nebenbedingungen galt.³⁰⁸ Vielleicht erschien dem Gesetzgeber eine Klarstellung aber auch nicht erforderlich, etwa weil er überzeugt war, eine Überprüfung preis- und leistungsbestimmender Klauseln könne durch den Richter ohnehin nicht geleistet werden oder eine Überprüfung sei schon aus Gründen der Privatautonomie und der Marktwirtschaft ausgeschlossen. Schließlich könnte auch der gesetzgeberische Wille in der Begründung des Regierungsentwurf nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen sein, was die wohl wahrscheinlichste Möglichkeit ist, da naturgemäß die Worte bei der Formulierung der Gesetzesfassung sorgfältiger bedacht werden, als dies im Rahmen der Gesetzesbegründung der Fall ist.

Die aufgezeigten Möglichkeiten, die jeweils Ursache der Divergenz zwischen Wortlaut und Entstehungsgeschichte sein könnten, lassen sich nicht mit hinreichender Sicherheit verifizieren. Gleichwohl kann die Erörterung der Frage, was den Gesetzgeber dazu bewogen haben könnte, Preis und Leistung vom Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle auszunehmen, wichtige Rückschlüsse für die Auslegung des § 307 III 1 BGB liefern.

Die verschiedenen Meinungen in Rechtsprechung und Literatur stellen im wesentlichen auf drei denkbare - sich nicht unbedingt gegenseitig ausschließende - Ursachen ab, die den Gesetzgeber zur Ausnahme der Preis- und Leistungskontrolle veranlasst haben könnten. Zunächst könnte die Inhaltskontrolle ausgeschlossen sein, weil es diesbezüglich an einem tauglichen Kontrollmaßstab fehlt, die Inhaltskontrolle also überhaupt nicht möglich wäre.³⁰⁹ Sie könnte aber auch deshalb ausgeschlossen sein, weil ein Kunde regelmäßig sein Augenmerk besonders auf Preis und Leistung richtet und es einer Inhaltskontrolle deshalb nicht bedarf.³¹⁰ Schließlich könnte die Inhaltskontrolle aus Gründen der Privatautonomie und der Marktwirtschaft unzulässig sein.³¹¹

b. Möglichkeit der Inhaltskontrolle

Die These, eine Inhaltskontrolle preisbestimmender Klauseln sei mangels Kontrollmaßstab nicht möglich, spricht allenfalls dann für die Kontrollfreiheit, wenn dem

³⁰⁸ Vgl. Brandner, FS Hauß, S. 1.

³⁰⁹ Vgl. nur BGHZ 114, 330; 124, 254; BGH, NJW 1996, 2032; Westermann, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 135 (139 f.); Joost, ZIP 1996, 1685 (1691); Brandner, FS Hauß, S. 1 (9); A. Stein, § 8, Rz. 1; Soergel-U. Stein, § 8 AGBG, Rz. 1; Schaefer, VersR 1978, 4 (7); Niebling, Schranken, S. 154; Niebling BB 1984, 1713 (1716); Niebling ZIP 1987, 1433 (1435); Roth, AcP 190 (1990), 292 (315); Taupitz, JuS 1989, 520 (524); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 8 AGBG, Rz. 3.

³¹⁰ Vgl. z.B. BGHZ 95, 362 (370); 106, 42 (46); 114, 330; 124, 254; BGH, WM 1985, 1305 (1307); Beineke, S. 200; Derleder/Metz, ZIP 1996, 573 (578); Horn, WM-Sonderbeilage 1/97, S. 1 (18); Staudinger-M. Coester, § 8 AGBG, Rz. 20; Taupitz, JuS 1989, 520 (524); Kollhosser, ZIP 1986, 1429 (1436); Brandner, FS Hauß, S. 1 (9); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 19.

³¹¹ Diese Ursache betonen vor allem Ulmer, BB 1998, 1865; Joost, ZIP 1996, 1685 (1687); Roth, AcP 190 (1990), 292 (314); Canaris, NJW 1987, 609 (611); Börner, JZ 1997, 595 (597 f.); Dylla-Krebs, S. 157; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 8, Rz. 3; vgl. auch Köndgen, ZBB 1997, 117 (119); Lieb, AcP 183 (1983), 327 (362).

Gesetz kein Kontrollmaßstab innewohnt, an dem die Anmeldegebühr gemessen werden kann.

aa. Kontrollmaßstab im Dienstvertrags- bzw. im Mietrecht

Möglicherweise ergibt sich ein Kontrollmaßstab aus dem Dienstvertrags- oder dem Mietrecht. Nach dem Gesetz steht der Vergütungsanspruch eines Dienstverpflichteten in einem engen synallagmatischen Zusammenhang mit dem Anspruch des Dienstberechtigten auf die Erbringung der Dienstleistung. Nur für tatsächlich geleistete Dienste kann der zur Dienstleistung Verpflichtete eine Vergütung verlangen.³¹² Einem ebenso strengen Maßstab unterliegt nach dem Gesetz das Synallagma zwischen Leistung und Vergütung im Mietrecht.³¹³ Hinsichtlich weiterer Ansprüche des Leistungspflichtigen auf eine einmalige, nicht in synallagmatischen Zusammenhang mit den Hauptleistungspflichten stehende Vergütung trifft das BGB im Dienstvertragsrecht, im Mietrecht und im Allgemeinen Teil des Schuldrechts keine ausdrückliche Regelung. Ein Maßstab für die Inhaltskontrolle der Anmeldegebühr ergibt sich also insoweit nicht.

bb. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Als Vergleichsmaßstab kann jedoch das gesamte Bürgerliche Recht herangezogen werden. Das Fehlen einschlägiger, auf den konkreten Vertragstyp zugeschnittener Gesetzesnormen indiziert allein noch nicht, dass sich der Gesetzgeber bei der Vorgabe von Wertungsmaßstäben habe enthalten wollen.³¹⁴ Vielmehr sind zur Beurteilung alle allgemeinen Normen und Rechtsgrundsätze heranzuziehen.³¹⁵

Dagegen spricht nicht der Begriff *Rechtsvorschriften*, wie ihn der Gesetzgeber in § 307 III 1 BGB festgelegt hat. Wenn auch allgemeine Rechtsgrundsätze nicht textlich fixiert sind, so stellen sie dennoch wesentliche Bestandteile des Bürgerlichen Rechts dar und sind deshalb ohne weiteres als *Rechtsnormen* i.S.d. § 2 EGBGB einzustufen.³¹⁶ Da keine Gründe ersichtlich sind, die auf ein inhaltliches Auseinanderfallen der Begriffe *Rechtsvorschrift* und *Rechtsnorm* schließen lassen, kann schon aus begrifflichen Gründen im Rahmen des § 307 III 1 BGB auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden.³¹⁷

³¹² Larenz/Canaris, SchuldR II/1, § 52 II b (S. 318); Fikentscher, Rz. 875.

³¹³ Vgl. Fikentscher, Rz. 783.

³¹⁴ BGHZ 88, 78 (85); BGHZ 106, 42 (45).

³¹⁵ BGHZ 93, 358 (363); BGH, NJW 1983, 2632 (2633); NJW 1995, 2637 (2638); NJW 1997, 2752 (2753); BGH ZIP 1998, 2097 (2098); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 8, Rz. 5; Soergel-U. Stein, § 8 AGBG, Rz. 2; Staudinger-M. Coester, § 8, Rz. 7; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 6; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 64; Niebling, WM 1992, 845; Joost, ZIP 1996, 1685 (1690); vgl. auch Westermann, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 135 (143); Löwe, BB 1980, 1241 (1242 f.).

³¹⁶ Becker, S. 85.

³¹⁷ Vgl. Staudinger-M. Coester, § 8 AGBG, Rz. 7.

(1) Aufnahmegebühr im Vereinsrecht

Es kann also auch eine Regelung des Vereinsrechts, sofern sie einen auf den Fitness-Vertrag anwendbaren allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält, als Kontrollmaßstab herangezogen werden.

Fragt man die Kunden eines Fitness-Studios, ob sie die Anmeldegebühr für rechtens halten, so verweisen sie nicht selten auf die Praxis in den Sportvereinen. Insbesondere, so die Kunden, sei beim Eintritt in einen Tennis- oder Golfverein regelmäßig ein erheblicher Geldbetrag³¹⁸ zu leisten. Dieser Vergleich mag die Akzeptanz der Anmeldegebühr bei den Kunden erklären, für die Kontrollfähigkeit der Anmeldegebühr ist sie - juristisch gesehen - ohne Belang.

Im Vereinsrecht kann die Satzung des Vereins zulässigerweise bestimmen, dass jedes eintretende Mitglied eine einmalige Sonderzahlung zu leisten hat.³¹⁹ Diese dient dem berechtigten Interesse der alten Mitglieder, die Leistungen auszugleichen, die diese schon vorher erbracht haben und an deren Ergebnis das neue Mitglied nunmehr partizipieren kann.³²⁰ Das berechnete Interesse ergibt sich schon daraus, dass das Vereinsvermögen gem. § 45 III BGB bei Auflösung des Vereins allen Mitgliedern zu gleichen Teilen zufallen kann.

Eine vergleichbares berechtigtes Interesse des Fitness-Studios an einer Einmalzahlung besteht nicht. Den Kunden stehen keine Rechte an den Räumlichkeiten und der Studioeinrichtung zu. Entschließt sich der Betreiber eines Fitness-Studios den Betrieb einzustellen, so fallen mögliche Veräußerungserlöse allein dem Betreiber und nicht den Kunden zu. Der Unterschied zwischen der Regelung des Vereinsrechts und der den Fitness-Vertrag betreffenden Rechtslage lässt sich ohne weiteres damit erklären, dass die Verträge im Vereinsrecht auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet sind, während der Fitness-Vertrag einen schuldrechtlichen Austauschvertrag darstellt.

Dem Vereinsrecht kann somit kein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen werden, der zur Kontrolle der Anmeldegebühr herangezogen werden könnte.

(2) Vertragskosten im Kaufrecht

Möglicherweise ergibt sich jedoch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz aus den kaufrechtlichen Vorschriften.

Die Anmeldegebühr könnte als Aufwendungsersatz für die durch die Anmeldung entstandene Kosten aufzufassen sein. Nach alter Rechtslage waren gem. § 467 S. 2 BGB a.F. im Falle der Wandlung dem Käufer die entstandenen Vertragskosten zu

³¹⁸ Dieser beträgt zumeist einige hundert Euro, teilweise auch weit über 1.000 Euro.

³¹⁹ Stöber, Rz. 144; Reichert/v. Look, Rz. 580; Burhoff, Rz. 29.

³²⁰ Reichert/v. Look, Rz. 580.

ersetzen. Ungeachtet dessen, dass man diese Regelung ohnehin nur schwerlich als allgemeinen Rechtsgrundsatz auffassen konnte, ging das Gesetz in § 467 S. 2 BGB a.F. gerade von dem Regelfall aus, dass die Vertragsparteien die durch den Vertragsschluss entstehenden Kosten selbst zu tragen haben. Daran hat sich im Ergebnis nichts geändert: Nach neuer Rechtslage kann der Gläubiger die Vertragskosten allgemein gem. § 284 BGB als Ersatz vergeblicher Aufwendungen geltend machen, dies setzt jedoch nunmehr ein Verschulden des Schuldners voraus.

Aus diesem Grund ist auch dem Kaufrecht keine ausdrückliche Regelung zu entnehmen, die als Kontrollmaßstab herangezogen werden kann.

(3) Allgemeiner Grundsatz des Gesamtpreises

Da das Gesetz hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Anmeldegebühr keine ausdrückliche Regelung trifft, liegt die Vermutung nahe, das dispositive Recht enthalte keinen Kontrollmaßstab. Einer tatsächlichen Regelung ist aber die bewusste Nichtregelung gleichzusetzen.³²¹

Die Vorschrift des § 467 S. 2 BGB a.F. zeigt, dass der historische Gesetzgeber das Problem entstehender Vertragskosten durchaus gesehen hat. Das Gesetz geht dennoch wie selbstverständlich davon aus, dass Vertragskosten grundsätzlich von jeder Vertragspartei selbst zu tragen sind. Von diesem Grundsatz machen § 467 S. 2 BGB a.F. bzw. § 284 BGB nur eine Ausnahme. Das BGB weist den Vertragsparteien die Aufgabe - oder besser ausgedrückt: die Verantwortung - zu, ihre bei Vertragsschluss entstehenden Kosten als Gemeinkosten im Rahmen der Preiskalkulation zu berücksichtigen.³²²

Dem Bürgerlichen Recht ist somit der allgemeine Grundsatz zu entnehmen, dass der Vertragsschließende eine Vergütung nur für die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungen verlangen kann.³²³ Allenfalls dann, wenn er eine über die Hauptleistungspflichten hinausgehende Sonderleistung erbringt, hat er einen Anspruch auf gesonderte Vergütung.³²⁴ Da der Anmeldegebühr aber gerade keine besondere, vergütungsfähige Leistung des Fitness-Studios gegenübersteht, weicht die Festlegung der Anmeldegebühr in den AGB vom dispositiven Recht ab. Der allgemeine Grundsatz des BGB, nach dem für die Vertragskosten kein gesondertes Entgelt gefordert werden darf, kann als Kontrollmaßstab herangezogen werden.

³²¹ Larenz/Canaris, MethL, S. 192; Köndgen, NJW 1987, 160 (163).

³²² BGHZ 124, 254 (258); Schimansky, WM 1995, 461 (463 f.).

³²³ So im Grundsatz auch die ständige Rechtsprechung des BGH: BGHZ 124, 254 (258); 114, 330 (333); BGH BB 1998, 1864; NJW 1997, 2752 (2753); NJW 1996, 2032; vgl. hierzu auch Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 21 m.w.N.

³²⁴ Vgl. BGHZ 114, 330 (333); 136, 261 (264); BGH, NJW-RR 1999, 125 (127); BGH, BB 1998, 1864; BGH, NJW 1997, 2752 (2753).

cc. Schlussfolgerung

Dies lässt im Hinblick auf die Ausgangsfrage nur folgenden Schlüsse zu: Entweder ist die These, eine Inhaltskontrolle von preisbestimmenden Klauseln sei nicht möglich, in ihrer Generalität unzutreffend oder die Anmeldegebühr ist keine preisbestimmende Klausel im Sinne der These. Welcher Schluss letztlich richtig ist, muss hier nicht vertieft werden. Da ein gesetzlicher Kontrollmaßstab so oder so vorhanden ist, besteht zumindest die Möglichkeit, die Anmeldegebühr einer Inhaltskontrolle zu unterziehen.

Daneben lässt sich hier schon konstatieren: Die Bestimmung, nach der ein Kunde eine Anmeldegebühr zu entrichten hat, weicht von Rechtsvorschriften i.S.d. § 307 III 1 BGB ab. Stellt man allein auf den Wortlaut des § 307 III 1 BGB ab, so müsste demnach die Anmeldegebühr kontrollunterworfen sein.

c. Erfordernis der Inhaltskontrolle

Gleichwohl könnte nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine Inhaltskontrolle überhaupt nicht erforderlich und damit ausgeschlossen sein, weil der Kunde bei Vertragsschluss seine besondere Aufmerksamkeit auf die Preisbestimmungen richtet und er deshalb keines besonderen Schutzes mehr bedarf. Dieses häufig³²⁵ benutzte Argument für die Kontrollfreiheit von Preis und Leistung mag im Hinblick auf die Beurteilung von Klauseln, die unmittelbar die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien betreffen, seine Berechtigung haben. Es kann die Kontrollfreiheit eines zusätzlichen Entgelts, für das keine gesonderte Gegenleistung erbracht wird, für sich allein genommen aber nicht begründen.

Zwingende Voraussetzung für die Kontrollfreiheit wäre, dass der Kunde typischerweise dem Vorhandensein einer Anmeldegebühr und ihrer Höhe eine besondere Aufmerksamkeit widmet, die eine Inhaltskontrolle schlicht überflüssig machen würde. Ein Kunde schenkt der Anmeldegebühr in der Regel eine höhere Beachtung, als dies bei vielen anderen Klauseln im Fitness-Vertrag der Fall ist. So kann man sicherlich unterstellen, dass etwa Klauseln, die den Gerichtsstand oder das Erfordernis einer schriftlichen Kündigung festlegen, für den typischen Kunden nur von nachrangigem Interesse sind. Demgemäß wendet er diesen Klauseln - wenn überhaupt - nur eine geringe Aufmerksamkeit zu.

Bei anderen Bestimmungen im Vertragsformular kann man jedoch nicht ohne weiteres annehmen, der Kunde beachte sie in geringerem Maße als die Anmeldegebühr. Von besonderem Interesse sind für den typischen Kunden die Öffnungszeiten des Studios, die Vertragslaufzeit und der Leistungsort. Diese werden zumeist durch AGB festgelegt. Die mögliche Annahme, der Kunde nehme diese Bestimmungen mit einer geringeren Aufmerksamkeit wahr, als die im Hinblick auf die Existenz und Höhe der

³²⁵ Siehe die Nachweise oben in Fn. 310.

Anmeldegebühr der Fall ist, wäre nicht nur verfehlt, sie wäre schlicht lebensfremd. Der Standort des Studios, die Vertragslaufzeit und die Öffnungszeiten sind für den Kunden in der Regel von derart essentieller Bedeutung, dass ihre inhaltlich Ausgestaltung in den AGB Bedingung dafür ist, dass der Kunde den Vertrag überhaupt erst abschließt. Die Anmeldegebühr mag teilweise eine ähnliche Bedeutung für den Kunden haben, im Regelfall kann davon aber nicht ausgegangen werden.

Würde nun die These zutreffen, eine erhöhte Aufmerksamkeit des Kunden mache die Inhaltskontrolle der Anmeldegebühr überflüssig, so müssten konsequenterweise auch die Klauseln kontrollfrei sein, die den Standort des Studios, die Vertragslaufzeit und die Öffnungszeiten festlegen.³²⁶ Diese Bestimmungen in den Fitness-Verträge sind aber nach dem Willen des Gesetzgebers der Inhaltskontrolle unterworfen.³²⁷

Denn das BGB enthält in den §§ 269, 271 Regelungen hinsichtlich des Leistungsorts und der Leistungszeit. Von diesen Vorschriften weichen die Klauseln in den Fitness-Verträgen ab, so dass § 307 III 1 BGB seinem Wortlaut nach eine Inhaltskontrolle nicht ausschließt. Dagegen sprechen auch nicht historische Gründe: Der Gesetzgeber wollte erkennbar nur die AGB von der Inhaltskontrolle ausnehmen, die unmittelbar den Gegenstand der Hauptleistung betreffen.³²⁸ Die Regelung der Vertragslaufzeit ist schon wegen § 309 Nr. 9a BGB der Inhaltskontrolle unterworfen. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn die Festlegung einer bindenden Vertragslaufzeit wegen § 307 III 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen wäre.

Es kann daher konstatiert werden: Die These, einer Inhaltskontrolle bedarf es bei preis- und leistungsbestimmenden Klauseln nicht, weil der Kunden diesen Klauseln eine erhöhte Aufmerksamkeit zuwendet, ist jedenfalls im Hinblick auf die Anmeldegebühr abzulehnen. Der Kunde widmet der Anmeldegebühr nicht eine solche Aufmerksamkeit, als dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Anwendbarkeit der §§ 307-309 BGB ausgeschlossen sein sollte. Der Vergleich mit anderen kontrollunterworfenen Klauseln belegt, dass der Kunde diesen eine mindestens ebenso große Aufmerksamkeit widmet, eine Inhaltskontrolle nach den Vorstellungen des Gesetzgebers aber dennoch durchzuführen ist.

d. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle

Schließlich könnte die Inhaltskontrolle aber deshalb unzulässig sein, weil aufgrund der marktwirtschaftlichen Ausrichtung unserer Rechtsordnung Preis und Leistung durch den Markt bestimmt und allein vom Wettbewerb kontrolliert werden, so dass

³²⁶ Vgl. Dylla-Krebs, S. 137.

³²⁷ Vgl. nur Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 29; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 8, Rz. 12; Soergel-U. Stein, § 8 AGBG, Rz. 6.

³²⁸ BT-Drucks. 7/3919, S. 22; vgl. auch Soergel-U. Stein, § 8 AGBG, Rz. 6; Staudinger-M. Coester, § 8 AGBG, Rz. 19.

eine richterliche Inhaltskontrolle nach dem Willen des Gesetzgebers unzulässig wäre.³²⁹

Zutreffend ist, dass das Gesetz im Hinblick auf die unmittelbare Bestimmung von Preis und Leistung keine Abstriche vom Konzept der Marktwirtschaft zulässt.³³⁰ Es ist nicht die Aufgabe des Richters zu überprüfen, ob das Preis-/Leistungsverhältnis angemessen ist. Wäre dies anders, so könnten beinahe alle schuldrechtlichen Verträge im Wirtschaftsverkehr auf ihre preisliche Angemessenheit hin kontrolliert werden. Die Folge wäre verheerend: Entweder fände in den meisten Bereichen der Wirtschaft keine Marktwirtschaft mehr statt oder aber alle Verträge müssten, soweit sie Preis und Leistung betreffen, individualvertraglich ausgehandelt werden.³³¹ Es liegt daher auf der Hand, dass die Preis-/Leistungsrelation grundsätzlich keiner Inhaltskontrolle unterliegen darf.³³²

Davon ist aber die Frage zu unterscheiden, ob das Vorhandensein einer Klausel, die ein zusätzliches Entgelt festlegt, aus marktwirtschaftlichen Gründen einer inhaltlichen Überprüfung entzogen ist. Ein Teil der Literatur stützt sich auch insoweit auf das marktwirtschaftliche Argument und hält alle unmittelbar preisbestimmenden Klauseln für kontrollfrei, wenn ihr Vorhandensein marktkonform oder zumindest nicht markt-irregulär ist.³³³ Noch weiter geht namentlich Dylla-Krebs, die alle Klauseln ausnehmen will, welche die effektive Gesamtbelastung des anderen Vertragspartners, wie sie sich bei planmäßiger und störungsfreier Durchführung des Vertrages ergibt, beeinflussen.³³⁴ Da das Vorhandensein der Anmeldegebühr marktkonform³³⁵ ist und auch die Gesamtbelastung des Kunden beeinflusst, wäre die Anmeldegebühr eine kontrollfreie Klausel, wenn man den dargestellten Ansichten folgen würde.

Diese Auffassungen sind aber im Ergebnis abzulehnen. Entgegen den Bedenken, die bei der Überprüfung des Äquivalenzverhältnisses von Preis und Leistung durchgreifen, widerspricht die Kontrolle der Anmeldegebühr insoweit nicht den marktwirtschaftlichen Begebenheiten, als es um ihr Vorhandensein und nicht um ihre Höhe

³²⁹ Besonders deutlich in diese Richtung argumentieren Canaris, NJW 1987, 609 (613) und Dylla-Krebs, S. 154; vgl. auch die Nachweise in Fn. 311.

³³⁰ So ausdrücklich Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 10.

³³¹ Nach einhelliger Ansicht sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ein unverzichtbarer Bestandteil des Wirtschaftsverkehrs, vgl. nur BT-Drucks. 7/3919, S. 9 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl. Rz. 3 ff.; Joost, ZIP 1996, 1685; Schimansky, WM 1995, 461 (462 f.).

³³² Dieser Grundsatz unterliegt allerdings einigen Ausnahmen: So sind z.B. in Fällen, in denen der Verwender Monopolist ist - der Wettbewerb also überhaupt nicht funktionieren kann -, Preisklauseln uneingeschränkt einer Inhaltskontrolle unterworfen. Ebenso können Klauseln, mit denen der Verwender sich erkennbar keine eigene Leistung vergüten lässt, sondern tatsächlich anfallende Kosten - etwa für Porto und Versand - pauschal auf den Vertragspartner abwälzen will, inhaltlich überprüft werden, vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8, Rz. 15, 22 m.w.N.

³³³ So Canaris, NJW 1987, 609 (613); ders., NJW 1987, 2407 f.; Roth, AcP 190 (1990), 292 (314); vgl. auch Canaris, WM 1996, 237 (238).

³³⁴ Dylla-Krebs, S. 187.

³³⁵ Nach Auskunft des Deutschen Sportstudio-Verbandes erhoben im Jahr 1996 etwa 85 % aller Studios eine Anmeldegebühr.

geht. Die marktwirtschaftliche Ordnung wäre nur dann nachhaltig gestört, wenn die Preisbildung nicht mehr grundsätzlich von Angebot und Nachfrage abhängig wäre, sondern praktisch durch die richterliche Inhaltskontrolle verdrängt würde. Dies ist aber bei der Anmeldegebühr nicht der Fall.

Den Fitness-Studios bleibt es überlassen, den Preis für ihre Leistungen zu fordern, der auf dem Markt erzielt werden kann. Die in den Verträgen festgelegten Preise dürfen nicht kontrolliert werden, wenn sie im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den vertraglich geschuldeten Leistungen stehen. Mit der Festlegung des sog. Monatsbeitrags können die Studios ihre Preisvorstellungen ungehindert, d.h. ohne eine richterliche Inhaltskontrolle fürchten zu müssen, dem Vertrag zugrunde legen.

Entschließen sich die Studios aber neben dem Hauptentgelt ein Zusatzentgelt zu fordern, dem keine eigene Leistung gegenübersteht, so besteht kein Schutzbedürfnis, aufgrund dessen den Studios das Privileg der Kontrollfreiheit zuerkannt werden müsste. Genau das Gegenteil ist der Fall: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schränkt das Prinzip der Vertragsfreiheit - ebenso wie das der Marktwirtschaft - ein, um den Kunden vor allzu einseitiger Ausnutzung der vom AGB-Verwender genutzten Vertragsgestaltungsfreiheit zu schützen.³³⁶ Es liegt auf der Hand, dass ein Vertragspartner genau dann besonders schützenswert ist, wenn der Verwender in der Intention handelt, ihm einseitig seine Preisvorstellungen aufzuerlegen. Dann ist das Bedürfnis nach einer Gerechtigkeits- bzw. Angemessenheitskontrolle eher größer einzuschätzen, als in bezug auf ergänzende Vereinbarungen, die unproblematisch der Inhaltskontrolle unterliegen.³³⁷

Dem Widerspruch, der sich zwischen dem Schutzzweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem marktwirtschaftlichen Prinzip offenbart, muss man mit einer eher restriktiven Anwendung des § 307 III 1 BGB begegnen, um nicht den Schutzzweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ad absurdum zu führen. Der marktwirtschaftliche Wettbewerb als solcher führt nämlich - wie die Erfahrung zeigt - regelmäßig nicht zu einer angemesseneren Ausgestaltung der AGB gegenüber dem Verbraucher.³³⁸ Berücksichtigt man dies, so kann man nicht Zusatzentgelte unter Verweis auf die marktwirtschaftliche Ordnung von der Inhaltskontrolle ausnehmen, obwohl - und darauf sei noch einmal besonders hingewiesen - der Verwender nicht daran gehindert ist, seine Preisvorstellungen über das Hauptentgelt einseitig festzulegen.

³³⁶ Vgl. nur Schimansky, WM 1995, 461 (463); Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl., Rz. 28; kritisch gegenüber einer auf das Schutzbedürfnis des Kunden abstellenden Argumentation aber Joost, ZIP 1996, 1685 (1689).

³³⁷ Brandner, FS Hauß, S. 1 (3); Niebling, BB 1984, 1713 (1716); Westermann, Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 135 (137); Koch/Stübing, § 8, Rz. 11.

³³⁸ Vgl. nur Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl., Rz. 6 m.w.N.

Dies gilt um so mehr, als sich selbstverständlich aus der Kontrollunterworfenheit einer Klausel keinesfalls zwingend ihre Unwirksamkeit ergibt. Wenn der Verwender aus sachlichen Gründen dazu angehalten ist, ein Zusatzentgelt festzulegen, so mag die Klausel zwar kontrollunterworfen sein, sie wird aber im Regelfall trotz einer Inhaltskontrolle Bestand haben.

Es lassen sich mithin keine zwingenden Gründe aus dem marktwirtschaftlichen Prinzip herleiten, die für die Kontrollfreiheit der Anmeldegebühr sprechen. Für die hier vertretene Auffassung sprechen auch der Wortlaut und die Materialien zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dort finden sich keine Anhaltspunkte für eine weitergehende Berücksichtigung marktwirtschaftlicher Argumente. Mehr noch: Auch Art. 4 II RL 93/13/EWG weist eindeutig auf ein solches Ergebnis hin. Nur der Hauptgegenstand und das Äquivalenzverhältnis zwischen Preis und Leistung sollen nach dem Wortlaut kontrollfrei bleiben.³³⁹ Zusatzentgelte sind von dieser Bestimmung nicht erfasst.³⁴⁰ Da sich aus dem Umkehrschluss zu Art. 8 RL zweifelsfrei ergibt, dass der Gesetzgeber mit der Transformation der Richtlinie ein mindestens gleichwertiges Schutzniveau schaffen musste, ist § 307 III 1 BGB richtlinienkonform und damit eng auszulegen.

e. Ergebnis der Auslegung

Die bisherigen Ausführungen belegen: Die Anmeldegebühr ist kontrollfähig. Es gibt auch keine hinreichenden Argumente, die gegen die Kontrollbedürftigkeit sprechen. Daraus folgt, dass die Anmeldegebühr nach dem Willen des Gesetzgebers einer Inhaltskontrolle kontrollunterworfen sein soll.

Zu dem gleichen Ergebnis müsste die Rechtsprechung gelangen. Nach ihr sind alle Entgeltklauseln zu kontrollieren, die mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber dispositives Gesetzesrecht treten könnte.³⁴¹ Ob der Definition der Preisnebenabrede, so wie sie der Bundesgerichtshof vertritt, uneingeschränkt zugestimmt werden kann, muss hier nicht weiter vertieft werden.³⁴² Jedenfalls erfüllt die Anmeldegebühr die Voraussetzungen, die der BGH für die Kontrollunterworfenheit aufgestellt hat: Sie hat mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung, gleichwohl könnte an ihre Stelle dispositives Recht treten.

³³⁹ Wortlaut des Art. 4 II RL 93/13/EWG: "Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind."

³⁴⁰ So die höchstrichterliche niederländische Rechtsprechung zu Art. 4 II RL: Hoge Raad, NJ 1998, 41 (47); vgl. auch MünchKomm-Basedow, § 8 AGBG, Rz. 15, der die Notwendigkeit der Klärung dieser Frage durch den EuGH sieht.

³⁴¹ Ständige Rechtsprechung: BGHZ 93, 358 (360 f.); 106, 42 (46); 114, 330 (333); 116, 117 (119); 124, 254 (256); NJW 1997, 2752 (2753); BB 1998, 1864 (1865); NJW-RR 1999, 125 (126) m.w.N.

³⁴² Lesenswert aus der kritischen Literatur: Horn, WM-Sonderbeilage 1/97, S. 12 ff. m.w.N.

III. Inhaltskontrolle gem. §§ 307 II Nr. 1, I BGB

Da dem Bürgerlichen Recht der allgemeine Grundsatz zu entnehmen ist, dass der Vertragschließende eine Vergütung nur für die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungen verlangen kann und für die Vertragskosten kein gesondertes Entgelt gefordert werden darf³⁴³, weicht die Festlegung des Anmeldegebühr von der gesetzlichen Regelung ab. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz ist auch als wesentlicher Grundgedanke i.S.d. § 307 II Nr. 1 BGB aufzufassen, denn er betrifft das Entgelt und ist deshalb für die rechtliche Stellung des Vertragspartners und die angemessene Verteilung des Vertragsrisikos von wesentlicher Bedeutung. Weil die Abweichung auch nicht unerheblich ist und somit die Voraussetzungen des § 307 II Nr. 1 BGB erfüllt sind, ist "im Zweifel" davon auszugehen, dass die Anmeldegebühr den Kunden unangemessen benachteiligt. Eine Klausel, welche die Pflicht zur Zahlung einer Anmeldegebühr festlegt, ist daher unwirksam, wenn kein sachlicher Grund besteht, der die Erhebung der Anmeldegebühr entgegen der gesetzlichen Regelwertung rechtfertigt.

Möglicherweise lässt sie sich damit rechtfertigen, dass sie in der Fitness-Branche üblich ist und sowohl bei den Fitness-Studios als auch bei den Kunden eine gewisse Akzeptanz besitzt. Allein die Üblichkeit einer Klausel kann ihre Angemessenheit i.S.d. § 307 I BGB aber nicht begründen.³⁴⁴ Gerade weil sich die Erhebung einer Anmeldegebühr in der Fitness-Branche weitgehend durchgesetzt hat, ist der Kunde besonders schutzwürdig. Er kann den Inhalt des Vertrages im Regelfall nicht beeinflussen; er ist vielmehr gezwungen dem vom Fitness-Studio gestellten Vertragsentwurf zuzustimmen, auch wenn er eigentlich nicht will, dass die Anmeldegebühr Vertragsbestandteil wird. Die Alternative ist, vom Vertragsschluss abzusehen. Da aber die übrigen Fitness-Studios größtenteils - in manchen Regionen sogar ausnahmslos - auch eine Anmeldegebühr erheben, besteht selten die tatsächliche Möglichkeit, einen Vertrag ohne Anmeldegebühr abzuschließen.

Es würde die Inhaltskontrolle deshalb geradezu ins Gegenteil verkehren, wenn die Erhebung einer Anmeldegebühr um so eher angemessen wäre, je häufiger die Kunden unangemessen benachteiligt würden. Wenn sich dem Kunden keine Ausweichmöglichkeiten bieten, ist die richterliche Korrektur mehr als sonst gefordert,

³⁴³ Siehe oben, § 5, B II 2b bb (3).

³⁴⁴ BGHZ 82, 238 (240); 91, 316 (319); 100, 152 (157); 106, 259 (267); NJW 1985, 3016; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 370 (372); v. Hoyningen-Huene, Rz. 211; E. Schmidt, ZIP 1987, 1505 (1507); Soergel-U. Stein, § 9, Rz. 24; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 118; Niebling, NJW 1987, 2564; vgl. aber auch BGHZ 101, 253 (263). In dieser Entscheidung wurde die Angemessenheit einer AGB, die Schönheitsreparaturen auf den Wohnungsmieter abwälzt, mit der Begründung bejaht, sie sei "seit langem üblich und zu einer Verkehrssitte geworden".

um der einseitigen und unangemessenen Vertragsgestaltung durch die Studios Einhalt zu gebieten.³⁴⁵

Andere sachliche Gründe, die für die Angemessenheit der Anmeldegebühr herangezogen werden könnten, sind nicht ersichtlich. Ganz im Gegenteil: Es gibt weitere Argumente, die für die Unangemessenheit sprechen. So wird die Anmeldegebühr bereits fällig, bevor der Kunde überhaupt irgendwelche Leistungen in Anspruch nimmt. Falls sich ein Kunde bereits vor dem ersten Training schwerwiegend verletzt oder bei einer ärztlichen Untersuchung seine dauerhafte Trainingsunfähigkeit festgestellt wird, muss er die Anmeldegebühr dennoch entrichten. Entgegen dem gesetzlichen Leitbild wird der Kunde mit der Anmeldegebühr belastet, obwohl er keinerlei Leistung in Anspruch nimmt. Ferner kann die Gebühr für einzelne Kunden eine psychologische Barriere darstellen, die es ihnen schwerer macht trotz gesundheitlicher Bedenken den Vertrag zu kündigen. Auch aus diesen Gründen belastet die Anmeldegebühr die Kunden in erheblichem Maße.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die Anmeldegebühr ist mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar und benachteiligt den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Sie ist gem. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam.

§ 6 Vertragslaufzeit

Regelmäßig werden Fitness-Verträge über eine bindende Erstlaufzeit³⁴⁶ geschlossen und verlängern sich jeweils (stillschweigend) um eine bestimmte Zeit, sofern der Kunde sie nicht rechtzeitig kündigt. Die den Kunden bindende Erstlaufzeit, die Dauer der stillschweigenden Vertragsverlängerung und die ordentlichen Kündigungsfrist legen die Studios einseitig in ihren AGB fest. Auch wenn der Kunde zwischen verschiedenen Laufzeiten wählen kann, handelt es sich bei den Bestimmungen um AGB, die der Inhaltskontrolle unterworfen sind.³⁴⁷

Die zum Regelungskomplex "Vertragslaufzeit" gehörenden Bestimmungen sind von großer praktischer Bedeutung.³⁴⁸ Sie binden den Kunden langfristig an das Studio und begründen demgemäß erhebliche Zahlungsverpflichtungen. Wenn ein Kunde - aus welchen Gründen auch immer - kein Interesse mehr am Training im Studio hat, hat er dennoch grundsätzlich seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Ist die Vertragslaufzeit lang bemessen oder übersieht der Kunde seine Kündigungs-

³⁴⁵ Vgl. Schimansky, WM 1995, 461 (462 f.); ähnlich - allerdings in anderem Zusammenhang - Börner, JZ 1997, 595 (598).

³⁴⁶ Teilweise wird die Erstlaufzeit auch als "Grundlaufzeit" oder "Mindestvertragsdauer" bezeichnet.

³⁴⁷ Siehe oben, § 2, B II.

³⁴⁸ Vgl. nur Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182), die darauf verweist, dass der größte Teil der Verbraucherbeschwerden Fälle betrifft, in denen Kunden gegen ihren Willen an den Fitness-Verträgen festgehalten werden.

pflicht, so ist der Kunde über einen verhältnismäßig langen Zeitraum in seiner finanziellen Dispositionsfreiheit betroffen. Es verwundert daher nicht, dass es zahlreiche Urteile gibt, die sich mit der Wirksamkeit von laufzeitbestimmenden Klauseln auseinandersetzen.

A. Erstlaufzeit

I. Der Trend zu kürzeren Laufzeiten im Lichte der Rechtsprechung

In den 80er Jahren wurden in den AGB häufig lange Erstlaufzeiten von 18 Monaten³⁴⁹, teilweise sogar von 24 Monaten³⁵⁰ festgelegt. Da gem. § 309 Nr. 9a BGB Laufzeiten von über zwei Jahren ohne weiteres unzulässig sind, gab es darüber hinausgehende Laufzeiten nur äußerst selten. In den 90er Jahren ging der Trend hin zu kürzeren Vertragslaufzeiten: Es waren Vertragslaufzeiten von maximal einem Jahr die Regel. Nur sehr selten legen die Studios eine längere Laufzeit fest, unter der sie prinzipiell nicht kontrahieren. Bis heute hat sich hieran nichts geändert. Oftmals kann der Kunde zwischen mehreren möglichen Erstlaufzeiten wählen. Bei vielen Fitness-Verträgen hat er die Wahl zwischen einer 12-monatigen Bindung bei einem geringeren und einer 6-monatigen Vertragsdauer bei einem höheren monatlichen Entgelt.³⁵¹

Dieser Trend wurde nicht zuletzt durch die Rechtsprechung und das Schrifttum beeinflusst: Die Gerichte haben Klauseln mit einer Laufzeit von über einem Jahr regelmäßig als unangemessen i.S.d. § 307 I BGB eingestuft.³⁵² Aber auch die Festlegung einer Mindestvertragsdauer von genau 12 Monaten hielt häufig der Inhaltskontrolle nicht stand.³⁵³ Die eher verbraucherfreundliche Tendenz der Rechtsprechung hat in der Literatur verbreitet Zustimmung gefunden.³⁵⁴

³⁴⁹ Vgl. nur die Klauseln in den Urteilen des OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (18 Monate); LG Frankfurt/Main, NJW 1985, 1717 (18 Monate); LG Hamburg, NJW 1986, 262 (19 Monate); LG Hamburg, NJW-RR 1987, 687 (18 Monate); vgl. auch LG Köln, NJW-RR 1988, 1084 (Laufzeiten über 12 Monate).

³⁵⁰ Vgl. etwa den Sachverhalt in BGH, NJW 1985, 2329.

³⁵¹ Vgl. Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 29.

³⁵² LG Hamburg, NJW-RR 1987, 687 (690); LG Frankfurt/Main, NJW 1985, 1717 (1718) im Rahmen der Beurteilung eines Bodyshaping-Vertrages; mit dieser Tendenz auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244); AG Dülmen, NJW 1985, 1718 (1719) jeweils zu einer vertragsverlängernden Klausel; vgl. auch die Rechtsprechung zu Unterrichtsverträgen: BGH, NJW 1993, 326 (330) und LG Berlin, NJW-RR 1986, 989 zu einer bindenden Laufzeit von 21 bzw. 24 Monaten.

³⁵³ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445) in einem obiter dictum; LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890; AG Langen, NJW-RR 1995, 823; anders aber noch LG Wuppertal, NJW-RR 1989, 1524 (Kampfsport- und Bodybuilding-Vertrag); AG Köln, NJW-RR 1987, 1271.

³⁵⁴ Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 2; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (249); Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Schröder, VuR 1992, 158 (160); Heidemann, VuR 1988, 249 (250); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 13.

Als weiterer Grund für den Trend zu kürzeren Laufzeiten lässt sich die dynamische Entwicklung der Fitness-Branche in den letzten beiden Jahrzehnten anführen. Durch die quantitative Zunahme der Fitness-Studios ist vielerorts ein zunehmender Wettbewerb um die Kunden zu verzeichnen. Da die Erstlaufzeit für viele Kunden fraglos ein wichtiges Kriterium für die Wahl eines Fitness-Studios darstellt, könnte ein wirtschaftlich denkendes Fitness-Studio womöglich aus marktwirtschaftlichen Gründen keine längeren Laufzeiten festlegen, ohne dass sich dies negativ auf die Anzahl der Neuanmeldungen und damit auf den Gesamtumsatz auswirken würde.³⁵⁵

Diese Hypothese steht bereits seit einigen Jahren auf dem Prüfstand. Denn die rechtlichen Schranken, die von den Gerichten bis Mitte der 90er Jahre aufgestellt wurden, sind (scheinbar) gefallen. Der BGH hat mit Urteil vom 4. 12. 1996³⁵⁶ eine Klausel für wirksam erklärt, die eine Verlängerung der ursprünglich vereinbarten Vertragsdauer von 6 Monaten um die gleiche Laufzeit vorsah. In seinem Ergebnis ist das Urteil weder außergewöhnlich noch bahnbrechend. Eine Verlängerungsdauer von 6 Monaten war zwar von einigen Gerichten als unangemessene Benachteiligung angesehen worden³⁵⁷, andere hielten diese Klauseln aber auch bis dahin schon für angemessen und wirksam.³⁵⁸ Die Begründung des Urteils macht dessen Bedeutung aus: Sie legt die Vermutung nahe, dass die Gerichte eine Kehrtwendung hin zu einer verwehender- und damit studiofreundlichen Rechtsprechung vollziehen, soweit es um die Beurteilung der Vertragslaufzeit insgesamt geht.³⁵⁹

Gleichwohl lässt sich eine solche Kehrtwendung bisher nicht konstatieren, obwohl das Urteil vor über sechs Jahren veröffentlicht wurde. Seitdem waren – soweit ersichtlich – weder die Obergerichte noch der BGH mit grundsätzlichen Rechtsfragen zur Vertragslaufzeit befasst. Auf der Ebene der Landgerichte sind dagegen nunmehr häufiger Urteile mit einer studiofreundlichen Tendenz zu finden. Als Beispiel lässt sich etwa eine Entscheidung des LG Frankfurt anzuführen, das eine Vertragsverlängerung um 12 Monate unter Bezugnahme auf den BGH als angemessen eingestuft hat.³⁶⁰

³⁵⁵ Vgl. insoweit die Begründung zum Regierungsentwurf, in der zutreffend darauf hingewiesen wird, dass die Vereinbarung einer bindenden Laufzeit eine der Essentialien des Vertrages darstellt und in ihrer Bedeutung und Tragweite der Preisvereinbarung kaum nachsteht, BT-Drucks., 7/3919, S. 37.

³⁵⁶ BGH, NJW 1997, 793.

³⁵⁷ OLG Düsseldorf, VuR 1995, 32; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444; vgl. auch die Auffassungen in der Literatur: Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 2 (nur Verlängerung um 3 Monate zulässig); ebenso Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (250); Heidemann, VuR 1995, 249 (251).

³⁵⁸ OLG Celle, NJW-RR 1995, 370; LG Frankfurt/Main, NJW-RR 1991, 184; LG Wuppertal, NJW-RR 1995, 1524; vgl. auch das Schrifttum: Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 16.

³⁵⁹ Vgl. nur Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 5/97, 241 (242); Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182); Gounalakis/Gounalakis, RdJB 1997, 229 (234).

³⁶⁰ LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (207).

Der BGH hat den bis Mitte der 90er Jahre von den Gerichten vorwiegend genutzten Argumenten ihre Grundlage entzogen. Die Gerichte hatten die Unwirksamkeit von Verlängerungsklauseln vor allem darauf gestützt, dass die Kunden in ihrer Dispositionsfreiheit eingeschränkt seien und sie häufig ihre Kündigungsobliegenheit übersehen.³⁶¹

Der BGH hält einen Rückgriff auf § 307 BGB aber nur insoweit für zulässig, als von der Verbotsnorm nicht erfasste Gründe zur Unangemessenheit der Klausel führen.³⁶² Die Dispositionsfreiheit der Kunden sei ebenso wie das mögliche Übersehen der Kündigungsobliegenheit von § 309 Nr. 9 BGB erfasst, weshalb diese Gründe im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 I BGB nicht berücksichtigungsfähig seien.³⁶³ Führen die Gerichte die Argumentation des BGH konsequent fort, so können die Fitness-Studios die Laufzeiten und Fristen des § 309 Nr. 9 BGB voll ausschöpfen, ohne die Feststellung ihrer Unwirksamkeit befürchten zu müssen.³⁶⁴

II. Indizwirkung des § 309 Nr. 9 BGB

Das Urteil des BGH ist im Schrifttum teilweise auf Zustimmung³⁶⁵, teilweise aber auch auf mitunter heftige Kritik³⁶⁶ gestoßen. Die Kritik konzentriert sich vor allem darauf, dass der BGH den Anwendungsbereich von § 307 BGB im Verhältnis zu § 309 Nr. 9 BGB sehr restriktiv bestimmt.³⁶⁷ Daneben verweisen die Kritiker auf die Entwicklung der Fitness-Branche seit dem Erlass des AGBG.³⁶⁸ Der Gesetzgeber habe Mitte der 70er Jahre die heutigen Probleme bei der Beurteilung von Laufzeitklauseln nicht abschätzen und schon gar nicht gerecht lösen können.³⁶⁹ Auch aus diesem Grund sei die Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB uneingeschränkt zulässig.

³⁶¹ Vgl. nur OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Karlsruhe, NJW 1989, 243 (244).

³⁶² BGH, NJW 1997, 739 (740); ebenso OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371) in einem nahezu identischen Fall; LG Wuppertal, NJW 1989, 1524; LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (207); so auch bereits BGHZ 100, 373 (377) zur Wirksamkeit der zweijährigen Laufzeit eines Abonnementvertrages (Wochenzeitung).

³⁶³ BGH, NJW 1997, 739 (740); ebenso OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371); LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (207).

³⁶⁴ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 5/97, 241 (242); Imping, WiB 1997, 600 (601); Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182).

³⁶⁵ Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 5/97, 241 (242); Imping, WiB 1997, 600; in der Tendenz zustimmend auch Ungeheuer, WuB, IV C., § 9 AGBG, 4.97, 577.

³⁶⁶ Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh., §§ 9-11, Rz. 673; Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182); zu kritisch v. Hippel, JZ 1997, 1009, soweit er das Urteil des BGH als verfassungswidrig einschätzt und den Verbraucherverbänden für den Fall, dass der BGH seine Rechtsprechung aufrecht erhält, zu einer Verfassungsbeschwerde rät.

³⁶⁷ So v. Hippel, JZ 1997, 1009.

³⁶⁸ Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182); v. Hippel, JZ 1997, 1009.

³⁶⁹ Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182); ähnlich v. Hippel, JZ 1997, 1009.

1. Die Argumentation des BGH

a. Urteil des XII. Senats zur Laufzeit des Fitness-Vertrages

Der BGH (genauer: der XII. Senat) geht - wie bereits erwähnt - davon aus, dass nur von der Verbotsnorm des § 309 Nr. 9 BGB nicht erfasste Gründe die Unwirksamkeit einer Laufzeitklausel begründen können.³⁷⁰ Es sei unzulässig, aufgrund allgemeiner Überlegungen, die nicht aus den Besonderheiten des zu beurteilenden Vertrages resultieren, über die Generalklausel die gesetzgeberische Wertentscheidung "auf den Kopf zu stellen".³⁷¹ Anders ausgedrückt: Der BGH erkennt zwar die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB grundsätzlich an. Er geht dabei allerdings von einer weitreichenden Indizwirkung³⁷² des § 309 Nr. 9 BGB aus, die nur durch besondere Gründe zu entkräften ist.

Für den Fitness-Vertrag folgt eine solche Indizwirkung nach dem BGH aus der Entstehungsgeschichte des AGBG. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf ergebe sich, dass Verträge über die Teilnahme an Gymnastik- und Bodybuilding-Kursen dem Anwendungsbereich des § 309 Nr. 9 BGB unterliegen sollten.³⁷³ Deshalb seien nur Verlängerungsperioden von mehr als einem Jahr (und damit konsequenterweise auch nur Erstlaufzeiten von über zwei Jahren) generell unwirksam; im übrigen sei aber grundsätzlich von der Wirksamkeit der zugrunde liegenden Klauseln auszugehen.³⁷⁴

Eine insgesamt überzeugende Begründung für eine mögliche Indizwirkung des § 309 Nr. 9 BGB liefert der XII. Senat des BGH indes nicht. Er stützt sich im wesentlichen auf ein Urteil des VIII. Zivilsenats³⁷⁵, in dem dieser grundsätzliche Erwägungen zum Verhältnis von § 307 BGB zu § 309 Nr. 9 BGB angestellt hat. Eigenständige Ausführungen zu dieser Frage finden sich in der Entscheidung des XII. Senats nicht. Dies ist zu kritisieren, weil der XII. Senat ein zweites Urteil des VIII. Senates³⁷⁶ zu der gleichen Frage einfach unterschlägt, obwohl dieser seine Rechtsprechung zur Indizwirkung des § 309 Nr. 9 BGB jedenfalls im Hinblick auf Direktunterrichtsverträge modifiziert hat. Das zweite Urteil des VIII. Senats enthält einige rechtliche Ansatzpunkte, die auch für die Beurteilung des Fitness-Vertrages von erheblicher Bedeutung sind.

³⁷⁰ BGH, NJW 1997, 739 (740).

³⁷¹ BGH, NJW 1997, 739 (740); ebenso BGHZ 100, 373 (379) zur Laufzeit eines Abonnementvertrags (Wochenzeitung).

³⁷² So vom VIII. Zivilsenat des BGH bezeichnet, vgl. BGH, NJW 1993, 326 (328).

³⁷³ BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

³⁷⁴ BGH, NJW 1997, 739 (740).

³⁷⁵ BGHZ 100, 373 ff.

³⁷⁶ BGH, NJW 1993, 326 ff.

b. Urteil des VIII. Senats zur Laufzeit von Zeitschriftenabonnements³⁷⁷

Im ersten Urteil hatte der VIII. Zivilsenat eine Klausel inhaltlich zu überprüfen, mit der ein Verlagshaus die Laufzeit eines Vertrags auf zwei Jahre festlegte. Gegenstand des Vertrages war der regelmäßige Bezug einer Wochenzeitung für 13,30 DM im Monat.

Der VIII. Senat des BGH hielt diese Klausel für angemessen und damit wirksam. Begründet hat er seine Auffassung - ähnlich wie der XII. Senat in seiner Entscheidung zum Fitness-Vertrag - mit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers, die in § 309 Nr. 9 BGB seinen Ausdruck gefunden habe.³⁷⁸ Dem § 309 Nr. 9 BGB sei zu entnehmen, dass zumindest bei den vom Gesetzgeber erkannten Regelfällen eine mit zwei Jahren bemessene Höchstlaufzeit nicht unzulässig sei.³⁷⁹ Eine Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB komme nur in Betracht, soweit die besondere Ausgestaltung des Vertrags die Unangemessenheit der Bindungsklausel ergeben könne.³⁸⁰

c. Urteil des VIII. Senats zur Laufzeit eines Tänzerbildungsungsvertrags³⁸¹

Im zweiten Urteil hat der VIII. Senat seine Rechtsprechung zur Indizwirkung de facto eingeschränkt. Gegenstand des zu beurteilenden Vertrages war die Musical- und Tanzausbildung des Kunden zum Zwecke einer späteren Berufsausübung. Das monatliche Entgelt sollte zwischen 450 und 500,- DM betragen. In seinen AGB legte der Verwender die bindende Laufzeit des Vertrages auf zwei Jahre fest, wobei er dem Kunde allerdings in den ersten drei Monaten ein Rücktrittsrecht einräumte.

Diese Bestimmung hat der VIII. Senat für unwirksam erklärt, da sie den Kunden unangemessen i.S.d. § 307 I BGB benachteilige. Das Ergebnis scheint gerecht. Aber: Bei konsequenter Fortführung seiner Rechtsprechung hätte der Senat zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, denn auch Direktunterrichtsverträge sind ausweislich der Materialien zu § 309 Nr. 9 BGB vom Gesetzgeber bedacht worden.³⁸²

Der BGH hat sich aber anders entschieden. Zwischen den vielfältigen in der Praxis zu findenden Direktunterrichtsverträgen gäbe es große Unterschiede hinsichtlich Art und Ziel der Ausbildung, der Kosten, der Intensität des Unterrichts sowie der damit verbunden wirtschaftlichen bzw. persönlichen Belastungen der Teilnehmer.³⁸³

³⁷⁷ BGHZ 100, 373 ff.

³⁷⁸ BGHZ 100, 373 (378).

³⁷⁹ BGHZ 100, 373 (378).

³⁸⁰ BGHZ 100, 373 (378); anderer Ansicht Wolf, JZ 1987, 833 (834).

³⁸¹ BGH, NJW 1993, 326 ff.

³⁸² BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

³⁸³ BGH, NJW 1993, 326 (328); zustimmend Pfeiffer, EWiR, § 9 AGBG, 7/93, 317.

Anders als bei Abonnement-Verträgen sei daher die Herausbildung und Bewertung eines Regelfalles, wie ihn der Gesetzgeber vor Augen hatte, nicht möglich.³⁸⁴ Deshalb hat der VIII. Senat eine Überprüfung der Klausel am Maßstab des § 307 BGB uneingeschränkt für zulässig erachtet.³⁸⁵

2. Kritische Bewertung der Regelfall-Argumentation des BGH

a. Der Widerspruch in der Argumentation des VIII. Senats

Auch wenn der VIII. Senat in seinem Urteil zum Tänzer ausbildungsvertrag seine bisherige Rechtsprechung nicht ausdrücklich aufgibt, so wird dennoch ein Gegensatz in der Argumentation deutlich. In seiner Entscheidung zum Zeitschriftenabonnementvertrag hatte der VIII. Senat noch allgemeingültig eine Indizwirkung des § 309 Nr. 9 BGB bei allen vom Gesetzgeber erkannten Regelfällen angenommen.³⁸⁶ Diese Grundsätze hätte der Senat ohne weiteres auch bei der den Unterrichtsvertrag betreffenden Entscheidung anwenden können, bei konsequenter Fortführung seiner eigenen Rechtsprechung sogar müssen.

Dies verdeutlicht ein Blick in die vom BGH so oft bemühten Materialien zum AGB-Gesetz. Hätte der Gesetzgeber wirklich die die Rechtsprechung bindenden Regelfälle vor Augen gehabt, so wäre auch der Tänzer ausbildungsvertrag ein solcher Regelfall. Dies ergibt sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs. Dort heißt es: "Zur 'regelmäßigen Inanspruchnahme von Dienst- oder Werkleistungen' verpflichten den Kunden z.B. private Unterrichtsverträge über Direkt- oder Fernunterricht auf allen Gebieten".³⁸⁷ Viel weiter hätte der Gesetzgeber den angeblichen Regelfall wohl nicht fassen können. Er hatte also Direktunterrichtsverträge auf allen Gebieten vor Augen. Dass auch Berufsausbildungsverträge darunter fallen, liegt auf der Hand. Denn nicht selten dienen private Unterrichtsverträge der Berufsausbildung. Der Vertrag ist auch nicht derart untypisch, als dass man annehmen könnte, der Wille des Gesetzgebers bezöge sich nicht auf ihn.

b. Kein Regelfall des Unterrichtsvertrags

Dieser Gegensatz in der Argumentation zeigt einen Wertungswiderspruch in den Urteilen des VIII. Senats auf: Dass der Gesetzgeber die angebliche Indizwirkung des § 309 Nr. 9 BGB gerade für Direktunterrichtsverträge im allgemeinen und für Berufsausbildungsverträge im speziellen nicht gewollt hat, diese aber für die anderen im Regierungsentwurf aufgeführten Vertragstypen bestehen soll, ist nicht nachvollziehbar. Sie entbehrt jeglicher Grundlage. Eine solche Einschätzung ergibt sich

³⁸⁴ BGH, NJW 1993, 326 (328).

³⁸⁵ BGH, NJW 1993, 326 (328).

³⁸⁶ BGHZ 100, 373 (378).

³⁸⁷ BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik des Gesetzes und aus den Materialien zum AGBG schon gar nicht.

Deshalb kann nur eine Schlussfolgerung richtig sein: Entweder dürfen Direktunterrichtsverträge doch nicht uneingeschränkt kontrolliert werden oder § 309 Nr. 9 BGB hat insgesamt keine Indizwirkung. Das letztere ist der Fall: Die Herausbildung und Bewertung eines Regelfalls ist nicht möglich, soweit die Laufzeit eines Unterrichtsvertrags zu beurteilen ist. Zu unterschiedlich sind die einzelnen in der Praxis zu findenden Verträge. Es kann daher - und darin ist dem VIII. Senat uneingeschränkt zuzustimmen - nicht angenommen werden, dass dem Gesetzgeber vorschwebte, alle Unterrichtsverträge dem Grundsatz nach gleich zu behandeln.

Man muss sogar noch einen Schritt weitergehen: Diese Annahme trifft nicht nur auf die Unterrichtsverträge und alle anderen im Regierungsentwurf beispielhaft genannten Vertragstypen zu, sondern insgesamt auf Verträge, die "die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand" haben (so der Wortlaut des § 309 Nr. 9 BGB).

c. Die Heterogenität der von § 309 Nr. 9 BGB erfassten Vertragstypen

Ein Abstellen auf Regelfälle, wie es der BGH praktiziert, ist nicht mit der gesetzlichen Wertung vereinbar. Zwar findet sich eine beispielhafte Aufzählung in der Begründung zum Regierungsentwurf; im § 309 Nr. 9 BGB ist aber ein gesetzgeberischer Wille, einzelne Vertragstypen als Regelbeispiele festzulegen, nicht zum Ausdruck gekommen.³⁸⁸ Selbst die Materialien zum AGBG geben dafür nichts her. Überdies darf man die beispielhafte Aufzählung in der Begründung des Regierungsentwurfs allein schon deshalb nicht überbewerten, weil der § 9 Nr. 12 RegE (heute: § 309 Nr. 9 BGB) in der damaligen Fassung überhaupt nicht Gesetz geworden ist.³⁸⁹ In § 9 Nr. 12 RegE war nämlich nur eine bindende Laufzeit von einem Jahr als zulässig erachtet worden.³⁹⁰ Statt dessen wurde die zweijährige Mindestvertragsdauer, die der CDU/CSU-Entwurf³⁹¹ vorsah, auf Betreiben des Rechtsausschusses in das AGBG aufgenommen. In der Begründung zu diesem Entwurf³⁹² findet sich aber ebensowenig ein Verweis auf Direktunterrichts- oder Fitness-Verträge wie im Bericht des Rechtsausschusses³⁹³.

Nimmt man den Wortlaut des § 309 Nr. 9 BGB - nur dieser ist Gesetz geworden und nicht die Begründung des Regierungsentwurfs -, so sind unzählige verschiedene

³⁸⁸ Wolf, JZ 1987, 833 (834).

³⁸⁹ Vgl. Wolf, JZ 1987, 833 (834); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 2, 13.

³⁹⁰ BT-Drucks. 7/3919, S. 6.

³⁹¹ BT-Drucks. 7/3200, S. 5.

³⁹² BT-Drucks. 7/3200, S. 18 f.

³⁹³ BT-Drucks. 7/5422, S. 9 f.

Vertragsgestaltungen denkbar, die allesamt vom gesetzgeberischen Willen, wie er im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hat, erfasst sind. So fällt etwa ein Abonnementvertrag über eine Monatszeitung mit einem monatlichen Entgelt von 3,-- Euro ebenso unter § 309 Nr. 9 BGB wie ein Berufsausbildungsvertrag, der den Auszubildenden monatlich mit 1.200,-- Euro belastet oder ein Fitness-Vertrag mit einem Entgelt von 50 Euro. Gemeinsam haben die Verträge nur eines: Sie erfüllen die begrifflichen Voraussetzungen des § 309 Nr. 9 BGB. Im Hinblick etwa auf die Kosten, die persönliche Belastung oder den wirtschaftlichen bzw. persönlichen Nutzen sind sie grundverschieden.

d. Keine Gleichbehandlung ungleicher Vertragstypen

Könnte man § 309 Nr. 9 BGB tatsächlich eine Indizwirkung entnehmen, so hätte der Gesetzgeber bewusst alle diese Verträge einer dem Grundsatz nach einheitlichen rechtlichen Bewertung unterworfen. Da dies nicht sachgerecht erscheint und auch - wie dargelegt - keine zwingenden Gründe für eine solche Einschätzung bestehen, ist vom Gegenteil auszugehen. Denn der Gesetzgeber ist beim Erlass seiner Vorschriften an Art. 3 GG gebunden. Den Nagel auf den Kopf trifft insoweit der VIII. Senat des BGH in seiner Entscheidung zum Tänzer-ausbildungsvertrag: "Hier deutet die gesetzgeberische Wertentscheidung in § 309 Nr. 9a BGB, wonach selbst Unterrichtsverträge mit nur geringeren persönlichen und wirtschaftlichen Belastungen höchstens für zwei Jahre bindend abgeschlossen werden können, allenfalls darauf hin, dass bei Berufsausbildungsverträgen mit erheblichen wirtschaftlichen und persönlichen Anforderungen an die Teilnehmer nur entsprechend kürzere Laufzeiten angemessen sind."³⁹⁴

Übertragen auf den Wortlaut des § 309 Nr. 9 BGB bedeutet dies: Soweit z.B. Zeitschriftenabonnement-Verträge für 3 ,-- Euro im Monat geschlossen werden, kann im Hinblick auf die persönliche und wirtschaftliche Belastung des Kunden eine bindende Laufzeit von bis zu zwei Jahren durchaus angemessen sein. Bei den von § 309 Nr. 9 BGB erfassten Verträgen, die erheblich größere Belastungen des Kunden vorsehen, ohne dass dies mit dem persönlichen oder wirtschaftlichen Nutzen des Kunden gerechtfertigt werden kann, deutet die Regelung des § 309 Nr. 9 BGB dagegen eher darauf hin, dass geringere Laufzeiten angemessen sind. Ob eine die Laufzeit regelnde Klausel letztlich angemessen ist oder nicht, muss im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB beurteilt werden. Dabei ist neben den dargestellten Interessen der Kunden auch das wirtschaftliche Bedürfnis des Verwenders an einer langfristigen Bindung zu berücksichtigen.³⁹⁵

Die gesetzliche Festlegung der Höchstgrenzen in § 309 Nr. 9 BGB spielt im Rahmen der Inhaltskontrolle nur eine untergeordnete Rolle. Man muss die Bedeutung des

³⁹⁴ BGH, NJW 1993, 326 (328).

³⁹⁵ Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, S. 10.

§ 309 Nr. 9 BGB so verstehen, wie sie der Gesetzgeber gewollt hat: Er wollte lediglich Höchstfristen festlegen, deren Überschreitung die Klausel stets unwirksam macht³⁹⁶, nicht mehr und nicht weniger. Eine grundsätzliche Wertentscheidung mit Indizwirkung hat er nicht getroffen. § 309 Nr. 9 BGB ist ein sog. neutrales Klauselverbot.³⁹⁷

3. Schlussfolgerung für den Fitness-Vertrag

Das Urteil des XII. Senats zu der Verlängerungsklausel kann daher jedenfalls von der Argumentation her nicht überzeugen. Da § 309 Nr. 9 BGB keine Indizwirkung besitzt, sind Klauseln, die Regelungen hinsichtlich der Vertragslaufzeit festlegen, uneingeschränkt am Maßstab des § 307 BGB auf ihr Angemessenheit hin zu überprüfen.³⁹⁸

Der XII. Senat hat dagegen die Verlängerungsklausel - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nur im Hinblick auf besondere, von § 309 Nr. 9 BGB nicht erfasste Gesichtspunkte einer inhaltlichen Kontrolle unterzogen. Aus diesem Grund ist die Argumentation des BGH im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB nur von sehr eingeschränkter Aussagekraft.

III. Inhaltskontrolle am Maßstab der Generalklausel § 307 BGB

1. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken, § 307 II Nr. 1 BGB

Zunächst ist zu prüfen, ob ein Regelfall des § 307 II BGB gegeben ist. Möglicherweise ist die Festlegung einer bindenden Laufzeit mit wesentlichen Grundgedanken des Dienstvertragsrechts nicht vereinbar, § 307 II Nr. 1 BGB. Ohne die Vereinbarung einer bindenden Laufzeit gilt ein Vertrag nach dem Dienstvertragsrecht gem. § 620 II BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann dann unter Maßgabe des § 621 Nr. 3 BGB spätestens am fünfzehnten eines Monats für den Schluss des Kalendermonats gekündigt werden.³⁹⁹ Somit wäre ein Kunde nach dispositiver

³⁹⁶ BT-Drucks. 7/3919, S. 37; BT-Drucks. 7/5422, S. 9; vgl. auch BGHZ 90, 280 (283 f.); 100, 373 (375 f.); BGH, NJW 1993, 326 (328).

³⁹⁷ Ebenso Wolf, JZ 1987, 833 (834); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, Vorb. §§ 10, 11, Rz. 11; Ungeheuer, WuB, IV C., § 9 AGBG, 4.97, 577.

³⁹⁸ So im Ergebnis auch Heidemann-Peuser, VuR 1997, 181 (182); v. Hippel, JZ 1997, 1009; Ungeheuer, WuB, IV C., § 9 AGBG, 4.97, 577; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 9, Rz. 673 (anders aber Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 67); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 13; wohl auch Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 2, der entgegen seiner früheren Ansicht (Stand: Januar 1995) inzwischen allerdings für die Zulässigkeit längerer Laufzeiten plädiert; bereits vor Veröffentlichung der Entscheidung des XII. Senats: Schröder, VuR 1992, 158 (160); Heidemann, VuR 1988, 249 (251); Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (248); dem BGH folgen dagegen: Palandt-Heinrichs, § 309, Rz. 85 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsansicht (vgl. Palandt-Heinrichs, 56. Auflage, § 11 AGBG, Rz. 78 f.); Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 5/97, 241 (242); Imping, WiB 1997, 600.

³⁹⁹ Soweit man entgegen der hier vertretenen Ansicht die mietrechtlichen Vorschriften für einschlägig erachtet, ergeben sich keine Besonderheiten: Auch der Mietvertrag wird gem. § 542 I BGB auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn keine feste Laufzeit bestimmt ist. Die möglichen Kündigungsfristen ergeben sich aus § 580a I Nr. 3 bzw. § 580a III Nr. 2 BGB.

Rechtslage, je nachdem an welchem Tag er die Kündigung erklärt, zwischen zwei und sechs Wochen an den Vertrag gebunden.

Diese gesetzliche Regelung ist aber kein wesentlicher Grundgedanke i.S.d. § 307 II Nr. 1 BGB. Eine solche Schlussfolgerung käme nur in Betracht, wenn das Dienstvertragsrecht keine Möglichkeit vorsähe, einen Vertrag auf bestimmte Zeit abzuschließen. Dann würde die Vereinbarung einer länger als sechs Wochen bindenden Laufzeit von der Regelung der §§ 620 II, 621 Nr. 3 BGB abweichen. Aus 620 I BGB ergibt sich allerdings, dass ein Dienstvertrag nach der dispositiven Rechtslage auch auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden kann. Die Vertragspartner dürfen sich gem. der zwingenden Vorschrift des § 624 S. 1 BGB sogar bis zu fünf Jahre fest binden, ohne dass eine der Parteien innerhalb der Laufzeit kündigen kann. Daraus folgt, dass die Festlegung bindender Laufzeiten in Fitness-Verträgen mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar ist, soweit die bindende Laufzeit nicht über die Grenze des § 309 Nr. 9a BGB hinausgeht.⁴⁰⁰

2. Unangemessene Benachteiligung, § 307 I BGB

Somit verstößt eine Klausel, die eine Erstlaufzeit von maximal zwei Jahren vorsieht, allenfalls dann gegen die Generalklausel des § 307 I BGB, wenn eine Abwägung der Belange der Fitness-Studios auf der einen Seite und der Interessen der Kunden auf der anderen Seite ergibt, dass die Laufzeit-Bestimmung den Kunden unangemessen benachteiligt.

a. Das Interesse der Studios an langfristigen Verträgen

Die Fitness-Studios stellen auf Gewinnerzielung gerichtete Unternehmen dar. Sie haben ein grundsätzlich berechtigtes Rentabilitäts- und Amortisationsinteresse.⁴⁰¹ Um rentabel wirtschaften zu können, müssen die Studios möglichst langfristig planen und kalkulieren, denn das Betreiben eines Fitness-Studios ist mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden.

Vor allem die Finanzierung der Trainingsgeräte, die langfristige Anstellung von Mitarbeitern sowie die Nutzung von Energie und Wasser verursachen erhebliche Kosten.⁴⁰² Die Studios refinanzieren sich durch die monatlichen Zahlungen der Kunden. Könnten die Kunden ihre Verträge jederzeit kündigen, so wäre eine verlässliche Finanzplanung nur bedingt möglich. Der kurzfristige Verlust einer großen Zahl von Kunden könnte Lücken reißen, die durch das Anwerben neuer Interessenten

⁴⁰⁰ Vgl. BGH, NJW 1993, 323 (328) zur bindenden Laufzeit eines Tänzertrainingsvertrags; BGH, NJW 1997, 739 hinsichtlich der Verlängerung des Fitness-Vertrages um eine festgesetzte Zeitspanne; OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371); Heinbuch, NJW 1984, 1532 (1533) zu einem Unterrichtsvertrag.

⁴⁰¹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (34); LG Wuppertal, NJW-RR 1989, 1524 (1525); Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 2; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (249); vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW 1989, 243 (244).

⁴⁰² Ohldag, S. 66 f.; vgl. zur Kostenstruktur bereits die Ausführungen unter § 4, C III 1a bb.

nicht ohne weiteres zu schließen wären. Die Amortisation der getätigten Investitionen wäre dadurch in Gefahr.

Gestützt wird diese Argumentation durch die Tatsache, dass in den kommenden Jahren nur noch mit moderaten Zuwächsen der Fitness-Branche zu rechnen ist.⁴⁰³ Diese Situation wird vielerorts einen verschärften Wettbewerb zwischen den ansässigen Fitness-Studios hervorrufen. Die Studios sind zunehmend gezwungen, möglichst schnell auf die im Fitness-Bereich häufig wechselnden Trends zu reagieren. Die fortlaufende und kostenintensive Neuanschaffung teurer Trainingsgeräte ist die logische Folge. Oftmals wird es auch erforderlich sein, weitere Trainer einzustellen, um im Bereich des Gruppentrainings das Angebot zu erweitern. Der Wettbewerbsdruck birgt neben dem erhöhten Finanzierungsrisiko auch die Gefahr, dass viele Kunden zu einem Wettbewerber wechseln wollen, etwa weil dieser modernere Geräte zu bieten hat. Da eine Reaktion auf das Marktverhalten des Wettbewerbers einige Zeit in Anspruch nimmt, könnte eine große Anzahl kurzfristiger Kündigungen nicht adäquat aufgefangen werden.

Diese Ausführungen belegen das grundsätzliche Interesse der Studios an einer langfristigen Bindung der Kunden. Je länger die Vertragslaufzeit bemessen ist, desto höher ist die Planungssicherheit. Dem Betreiber ist es um so eher möglich, eine effiziente Auslastung des Studios und seiner Einrichtung zu erreichen.

b. Das Interesse der Kunden an kurzen Laufzeiten

Den Interessen des Studios stehen aber gleichfalls berechnete Interessen der Kunden gegenüber. Sie sind ihrem grundsätzlich schützenswerten Dispositionsinteresse betroffen und zwar vor allem im Hinblick auf ihre persönliche Finanzlage und ihre Freizeitgestaltung.

aa. Die finanzielle Belastung des Kunden

Für viele Vertragspartner der Studios ist die finanzielle Belastung, die ihnen die Erfüllung der Vertragspflichten abverlangt, ganz erheblich. Gerade jüngere, geschäftlich unerfahrene Kunden, die gewöhnlich einen Großteil des Kundenstammes eines Fitness-Studios ausmachen, sind sich häufig der langfristigen finanziellen Belastung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bewusst.⁴⁰⁴ Im Hinblick auf ihre eigene finanzielle Situation haben sie oftmals einen zu kurzfristigen Planungshorizont und bedenken zukünftige finanzielle Risiken nicht in ausreichendem Maße. Ein zu entrichtender Betrag von durchschnittlich etwa 50 Euro im Monat⁴⁰⁵ ist für den typischen Besucher eines Fitness-Studios keine vernachlässigbare Größe in der

⁴⁰³ Siehe oben, § 1, A I.

⁴⁰⁴ OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244).

⁴⁰⁵ Vgl. Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 28.

persönlichen Finanzplanung. Für eine einjährige Laufzeit hat er insgesamt 600,-- Euro zu zahlen.

Gegen die Berücksichtigung der finanziellen Interessen wird zum Teil eingewandt, es sei nicht Zweck des § 307 BGB, einen voll geschäftsfähigen Vertragspartner von den lästigen finanziellen Folgen eines eventuell nicht hinreichend überlegten Vertragsabschlusses zu bewahren.⁴⁰⁶ Diese Auffassung ist in ihrer Allgemeinheit aber abzulehnen. Die langfristige Vertragsbindung liegt allein im Interesse des Verwenders und ist gerade Ausfluss der einseitigen vertraglichen Gestaltungsmacht des Fitness-Studios. Hätten die Kunden nämlich die Wahl, die Laufzeit selbst zu bestimmen, so würden sie regelmäßig eine sehr viel kürzere Vertragsdauer wählen. Da das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerade die Überlegenheit des Verwenders bei der Vertragsgestaltung ausgleichen will, bezweckt § 307 BGB den Schutz des Kunden auch in finanzieller Hinsicht, soweit dieser durch die fehlende Parität bei der Vertragsgestaltung unangemessen benachteiligt wird.

bb. Mangelnder Überblick der Kunden über zukünftige Umstände

Daneben ist das Interesse der Kunden auch im Hinblick auf ihre Freizeitplanung betroffen. Die Kunden, die zum erstenmal einen Fitness-Vertrag abschließen, können für sich persönlich häufig nicht überblicken, ob und inwieweit sie auch in ferner Zukunft noch Interesse an der Ausübung des Fitness-Sports haben.

Sie können bei Vertragsschluss regelmäßig nicht abschätzen, ob ihre körperliche Konstitution das Erreichen des von ihnen angestrebten Trainingsziels überhaupt zulässt.⁴⁰⁷ So ist die Tatsache zu erklären, dass erfahrungsgemäß das Interesse vieler Teilnehmer nach einer ersten Euphorie erlahmt⁴⁰⁸, obwohl sie den Fitness-Vertrag für eine lange Erstlaufzeit abgeschlossen haben. Überdies können viele Kunden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch den quantitativen Umfang ihrer Freizeit für die Zukunft nicht hinreichend überblicken. Zu denken ist etwa an eine berufliche Überbelastung⁴⁰⁹ oder eine Krankheit eines nahen Angehörigen, die eine regelmäßige Pflege erforderlich macht.

Gegen die Berücksichtigung dieser Argumente wendet der BGH ein, die Kunden seien nicht verpflichtet, das Angebot des Fitness-Studios tatsächlich zu nutzen und daher insoweit nicht in ihrer Dispositionsfreiheit betroffen.⁴¹⁰ Darin, dass keine Trainingspflicht besteht, ist dem BGH zuzustimmen. Allerdings ist der mangelnde Überblick über die zukünftige Freizeitgestaltung gleichwohl ein berücksichtigungs-

⁴⁰⁶ LG Wuppertal, NJW-RR 1989, 1524; LG Hamburg, NJW 1986, 262 (263).

⁴⁰⁷ OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244); OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (34); LG Köln, VuR 1992, 168 (169).

⁴⁰⁸ Vgl. Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 2; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (249).

⁴⁰⁹ OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (34).

⁴¹⁰ BGH, NJW 1997, 739 (740).

fähiger Umstand. Wenn die Kunden nämlich ihre Trainingsmotivation und ihre tatsächliche Freizeit für den gesamten Vertragszeitraum überblicken können, sind sie weit weniger schutzwürdig, als wenn sie dies lediglich für den Anfang der vertraglichen Bindung abschätzen können. Auch hier greift wieder der besondere Zweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Soweit der AGB-Verwender seine Vertragsgestaltungsmacht einseitig ausnutzt, sind die Umstände, die der Kunde bei gleichberechtigten Vertragsverhandlungen berücksichtigt hätte, auch im Rahmen der Interessenabwägung gem. § 307 I BGB heranzuziehen.

c. Abwägung der unterschiedlichen Interessen

Da die Studios ein berechtigtes Interesse an langfristigen Verträgen haben, diesem aber das entgegengesetzte Interesse der Kunden an einer kurzen Laufzeit gegenübersteht, ist eine Abwägung erforderlich.

Für eher kurze Laufzeiten spricht, dass es dem Fitness-Vertrag im Gegensatz etwa zu Unterrichtsverträgen an einem langfristigen Ausbildungsziel fehlt.⁴¹¹ Beim Unterrichtsvertrag entsteht häufig durch das Ausscheiden eines zu Unterrichtenden eine Lücke, die nicht ohne weiteres zu füllen ist. Neue Interessenten haben regelmäßig nicht den Ausbildungsstand der übrigen Teilnehmer, so dass sie nicht ohne weiteres in den Unterrichtsverband integriert werden können, ohne das Unterrichtsziel zu gefährden.⁴¹² Dagegen findet das Fitness-Training nicht in festen Teilnehmergruppen statt und verlangt auch keine besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten der Kunden. Daraus folgt, dass es den Fitness-Studios ohne weiteres möglich ist, neu geworbene Kunden in den Trainingsbetrieb zu integrieren.

Dieses Argument erhält eine größere Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Fitness-Studios durchschnittlich über 700 Kunden haben.⁴¹³ Die Studios können aus diesem Grunde unter Berücksichtigung ihrer Erfahrungen in der Vergangenheit in etwa abschätzen, wie viele Kunden pro Monat kündigen werden. Eine solche statistische Erfassung des Verhaltens der Kunden ist den Studios nicht nur zumutbar, sie ist im Rahmen einer ordnungsgemäßen betriebswirtschaftlichen Planung ohnehin unerlässlich.

Da die Studios also abschätzen können, wie viele Kunden in etwa kündigen werden und sie neue Kunden problemlos in die Trainingsgemeinschaft integrieren können, sind für die betriebswirtschaftliche Planung und Kalkulation keine übermäßig langen

⁴¹¹ OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (34); LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (1016); Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (249).

⁴¹² Vgl. dazu nur BGH, NJW 1984, 1531 (1532) im Rahmen der Beurteilung einer Laufzeit-AGB in einem Fremdsprachen-Unterrichtsvertrag.

⁴¹³ Kamberovic/Kretschmar, Eckdaten, S. 9; vgl. auch Ohldag, S. 51, der eine durchschnittliche Kundenzahl von knapp 1000 ermittelt hat.

Laufzeiten erforderlich. Das berechtigte Interesse der Studios tritt insoweit hinter das der Kunden zurück.

Um die Studios aber vor kurzfristigen Kündigungswellen zu schützen, erscheint eine Laufzeit von sechs Monaten als gerade noch angemessen.⁴¹⁴ Eine solche Vertragsdauer belastet die Kunden in einem noch hinnehmbaren Maße. Für einen Zeitraum von einem halben Jahr können sie in der Regel ihre finanzielle Situation und ihre Freizeit noch überblicken, ohne dass sie die aus der Vertragsbindung resultierende Zahlungspflicht von durchschnittlich etwa 280 Euro über Gebühr belastet.

Eine über sechs Monate hinausgehende Laufzeit - im Extremfall bei voller Ausschöpfung der Frist des § 309 Nr. 9a BGB⁴¹⁵ - führt allerdings nicht zu einem angemessenen Interessenausgleich. Die betriebswirtschaftliche Planung der Studios erfordert keine längere Laufzeit. Dagegen können die Kunden den Nutzen des Vertrages und ihre Verpflichtungen daraus über einen längeren Zeitraum als sechs Monate häufig nicht überblicken.

Das zusätzliche Einräumen einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit innerhalb der sechsmonatigen Vertragsdauer, etwa in den ersten zwei Monaten, ist entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht für einen angemessenen Interessenausgleich nicht erforderlich.⁴¹⁶ Die Gegenauffassung stützt sich auf das Argument, der Kunde wisse bei Vertragsschluss nicht, wie sich das Training auf seine körperliche Integrität und seine Gesundheit auswirke.⁴¹⁷ Sollte der Kunde aber aufgrund seiner körperlichen Konstitution generell mit dem Training überfordert sein, so ist er durch das außerordentliche Kündigungsrecht aus der zwingenden Vorschrift des § 626 BGB hinreichend geschützt.⁴¹⁸ In allen anderen Fällen ist das Training für den Kunden im Studio nicht sinnlos. Es kann ihm zugemutet werden, seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen, d.h. die monatliche Zahlungen - die das Studio in seine Kalkulation einbezogen hat - zu leisten. Sein Interesse an der Lösung vom Vertrag ist in diesen Fällen nicht höher einzuschätzen als das betriebswirtschaftliche Interesse des Studios.

⁴¹⁴ So auch Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890; LG Köln, VuR 1992, 168 (169); AG Langen, NJW-RR 1995, 823; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 13; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (249); vgl. auch Palandt-Heinrichs, 56. Auflage, § 11 AGBG, Rz. 79 und Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag (Stand: Januar: 1995), Rz. 2, die ihre Ansicht inzwischen aufgegeben haben .

⁴¹⁵ Eine volle Ausschöpfung dieser Frist erwägt aber wohl der BGH, vgl. die Ausführungen unter § 6, A I und II 1a; auch in der Literatur wird dies inzwischen vertreten, so Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 87.

⁴¹⁶ So aber LG Köln, VuR 1992, 168 (169); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890; vgl. auch Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (249).

⁴¹⁷ LG Köln, VuR 1992, 168 (169); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890.

⁴¹⁸ Siehe dazu unten, § 8, B I.

d. "Heilung" unangemessener AGB durch Möglichkeit der Tarifwahl

Möglicherweise kann eine grundsätzlich unzulässige Vertragslaufzeit dennoch mit § 307 BGB vereinbar sein, wenn der Betreiber des Fitness-Studios dem Kunden die Wahl zwischen mehreren Vertragslaufzeiten einräumt. Wie bereits ausgeführt⁴¹⁹, kann der Vertragspartner eines Fitness-Studios regelmäßig zwischen mehreren Laufzeiten wählen. Häufig hat der Kunde die Wahl zwischen einer sechsmonatigen Erstlaufzeit bei einem höheren und einer Laufzeit von einem Jahr bei einem geringeren Entgelt. Es stellt sich die Frage, ob eine längere Vertragsdauer als sechs Monate durch den geringeren Preis gerechtfertigt werden kann.

Grundsätzlich wird eine unangemessene Klausel nicht durch einen geringeren Preis zu einer angemessenen.⁴²⁰ Der Grund liegt darin, dass sich die Behauptung des Verwenders, der Risikoverlagerung stehe ein entsprechender Preisvorteil gegenüber, der Nachprüfung entzogen ist, denn die Bezugsgröße des an sich berechtigten Preises kann objektiv nicht festgestellt werden.⁴²¹ Der Verwender könnte somit fast jede benachteiligende Bestimmung in seinen AGB durch die bloße Behauptung, er verlange ein entsprechend niedrigeres Entgelt, rechtfertigen. Einer Umgehung des § 307 BGB wären somit entgegen § 306a BGB "Tür und Tor geöffnet".

Eine Ausnahme ist in den Fällen in Betracht zu ziehen, in denen der Verwender eine zulässige mit einer isoliert betrachteten unzulässigen AGB kombiniert und dem Kunden die freie Wahl lässt, sich zwischen der zulässigen und der eigentlich unzulässigen - aber preisgünstigeren - Alternative zu entscheiden (sog. Tarifwahl). Dann gebietet es der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dem Kunden die Möglichkeit zu geben, die für ihn günstigere Lösung zu wählen. Voraussetzung ist aber, dass die Preisdifferenz zwischen den möglichen Alternativen angemessen ist und der höhere Preis für die isoliert betrachtete einzig zulässige Wahlmöglichkeit keinen Abschreckungseffekt ausübt.⁴²²

Die Wahlmöglichkeiten, die die Fitness-Studios in der Regel ihren Kunden einräumen, genügen diesen Anforderungen. Das monatliche Entgelt für eine zwölfmonatige Laufzeit ist im Durchschnitt etwa 15 % niedriger als das für eine sechsmonatige Vertragsdauer.⁴²³ Diese Preisdifferenz ist angemessen. Sie übt keinen zu starken Druck auf die Kunden aus, die eigentlich entschlossen sind die kürzere Laufzeit zu wählen. Dagegen haben Kunden, die von vornherein anstreben, langfristig zu

⁴¹⁹ Vgl. dazu oben, § 6, A I.

⁴²⁰ Allgemeine Meinung: BGHZ 77, 126 (131); BGHZ 83, 169 (180); BGH, NJW 1993, 2442 (2444); Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 28; MünchKomm-Basedow, § 9 AGBG, Rz. 20; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 137; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 110; jeweils m.w.N.

⁴²¹ Vgl. statt aller Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 109 m.w.N.

⁴²² BGHZ 77, 126 (134); Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 14; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 138; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 112; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 27.

⁴²³ Vgl. Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 31.

trainieren, ein berechtigtes Interesse daran, die preisgünstigere Alternative zu wählen.

Soweit die Studios aber dem Kunden einen weiteren Preisnachlass einräumen, um ihn 18 Monate zu binden, kann dies die Angemessenheit der Laufzeitbestimmung nicht begründen. Würden die Studios das monatliche Entgelt um weitere 15% reduzieren, so sähen sich die Kunden mit einem nur kurzfristigen Bindungswillen einem erheblichen Druck ausgesetzt. Bei der Wahl einer Laufzeit von 18 Monaten wäre das monatliche Entgelt 30% geringer. Die meisten Kunden beabsichtigen bei Vertragsschluss, langfristig zu trainieren, wenn sie sich auch nicht langfristig vertraglich binden wollen. Bei einem derart hohen Preisnachlass wäre die "Versuchung" sehr hoch, gegen die eigene Überzeugung doch einen langfristigen Vertrag abzuschließen. Bei dieser Konstellation übt der Preis der - isoliert betrachtet - einzig zulässigen Preisbestimmung einen Abschreckungseffekt auf den Kunden aus. Deshalb benachteiligt diese Tarifwahlmöglichkeit die Kunden unangemessen.

B. Stillschweigende Vertragsverlängerung

Kündigt der Kunde nicht innerhalb der vereinbarten Kündigungsfrist den Fitness-Vertrag, so verlängert sich dieser in der Regel automatisch um eine in den AGB festgelegte Verlängerungsdauer, in eher seltenen Fällen um unbestimmte Zeit.⁴²⁴

Soweit die Studios eine feste Verlängerungsdauer vorgeben, ist die Klauselgestaltung in der Praxis sehr uneinheitlich. Zum Teil finden sich Verlängerungsklauseln, mit denen sich der Vertrag genau um die gewählte Erstlaufzeit verlängert.⁴²⁵ Andere Studios hingegen legen die zusätzliche Vertragsdauer unabhängig von der ursprünglichen Laufzeit fest. Zumeist sehen die AGB Verlängerungen um sechs Monate⁴²⁶, nicht selten aber auch um 12 Monate⁴²⁷ vor.

Der XII. Senat des BGH hat eine Vertragsverlängerung von sechs Monaten bei einer Erstlaufzeit von ebenfalls sechs Monaten für unbedenklich gehalten.⁴²⁸ In Rechtsprechung und Literatur war vor dieser Entscheidung eine Tendenz

⁴²⁴ In solchen Fällen ist der Vertrag je nach Vertragsgestaltung mit einer Kündigungsfrist von einem bis zu drei Monaten kündbar. Eine solche Klauselgestaltung hat sich in der Praxis bisher aber nicht durchgesetzt. Gegen die Festlegung einer unbestimmten Verlängerungsdauer bestehen grundsätzlich keine rechtlichen Bedenken, denn sie ist für den Kunden in der Regel günstiger als die Festlegung einer bestimmten Zeitspanne und benachteiligt ihn demgemäß nicht unangemessen; vgl. aber OLG Hamm, NJW-RR 1992, 243.

⁴²⁵ Vgl. nur die zu beurteilenden Klauseln in OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243; LG Köln, NJW-RR 1988, 1084; LG Düsseldorf, VuR 1992, 171; AG Gelsenkirchen, NJW-RR 1989, 245.

⁴²⁶ So z.B. die Bestimmungen in BGH, NJW 1997, 739; OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (Vorinstanz); OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444; OLG Celle, NJW-RR 1995, 370.

⁴²⁷ Vgl. nur die Verlängerungsklauseln in OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015; LG Wuppertal, NJW-RR 1989, 1524; LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890; LG Köln, NJW-RR 1988, 1084; LG Düsseldorf, VuR 1992, 173; AG Kassel, NJW-RR 1989, 1525.

⁴²⁸ BGH, NJW 1997, 739.

dahingehend zu verzeichnen, dass eine sechsmonatige Vertragsverlängerung den Kunden unangemessen benachteiligt.⁴²⁹ Nunmehr erscheint auch die Billigung einer stillschweigende Vertragsverlängerung von bis zu zwölf Monaten durch die Rechtsprechung realistisch.⁴³⁰

Da sich die Studios heutzutage an den vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen halten⁴³¹, sind die üblichen Verlängerungsklauseln nicht gem. § 309 Nr. 9b BGB unwirksam. § 309 Nr. 9b BGB indiziert aber auch nicht das Gegenteil: Aus der Unwirksamkeit einer Verlängerungsdauer von mehr als einem Jahr, wie sie § 309 Nr. 9b BGB normiert, kann nicht gefolgert werden, dass die Wirksamkeit einer Verlängerung von bis zu einem Jahr grundsätzlich angemessen ist. Insoweit gelten die Ausführungen zur Erstlaufzeit entsprechend.⁴³²

I. Unwirksamkeit gem. § 308 Nr. 5 BGB

Möglicherweise ergibt sich die Unwirksamkeit aber aus § 308 Nr. 5 BGB. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung grundsätzlich unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben gilt. Man könnte zu dem Schluss neigen, dass die Verlängerungsklausel dem Schweigen eines Kunden die Bedeutung eines Einverständnisses mit der Vertragsverlängerung beilegt und daher grundsätzlich gem. § 308 Nr. 5 BGB unwirksam ist.⁴³³

Eine solche rechtliche Schlussfolgerung ist aber abzulehnen. Ihr ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der stillschweigenden Vertragsverlängerung nicht um eine fingierte Erklärung i.S.d. § 308 Nr. 5 BGB handelt. Die Vertragsverlängerung beruht gerade nicht auf einem Schweigen oder Unterlassen, sondern auf der schon bei Abschluss des Vertrages getroffenen Vereinbarung, dass sich der Vertrag ohne Kündigung verlängert.⁴³⁴

⁴²⁹ OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (34); OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 4; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (250); anders aber OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371); LG Frankfurt, NJW-RR 1991, 184; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 16; sogar für die Wirksamkeit einer zwölfmonatigen Verlängerung: LG Wuppertal, NJW-RR 1989, 1524.

⁴³⁰ So bereits LG Frankfurt, VuR 1998, 205 (207) mit Verweis auf die BGH-Rechtsprechung.

⁴³¹ Anders allerdings noch eine AGB-Bestimmung, die das OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 zu beurteilen hatte (Verlängerungsdauer von 18 Monaten in Fitness-Vertrag).

⁴³² Vgl. die Ausführungen zum Verhältnis von § 309 Nr. 9 BGB zu § 307 BGB unter § 6, A II.

⁴³³ So offensichtlich AG Kassel, NJW-RR 1989, 1525; vgl. aber auch Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 17, der das Urteil des AG Kassel anders versteht.

⁴³⁴ BGHZ 100, 373 (380); OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (33); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11, Rz. 17.

Jede andere Auslegung würde einen Wertungswiderspruch im Verhältnis von § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 9 BGB zu Tage treten lassen.⁴³⁵ § 309 Nr. 9b BGB geht nämlich wie selbstverständlich davon aus, dass eine stillschweigende Vertragsverlängerung in den AGB wirksam ist. Dagegen ist § 308 Nr. 5 BGB die Regelwertung zu entnehmen, dass eine Klausel unwirksam ist, mit der eine Erklärung fingiert wird. Erklärungsfiktionen i.S.d. § 308 Nr. 5 BGB sind nur deshalb nicht generell verboten worden, weil dies mit Rücksicht auf die Eigenarten im Massengeschäft der Versicherungen und Banken nicht angebracht erschien.⁴³⁶ Der Gesetzgeber ist also offensichtlich davon ausgegangen, dass es sich bei einer stillschweigenden Vertragsverlängerung nicht um eine fingierte Erklärung handelt. Mithin verstoßen die Verlängerungsklauseln in Fitness-Verträgen nicht gegen § 308 Nr. 5 BGB.⁴³⁷

II. Unwirksamkeit gem. § 307 II Nr. 1, I BGB

Die Unwirksamkeit kann sich weiterhin aus § 307 I BGB ergeben. In der Regel ist eine AGB gem. § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam, wenn sie nicht mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar ist. Nicht als wesentliche Grundgedanken können die Kündigungsregeln des Dienstvertragsrechts (§§ 620 II, 621 BGB) herangezogen werden. Denn sie beziehen sich - wie bereits erörtert⁴³⁸ - nur auf Verträge, deren Laufzeit von den Vertragsparteien von vornherein nicht bestimmt worden ist oder die sich gem. § 625 BGB auf unbestimmte Zeit verlängern.⁴³⁹ Dies ist beim Fitness-Vertrag regelmäßig nicht der Fall: Die Vertragsparteien vereinbaren eine Erstlaufzeit, nach deren Ablauf sich der Vertrag um eine bestimmte Zeitspanne verlängert, sofern keine Kündigung erfolgt. Es sind keine weiteren Vorschriften aus dem BGB ersichtlich, die als wesentliche Grundgedanken für die Beurteilung der Verlängerungsklauseln herangezogen werden könnten. Deshalb könnte man meinen, § 307 II Nr. 1 BGB helfe bei der Inhaltskontrolle nicht weiter.⁴⁴⁰

1. § 309 Nr. 9 BGB als möglicher wesentlicher Grundgedanke

Da der Begriff der "wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung" aber weit auszulegen ist⁴⁴¹, sind auch die Normen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst von § 307 II Nr. 1 BGB erfasst.⁴⁴² Demgemäß kann sich ein rechtlicher Vergleichsmaßstab grundsätzlich auch aus § 309 Nr. 9b BGB ergeben. Dieser Vorschrift ist möglicherweise der Rechtsgedanke zu entnehmen, dass die

⁴³⁵ Vgl. BGHZ 100, 373 (380).

⁴³⁶ Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses in BT-Drucks. 7/5422, S. 7.

⁴³⁷ BGHZ 100, 373 (380); OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (33); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11, Rz. 17.

⁴³⁸ Siehe oben, § 6, A III 1.

⁴³⁹ BGH, NJW 1997, 739; vgl. auch BGH, NJW 1993, 326 (328).

⁴⁴⁰ So BGH, NJW 1997, 739; BGH, NJW 1993, 326 (328).

⁴⁴¹ Siehe oben, § 3, B III 1.

⁴⁴² Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 68; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9, Rz. 136; Soergel-U. Stein, § 9 AGBG, Rz. 33.

Dauer der stillschweigenden Vertragsverlängerung hinter der ursprünglich vereinbarten Laufzeit zurückbleiben muss. Gem. § 309 Nr. 9 BGB kann eine Erstlaufzeit von bis zu zwei Jahren wirksam sein, während für die Verlängerungsperiode nur eine Zeitspanne von maximal einem Jahr möglich ist. Die Begrenzung der Vertragsverlängerung auf die halbe Erstlaufzeit - so wie sie in § 309 Nr. 9 BGB vorgesehen ist - könnte als wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung aufzufassen sein, von dem nur abgewichen werden darf, wenn ein sachlich rechtfertigender Grund besteht.

Ein wesentlicher Grundgedanke liegt allgemein dann vor, wenn der tragende Inhalt der gesetzlichen Regelung für die rechtliche Stellung des Vertragspartners und die angemessene Verteilung des Vertragsrisikos von wesentlicher Bedeutung sind.⁴⁴³ Dass die Festlegung von Laufzeiten in den AGB für die rechtliche Stellung des Kunden und für die angemessene Verteilung des Vertragsrisikos grundsätzlich von wesentlicher Bedeutung sind, liegt auf der Hand: Je länger der Vertrag läuft, desto höher ist die Gesamtbelastung für den Kunden, die aus dem Vertragsschluss resultiert.⁴⁴⁴

Die Bedeutung der Laufzeitklauseln ergibt sich anschaulich auch aus den Materialien zum AGB-Gesetz. Die Klauselverbote in § 309 BGB stellen nach dem Willen des Gesetzgebers überwiegend Konkretisierungen des in § 307 II BGB enthaltenen allgemeinen Gedankens dar, missbräuchliche Abweichungen vom Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung zu verbieten.⁴⁴⁵ Den Regelungen des § 309 BGB liegt die gesetzgeberische Wertentscheidung zugrunde, besonders evidente Abweichungen von Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu verbieten. § 309 Nr. 9 BGB basiert mithin auf grundsätzlichen Erwägungen des Gesetzgebers zur Angemessenheit von Laufzeit-Klauseln, die im Rahmen des § 307 II Nr. 1 BGB ihre Berücksichtigung finden können.

2. Allgemeiner Rechtsgedanke in § 309 Nr. 9 BGB

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass § 309 Nr. 9 BGB den allgemeinen Rechtsgedanken enthält, nur eine gegenüber der Erstlaufzeit halb so lange Verlängerungsperiode sei wirksam. Dass dies die Regel sein soll, ist im Gesetz *expressis verbis* nicht zum Ausdruck gekommen. § 309 Nr. 9 BGB legt nämlich - wie bereits mehrfach betont - nur absolute Höchstfristen fest. Insoweit bezieht sich die Regelung nur auf den Extremfall, in dem der Verwender die Laufzeiten des § 309 Nr. 9 BGB voll ausschöpft.

⁴⁴³ Vgl. dazu die Ausführungen oben, § 3, B III 1.

⁴⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

⁴⁴⁵ Vgl. Teilbericht I, S. 57.

Die Bedeutung des § 309 Nr. 9 BGB ist deshalb untrennbar mit der Beantwortung der Frage verknüpft, was den Gesetzgeber dazu bewogen haben könnte, die höchstzulässige Verlängerungsdauer auf die halbe Erstlaufzeit zu beschränken. Ist die Beschränkung Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der dem Gesetzgeber vorschwebte, so ist dieser als wesentlicher Grundgedanke im Rahmen der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen.

Aus den Materialien zum AGBG lässt sich nicht ohne weiteres entnehmen, ob die unterschiedlichen Zeitspannen in § 11 Nr. 12 a und b AGBG a.F. (heute: § 309 Nr. 9 a, b BGB) Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sein sollen. In der Begründung zum CDU/CSU-Entwurf⁴⁴⁶ und im Bericht des Rechtsausschusses⁴⁴⁷ finden sich keine Ausführungen zur Differenz der Laufzeiten, obwohl eine solche in den Entwürfen jeweils vorgesehen war. Zwar sind in den Erwägungen zum Regierungsentwurf⁴⁴⁸ nähere Ausführungen zur Bedeutung des § 9 Nr. 12b RegE (entspricht § 309 Nr. 9 BGB) gemacht worden; diese können aber nur bedingt herangezogen werden, denn § 9 Nr. 12b RegE ist nicht Gesetz geworden⁴⁴⁹ und sah überdies auch keine quantitative Abweichung zwischen Erstlaufzeit und Verlängerungsperiode vor.

Dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte ist zwar ein allgemeiner Rechtsgedanke, die stillschweigende Vertragsverlängerung auf die halbe Erstlaufzeit zu begrenzen, nicht zu entnehmen, mit ihnen lässt sich aber ebensowenig das Gegenteil begründen. Abzustellen ist deshalb auf die sachlichen Gründe, die den Gesetzgeber zum Erlass des § 309 Nr. 9 BGB bewogen haben. Diese sprechen dafür, dass die Verlängerungsdauer nur die halbe Erstlaufzeit ausmachen darf.

Die Begrenzung der Laufzeit in § 309 Nr. 2a BGB basiert vor allem auf der Tatsache, dass der Kunde nur für eine begrenzte Zeit überblicken kann, ob und inwieweit sein persönlicher bzw. wirtschaftlicher Nutzen, den er durch die vertragliche Leistung des Verwenders erhält, in der Folgezeit erhalten bleibt.⁴⁵⁰ Es versteht sich von selbst, dass der Kunde im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seine Vorteile, die ihm der Vertrag während der Erstlaufzeit bietet, weitaus besser überblicken kann, als ihm dies zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich der Verlängerungsperiode möglich ist. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die stillschweigende Vertragsverlängerung nicht auf einem bewussten Verhalten des Kunden während der Erstlaufzeit beruht, sondern auf derselben Willenserklärung, durch die sich der Kunde bereits für die Mindestvertragsdauer verpflichtet hat.⁴⁵¹

⁴⁴⁶ BT-Drucks. 7/3200, S. 18 f.

⁴⁴⁷ BT-Drucks. 7/5422, S. 9 f.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

⁴⁴⁹ Vgl. Wolf, JZ 1987, 833.

⁴⁵⁰ BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

⁴⁵¹ Vgl. die vorstehenden Ausführungen unter § 6, B I.

Würde sich der Vertrag durch eine autonome Willenserklärung des Kunden während der Erstlaufzeit verlängern, so wäre eine Vertragsverlängerung um die Mindestvertragsdauer sicherlich angemessen. Da dies aber gerade nicht der Fall ist, muss die zulässige Dauer der Verlängerungsperiode hinter der Erstlaufzeit zurückbleiben. Beim Vertragsschluss richtet sich die Aufmerksamkeit des Kunden in der Regel hauptsächlich - nicht selten sogar ausschließlich - auf die Erstlaufzeit. Im Hinblick auf sie bewertet der Kunde seinen persönlichen und wirtschaftlichen Nutzen einerseits und seine Vertragspflichten andererseits. Die Vertragsverlängerung nimmt der Kunde dagegen häufig nur rudimentär in seinen Willen auf. Entweder übersieht er die Möglichkeit der stillschweigenden Vertragsverlängerung ganz oder er misst ihr wegen der Kündigungsmöglichkeit nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Da die Kunden zudem erfahrungsgemäß ihre Kündigungsobliegenheit häufig vergessen oder aus Nachlässigkeit die Kündigungsfrist versäumen, was dem Gesetzgeber bewusst war⁴⁵², konnte nur eine gesetzliche Regelung sachgerecht sein, die eine Verlängerungsdauer unterhalb der Erstlaufzeit vorsieht. Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die maximal Laufzeiten in § 309 Nr. 9 BGB auch getroffen. Weil diese sachlichen Erwägungen bei allen von § 309 Nr. 9 BGB erfassten Vertragstypen gleichermaßen die Interessenlage der Kunden kennzeichnen, kann dieser Vorschrift der allgemeine Rechtsgedanke entnommen werden, dass sich ein Vertrag im Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich nur um die halbe Erstlaufzeit verlängern darf.⁴⁵³

III. Schlussfolgerung für den Fitness-Vertrag

Daraus folgt für Fitness-Verträge, die eine sechsmonatige Erstlaufzeit vorsehen: Eine in den AGB festgelegte Verlängerungsdauer von drei Monaten ist wirksam. Dagegen benachteiligen Verlängerungsperioden, die einen Zeitraum von drei Monaten überschreiten, die Kunden unangemessen.⁴⁵⁴ Die unangemessene Benachteiligung ist durch § 307 II BGB indiziert. Die Abweichung vom Rechtsgedanken des § 309 Nr. 9 BGB kann nur durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden. Ein solcher sachlicher Grund ist im Bereich der Fitness-Verträge aber nicht ersichtlich. So gebietet etwa das Planungs- und Rentabilitätsinteresse der Studios bei gleichzeitiger Berücksichtigung der - gerade dargestellten - Kundeninteressen keine über eine dreimonatige Dauer hinausgehende Vertragsverlängerung.⁴⁵⁵ Diese Ausführungen

⁴⁵² Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 37.

⁴⁵³ So im Ergebnis auch Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (250); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 12 AGBG, Rz. 6; mit ähnlicher Tendenz OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 (244); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55 (56); vgl. auch OLG Düsseldorf, VuR 1996, 32 (33).

⁴⁵⁴ So auch Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 4; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 16; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (250).

⁴⁵⁵ Vgl. die Ausführungen zur Erstlaufzeit oben, § 6, A III 2.

gelten entsprechend auch für Verträge, die aufgrund einer zulässigen Tarifwahl eine Erstlaufzeit von zwölf Monaten vorsehen: Hier kann eine Verlängerungsdauer von sechs Monaten vereinbart werden, ohne dass dies den Kunden unangemessen benachteiligt.

C. Ordentliche Kündigung

Die typischen Fitness-Verträge verlängern sich jeweils stillschweigend um die vereinbarte Verlängerungsdauer, wenn der Kunde nicht frist- und formgerecht kündigt.

I. Kündigungsfrist

Häufig finden sich in den Verträgen Kündigungsfristen von drei Monaten.⁴⁵⁶ Aber auch Kündigungsfristen von zwei Monaten oder darunter sind geläufig.⁴⁵⁷ Darüber hinausgehende Kündigungsfristen sind schon deshalb in der Praxis wenig verbreitet, da § 309 Nr. 9c BGB die äußerste zumutbare Kündigungsfrist mit drei Monaten festlegt.

Fraglich ist, ob Kündigungsfristen von zwei oder drei Monaten wirksam in den AGB festgelegt werden können. Sie könnten die Kunden deshalb unangemessen benachteiligen, weil sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar sind. In Betracht kommt eine Abweichung von der gesetzlichen Kündigungsfrist des § 621 Nr. 3 BGB. Nach dieser Vorschrift können Dienstverträge spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Kalendermonats gekündigt werden. Der Kunde kann somit, je nachdem an welchem Kalendertag er kündigt, die Beendigung des Vertrages innerhalb von zwei bis sechs Wochen herbeiführen. Er ist im Schnitt etwa noch vier Wochen an den Vertrag gebunden.

Anders als bei der Inhaltskontrolle von Klauseln, welche die Erstlaufzeit und die Verlängerungsdauer betreffen⁴⁵⁸, kann § 621 BGB im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 II Nr. 1 BGB herangezogen werden.⁴⁵⁹ Die gesetzliche Kündigungsfrist stellt einen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung dar, denn sie beeinflusst die Dauer der Vertragsbindung des Kunden und ist deshalb für die angemessene Verteilung des Vertragsrisikos von erheblicher Bedeutung. Da die Kündigungsfristen des

⁴⁵⁶ Vgl. z.B. die Klauseln in OLG Celle, NJW-RR 1995, 370; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243; LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (206).

⁴⁵⁷ Vgl. nur die AGB-Bestimmungen in LG Dortmund, VuR 1992, 163 (2 Monate); LG Darmstadt, NJW-RR 1991, 1015 (6 Wochen); LG Köln, NJW-RR 1988, 1084 (6 Wochen); LG Dortmund, VuR 1992, 174 (6 Wochen); LG Düsseldorf, VuR 1992, 171 (1 Monat); LG Saarbrücken, NJW-RR 1990, 890 (1 Monat).

⁴⁵⁸ Vgl. die Ausführungen oben, § 6, A III 1 und § 6, B II.

⁴⁵⁹ Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 5; ähnlich auch OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445) und OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371), das allerdings auf § 565 I Nr. 3 BGB (Raummiete) abstellt.

§ 621 BGB sogar für Verträge gelten, die auf unbestimmte Zeit geschlossen werden, die also die für den Kunden günstigere jederzeitige Kündigung zulassen, muss dies erst recht für Verträge gelten, deren Kündigung nur zum Ende der Erstlaufzeit oder der jeweiligen Verlängerungsperiode zulässig ist. Dem steht auch nicht § 309 Nr. 9c BGB entgegen. Zwar können auch im Einzelfall Kündigungsfristen bis zu drei Monaten zulässig sein. § 309 Nr. 9 BGB hat aber - wie bereits erörtert - keine Indizwirkung.⁴⁶⁰

Soweit die Kündigungsfristen des § 621 BGB überschritten werden und sich im Rahmen des § 309 Nr. 9c BGB bewegen, bedarf es zu ihrer Wirksamkeit eines sachlichen, die Abweichung rechtfertigenden Grundes. Ansonsten greift die Vermutung des § 307 II Nr. 1 BGB. Die Festlegung der Kündigungsfrist ist dann unwirksam. An ihre Stelle tritt gem. § 306 II BGB die gesetzliche Kündigungsfrist des § 621 Nr. 2 BGB.

Da der Kunde bei Zugrundelegung der gesetzlichen Kündigungsfrist im Schnitt noch vier Wochen an den Vertrag gebunden ist, weicht eine Kündigungsfrist von einem Monat nicht erheblich von § 621 Nr. 3 ab und ist deshalb wirksam.⁴⁶¹ Darüber hinausgehende Kündigungsfristen sind dagegen mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar.⁴⁶² Ein sachlicher Grund, der die Abweichung rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Es ist insbesondere darauf zu verweisen, dass die Fitness-Studios sich statistischer Wahrscheinlichkeiten bedienen und damit die Zahl der Kündigungen in etwa vorhersehen können.⁴⁶³ Folglich sind AGB-Bestimmungen, die eine Kündigungsfrist von mehr als einem Monat vorsehen, gem. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam.⁴⁶⁴

II. Kündigungsform

In den Kündigungsklauseln ist zumeist das Erfordernis festgelegt, die Kündigung schriftlich zu erklären. In manchen Verträge ist die Wirksamkeit der Kündigungserklärung davon abhängig, dass die Kündigung per Einschreiben erfolgt.

Soweit die Übermittlung der Kündigung durch Einschreiben vorgesehen ist, verstößt die AGB gegen § 309 Nr. 13 BGB. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung

⁴⁶⁰ Siehe oben, § 6, A II.

⁴⁶¹ Allgemeine Meinung, vgl. nur Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 18; Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 5; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673.

⁴⁶² Im Ergebnis anderer Ansicht aber OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371); Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, §§ 9-11, Rz. 673; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 87 - Kündigungsfrist von drei Monaten wirksam.

⁴⁶³ Vgl. die Ausführungen oben, § 6, A III 2 c.

⁴⁶⁴ So Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 5; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (250); Schröder, VuR 1992, 158 (160); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 12, Rz. 22.

unwirksam, die für rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber dem Verwender eine strengere Form als die Schriftform vorsieht. Eine strengere Form als die Schriftform liegt nicht nur dann vor, wenn dem Kunden vorgeschrieben wird, die Form der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB) oder der öffentlichen Beglaubigung zu benutzen, sondern auch, wenn ihm die Übermittlung per Einschreiben auferlegt wird.⁴⁶⁵ Daher ist ein in den AGB festgelegtes Erfordernis, per Einschreiben zu kündigen, stets unzulässig.

Dagegen ist das Vorsehen der bloßen Schriftform zulässig. Es muss hier nicht erörtert werden, ob sich dies wirklich aus einem Umkehrschluss zu § 309 Nr. 13 BGB ergibt, wie die h.M. annimmt.⁴⁶⁶ Eine solche AGB-Bestimmung benachteiligt jedenfalls den Kunden nicht unangemessen i.S.d. § 307 I BGB. Eine schriftliche Kündigung vermeidet Unklarheiten im Verhältnis zwischen Studio und Kunden. Dagegen birgt eine mündliche Erklärung die Gefahr in sich, dass das Studio sie vergisst.

Mündliche Erklärungen lassen sich häufig erheblich schwerer beweisen als schriftliche. Schließlich verdeutlicht eine schriftliche Kündigung auch die Ernsthaftigkeit der Willenserklärung. Dies ist etwa von Belang, wenn ein Kunde anlässlich eines Streites im Studio vorschnell mündlich die Kündigung erklärt, obwohl er dies bereits nach kurzer Zeit bereut. Das Schriftformerfordernis kommt somit beiden Vertragsparteien zugute. Es stellt für den Kunden auch keine erhebliche Belastung dar, seine Kündigung schriftlich zu formulieren.

§ 7 Zahlung

A. Lastschriftverfahren

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen regelmäßig eine Bestimmung vor, nach der die jeweils fälligen Beträge im Wege des Lastschriftverfahrens zu zahlen sind. Im Vertragsformular ermächtigt der Kunde das Studio, die Beträge mittels Lastschrift einzuziehen. Die heute h.M. geht von der Wirksamkeit einer solche Vertragsgestaltung aus.⁴⁶⁷ Dagegen ist sie von einigen Gerichten als unangemessen i.S.d. § 307 I BGB eingestuft und damit für unwirksam erklärt worden.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ BGH, NJW 1985, 2585 (2587); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 16, Rz. 7; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 16, Rz. 8; Palandt-Heinrichs, § 308, Rz. 105.

⁴⁶⁶ So BGH, NJW-RR 1989, 625; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 16, Rz. 6; Palandt-Heinrichs, § 308, Rz. 104; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 16, Rz. 5.

⁴⁶⁷ BGH, NJW 1996, 988; OLG Nürnberg, NJW-RR 1995, 1144 (1145); Häuser, ZBB 1995, 285 (287); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, Anh. §§ 9-11, Rz. 459a; Staudinger-M. Coester, § 9, Rz. 425; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 124.

⁴⁶⁸ OLG Koblenz, NJW-RR 1994, 689 (691); LG München, VuR 1994, 362 (363); wohl auch OLG Frankfurt, NJW-RR 92, 1207; ähnlich schon LG München I, WuM 1979, 143 bei der Beurteilung eines Vertrages, der noch nach alter Rechtslage zu entscheiden war.

Die Lastschriftklausel ist einer Inhaltskontrolle gem. § 307 I BGB zu unterziehen. Sie ist als Preisnebenabrede kontrollunterworfen. Da sich aus den §§ 309, 308 BGB keine Anhaltspunkte für ihre Unwirksamkeit ergeben und auch keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ersichtlich ist, muss ihre Wirksamkeit am Maßstab der Generalklausel geprüft werden.

I. Vorteile des Lastschriftverfahrens

Das Lastschriftverfahren bietet den Studios und auch den Kunden einige Vorteile. Diese resultieren daraus, dass die Geldschuld des Kunden durch die Vereinbarung des Lastschrifteinzugs von einer qualifizierten Schickschuld (§ 270 BGB) zu einer Holschuld wird.⁴⁶⁹

1. Vorteile für die Fitness-Studios

Das Lastschriftverfahren hat für die Studios den Vorteil, dass sie selbst die Initiative für den Einzug der ihm zustehenden Forderung ergreifen können.⁴⁷⁰ Sie erhalten ihre Forderungen daher grundsätzlich rechtzeitig gutgeschrieben, d.h. unmittelbar nach Fälligkeit. Dies führt zu erheblichen Zins- und Liquiditätsvorteilen. Die Fitness-Studios sind nur in seltenen Fällen gezwungen, Mahnungen auszusprechen. Zudem lassen sich die Zahlungseingänge einfacher buchungsmäßig erfassen.⁴⁷¹ Aus diesen Gründen können die Studios mit dem Lastschriftverfahren ihre Verwaltung rationaler organisieren, was ein berücksichtigungsfähiger Umstand⁴⁷² ist.

2. Vorteile für die Kunden

Das Lastschriftverfahren ist aber auch für die Kunden von Vorteil. Es erspart dem Kunden die Mühe, Einzelüberweisungen zu tätigen, wiederholt Schecks auszustellen oder Barzahlungen vorzunehmen.⁴⁷³ Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung hat weitgehend der Gläubiger die Verantwortung. Sofern das Konto des Gläubigers eine ausreichende Deckung aufweist, kann er grundsätzlich nicht in Zahlungsverzug geraten.

II. Mögliche Nachteile für die Kunden

Allein die Vorteile können die Angemessenheit der Lastschriftklausel aber noch nicht begründen. Möglicherweise bestehen auch erhebliche Nachteile für den Kunden, aus den sich die Unwirksamkeit der Klausel ergibt.

⁴⁶⁹ Vgl. nur Rottbauer, WM 1995, 272 (273) m.w.N.

⁴⁷⁰ Vgl. BGH, NJW 1996, 988 (989); Jacobs, D IV 2.

⁴⁷¹ Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 529; Jacobs, D IV 2.

⁴⁷² BGH, NJW 1996, 988 (989); v. Hoyningen-Huene, Rz. 188; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. 55.

⁴⁷³ Vgl. nur OLG Koblenz, NJW-RR 1994, 689 (691); Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 529.

1. Einschränkung der Dispositionsfreiheit

Zunächst ist an eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit zu denken. Die Lastschriftabrede begründet für den Kunden die Pflicht, ein Girokonto bei einer Bank zu unterhalten. Den Kunden obliegt es, für eine ausreichende Deckung des Kontos im Hinblick auf die zu erwartenden - also die berechtigten - Belastungen zu sorgen.⁴⁷⁴

Diese Beschränkung der Dispositionsfreiheit ist aber nicht so erheblich, als dass sie die Unangemessenheit der Klausel begründen könnte.⁴⁷⁵ Das Unterhalten eines Girokontos ist nämlich heutzutage weitgehend üblich und für einen geregelten Wirtschaftsablauf nahezu unverzichtbar. Ein Schuldner, der fällige Forderungen durch Dauerauftrag oder Einzelüberweisung begleicht, muss ebenfalls für das Vorhandensein einer ausreichenden Deckung des Kontos sorgen.⁴⁷⁶ Die Schuldnerbank, also die Bank des Kunden, ist überdies gegenüber dem Schuldner gehalten, ihn auf die fehlende Deckung einer vorgelegten Lastschrift hinzuweisen, so dass ihn die fehlende Belastung des Kontos regelmäßig nicht überraschen wird.⁴⁷⁷

2. Insolvenzrisiko

Möglicherweise trägt der Kunde aber das Insolvenzrisiko für den Fall, dass das Fitness-Studio unberechtigte Abbuchungen vornimmt und anschließend in Konkurs fällt.

a. Art des Lastschriftverfahrens

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Schuldner einer unberechtigten Abbuchung widersprechen kann. Diese Frage ist unterschiedlich zu beantworten, je nachdem ob die Vereinbarung der Fitness-Studios mit ihren Kunden als Abbuchungsauftragsverfahren oder als Einzugsermächtigungsverfahren zu qualifizieren ist.⁴⁷⁸ Im Rahmen des Abbuchungsauftragsverfahrens erteilt der Schuldner der Zahlstelle den Auftrag, zugunsten eines bestimmten Empfängers vorgelegte Lastschriften einzulösen.⁴⁷⁹ Dagegen erfolgt im Einzugsermächtigungsverfahren der Einzug von Lastschriften im Valutaverhältnis aufgrund einer vom Schuldner dem Gläubiger erteilten Einzugsermächtigung.⁴⁸⁰ Da die typische Lastschriftklausel in den Fitness-Verträgen bestimmt, dass die Kunden das Studio zum Einzug der Forderung

⁴⁷⁴ BGH, NJW 1996, 988 (990); Vortmann, EWiR, § 9 AGBG, 10/95, 1043 (1044).

⁴⁷⁵ So auch BGH, NJW 1996, 988 (990); OLG Nürnberg, NJW-RR 1995, 1144 (1145); Häuser, ZBB 1995, 285 (294); Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 425.

⁴⁷⁶ OLG Nürnberg, NJW-RR 1995, 1144 (1145); Häuser, ZBB 1995, 285 (294).

⁴⁷⁷ BGH, ZIP 1989, 563; Häuser, ZBB 1985, 285 (294).

⁴⁷⁸ Beim Abbuchungsauftragsverfahren kann der Schuldner im Unterschied zum Einzugsermächtigungsverfahren eine Einzelanweisung nur bis zur Einlösung der Lastschrift widerrufen, vgl. Meder, JuS 1996, 89 (92).

⁴⁷⁹ BGHZ 69, 82 (85); 72, 343 (345); Bundschuh, FS Stimpel, S. 1039 (1040); Meder, JuS 1996, 89 (91).

⁴⁸⁰ BGH, NJW 1996, 988 (989); Meder, JuS 1996, 89 (91); Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 528.

ermächtigen, handelt es sich hierbei um die Vereinbarung des Einzugsermächtigungsverfahrens.

b. Widerspruchsmöglichkeit des Kunden

Das Risiko des Konkurses trägt der Schuldner nicht, wenn er der Belastung seines Kontos aufgrund einer Einzugsermächtigung gegenüber seiner Bank widersprechen und dadurch die Stornierung der Belastungsbuchung erreichen kann.⁴⁸¹ Aus den Giroverträgen der Banken mit ihren Kunden ergibt sich zunächst die Möglichkeit, einer Kontobelastung durch unberechtigten Lastschrifteinzug zu widersprechen und Wiedergutschrift des abgebuchten Betrages zu verlangen.⁴⁸² Den Schuldner trifft dabei keine Begründungspflicht.

aa. Frist von sechs Wochen

Möglicherweise ist das Widerrufsrecht aber auf sechs Wochen befristet. Das Lastschriftabkommen der Banken (LSA)⁴⁸³ sieht vor, dass die Wiedervergütung einer Lastschrift aufgrund des Widerspruchs des Zahlungspflichtigen nur innerhalb einer Widerspruchsfrist von sechs Wochen erfolgen kann (Abschnitt III Nr. 1, 2 LSA).

Daraus folgt aber nicht, dass nach Ablauf von sechs Wochen das Widerspruchsrecht des Kunden erlischt und der Kunde das Insolvenzrisiko des Gläubigers bei unberechtigtem Einzug zu tragen hat.⁴⁸⁴ Das Lastschriftabkommen der Banken gilt nämlich nur inter partes zwischen den Banken und entfaltet keine Außenwirkung im Verhältnis Bank - Kunde.⁴⁸⁵ Die sechswöchige Frist bedeutet lediglich, dass nach sechs Wochen das Insolvenzrisiko von der Gläubigerbank auf die Schuldnerbank übergeht.⁴⁸⁶

bb. Unbefristetes Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht des Kunden ist vielmehr unbefristet. Solange der Kunde die Abbuchung nicht anerkennt oder nachträglich genehmigt, kann er ihr rechtserheblich widersprechen. Dahinstehen kann dabei die Frage, wie das Einzugsermächtigungsverfahren dogmatisch zu erklären ist, denn die unterschiedlichen Theorien kommen zum gleichen Ergebnis.

⁴⁸¹ Bundschuh, FS Stimpel, S. 1039 (1041); Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, § 56, Rz. 69.

⁴⁸² BGHZ 95, 103 (106); BGH, NJW 1996, 988 (989); Bundschuh, FS Stimpel, S. 1039 (1042); Palandt-Thomas, § 675, Rz. 13; Häuser, ZBB 1995, 285 (290).

⁴⁸³ Abgedruckt in Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 536.

⁴⁸⁴ So aber OLG Koblenz, NJW-RR 1994, 689 (691 f.); LG München, VuR 1994, 362 (363).

⁴⁸⁵ So ausdrücklich in Abschnitt IV Nr. 1 LSA geregelt, vgl. Rottbauer, WM 1995, 272 (273): dies verkennen offenbar das OLG Koblenz und das LG München (vgl. die vorstehende Fn.).

⁴⁸⁶ BGH, NJW 1996, 988 (989); OLG Nürnberg, NJW-RR 1995, 1144 (1145); Häuser, ZBB 1995, 285 (292); Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 559, 588.

Nach der *Ermächtigungstheorie*⁴⁸⁷ befolgt die Schuldnerbank mit der Einlösung der Lastschrift eine Weisung des Gläubigers, die dieser in eigenem Namen erteilt. Die Weisung muss sich der Schuldner analog § 185 I BGB zurechnen lassen, wenn er dem Gläubiger eine Einzugsermächtigung erteilt hat.⁴⁸⁸ Bei unberechtigtem Einzug hat der Schuldner aber keine entsprechende Weisung erteilt. Aus diesem Grund kann er die Einlösung nach der Ermächtigungstheorie grundsätzlich jederzeit widerrufen.

Nach der *Genehmigungstheorie*⁴⁸⁹ zieht der Gläubiger die Lastschrift ohne (rechts-erhebliche) Weisung des Schuldners ein. Die Bank belastet das Konto ihres Kunden in Erwartung der Genehmigung. Im Verhältnis Bank - Kunde erfolgt die Belastung jedoch zunächst rechtsgrundlos. Der Schuldner kann daher solange die Rückgängigmachung der Kontobelastung verlangen, bis der Bank durch seine Genehmigung ein Aufwendungsersatzanspruch gegen ihn aus §§ 684 S. 2, 683 S. 1, 670 BGB zusteht.⁴⁹⁰ Dabei kann eine rechtsgeschäftliche Genehmigung des Kunden nicht daraus hergeleitet werden, dass er den Kontoauszug entgegennimmt, ohne der unberechtigten Kontobelastung unverzüglich zu widersprechen.⁴⁹¹ Folglich besteht auch nach der Genehmigungstheorie ein grundsätzlich unbefristetes Widerrufsrecht des Kunden.

Es lässt sich daher konstatieren: Den Kunden trifft nicht das Insolvenzrisiko, falls das Studio unberechtigte Forderungen einzieht.

3. Schadensersatzansprüche der Bank

Allerdings kann sich der Kunde im Einzelfall Schadensersatzansprüchen der Bank ausgesetzt sehen. Aufgrund des Girovertrages zwischen der Bank und dem Kunden besteht dessen Pflicht, die Kontoauszüge zu kontrollieren und gegebenenfalls unberechtigte Kontobelastungen zu beanstanden (Nr. 11 AGB der Banken).⁴⁹² Unterlässt es der Kunde schuldhaft, die Bank davon zu informieren, dass sein Konto durch einen unberechtigten Lastschrifteinzug belastet worden ist, so entsteht der Bank nach Ablauf der sechswöchigen Frist des LSA bei Insolvenz des Einziehenden ein

⁴⁸⁷ Sie wird vor allem von Canaris, WM 1980, 354 (361) und Bankvertragsrecht, Rz. 532 vertreten; ihm folgen u.a.: OLG Düsseldorf, WM 1976, 935 (936); WM 1978, 769 (770 f.); OLG Hamm, BB 1977, 1275; Putzo, S. 50; Claussen, § 7, Rz. 28; Hollmann, JA 1977, 546 (547).

⁴⁸⁸ Vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 532.

⁴⁸⁹ Diese wird von der h.M. vertreten, vgl. nur BGH, NJW 1996, 988 (989); Hadding, FS Bärman, S. 375 (389 f.); Häuser, ZBB 1995, 285 (292); Schön, AcP 198 (1998), 401 (416); Denck, ZHR 144 (1980), 171 (175); Bauer, WM 1981, 1186 (1187); Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, § 57, Rz. 56.

⁴⁹⁰ Häuser, ZBB 1995, 285 (292); Bundschuh, FS Stimpel, S. 1039 (1047).

⁴⁹¹ BGHZ 93, 207 (209 f.); 95, 103 (108); BGH, NJW 1996, 988 (989); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 23, Rz. 703; Meder, JuS 1996, 89 (92); Bundschuh, FS Stimpel, S. 1039 (1047).

⁴⁹² BGH, NJW 1996, 988 (989); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 23, Rz. 703; Vortmann, EWiR, § 9 AGBG, 10/95, 1043 (1044).

Schaden. Sie hat dann gegen den Kunden einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB n.F. (pVV des Girovertrags).

4. Abwägung der Vor- und Nachteile

Es stellt sich daher die Frage, ob in dem möglichen Schadensersatzanspruch der Bank eine unangemessene Benachteiligung des Kunden gesehen werden kann, gegenüber der das berechnete Rationalisierungsinteresse der Studios zurücktreten muss. Im Ergebnis ist dies nicht der Fall.

Die Pflicht, die Kontoauszüge zu kontrollieren, besteht gem. Nr. 11 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken unabhängig davon, ob eine Einzugsermächtigung erteilt worden ist oder nicht.⁴⁹³ Das Risiko, dass es zu einer ungerechtfertigten Buchung kommen kann, ist durch die Erteilung einer Einzugsermächtigung zwar höher, als wenn der Kunde keine derartige Ermächtigung erteilt hat. Im Regelfall wird eine ungerechtfertigte Abbuchung dem Kunden aber auffallen und ihn dazu veranlassen, der Buchung umgehend zu widersprechen. Insgesamt ist daher das Risiko, dass sich der Kunde Schadensersatzansprüchen der Bank ausgesetzt sieht, als eher gering einzustufen. Zu bedenken ist überdies, dass an die Kontrollpflicht, "um der Gefahr einer Überspannung der für den Kunden zumutbaren Aufmerksamkeit"⁴⁹⁴ entgegenzuwirken, relativ geringe Maßstäbe anzulegen sind, d.h. nicht jedes leicht fahrlässige Verhalten, das geeignet ist, einen Schaden auf Seiten der Bank zu verursachen, stellt eine Verletzung der Kontrollpflicht im Rechtssinne dar⁴⁹⁵.

Nach alledem ist auch im Hinblick auf das Rationalisierungs- und Liquiditätsinteresse der Studios und die Vorteile, die den Kunden durch das Einzugsermächtigungsverfahren zuteil werden, von der Angemessenheit der Lastschriftklauseln auszugehen. Sie verstoßen folglich nicht gegen § 307 I BGB.

B. Vorleistungspflicht

Regelmäßig enthalten die Vertragsformulare eine Klausel, die dem Kunden die Vorleistungspflicht auferlegt. Die monatliche Forderung des Fitness-Studios wird dann zumeist am ersten Tag des Monats fällig und - wenn das Lastschriftverfahren vereinbart wurde - vom Konto des Kunden abgebucht. Der Kunde erbringt somit bereits am Anfang des Monats seine Leistung und damit vor Inanspruchnahme des Studioangebots.

⁴⁹³ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 23, Rz. 703; Vortmann, EWiR, § 9 AGBG, 10/95, 1043 (1044); Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 425; Baumbach/Hopt, AGB-Banken, Nr. 11, Rz. 9.

⁴⁹⁴ BGHZ 72, 9 (15); BGH, NJW 1996, 988 (989).

⁴⁹⁵ Vgl. etwa BGHZ 72, 9 (14); 73, 207 (211); 95, 103 (108); OLG Düsseldorf, WM 1987, 1215 (1217); Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 23, Rz. 703.

I. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 2a BGB

Eine solche Vertragsgestaltung verstößt scheinbar gegen § 309 Nr. 2 BGB.⁴⁹⁶ Nach dieser Vorschrift ist eine Klausel unwirksam, die das Leistungsverweigerungsrecht des Vertragspartners nach § 320 BGB oder aber ein Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausschließt oder einschränkt. Die Einreden der §§ 320, 273 BGB kann der Kunde im Hinblick auf mögliche Leistungsstörungen innerhalb des Monats, für den er vorleistet, nicht mehr erheben. Aus diesem Grunde könnte man meinen die Voraussetzungen des § 309 Nr. 9a und b BGB lägen vor.

Dies ist aber nicht der Fall. § 309 Nr. 2a BGB setzt nämlich begrifflich voraus, dass dem Kunden ein Leistungsverweigerungsrecht überhaupt zusteht; das gleiche gilt für das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB (lit. b). § 320 BGB setzt für das Entstehen des Leistungsverweigerungsrechts voraus, dass keine Vorleistungspflicht besteht ("es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist"). Ebenso kann ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB nur geltend gemacht werden, "sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt". Folglich sind im Falle der Vereinbarung einer Vorleistungspflicht schon die tatbestandlichen Voraussetzungen, welche die §§ 320, 273 BGB für das Entstehen der Gegenrechte des Kunden festlegen, nicht gegeben.⁴⁹⁷ So banal es klingen mag: Rechte, die nie bestanden haben, können naturgemäß auch nicht eingeschränkt werden.

Diese Argumentation deckt sich mit der Entstehungsgeschichte des AGBG.⁴⁹⁸ Die beim BMJ gebildete und mit den Vorarbeiten zum AGBG betraute Arbeitsgruppe hatte geprüft, ob die Vereinbarungen von Vorleistungspflichten zu verbieten seien.⁴⁹⁹ Sie stellte dabei fest, dass mit Vorleistungsklauseln im Rechtsverkehr kein Missbrauch getrieben worden war und dass mitunter gute sachliche Gründe für die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht sprechen können.⁵⁰⁰ Deshalb hat die Arbeitsgruppe ein absolutes Vorleistungsverbot für nicht erforderlich gehalten. Diese Auffassung hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Materialien⁵⁰¹ zu eigen gemacht, wie es auch § 309 Nr. 8 b, dd BGB belegt. Diese Vorschrift geht wie selbstverständlich von der Zulässigkeit einer in den AGB festgelegten Vorleistungspflicht aus.

⁴⁹⁶ So Tonner, DB 1980, 1629; ders. NJW 1985, 111 (112); Weitnauer, BauR 1978, 73 (77); Koch/Stübing, § 11 Nr. 2, Rz. 5; so grundsätzlich auch MünchKomm-Basedow, § 11 Nr. 2, Rz. 10.

⁴⁹⁷ BGHZ 100, 157 (161); Palandt-Heinrichs, § 309, Rz. 12; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 2 AGBG, Rz. 3; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 2, Rz. 11; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 2, Rz. 7; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 18 m.w.N.

⁴⁹⁸ So Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 2, Rz. 11; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 2, Rz. 7; kritisch aber Seiler, BB 1986, 1932 (1935), der ein Auseinanderfallen der gesetzlichen Regelung und der Regelungsabsicht des Gesetzgebers beklagt.

⁴⁹⁹ Teilbericht I, S. 67.

⁵⁰⁰ Teilbericht I, S. 67.

⁵⁰¹ BT-Drucks. 7/3919, S. 28; vgl. auch BGHZ 100, 157 (161); Seiler, BB 1986, 1932 (1935).

II. Unwirksamkeit gem. § 307 II Nr. 1, I BGB

Deshalb kann sich die Unwirksamkeit der Vorleistungsklauseln in Fitness-Verträgen nur aus § 307 II Nr. 1, I BGB ergeben. Die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag gem. §§ 320, 322 BGB gewährleistet die gleichmäßige Sicherheit für beide Vertragsparteien und gehört damit zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.⁵⁰² Dies gilt im Ergebnis ebenso für § 273 BGB, dem der Gedanke zugrunde liegt, dass derjenige treuwidrig handelt, der eine Leistung fordert, ohne seinerseits die ihm obliegende Gegenleistung zu erbringen.⁵⁰³

Bei Dauerschuldverhältnissen ist es aber aus praktischen Gründen nicht möglich, Leistung und Gegenleistung gleichzeitig zu erbringen. Gem. § 614 BGB⁵⁰⁴ ist deshalb eine nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung erst nach Ablauf des jeweiligen Zeitabschnittes zu entrichten. Da § 614 BGB aber ebensowenig wie die §§ 320, 273 BGB zwingendes Recht darstellt⁵⁰⁵, kann die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht per AGB zulässig sein, wenn für sie ein sachlich rechtfertigender Grund besteht und sich die Vorleistungspflicht auf einen angemessenen Zeitabschnitt bezieht.⁵⁰⁶

1. Sachliche, die Umkehr der Vorleistungspflicht rechtfertigende Gründe

Ein berechtigtes Interesse kann sich daraus ergeben, dass der Verwender seinerseits in großem Umfang vorleisten muss.⁵⁰⁷ Dies trifft für den Betreiber eines Fitness-Studio regelmäßig zu.⁵⁰⁸ Für die Bereitstellung der Räumlichkeiten muss er an seinen Vermieter bzw. seinen Verpächter grundsätzlich am Anfang des Monats den Miet- oder Pachtzins entrichten.⁵⁰⁹ Ist er sogar Eigentümer der Räumlichkeiten, so musste er bereits bei deren Erwerb erhebliche finanzielle Vorleistungen erbringen. Gleiches gilt für die Finanzierung der Trainingsgeräte. Schließlich muss er nicht selten auch für die Energiekosten und die Gehälter der Angestellten Vorauszahlungen tätigen. Die Vorleistung des Kunden hat für den Betreiber daher den Vorteil, dass seinen monatlichen Verpflichtungen unmittelbar Zahlungseingänge

⁵⁰² Erman-H. Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 2 AGBG, Rz. 3; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. V82.

⁵⁰³ Vgl. RGZ 152, 71 (73); Palandt-Heinrichs, § 273, Rz. 1.

⁵⁰⁴ Soweit man die mietrechtlichen Vorschriften für einschlägig erachtet, ist § 579 I BGB heranzuziehen.

⁵⁰⁵ Vgl. nur Löwe/Zoller, BB 1985, 2014 (2016); Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 18.

⁵⁰⁶ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. M 56; Zoller, BB 1992, 1750 (1751); Erman-H. Hefermehl, § 11 Nr. 2 AGBG, Rz. 3; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 18.

⁵⁰⁷ BGHZ 100, 157 (165); Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 18.

⁵⁰⁸ Vgl. Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (247).

⁵⁰⁹ Vgl. zur Zulässigkeit der üblichen Vorleistungspflicht des Mieters: Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 503; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. M56 jeweils m.w.N.

in annähernd vergleichbarer Höhe gegenüberstehen. Die Folge ist, dass erhebliche Zinsnachteile vermieden und die Liquidität des Studios verbessert werden.

Weiterhin kann sich ein sachlicher Grund auch daraus ergeben, dass der Verwender die Zahlungsfähigkeit und Vertrauenswürdigkeit seiner Kunden nur schwerlich nachprüfen kann und er daher im Hinblick auf die Vergütung ein erhebliches Beibringungsrisiko trägt.⁵¹⁰ Auch ein solcher Fall ist im Verhältnis zwischen Fitness-Studio und Kunden gegeben. Dem Betreiber kann nicht zugemutet werden, die Bonität seiner Kunden eingehend zu prüfen, wie dies etwa eine Bank bei Vergabe eines Kredits macht. Dafür sind die monatlichen Beträge, die der Kunde schuldet, einfach zu gering.

Daneben besteht für das Fitness-Studio die grundsätzliche Gefahr, dass sich der Kunde durch die Angabe einer falschen Adresse oder einen Umzug gerichtlichen Schritten entziehen kann. Zwar besteht die Möglichkeit die Angaben des Kunden bei der Anmeldung durch Vorlage einer Meldebescheinigung oder des Personalausweises zu kontrollieren, mögliche Adressänderungen während der Vertragslaufzeit kann das Studio aber regelmäßig nicht in ausreichendem Maße nachvollziehen. Umfangreiche Nachprüfungen für den Falle, dass ein Kunde sich im Zahlungsverzug befindet, stehen aber häufig außer Verhältnis zu den offenen Forderungen und sind überdies nicht unbedingt erfolgversprechend.

2. Zumutbarkeit der Vorleistungspflicht für die Kunden

Diese sachlichen Gründe sprechen für die Angemessenheit der Vorleistungspflicht. Hinter ihnen muss das berechtigte Interesse der Kunden zurücktreten. Sie tragen das Insolvenzrisiko für den vorgeleisteten monatlichen Betrag und können insoweit keine Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechte geltend machen.

Dies kann den Kunden im Hinblick auf die wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes zugemutet werden. Zwar hat das Gesetz in § 614 S. 1 BGB dem Dienstverpflichteten die Last der Vorleistungspflicht auferlegt. Kehrt nun aber die Vertragsbestimmung diese Regelung um, indem sie den Dienstberechtigten zum Vorleistungspflichtigen erklärt, trägt sie damit letztlich nur der Tatsache Rechnung, dass zwangsläufig eine der Vertragsparteien mit der Vorleistungspflicht belastet werden muss und mithin seine Gegenrechte aus §§ 320, 273 BGB verliert. Soweit die Vorleistungspflicht auf einen Monat beschränkt wird, verbleibt den Kunden bei einer Leistungsstörung aber ihr Recht, die Zahlung für die Folgemonate zu verweigern. Sie sind also keineswegs schutzlos gestellt. Das monatliche Entgelt ist auch regelmäßig nicht so hoch, dass die dargestellten Risiken und die Zinsnachteile, die sich aus der Vorleistung ergeben, den einzelnen Kunden über Gebühr belasten würden.⁵¹¹

⁵¹⁰ BGHZ 100, 157 (165); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9, Rz. V83; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 18.

⁵¹¹ Vgl. Staudinger-D. Coester-Waltjen, § 11 Nr. 2 AGBG, Rz. 7.

Daraus folgt, dass die Festlegung einer Vorleistungspflicht des Kunden wirksam ist. Sie benachteiligt die Kunden der Fitness-Studios nicht unangemessen.⁵¹²

C. Vorfälligkeit

Nicht selten findet sich in den Fitness-Verträgen eine AGB-Bestimmung, die bei Zahlungsrückstand des Kunden das Entgelt für die gesamte Restlaufzeit fällig stellt. Teilweise ist die Fälligkeitstellung von einem "Rückstand"⁵¹³, teilweise von einem "Verzug"⁵¹⁴ abhängig. Die Vorfälligkeit knüpft häufig an einem Zahlungsrückstand von zwei Monaten⁵¹⁵, seltener von einem Monat⁵¹⁶ an. Die für den Kunden günstigste Regelung stellt insoweit eine Klausel dar, die das OLG Celle⁵¹⁷ zu beurteilen hatte. Die Bestimmung lautete:

"Kommt das Mitglied schuldhaft mit mindestens zwei Monatsbeiträgen in Verzug, wird der gesamte Restbetrag sofort fällig."

Das OLG Celle hat diese AGB-Bestimmung als wirksam eingestuft. Um es vorwegzunehmen: Das Urteil überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis. Die Klausel hält einer Inhaltskontrolle nicht stand. Da die anderen in der Praxis zu findenden Klauseln die Kunden noch mehr benachteiligen, kann anhand dieses Urteils der Klauseltyp insgesamt erörtert werden.

I. Das Argumentationsmuster des OLG Celle

Das OLG Celle hat zunächst geprüft, ob die Bestimmung gegen § 309 Nr. 6 BGB verstößt. Dies hat es im Ergebnis mit der Begründung abgelehnt, im Falle des Verzugs entfalle nur das Recht, das vereinbarte Entgelt ratenweise zu zahlen.⁵¹⁸ Der Verlust dieser Rechtsposition könne aber nicht mit einer Vertragsstrafe gleichgesetzt werden.

Auch eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I BGB liege - so das OLG Celle - nicht vor. Im wesentlichen stützt das OLG seine Auffassung darauf, dass die

⁵¹² So im Ergebnis auch Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 672; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (247); Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 522.

⁵¹³ So die zu beurteilenden Klauseln in BGH, NJW 1985, 1705 (1706); BGH, NJW 1985, 2329; OLG Frankfurt/M, 6 U 164/93, S. 6; LG Köln, NJW-RR 1988, 1084; LG Frankfurt, VuR 1998, 205 (206); LG Dortmund, VuR 1992, 166.

⁵¹⁴ So etwa die zu beurteilenden Klauseln in OLG Celle, NJW-RR 1995, 370; OLG München, NJW-RR 1995, 1467; LG Stuttgart, ZIP 2002, 256; AG München, NJW-RR 1991, 251.

⁵¹⁵ Vgl. die Klauseln in BGH, NJW 1985, 1705 (1706); OLG Celle, NJW-RR 1995, 370; LG Stuttgart, ZIP 2002, 256; LG Köln, NJW-RR 1988, 1084; LG Frankfurt, VuR 1998, 205 (206); LG Dortmund, VuR 1992, 166; AG München, NJW-RR 1991, 251.

⁵¹⁶ So z.B. in BGH, NJW 1985, 2329; OLG Frankfurt/M, 6 U 164/93, S. 6.

⁵¹⁷ OLG Celle, NJW-RR 1995, 370.

⁵¹⁸ OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (371).

Klausel eine ähnliche Regelung vorsähe, wie sie in § 498 I BGB n.F. (bis zur Schuldrechtsreform: § 12 I Nr. 1 VerbrKrG) und in 543 II 1 Nr. 3 BGB n.F. (§ 554 I BGB a.F.) vorgesehen sei. Die Bestimmung bleibe nicht hinter den Anforderungen zurück, die an eine solche Kündigungsregelung gestellt werden müssten und die zu einer Vertragsbeendigung berechtigen würden.⁵¹⁹

II. Vertragsstrafe i.S.d. § 309 Nr. 6 BGB

Das OLG hat festgestellt, dass die Klausel dem Kunden nicht die Zahlung eines zusätzlichen Geldbetrages auferlegt, wie es § 309 Nr. 6 BGB seinem Wortlaut nach zu verlangen scheint. Dem schließt sich auch die inzwischen h.M. an.⁵²⁰ Der Kunde sei nur verpflichtet, die Zahlungen zu leisten, die er aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ohnehin, wenn auch zu späteren Zeitpunkten, erbringen muss. Die Bestimmung modifiziere somit lediglich die Vertragsabwicklung, dem Kunden werde keine eigene, besondere Zahlungspflicht auferlegt.⁵²¹

Gleichwohl vertritt ein Teil der Literatur die These, dass die Klausel aufgrund ihres Sanktionscharakters auch dann als Vertragsstrafe i.S.d. § 309 Nr. 6 BGB zu qualifizieren sei, wenn sie keine zusätzliche Zahlungspflicht begründet.⁵²² Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Der Kunde leistet nämlich im Regelfall doch einen zusätzlichen Geldbetrag, wenn dies auch nicht auf den ersten Blick deutlich wird. Die vorzeitige Zahlung des Gesamtentgelts führt per saldo dazu, dass der Kunde erhebliche Zinsnachteile erleidet, während das Studio in vergleichbarem Maße Zinsvorteile erhält. Der Kunde ist entweder gezwungen, für die Zahlung einen Kredit aufzunehmen, für den er den üblichen Marktzins bezahlen muss oder ihm entgehen Zinsgewinne, die er durch die Anlage des vorzeitig zu zahlenden Betrages hätte erzielen können. Umgekehrt kann das Studio den Geldbetrag zinsbringend anlegen oder zur vorzeitigen Tilgung eigener Verbindlichkeiten einsetzen.

Dies bedeutet: Der Kunde muss zwar nominell den gleichen Geldbetrag leisten. Bei ökonomischer Betrachtung wird aber deutlich, dass der Kunde durch die vorverlegte Fälligkeit in tatsächlicher Hinsicht ein höheres Entgelt schuldet. Der Kunde müsste im Zeitpunkt der ursprünglich vereinbarten Fälligkeit nur einen gegenüber dem vorzeitigen Zahlungstermin geringeren Geldbetrag zuzüglich der erzielten bzw. erspar-

⁵¹⁹ OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (372).

⁵²⁰ BGHZ 95, 362 (372) ; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 50; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 6 AGBG, Rz. 4; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 6, Rz. 8; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 165 und Vorb. § 339, Rz. 5; Staudinger-D. Coester-Waltjen, § 11 Nr. 12 AGBG, Rz. 8; wohl auch MünchKomm-Basedow, § 11, Nr. 6 AGBG, Rz. 10; offengelassen von BGH, NJW 1985, 1705 (1706); BGH, NJW 1985, 2329 (2330).

⁵²¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 6, Rz. 8; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 50; Erman-H. Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 6 AGBG, Rz. 4.

⁵²² Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (248); so auch Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 6, Rz. 7 allerdings ohne nähere Begründung.

ten Zinsen leisten. Anders ausgedrückt: Die vorfällig gestellte Restschuld mindert sich nicht um die darin enthaltenen Zinsen, so wie es etwa § 12 II VerbrKrG für die Kündigung eines Verbraucherkredites vorsieht.⁵²³ Per saldo hat der Kunde somit eine erhebliche finanzielle Mehrbelastung⁵²⁴ zu tragen.

Die Zinsvorteile des Studios beruhen auf der vorzeitigen Zahlung, so dass letztendlich durch die Vorfälligstellung eine höhere Vergütung erzielt werden kann. Die vorzeitige Fälligkeit des Gesamtentgelts führt also im Ergebnis zur Zahlung eines zusätzlichen Geldbetrages an das Studio, wenn auch die Vor- und Nachteile für die Studios bzw. die Kunden häufig nicht identisch sein werden.

Dieser Vermögensnachteil für die Kunden ist auch als Vertragsstrafe i.S.d. § 309 Nr. 6 BGB zu qualifizieren.⁵²⁵ Für das Vorliegen einer Vertragsstrafe ist kennzeichnend, dass sie als Druckmittel zur Zahlung des fälligen Entgelts dienen und die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung sichern soll.⁵²⁶ Diese Voraussetzungen erfüllt die vom OLG Celle zu beurteilende Klausel. Mit der vorzeitigen Fälligkeit soll einseitig auf den Kunden Druck ausgeübt werden, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Das Fitness-Studio kann überdies den Gesamtbetrag auf einmal geltend machen, ohne wiederholt Mahnungen auszusprechen und gerichtliche Schritte einleiten zu müssen. Schließlich können drohende Zinsverluste, die aus dem Verzug des Kunden resultieren, vermieden werden.

Da somit die Voraussetzungen des § 309 Nr. 6 BGB erfüllt sind, ist die Vorfälligstellung des Gesamtentgelts in Fitness-Verträgen stets unwirksam. Sie kann nicht wirksam per AGB vereinbart werden.

III. Unwirksamkeit gem. § 307 II Nr. 1, I BGB

Aber auch soweit man § 309 Nr. 6 BGB für unanwendbar hält, ist die Klausel nicht wirksam. Sie verstößt gegen die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und benachteiligt den Kunden gem. § 307 II Nr. 1, I BGB.

1. § 498 I und § 543 II 1 Nr. 3 BGB als wesentliche Grundgedanken

Das OLG Celle hat als Vergleichsmaßstab § 12 I VerbrKrG (§ 498 I BGB n.F.) und § 554 I BGB a.F. (§ 543 II 1 Nr. 3 BGB n.F.) herangezogen.⁵²⁷ Diese Vorschriften gewähren ein außerordentliches Kündigungsrecht bei Verzug des Kunden mit zwei Monatsraten bzw. -mieten.

⁵²³ Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (248).

⁵²⁴ So auch - allerdings in anderem Zusammenhang - der BGH, vgl. BGH, NJW 1985, 2329 (2330).

⁵²⁵ Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (248).

⁵²⁶ BGHZ 63, 256 (259); 85, 305 (312 f.); 105, 24 (27); Erman-H. Hefermehl/Werner, § 11 Nr. 6 AGBG, Rz. 2; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 49; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 6, Rz. 4; Palandt-Heinrichs, Vorb. § 339, Rz. 1; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 6, Rz. 6.

⁵²⁷ OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (372).

Dabei hat des OLG verkannt, dass die Vorfälligstellung gerade nicht mit einer Vertragsbeendigung durch Kündigung vergleichbar ist. Auf § 543 II 1 Nr. 3 BGB kann deshalb nicht abgestellt werden. Die vertraglichen Rechte der Kunden auf Leistungserbringung durch das Studio bestehen nämlich trotz der Vorfälligstellung weiterhin, was bei einer Kündigung nicht der Fall wäre. Eine Kündigungserklärung bewirkt auch nicht, dass die weiteren monatlichen Entgelte fällig werden, sondern das Gegenteil ist der Fall: Ihre Fälligkeit würde für die Zukunft sogar ganz ausgeschlossen.

Auch § 498 I BGB n.F. (vormals § 12 I VerbrKrG) stellt keine berücksichtigungsfähige Vorschrift dar. § 498 I BGB n.F. setzt voraus, dass der Kreditgeber dem Verbraucher einen Kredit gewährt hat. Gem. § 1 II VerbrKrG liegt ein Kredit i.S.d. Gesetzes vor, wenn der Kreditgeber dem Verbraucher einen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt. Als vergleichbare Alternative kommt hier nur die Gewährung eines entgeltlichen Zahlungsaufschubs in Betracht. Dann müsste aber der Kunde beim Fitness-Vertrag insgesamt vorleistungspflichtig sein. Dass er dies nach dispositivem Recht nicht ist, lässt sich den §§ 614, 556b I BGB unschwer entnehmen.

Nicht zutreffend sind deshalb die Ausführungen des OLG Celle, soweit es wie folgt⁵²⁸ argumentiert:

"Dabei muss (...) berücksichtigt werden, dass selbst die hier in Betracht kommenden Regelungen des Mietrechts und des Dienstvertragsrechts Vorauszahlungen zulassen, wie sich aus § 557a BGB und aus § 628 I 3 BGB ergibt. Es könnte also nach dispositivem Recht ohne weiteres eine Vorauszahlung des gesamten Mitgliedsbeitrags vereinbart werden. Unter diesen Umständen kann auch nichts dagegen eingewendet werden, dass die stattdessen zunächst einmal vorgesehene 'Ratenzahlungsvergünstigung' im Falle schuldhaften Verhaltens des Mitglieds wieder entfällt."

Zwar kann eine Vorauszahlung des Gesamtentgelts individualvertraglich vereinbart werden, wie es dem Prinzip der Vertragsfreiheit entspricht. Dies ist aber im Rahmen der Vertragsgestaltung per AGB nur ausnahmsweise zulässig und dies sicherlich nicht beim Fitness-Vertrag.⁵²⁹ Was ebenso schwer wiegt: In den typischen Fitness-Verträgen findet sich keine Vorauszahlungspflicht des Kunden für das Gesamtentgelt. Das Recht zur Ratenzahlung ist demnach keine vom Studio gewährte "Ratenzahlungsvergünstigung". Das Studio gewährt dem Kunden keinen entgeltlichen Zahlungsaufschub, der ein Heranziehen des § 498 I BGB n.F. rechtfertigen würde.

2. §§ 614, 320 BGB als wesentlicher Grundgedanke

Die weitere Argumentation ist damit schon vorgezeichnet: Heranzuziehen sind die §§ 614, 320 BGB. Diese legen grundsätzlich dem Fitness-Studio (!) die Vorleistungs-

⁵²⁸ OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 (372).

⁵²⁹ Vgl. die Ausführungen unter § 7, B II.

pflicht auf. Für eine Ausweitung der Vorleistungspflicht des Kunden müssen demnach sachliche Gründe bestehen, die das Abweichen von der gesetzlichen Regelung rechtfertigen. Zwar hat ein Kunde, der mit zwei Monatsraten in Verzug gerät, seine Unzuverlässigkeit bewiesen. Auch mag der Verdacht nahe liegen, dass der Kunde aufgrund seiner Vermögensverhältnisse nicht in der Lage ist, die weiteren fälligen Forderungen zu zahlen. Dies reicht aber nicht aus, die Vorfälligstellung zu rechtfertigen.

Das Gesetz gibt dem Fitness-Studio neben der Möglichkeit, die bereits fälligen Forderungen gerichtlich geltend zu machen, ein Leistungsverweigerungsrecht. Ohne Zahlung des Kunden kann es gem. § 320 BGB seinerseits die Leistung verweigern.⁵³⁰ Daneben kann es seinen Verzugsschaden geltend machen. Schließlich kann das Studio den Vertrag unter Maßgabe des § 626 BGB fristlos kündigen und gem. § 628 II BGB Schadensersatz verlangen. Anders ausgedrückt: Das Gesetz schützt die Fitness-Studios umfassend. Eines darüber hinausgehenden Schutzes bedarf es nicht.

Die Kunden werden dagegen mit der Vorfälligstellung über Gebühr belastet. Hat etwa ein Kunde aufgrund eines Verkehrsunfalls ein kurzfristiges, aber behebbares Liquiditätsproblem, so kann dieses durch die Vorfälligstellung noch verschärft werden. Im Einzelfall kann eine Summe bis zu 600 Euro auf einmal fällig werden.⁵³¹ Die Folge wäre, dass der Kunde erheblichen⁵³² Zins- und Liquiditätsnachteilen ausgesetzt wäre und wegen des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB, welches das Studio im Normalfall geltend machen wird, erst dann wieder trainieren dürfte, wenn er das Gesamtentgelt aufgebracht hat. Zudem könnte er seinerseits bei Leistungsstörungen die Gegenrechte aus den §§ 320, 321, 273 BGB nicht mehr geltend machen.⁵³³ Dies kann dem Kunden auch bei erheblichem Zahlungsverzug angesichts der gesetzlichen Rechte des Studios nicht zugemutet werden.⁵³⁴

Die Klausel benachteiligt die Kunden damit unangemessen. Sie ist nicht nur gem. § 309 Nr. 6 BGB unwirksam, sondern auch gem. § 307 II Nr. 1, I BGB⁵³⁵. Da die vom

⁵³⁰ Ebenso kann das Fitness-Studio das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB geltend machen.

⁵³¹ So bei einem Jahresvertrag mit einem monatlichen Entgelt von 60 Euro, wenn der Kunde die ersten zwei Monate nicht zahlen kann.

⁵³² Eine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Kunden nimmt auch der BGH in einem vergleichbaren Fall an, vgl. BGH, NJW 1985, 2329 (2330).

⁵³³ LG Dortmund, VuR 1992, 166 (167); AG München, NJW-RR 1991, 251; vgl. auch die Ausführungen oben, § 7, B I.

⁵³⁴ Ähnlich OLG München, NJW-RR 1995, 1467 (1468) zu einer Vorfälligkeitsklausel in einem sog. Schlankheitsstudio-Vertrag.

⁵³⁵ So im Ergebnis auch OLG München, NJW-RR 1995, 1467 (1468); AG München, NJW-RR 1991, 251; Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 11; ebenso der BGH - allerdings bei Klauseln, welche die Vorfälligstellung unabhängig von einem Verschulden des Kunden festlegen, BGH, NJW 1985, 1705 (1706); NJW 1985, 2329 (2330); a.A. neben dem OLG Celle auch Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 672; Palandt-Heinrichs, § 307, Rz. 105.

OLG Celle zu beurteilende Klausel den Kunden im Vergleich zu anderen Klauselgestaltungen noch relativ günstig stellt, sind die anderen in der Praxis zu findenden Klauseln erst recht unangemessen, ohne dass es hierzu einer weiteren Erörterung bedarf.

D. Mahnkostenpauschale

In vielen Fitness-Verträgen findet sich eine Klausel, nach der das Studio einen Anspruch auf Ersatz der Mahnkosten hat. Die Mahnkosten werden pauschal auf einen bestimmten Betrag festgelegt, häufig auf 2,50 Euro (früher: 5,- DM)⁵³⁶. Eine typische Klausel hat etwa folgenden Wortlaut⁵³⁷:

"Für jede Mahnung wird eine Unkostenpauschale von 2,50 Euro erhoben."

Eine solche Klausel kann gegen § 309 Nr. 4 BGB und gegen § 309 Nr. 5a, b BGB verstoßen.

I. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 4 BGB

Gem. § 309 Nr. 4 BGB ist eine Bestimmung unwirksam, die den Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freistellt, den anderen Vertragsteil zu mahnen. Möglicherweise kann man der Mahnkostenpauschale die konkludente Freistellung des Studios von der Mahnungsobliegenheit entnehmen. Die Folge wäre, dass entgegen § 286 I 1 BGB der Verzug auch ohne Mahnung eintreten würde. Dann wäre die Klausel aber gem. § 309 Nr. 4 BGB unwirksam. Eine Mahnkostenpauschale für die *verzugsbegründende* erste Mahnung kann also per AGB nicht verlangt werden kann.⁵³⁸

Wohl aus diesem Grund finden sich in der Literatur Stimmen, die *generell* die Kosten für die erste Mahnung als nicht erstattungsfähig ansehen und deshalb die typische Mahnkostenpauschale in den Fitness-Verträgen als unwirksam gem. § 309 Nr. 4 BGB einstufen.⁵³⁹ Dies ist aber abzulehnen, denn die erste Mahnung ist, soweit es sich um einen typischen Fitness-Vertrag handelt, nicht verzugsbegründend. Gem. § 286 II Nr. 1 BGB ist eine Mahnung entbehrlich, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist. Die Fitness-Verträge sehen regelmäßig einen genauen, nach dem Kalender bestimmten, Zahlungstermin vor⁵⁴⁰. Da eine Mahnung also entbehrlich ist, kann sie auch nie verzugsbegründend sein. Folglich steht § 309 Nr. 4 BGB der

⁵³⁶ So z.B. die Klauseln in OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082; OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 6; LG Dortmund, VuR 1992, 166.

⁵³⁷ So eine vom OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082 zu beurteilende Klausel; ähnliche Bestimmungen finden sich z.B. in OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445).

⁵³⁸ BGH, NJW 1985, 320 (324); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 4, Rz. 7; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 32; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 4, Rz. 4 m.w.N.

⁵³⁹ So Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 11; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (248).

⁵⁴⁰ Häufig wird z.B. als Zahlungstermin der erste Tag des Monats vereinbart.

Erhebung einer Mahnkostenpauschale für die erste und für weitere Mahnungen nicht entgegen.

II. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 5a BGB

Gem. § 309 Nr. 5a BGB ist die Pauschalierung eines Schadenersatzanspruches unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Mahnkosten sind als Verzugsschaden gem. § 280 II, 286 BGB ersatzfähig. Mit der Klausel pauschaliert das Fitness-Studio diesen Schadenersatzanspruch. Es stellt sich daher die Frage, ob die Pauschale überhöht ist.

Die Regelung in § 309 Nr. 5 BGB knüpft in sprachlicher Hinsicht an jene Formulierung an, die § 252 S. 2 BGB zur Umschreibung des Gewinns verwendet, der als "mit Wahrscheinlichkeit" entgangen vom Gläubiger verlangt werden kann, ohne dass er einen vollen Beweis führen müsste.⁵⁴¹ Daraus folgt, dass die in den AGB festgelegte Pauschale mit dem Durchschnittsschaden zu vergleichen ist, der nach der Schätzung eines informierten Betrachters in der betreffenden Branche im Normalfall entsteht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, an welche die Schadenersatzpflicht des Kunden geknüpft ist.⁵⁴² Abzustellen ist also auf den in der jeweiligen Branche üblicherweise entstehenden Durchschnittsschaden.⁵⁴³

Regelmäßig fallen bei der Mahnung eines Schuldners Kosten für Porto und Material, wie z.B. Briefbögen, an. Grundsätzlich ersatzfähig sind auch die Kosten für das Personal, welches die Mahnungen im Auftrag des Studios erklärt. Dies gilt aber nur für relativ große Unternehmen, bei denen eine Vielzahl von Mahnungen in regelmäßigen Abschnitten zu erklären sind. Bei diesen Unternehmen sind die Mahnungen für zusätzliche Personalkosten ursächlich. Dagegen sind Fitness-Studios grundsätzlich kleine Unternehmen mit einem geringen Verwaltungsaufwand. Gerade wenn die Kunden - was die Regel ist - per Einzugsermächtigungsverfahren zu zahlen haben, sind Mahnungen eher die Ausnahme. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass für das Mahnwesen eines Fitness-Studios gegenüber dem Verwaltungsaufwand zusätzliche Kosten anfallen. Die sowieso regelmäßig anfallenden Verwaltungskosten sind als Gemeinkosten bereits über die Vergütung abgegolten und daher nicht gem. § 280 II, 286 BGB ersatzfähig.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 5, Rz. 13; MünchKomm-Basedow, § 11 Nr. 5 AGBG, Rz. 15; Palandt-Heinrichs, § 309, Rz. 26.

⁵⁴² MünchKomm-Basedow, § 11 Nr. 5 AGBG, Rz. 15.

⁵⁴³ Vgl. nur BGH WM 1996, 642 (643); Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 5, Rz. 14; Palandt-Heinrichs, § 309, Rz. 26; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 5, Rz. 17 m.w.N.

⁵⁴⁴ So OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082; LG Köln, NJW-RR 1084 (1085).

Aus diesem Grund sind lediglich die Kosten für Porto und Material, wie z.B. Briefbogen und -umschlag, als typischer Durchschnittsschaden ersatzfähig. Diese dürften durchschnittlich bei etwa 1,-- Euro liegen.⁵⁴⁵ Einen darüber hinausgehende Schaden kann das Studio nicht per AGB vom Kunden ersetzt verlangen.⁵⁴⁶ Die typischen Mahnkostenpauschalen in den AGB der Fitness-Studios verstoßen mithin gegen § 309 Nr. 5a BGB und sind unwirksam.

III. Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 5b BGB

Die Mahnkostenpauschale kann zudem gem. § 309 Nr. 5b BGB unwirksam sein. Nach dieser Vorschrift ist eine AGB-Bestimmung unwirksam, die dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich den Nachweis gestattet, ein Schaden sei nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale.

In der bisher typischen Mahnkostenpauschale findet sich kein ausdrücklicher Hinweis auf die Möglichkeit, einen Gegenbeweis zu führen. Aus diesem Grund ist die Mahnkostenpauschale gem. § 309 Nr. 5b BGB unwirksam. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass § 309 Nr. 5b BGB gegenüber § 11 Nr. 5b AGBG aus Sicht der Studios verschärft worden ist. Da das Gesetz nunmehr eine ausdrückliche Gestattung des Gegennachweises verlangt, ist davon auszugehen, dass die Mahnkostenpauschalen in zukünftigen Fitness-Verträge der veränderten Rechtslage Rechnung tragen werden.

§ 8 Leistungshindernis, das in der Person des Kunden begründet ist

Verbreitet finden sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln, die Regelungen für den Fall treffen, dass ein Leistungshindernis besteht, welches in der Person des Kunden begründet ist. Als Beispiel für ein solches Leistungshindernis lässt sich die Erkrankung bzw. Verletzung des Kunden anführen. Die Klauseln bestimmen zum einen, wer die Vergütungsgefahr bei Vorliegen eines Leistungshindernisses trägt. Zum anderen treffen sie Regelungen im Hinblick auf mögliche Kündigungsrechte des Kunden.

A. Vergütung unabhängig von der Inanspruchnahme

Die Fitness-Verträge weisen häufig eine Bestimmung auf, die dem Kunden auch bei einem in seiner Person liegenden Leistungshindernis die Vergütungspflicht auferlegen. Von den Fitness-Studios werden verschiedene, aber dennoch weitgehend

⁵⁴⁵ Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082.

⁵⁴⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082; LG Köln, NJW-RR 1084 (1085); ähnlich Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 11; für Pauschale von 2-3,-- DM: Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (248); a.A. aber wohl Palandt-Heinrichs, § 309, Rz. 28 - Mahngebühr von 5,-- DM sei nicht gem. § 11 Nr. 5a AGBG (nun § 309 Nr. 5a BGB) unwirksam.

inhaltsgleiche⁵⁴⁷, Formulierungen verwendet. Als Beispiel lässt sich eine Klausel anführen, die der BGH⁵⁴⁸ zu beurteilen hatte:

"Der Beitrag ist auch dann regelmäßig zu zahlen, wenn das Mitglied die Einrichtungen nicht nutzt."

I. Die Argumentation des Bundesgerichtshofs

Der BGH sah sich zunächst mit dem Problem konfrontiert, dass die streitgegenständliche Klausel inhaltlich dem § 552 S. 1 BGB a.F. (§ 537 I 1 BGB n.F.) entspricht und deshalb als deklaratorische Klausel gem. § 307 III 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sein könnte. Im Ergebnis hat der BGH die Anwendung des § 307 III 1 BGB abgelehnt.⁵⁴⁹ § 552 S. 1 BGB a.F. (§ 537 I 1 BGB n.F.) sei auf den Fitness-Vertrag nicht anwendbar. Dabei hat es der BGH dahinstehen lassen, ob der Fitness-Vertrag als Mietvertrag einzuordnen ist.⁵⁵⁰ Der Mieter trage nach § 552 S. 1 BGB a.F. (§ 537 I 1 BGB n.F.) grundsätzlich uneingeschränkt das Verwendungsrisiko. Da Art und Umfang des zu gewährenden Gebrauchs bei Abschluss des Vertrages noch nicht eindeutig feststünden, könne § 552 S. 1 BGB a.F. (§ 537 I 1 BGB n.F.) auf den insoweit atypischen Fitness-Vertrag nicht angewendet werden.⁵⁵¹

Folgerichtig hat der Bundesgerichtshof dann die Klausel einer Inhaltskontrolle unterzogen. Zu kritisieren ist allerdings, dass der BGH nur auf § 307 I BGB abgestellt hat, obwohl es zweckmäßiger gewesen wäre, eine Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 II Nr. 1 BGB) zu prüfen.⁵⁵² Nach Ansicht des BGH benachteiligt die Klausel den Kunden unangemessen.⁵⁵³ Dieser müsse selbst dann das Entgelt weiterzahlen, wenn er die Studioeinrichtung infolge einer dauerhaften Erkrankung nicht nutzen könne. Es sei deshalb mit § 307 I BGB unvereinbar, dass der Kunde verpflichtet sei - entgegen der Regelung des § 323 I BGB a.F. (§ 326 I 1 BGB n.F.) - über einen langen Zeitraum die vollen Beiträge zu zahlen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ Vgl. etwa die unterschiedlichen Formulierungen in BGH, NJW 1997, 193; BGH, NJW 1997, 195; OLG Frankfurt/M, 6 U 164/93, S. 7; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; LG Dortmund, VuR 1992, 163; LG Dortmund, VuR 1992, 166; LG Düsseldorf, VuR 1992, 171; LG Düsseldorf, VuR 1992, 173; LG Dortmund, VuR 1992, 174 (175); LG Frankfurt, NJW 1985, 1717; AG Bautzen, NJW-RR 1998, 130.

⁵⁴⁸ BGH, NJW 1997, 193.

⁵⁴⁹ BGH, NJW 1997, 193 (194).

⁵⁵⁰ BGH, NJW 1997, 193 (194).

⁵⁵¹ BGH, NJW 1997, 193 (194).

⁵⁵² Vgl. Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 1/97, 1 (2); vgl. auch die Ausführungen oben, § 3, B I.

⁵⁵³ BGH, NJW 1997, 193 (194).

⁵⁵⁴ BGH, NJW 1997, 193 (194).

II. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken, § 307 II Nr. 1 BGB

Die Unwirksamkeit der zu beurteilenden Klausel ist indiziert, wenn sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist. Als wesentlicher Grundgedanke kommt die allgemeine Vorschrift des § 326 I 1 BGB n.F. ebenso in Betracht wie die besonderen Vorschriften des Miet- und des Dienstvertragsrechts.

Soweit der Bundesgerichtshof den § 552 S. 1 BGB a.F. (537 I 1 BGB n.F.) für unanwendbar hält, ist ihm in vollem Umfang zuzustimmen,⁵⁵⁵ denn diese Vorschrift enthält für den Fitness-Vertrag - wie bereits dargelegt⁵⁵⁶ - keine angemessene Regelung. Allerdings hätte der BGH entweder im Rahmen der Prüfung des § 307 III 1 BGB oder des § 307 II Nr. 1 BGB auch erwägen müssen, die dienstrechtlichen Vorschriften heranzuziehen, denn er hat die vertragstypologische Einordnung des Fitness-Vertrages ausdrücklich dahinstehen lassen. Er hat stattdessen mit § 323 BGB a.F. (§ 326 I 1 BGB n.F.) eine allgemeine Vorschrift eher beiläufig und ohne nähere Begründung als maßgeblich erachtet.⁵⁵⁷

1. Anwendbarkeit des § 615 S. 1 BGB

Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Fitness-Vertrag ins Gewicht fallende dienstvertragliche Elemente.⁵⁵⁸ Es ist daher - jedenfalls im Hinblick auf die dienstrechtlichen Vertragsbestandteile - zu prüfen, ob eine Norm der §§ 611 ff. BGB für die Beurteilung der Klausel heranzuziehen ist. In Betracht kommt § 615 S. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Dienstverpflichtete die vereinbarte Vergütung für nicht geleistete Dienste verlangen, wenn sich der Dienstberechtigte in Annahmeverzug befindet; zur Nachleistung ist er nicht verpflichtet.

a. Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug

Soweit die Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB erfüllt sind, kann § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) nicht angewendet werden, sei es weil sich Unmöglichkeit und Gläubigerverzug schon begrifflich ausschließen⁵⁵⁹ oder sei es weil § 615 BGB als besondere Gefahrtragungsregel⁵⁶⁰ lex specialis zu § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) ist. Es ist deshalb zu prüfen, ob bei Vorliegen eines in der Person des Kunden

⁵⁵⁵ So auch Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 1/97, 1 (2).

⁵⁵⁶ Siehe oben, § 4, B II 2 a cc und § 4, B III.

⁵⁵⁷ BGH, NJW 1997, 193 (194); grundsätzlich zustimmend Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 1/97, 1 (2).

⁵⁵⁸ Siehe oben, § 4, B II 1.

⁵⁵⁹ So die h.M.: Beuthien, S. 251; Soergel-Wiedemann, Vorb. § 293, Rz. 8; Palandt-Putzo, § 615, Rz. 4; Palandt-Heinrichs, § 293, Rz. 3; Larenz, SchuldR I, § 25 I (S. 389); Ehmann, NJW 1987, 401 (406); Oetker, S. 336 m.w.N.

⁵⁶⁰ So Soergel-Kraft, § 615, Rz. 4 f.; Picker, JZ 1985, 693 (702); Staudinger-Richardi, § 615, Rz. 41; Richardi, NJW 1987, 1231 (1234).

liegenden, von ihm nicht verschuldeten, Leistungshindernisses⁵⁶¹ und gleichzeitiger Leistungsbereitschaft des Studios § 615 S.1 BGB anwendbar ist. Die Folge wäre, dass der Vergütungsanspruch des Studios bestehen bleibt und nicht wegen § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) entfällt.

aa. Das Problem: Fixschuldcharakter von Dienstleistungen

Umstritten ist im Rahmen der Auslegung des § 615 BGB die Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug. Während die h.M. annimmt, dass sich Unmöglichkeit und Annahmeverzug gegenseitig ausschließen, kommt ein Teil der Literatur zu dem Ergebnis, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Unmöglichkeit und Annahmeverzug zusammenfallen können.

Auf den ersten Blick erscheint die Abgrenzung unproblematisch. Denn nach den Regeln des Allgemeinen Schuldrechts führt das Vorliegen eines dauernden Leistungshindernis zur Unmöglichkeit im Sinne der §§ 275, 326 BGB. Dagegen begründen vorübergehende Leistungshindernisse Verzug, für den Schuldner allerdings nur, wenn er sie zu vertreten hat.⁵⁶² Warum also sollte die Unterscheidung zwischen dauerhafter und vorübergehender Unmöglichkeit nicht auch im Rahmen des § 615 BGB ihre Geltung haben? Schließlich setzt § 615 BGB seinem Wortlaut nach den Annahmeverzug des Gläubigers voraus.

Die Problematik ist darin begründet, dass Dienstleistungen häufig absoluten Fixcharakter haben⁵⁶³, d.h. die Leistungszeit für die Vertragserfüllung so wesentlich ist, dass ihre Überschreitung oder Nichteinhaltung - in Anbetracht des Gläubigerinteresses - einer dauernden Unmöglichkeit gleichsteht⁵⁶⁴. Der absolute Fixschuldcharakter einer geschuldeten Leistung führt dazu, dass der Gläubiger nicht in Annahmeverzug geraten kann, soweit sich Unmöglichkeit und Verzug gegenseitig ausschließen. Die Konsequenz eines Exklusivverhältnisses wäre somit, dass § 615 BGB nur ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich verbliebe.⁵⁶⁵

Die vertraglich geschuldete Leistung eines Fitness-Studios hat wie die meisten Dienstleistungen absoluten Fixcharakter. Die vorübergehend nicht mögliche Leistung kann während der weiteren Vertragslaufzeit nicht nachgeholt werden, da der Kunde ohnehin das Recht hat, während der Öffnungszeiten im Studio zu trainieren. In Betracht käme allenfalls, die Leistung nach Ende des vertraglich festgelegten

⁵⁶¹ Zu denken ist etwa an den - sehr praxisrelevanten - Fall einer zeitweiligen Erkrankung des Kunden.

⁵⁶² Vgl. nur Palandt-Heinrichs, § 275, Rz. 17; Soergel-Wiedemann, Vorb. § 293, Rz. 11.

⁵⁶³ Soergel-Wiedemann, Vorb. § 293, Rz. 13; Palandt-Heinrichs, § 293, Rz. 3; Palandt-Putzo, § 615, Rz. 4; MünchKomm-Emmerich, § 275, Rz. 25.

⁵⁶⁴ Oetker, S. 332; Palandt-Heinrichs, § 271, Rz. 16; Larenz, SchuldR II/1, § 52 II b (S. 319).

⁵⁶⁵ Picker, JZ 1985, 693 (701); Oetker, S. 337; Beuthien, RdA 1972, 20 (22); vgl. auch Larenz, SchuldR II/1, § 52 II b; Köhler, Unmöglichkeit, S. 51; Soergel-Wiedemann, Vorb. § 293, Rz. 16.

Zeitraums zu erbringen. Dann würde sich der Vertrag um die Zeit verlängern, in dem die Leistungserbringung vorübergehend nicht möglich war. Aber auch diese Variante scheidet aus:

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Fitness-Studio und dem Kunden ist nämlich, wie es allgemein für Dauerschuldverhältnisse charakteristisch ist⁵⁶⁶, in besonderem Maße vom Zeitfaktor bestimmt. Die Parteien legen vertraglich einen Zeitraum fest, in dem die Leistung zu erfolgen hat. Dieser Zeitraum ist für den Kunden bei Abgabe seiner Willenserklärung häufig ein entscheidender Faktor. Ein Nachholen der vorübergehend nicht erbringbaren Leistung wäre zwar theoretisch möglich, aber gerade nicht innerhalb der vereinbarten Leistungszeit. Aufgrund der zeitlichen Dimension des Dauerschuldverhältnisses ist die nachholbare Leistung jedenfalls im Rechtssinne eine andere als die vertraglich geschuldete.⁵⁶⁷ Der Kunde hat nach Ablauf der Vertragslaufzeit häufig kein Interesse mehr am Training im Studio, sei es etwa weil er seine Freizeit bereits anders verplant hat, weil private bzw. berufliche Gründe dem Training entgegenstehen oder weil er sein persönliches Trainingsziel nach Ablauf der ursprünglichen Vertragsdauer nicht mehr erreichen kann.

bb. Rechtsfigur der Annahmehemöglichkeit

Ein Teil der Literatur⁵⁶⁸ greift - die Konsequenzen einer strikten Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug vor Augen - auf die dem gemeinen Recht immanente Rechtsfigur der Annahmehemöglichkeit zurück. Bei Dienstleistungen, die wegen ihrer Beschaffenheit mit und wegen der Nichtannahme zwangsläufig unmöglich werden, sollen demnach Annahmeverzug und Unmöglichkeit zusammenfallen.⁵⁶⁹ Der Gesetzgeber habe eine Wertentscheidung über die Risikotragung im Dienstvertragsrecht dadurch getroffen, dass er die Unmöglichkeitsfälle in die Regelung des Annahmeverzuges einbezogen habe.⁵⁷⁰

Für diese Auffassung sprechen vor allem entstehungsgeschichtliche Argumente. Der historische Gesetzgeber hob seinerzeit ausdrücklich hervor, dass es nicht unbeachtet bleiben dürfe, "dass dem Dienstvertrag regelmäßig die Eigenschaft einer Art Fixgeschäft beiwohne".⁵⁷¹ Es scheint somit, als habe der Gesetzgeber absolute Fixgeschäfte dem Anwendungsbereich des § 615 BGB unterstellen wollen. Erklärtes Ziel war es zudem, "für den Dienstvertrag in einer der wichtigsten Beziehungen ein einfaches und klares Recht zu gewinnen".⁵⁷² Daraus und aus der Tatsache, dass die

⁵⁶⁶ Vgl. BGHZ 10, 187 (189); Oetker, S. 327.

⁵⁶⁷ Vgl. Picker, JZ 1985, 693 (699); Oetker, S. 331; Beuthien, S. 247.

⁵⁶⁸ Picker, JZ 1985, 693 (699 ff.); vgl. auch Soergel-Kraft, § 615, Rz. 4 f.; Staudinger-Richardi, § 615, Rz. 35.

⁵⁶⁹ Picker, JZ 1985, 693 (699); ähnlich Soergel-Kraft, § 615, Rz. 5.

⁵⁷⁰ Picker, JZ 1985, 693 (700); vgl. auch Soergel-Kraft, § 615, Rz. 4.

⁵⁷¹ Jakobs/Schubert, Schuldverhältnisse II, S. 770.

⁵⁷² Jakobs/Schubert, Schuldverhältnisse II, S. 770.

Rechtsfigur des Annahmeverzugs zur damaligen Zeit weit verbreitet⁵⁷³ war, zieht namentlich Picker⁵⁷⁴ den Schluss, der Gesetzgeber habe die Unmöglichkeitfälle in den Annahmeverzug bei Dienstverträgen aufgenommen.

cc. Exklusivitätsverhältnis zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug

So plausibel eine auf die Entstehungsgeschichte gestützte Argumentation auf den ersten Blick auch erscheinen mag, festzuhalten bleibt: Die Materialien zum BGB sind nicht Gesetz geworden. Und: Es ist durchaus zweifelhaft, ob die in den Materialien aufgeführten Absichten des Gesetzgebers letztlich noch bei Erlass des BGB Bestand hatten, denn aus den weiteren Beratungen lässt sich eine eindeutige Intention des Gesetzgebers nicht zweifelsfrei feststellen.⁵⁷⁵ Das alleinige Abstellen auf die möglichen Absichten des historischen Gesetzgebers wird der Problematik nicht gerecht.

Besondere Bedeutung bei der Auslegung gewinnen mithin der Wortlaut des § 615 BGB und die Systematik des Rechts der Leistungsstörungen, so wie es im BGB verankert ist. Aus dem Wortlaut und der Gesetzssystematik ergeben sich für die Rechtsfigur der Annahmearbeit Unmöglichkeit keine gewichtigen Argumente. Das Gegenteil ist der Fall: § 615 BGB beruht nicht nur auf der Prämisse, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete seine Leistung in tatsächlicher Hinsicht nachholen kann, sondern geht auch wie selbstverständlich davon aus, dass der Anspruch des Dienstberechtigten an sich fortbesteht, so wie es den allgemeinen Grundsätzen des Leistungsstörungsrechts entspricht.⁵⁷⁶ Nur so lässt sich plausibel erklären, dass das Gesetz den Schuldner (endgültig) von seiner Leistungspflicht befreit. Eine Befreiung von einer nicht bestehenden Pflicht ist schon aus logischen Gesichtspunkten ausgeschlossen. Da § 615 BGB eine vom allgemeinen Leistungsstörungsrecht abweichende Regelung trifft, kann diese Vorschrift auch nicht als deklaratorische Norm aufgefasst werden, die lediglich die Rechtsfolge des § 275 BGB wiederholt.⁵⁷⁷

Auf absolute Fixgeschäfte kann § 615 BGB folglich nicht angewendet werden. Dieses Ergebnis steht auch nicht in einem unauflösbaren Widerspruch zur Entstehungsgeschichte. § 361 BGB a.F. zeigt auf, dass der Gesetzgeber bei Erlass des BGB nicht nur die absolute, sondern auch die relative Fixschuld vor Augen hatte. Da § 615 BGB die Fälle der relativen Fixschuld erfasst, bei denen die vorübergehend unmögliche Leistung grundsätzlich nachgeholt werden kann, mindern sich die Bedenken, die aus den Materialien zum BGB resultieren. Denn soweit dort von einer "Fixschuld" die Rede ist, wird nicht zwischen absoluter und relativer Fixschuld

⁵⁷³ Sie wurde z.B. im Bauernvogt-Urteil vom Reichsgericht herangezogen, RGZ 3, 179 (183); vgl. auch die Ausführungen von Picker, JZ 1985, 693 (700) m.w.N.

⁵⁷⁴ Picker, JZ 1985, 693 (700); Picker, JZ 1979, 285 (290 f.); Staudinger-Richardi, § 615, Rz. 35.

⁵⁷⁵ Rückert, ZfA 1983, 1 (10 ff.) mit eingehender Begründung; vgl. auch Soergel-Wiedemann, Vorb. § 293, Rz. 14.

⁵⁷⁶ Köhler, Unmöglichkeit, S. 56; Oetker, S. 338; Soergel-Wiedemann, Vorb. § 293, Rz. 16.

⁵⁷⁷ Oetker, S. 338.

unterschieden. Geht man demnach davon aus, dass der Gesetzgeber mit § 615 BGB die Fälle der relativen Fixschuld erfassen wollte, so stehen der Wortlaut und die Gesetzessystematik mit der Entstehungsgeschichte durchaus in Einklang.⁵⁷⁸

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Unmöglichkeit und Annahmeverzug schließen sich gegenseitig aus. Aus dem absoluten Fixschuldcharakter der Dienstleistungen des Fitness-Studios ergibt sich, dass § 615 BGB jedenfalls unmittelbar nicht angewendet werden kann, wenn ein in der Person des Kunden begründetes Leistungshindernis vorliegt.

2. Gesamtanalogie zu §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB

Da somit weder § 537 I 1 BGB noch § 615 S. 1 BGB als besondere Vorschriften unmittelbar anwendbar sind, liegt der Schluss nahe, dass die zu beurteilende Klausel allein am Maßstab des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) zu überprüfen ist.⁵⁷⁹ Gem. § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) verliert das Studio seinen Vergütungsanspruch, wenn der Kunde die Unmöglichkeit der Leistung nicht verschuldet hat.

a. Grundgedanke der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB

Eine konsequente Anwendung des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) auf den Fitness-Vertrag wäre aber nicht unbedenklich; denn entgegen dem gesetzlichen Grundgedanken der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB verliert das Fitness-Studio seinen Anspruch auf die Vergütung, auch wenn es seine Leistungen ordnungsgemäß anbietet. Der innere Grund für den Erlass der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB ist darin zu sehen, dass sich der Dienstpflichtige bzw. der Vermieter auf seine Leistung eingerichtet hat und seine Leistungsfähigkeit aus diesem Grunde nicht zur anderweitigen Gewinnerzielung nutzen kann.⁵⁸⁰ Das Gesetz legt deshalb im Rahmen der jeweiligen Voraussetzungen der §§ 615 S. 1 bzw. 537 I 1 BGB dem Gläubiger das Verwendungsrisiko auf.⁵⁸¹ Die Schwäche der gesetzlichen Regelung besteht darin, dass sie nicht zwischen der unterschiedlichen Dauer der Leistungshindernisse differenziert und die Möglichkeit unberücksichtigt lässt, dass sich der Gläubiger nach einiger Zeit auf das Leistungshindernis einstellen kann.

Aufgrund dessen ist zu erwägen, bei kurzzeitigen Leistungshindernissen den Rechtsgedanken der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB im Rahmen einer Gesamtanalogie zu berücksichtigen. Die Interessenlage der Vertragsparteien steht einer Anwendung des § 537 I 1 BGB - wie bereits ausführlich dargelegt⁵⁸² - jedenfalls insoweit entgegen, als dass das Studio dem Kunden die Vergütungsgefahr vollständig auferlegt. Aus

⁵⁷⁸ Vgl. Oetker, S. 338.

⁵⁷⁹ Diesen Schluss zieht Heinrichs, EWiR, § 9 AGBG, 1/97, 1 (2); ähnlich auch BGH, NJW 1997, 193 (194).

⁵⁸⁰ Vgl. Köhler, Unmöglichkeit, S. 56; Palandt-Putzo, § 615, Rz. 1.

⁵⁸¹ Vgl. nur BGH, NJW 1997, 193 (194); Wolf/Eckert, Rz. 534 f.

⁵⁸² Siehe dazu oben, § 4, B II 2 a cc.

den gleichen Gründen kann auch § 615 BGB auf den Fitness-Vertrag allenfalls bei zeitlich begrenzten Leistungshindernissen entsprechend angewendet werden. Ist die Leistung aber nur in einem verhältnismäßig geringen Zeitraum unmöglich, so sprechen gute Gründe für eine (beschränkte) analoge Anwendung der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB.

b. Vertragliche Pflicht, eine Überbelegung des Studios zu verhindern

Bedenklich ist die Anwendung des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) vor allem in dem Falle, dass das Studio voll ausgelastet ist. Soweit die Rechtsprechung und das Schrifttum darauf abstellen, dass der Kunde im Einzelfall keinen Anspruch auf die Benutzung eines Gerätetyps hat, wenn die Geräte bereits durch andere Kunden belegt sind⁵⁸³, ist dieses zwar grundsätzlich zutreffend. Der möglichen Schlussfolgerung, dass deshalb das Studio gem. § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) uneingeschränkt das Verwendungsrisiko zu tragen hat⁵⁸⁴, kann aber insoweit nicht beige- pflichtet werden, als nur ein kurzfristiges Leistungshindernis vorliegt, das in der Person des Kunden begründet ist.

Das Studio ist aufgrund der vertraglichen Verpflichtung keinesfalls berechtigt, unbegrenzt viele Verträge mit neuen Kunden abzuschließen.⁵⁸⁵ Dies darf es nur insoweit, als im Regelfall keine Überbelegung des Studios droht. Grundsätzlich muss dem Kunden die Möglichkeit offen stehen, an den Geräten zu trainieren, an denen er auch trainieren will. Der Kunde muss nur eine im Einzelfall, also ausnahmsweise bestehende Überbelegung hinnehmen. Dies bedeutet im Ergebnis nichts anderes, als dass das Studio im Falle der Vollaustattung die für den einzelnen Kunden freigehaltenen Kapazitäten nicht nutzen kann, weil es vertraglich verpflichtet ist, die Anzahl seiner Kunden auf ein vertragliches Maß zu beschränken.

Bei langfristigen Leistungshindernissen kann das Studio das Fernbleiben des Kunden in seinen Planungen berücksichtigen. Es kann einen neuen Kunden aufnehmen, ohne dass eine Überbelegung droht, denn der Kunde kann, solange das Leistungshindernis besteht, ohnehin nicht trainieren. Erst für den Zeitpunkt, in dem das Leistungshindernis nach dem normalen Lauf der Dinge wegfällt, muss das Studio reagieren. Es muss dann zahlenmäßig einen Neukunden weniger aufnehmen, als sich Altkunden vom Vertrag lösen. Dies ist regelmäßig im Rahmen der normalen Fluktuation innerhalb des Kundenstammes möglich, denn bei durchschnittlich 706 Mitgliedern pro Studio⁵⁸⁶ liegt es auf der Hand, dass sich jeden Monat einige Kunden

⁵⁸³ Vgl. Raab, JA 1998, 75 (80).

⁵⁸⁴ So wohl Heinrichs, EWiR § 9 AGBG 1/97, 1 (2).

⁵⁸⁵ Dies wird nicht hinreichend deutlich bei OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 13, soweit es die tatsächliche Feststellung trifft, der Betreiber eines Sportstudios ermögliche "einer sich ständig ändernden und nicht fest begrenzten Vielzahl von Kunden den gleichzeitigen Gebrauch derselben Einrichtung".

⁵⁸⁶ Vgl. Kamberovic/Kretzschmar, Eckdaten, S. 9.

vom Fitness-Studio lösen. Dem Kunden kann angesichts dieser Sachlage nicht das gesamte Verwendungsrisiko auferlegt werden.⁵⁸⁷

Anders stellt sich die Sachlage aber bei kurzfristigen Leistungshindernissen dar. Das Studio kann z.B. bei einer einwöchigen Erkrankung keinen neuen Vertrag abschließen, da ansonsten in dem Zeitpunkt, in dem der Kunde wieder gesund wird, eine Überbelegung des Studios drohen würde. Das Studio kann also bei einer kurzfristigen Erkrankung, die Studioeinrichtung und das Dienstleistungsangebot nicht anderweitig verwerten. Es wäre daher bedenklich, etwa für den Fall einer Grippe, dem Studio generell die Vergütungsgefahr aufzuerlegen. Das Studio muss seinerseits die laufenden finanziellen Verpflichtungen erfüllen, könnte aber andererseits weder eine Vergütung von den erkrankten Kunden noch von potentiellen Neukunden verlangen. Im Extremfall könnten kurzfristige Liquiditätsengpässe die Folge sein.

Genau diesen Fall hatte der Gesetzgeber bei Erlass der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB vor Augen. Das Studio ist gehindert, seine bereitgestellten Leistungen anderweitig zu verwerten. Da das Leistungshindernis in der Sphäre des Kunden begründet ist, wäre es unangemessen, dem Studio die gesamte Vergütungsgefahr aufzuerlegen. Insofern ist von einer mit der gesetzlichen Regelung vergleichbaren Interessenlage auszugehen.

c. Weitere die Interessenlage berührende Gründe

Daneben gibt es weitere Gründe, die verdeutlichen, dass die konsequente Anwendung des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) dem mutmaßlichen Willen der Studios und der Kunden nicht gerecht wird. Dies lässt sich insbesondere am Beispiel der kurzzeitigen Erkrankung eines Kunden belegen.

Die Anwendung des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) würde dazu führen, dass die Kunden selbst bei kürzesten Erkrankungen für den entsprechenden Zeitraum keine Vergütung zu zahlen hätten. So könnten sich etwa Kunden, die regelmäßig nur am Wochenende trainieren, bei Erkrankungen während der Werktage von ihrer Vergütungspflicht befreien, obwohl sie die Leistungen des Studios in diesem Zeitraum ohnehin nicht in Anspruch genommen hätten.

Den Kunden trifft bei kurzfristigen Erkrankungen überdies die Beweislast, soweit es um seine Sportunfähigkeit und sein Verschulden geht. Der Nachweis durch den Kunden ist bei kurzzeitigen Erkrankungen aber aus ökonomischen Gründen kaum vertretbar, denn im Regelfall übersteigen die Kosten für das ärztliche Attest den Vergütungsanteil, der von § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) erfasst wäre. Daneben ist für die (teilweise) Rückabwicklung bereits getätigter Zahlungen ein erheblicher Verwaltungsaufwand erforderlich. Kurzum: Bei kurzfristigen Erkrankungen stehen die Kosten für den Verwaltungsaufwand und den jeweiligen Nachweis

⁵⁸⁷ Vgl. die Ausführungen oben, § 4, B II 2 a cc.

von Sportunfähigkeit und Verschulden außer Verhältnis zur Höhe der streitgegenständlichen Vergütung.

Die konsequente Anwendung des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) birgt schließlich die Gefahr in sich, dass sie den Rechtsfrieden zwischen den Vertragsparteien nachhaltig stört. In der Praxis akzeptieren die Kunden, dass sie bei kurzfristigen Erkrankungen ebenso wie bei anderen kurzfristigen Leistungshindernissen die Vergütung zu entrichten haben. Dass kurzzeitige Verhinderungen des Kunden eintreten können, ist selbstverständlich und für den Kunden ohne weiteres bereits bei Vertragsschluss vorhersehbar.⁵⁸⁸ Dem Nachteil, die Vergütung ohne Inanspruchnahme der Gegenleistung entrichten zu müssen, steht der Vorteil gegenüber, dass der Kunde in der Regel die Möglichkeit hat, die Einrichtung und die Dienstleistungen des Studios beliebig oft und beliebig lange im Rahmen der Öffnungszeiten zu nutzen. Kurzfristige Ausfallzeiten können dementsprechend durch eine besonders intensive Nutzung in der übrigen Zeit ausgeglichen werden.⁵⁸⁹

d. Zeitspanne, in der eine Analogie gerechtfertigt ist

Da der Gesetzgeber kurzfristige Leistungshindernisse bei Erlass des BGB im allgemeinen nicht bedacht hat und im Hinblick auf den Fitness-Vertrag zum Ende des 19. Jahrhunderts auch nicht regeln konnte, ist von einer Regelungslücke des Gesetzes auszugehen. Einer anlogenen Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB steht demnach in Anbetracht der Interessenlage der Vertragsparteien nichts im Wege. Fraglich ist allein, bis zu welcher Dauer eines Leistungshindernisses die Analogie gerechtfertigt ist.

Angemessen erscheint nach den bisherigen Ausführungen eine Zeitspanne von einem Monat. Ein Leistungshindernis, das länger als einen Monat besteht, ist für den Kunden bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar. Die Kosten für den Nachweis der Sportunfähigkeit und der Verwaltungsaufwand für die Rückvergütung stehen ab einem Monat auch im Verhältnis zur Beitragshöhe, die rückerstattet werden muss. Schließlich kann sich das Studio auf ein Leistungshindernis, das derart lange besteht, einstellen und durch die Neuaufnahme eines weiteren Kunden reagieren. Dem Verwendungsinteresse des Studios ist mithin hinreichend Rechnung getragen, wenn bis zu einem Monat andauernde Leistungshindernisse vom Anwendungsbereich des § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) ausgenommen werden.

3. Ergebnis

Die dispositive Rechtslage sieht bei in der Person des Kunden begründeten Leistungshindernissen bis zur Dauer eines Monats das Fortbestehen der Ver-

⁵⁸⁸ OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 14.

⁵⁸⁹ OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 15.

gütungspflicht vor. Darüber hinausgehende Leistungshindernisse führen dagegen gem. § 326 I BGB n.F. (§ 323 I BGB a.F.) zu einem Erlöschen der Leistungspflicht des Kunden. Da die in der Praxis zu findenden Klauseln nicht zwischen den verschiedenen Leistungshindernissen differenzieren, weichen sie von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab. Ein sachlicher Grund, der dies rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Daraus folgt, dass diese Klauseln gem. § 307 II, Nr. 1, I BGB unwirksam sind.

B. Außerordentliche Kündigung

Häufig finden sich in den Allgemeinen Bedingungen der Fitness-Branche auch Klauseln, die ein außerordentliches Kündigungsrecht des Kunden ausschließen. Zum Teil wird ein solcher Kündigungsausschluss bereits im Wege der kundenfeindlichen Auslegung dem gerade erörterten Klauseltyp zugemessen.⁵⁹⁰ Noch deutlicher wird das Bestreben, eine vorzeitige Kündigung auszuschließen, bei AGB-Bestimmungen⁵⁹¹ wie dieser:

"Krankheiten, Wohnungswechsel u.ä. entbinden das Mitglied nicht von den Verpflichtungen aus diesem Vertrag."

Nicht selten sehen die AGB - um ein außerordentliche Kündigung zu vermeiden - auch ein Ruhen des Vertrages für den Fall der Krankheit, einer Schwangerschaft oder einem ähnlichen Grund vor. Eine solche Klausel⁵⁹² lautet zum Beispiel:

"Muss die Behandlung der Kundin wegen (...) Krankheit, Schwangerschaft oder sonstigen gesundheitlichen Gründen unterbrochen werden oder wird aus diesen Gründen mit dem Kursprogramm nicht begonnen, so verlängert sich das Kursende um die Dauer der Unterbrechung. Dies entbindet die Kundin jedoch nicht von den vereinbarten Zahlungsterminen."

I. Kündigung gem. §§ 626, 627 BGB

Diese Klauseln sind gem. § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam, wenn sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar sind. Da es sich bei

⁵⁹⁰ So z.B. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55 (56) bei der Beurteilung der Klausel *"Der Beitrag ist auch dann regelmäßig bis zum Ablauf des Vertrages weiter zu zahlen, wenn die Teilnehmerin die Einrichtung des Studios nicht in Anspruch nimmt"*; LG Düsseldorf, VuR 1992, 171 (172) - *"Der Beitrag ist auch dann regelmäßig weiterzuzahlen, wenn das Mitglied die Leistungen nicht in Anspruch nimmt"*; vgl. auch BGH, NJW 1997, 193 (194), der diese Frage ausdrücklich offen gelassen hat.

⁵⁹¹ Diese Klausel war Gegenstand eines Urteils vom OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 7 ff.; ähnliche Klauseln finden sich z.B. in OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; LG Dortmund, VuR 1992, 163; LG Dortmund, VuR 1992, 174 (175); AG Bautzen, NJW-RR 1998, 130; vgl. auch Schröder, VuR 1992, 158 (161); Heidemann, VuR 1988, 249 (252 ff.) jeweils m.w.N.

⁵⁹² Diese Klausel war vom OLG München, NJW-RR 1995, 1467 zu beurteilen (Schlankheitsstudio-AGB); ähnliche Klauseln finden sich z.B. in OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; LG München, VuR 1994, 362 (364); LG Frankfurt, VuR 1998, 204 (205); LG Dortmund, VuR 1992, 177 (178); AG Rastatt, NJW-RR 2002, 1280; AG Itzehoe, NJW-RR 2000, 1507; AG Frankfurt, NJW-RR 1993, 758.

der vorzeitigen Kündigung des Fitness-Vertrages um eine einheitlich zu beurteilende Rechtsfrage handelt, kommt ernsthaft nur ein Verstoß gegen die dienstvertragliche Kündigungsvorschrift des § 626 BGB in Betracht.⁵⁹³

Erwägen kann man zwar auch die Anwendung des § 627 BGB; diese Norm setzt aber voraus, dass Dienste höherer Art geleistet werden, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden. Ein solches besonderes Vertrauensverhältnis, wie es z.B. bei Verträgen mit Ärzten, Rechtsanwälten und Steuerberatern besteht⁵⁹⁴, ist beim Fitness-Vertrag üblicherweise nicht gegeben.⁵⁹⁵ Denn regelmäßig liegt dem Vertragsschluss kein über das normale Maß hinausgehendes persönliches Vertrauen zugrunde, welches der Kunde dem Betreiber des Fitness-Studios und seinen Angestellten entgegenbringt. Dem steht nicht entgegen, dass die Leistungen des Studios der körperlichen Betätigung des einzelnen Kunden dienen und damit deren körperliches Integritätsinteresse berühren. Der Kunde sucht sich das Studio regelmäßig nicht primär aufgrund eines besonderen Vertrauens in die Leistungen des Studios aus, sondern ebenso weil ihm die Lage des Studios, dessen Leistungen, die zwischenmenschliche Atmosphäre und das Preisniveau zusagen.

§ 626 BGB stellt zwingendes Recht dar.⁵⁹⁶ Ein Verstoß gegen diese Vorschrift indiziert nicht nur die Unvereinbarkeit der Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, sondern führt ipso iure zur Unwirksamkeit der Klausel. Soweit die in den Klauseln aufgeführten Gründe zur Kündigung gem. § 626 BGB berechtigen, können auch sachlich rechtfertigende Gründe nicht zur Wirksamkeit der Bestimmung führen.

Ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die es dem Kunden unzumutbar machen, am Vertrag festgehalten zu werden. Aus dem im Bürgerlichen Recht bestehenden Grundsatz pacta sunt servanda, der durch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung beschränkt wird, ergibt sich, dass § 626 BGB eng auszulegen ist.⁵⁹⁷ Die Möglichkeit der Kündigung ist das äußerste Mittel (ultima ratio). Deshalb ist eine Kündigung nur dann zulässig, wenn die Fortführung des Vertrages unter Berücksichtigung aller anderen nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel unzumutbar ist.⁵⁹⁸ Die Unzumutbarkeit

⁵⁹³ Wenn man die mietrechtlichen Vorschriften für maßgeblich erachtet, ist § 543 BGB einschlägig. Vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes konnte § 626 BGB nach h.M. über § 242 BGB zur rechtlichen Beurteilung herangezogen werden, vgl. OLG Düsseldorf, VuR 1992, 55 (56); Larenz, SchuldR II/1, § 52 III d (S. 336); Raab, JA 1998, 75 (76) m.w.N.

⁵⁹⁴ Vgl. nur Palandt-Putzo, § 627, Rz. 2; Gounalakis/Gounalakis, RdJB 1997, 229 (236); Larenz, SchuldR II/1, § 52 III d (S. 338).

⁵⁹⁵ So im Ergebnis auch Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 507; Graf v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rz. 6; Wienands, ZAP (1996), Fach 6. S. 243 (252); Gounalakis/Gounalakis, RdJB 1997, 229 (236).

⁵⁹⁶ Erman-Hanau, § 626, Rz. 15; Palandt-Putzo, § 626, Rz. 2.

⁵⁹⁷ Erman-Belling, § 626, Rz. 9; Brox, SchuldR BT, Rz. 253.

⁵⁹⁸ Larenz, SchuldR II/1, § 52 III d.

ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln. Fällt der mögliche Kündigungsgrund in die Risikosphäre einer der beiden Vertragspartner, so schließt dies das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht aus; es ist jedoch bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.⁵⁹⁹

II. Einzelne Kündigungsgründe

Im Folgenden werden mögliche Kündigungsgründe daraufhin untersucht, ob sie die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllen. Am praxisrelevantesten sind Krankheiten der Kunden, Umzüge, Einberufungen zum Wehrdienst und Schwangerschaften.

1. Krankheit

Eine Krankheit des Kunden führt häufig dazu, dass er für den Zeitraum der Erkrankung aus medizinischen Gründen nicht in der Lage ist, am Trainingsbetrieb des Fitness-Studios teilzunehmen. In diesem Fall hat der Kunde ein berechtigtes Interesse daran, das Entgelt für diejenigen Leistungen, die er aufgrund der Krankheit nicht in Anspruch nehmen kann, nicht entrichten zu müssen. Demgegenüber hat das Fitness-Studio ein berechtigtes Interesse daran, langfristig disponieren zu können und das in der Kalkulation veranschlagte Entgelt zu erhalten.⁶⁰⁰

Würde jede nur kurze Zeit andauernde Krankheit dazu führen, dass der Kunde den Vertrag kündigen könnte, so wäre eine vernünftige betriebswirtschaftliche Planung kaum möglich. Die Kunden könnten sich etwa mit der Berufung darauf, eine leichte Grippe zu haben, jederzeit vom Vertrag lösen. Das außerordentliche Kündigungsrecht als äußerstes Mittel würde überspannt. Die finanzielle Belastung, welche die Kunden ohne tatsächliche Inanspruchnahme der Gegenleistung trifft, ist bei Krankheiten auf einen Monatsbeitrag beschränkt, auch wenn es dem Kunde für einen längeren Zeitraum als einen Monat unmöglich ist, im Studio zu trainieren.⁶⁰¹ Diese Belastung ist nicht so erheblich, als dass sie die Unzumutbarkeit begründen könnte.⁶⁰² Aus der finanziellen Belastung des Kunden allein lässt sich also kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB herleiten.

Die Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag kann sich aber auch daraus ergeben, dass der angestrebte Vertragszweck nicht mehr erreichbar ist.⁶⁰³ Es ist deshalb auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass sich bei einer lang andauernden Krankheit die Muskulatur des Kunden erheblich zurückbildet. Im Gegensatz zum Vertragsziel, ein bestimmte körperliche Fitness zu erlangen, wirkt ein lang andauernde Krankheit somit kontraproduktiv. Statt weitere Trainingserfolge zu erzielen, werden die bisher erzielten Ergebnisse weitgehend hinfällig.

⁵⁹⁹ Palandt-Putzo, § 626, Rz. 39, 41.

⁶⁰⁰ Siehe oben, § 6, A III 2 a.

⁶⁰¹ Siehe oben, § 8, A II 2.

⁶⁰² Ähnlich OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 14.

⁶⁰³ Vgl. Erman-Belling, § 626, Rz. 1.

Aus diesem Grund ist bei lang andauernden Krankheiten oder Verletzungen davon auszugehen, dass dem Kunden die Fortsetzung des Vertrages nicht zugemutet werden kann. Ein genaue Regel, ab welcher Dauer einer Erkrankung oder Verletzung dem Kunden das Training unzumutbar ist, kann indes allgemeingültig nicht aufgestellt werden. Da im Rahmen des § 626 BGB eine umfassende Interessenabwägung zu erfolgen hat und auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muss,⁶⁰⁴ sind insbesondere die Dauer der Erstlaufzeit, die körperliche Konstitution des Kunden und dessen konkretes Trainingsziel zu berücksichtigen. Bei Zugrundelegung einer Erstlaufzeit von sechs Monaten dürfte aber z.B. eine Krankheit, die über drei Monate andauert, ohne weiteres die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung begründen.

Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Fitness-Studios das Ruhen des Vertrages und eine Verlängerung des vertraglich vereinbarten Leistungszeitraums um die Dauer der Erkrankung vorsehen. Die Vertragsparteien legen nämlich bei Vertragsschluss ausdrücklich die Leistungszeit fest. Diese ist für den Kunden häufig so wichtig, dass ihm ihre Verlängerung nicht zumutbar ist.⁶⁰⁵

Im Einzelfall kann ein Ruhen des Vertrages zwar durchaus den Interessen des Kunden entsprechen. So z.B. wenn der Kunde ohnehin eine Verlängerung des Vertrages beabsichtigt. Es sind aber ebenso Fälle denkbar, in denen es dem Kunden unbedingt auf den vertraglich festgelegten Zeitraum ankommt. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Kunde das Training dazu nutzt, seine körperliche Konstitution im Hinblick auf seine eigentliche Hauptsportart zu verbessern. Wenn z.B. ein Skifahrer seine Muskeln für die Wintersaison aufbauen will und deshalb einen Vertrag von Juni bis Oktober abschließt, so wäre eine dreimonatige Verlängerung des Vertrages im Verletzungsfalle für ihn schlichtweg sinnlos.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein genereller Ausschluss der Kündigung gem. § 626 BGB im Falle der Krankheit eines Kunden gegen § 626 BGB verstößt und daher gem. § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam ist.⁶⁰⁶ Auch ein generelles Ruhen des Vertrages unter Verlängerung der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit kann nicht wirksam in den AGB festgelegt werden, denn auch diese Klauselgestaltung verstößt gegen § 626 BGB.

⁶⁰⁴ So ausdrücklich in § 626 I BGB normiert.

⁶⁰⁵ So im Ergebnis auch OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; OLG München, NJW-RR 1995, 1467 (1468); LG Dortmund, VuR 1992, 178 (179); LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (207); Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 506; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (253); a.A. aber LG München VuR 1994, 362 (364); AG Frankfurt/Main, NJW-RR 1993, 758; AG Tettnang, NJW-RR 1987, 55 (56).

⁶⁰⁶ OLG München, NJW-RR 1995, 1467 (1468); OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242; LG Dortmund, VuR 1992, 178 (179); AG Langen, NJW-RR 1995, 823; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 506; Wienands, ZAP (1996), Fach 6, S. 243 (253).

2. Umzug des Kunden

Auch im Hinblick auf einen Umzug des Kunden kann das außerordentliche Kündigungsrecht nicht generell in den AGB ausgeschlossen werden.⁶⁰⁷ Jedenfalls im Einzelfall kann dem Kunden ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden. So kann es etwa einem Kunden, der aus beruflichen Gründen seinen Wohnsitz in eine andere Stadt verlegen muss, praktisch unmöglich werden, das Studio in einer zumutbaren Zeit zu erreichen. Zwar liegt die Entscheidung zum Wegzug in der Sphäre des Kunden und nicht in der des Studios. Dies führt aber nicht unbedingt dazu, dass dem Kunden wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* ein berechtigtes Interesse an einer Kündigung abgesprochen werden muss.

Nicht selten ist der Umzug für den Kunden unvermeidbar und damit eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar. Zu denken ist an den Fall, dass ein Kunde berufsbedingt wegziehen muss, um eine sonst drohende Arbeitslosigkeit zu vermeiden. In einem solchen Fall ist es dem Kunden auch unter Berücksichtigung der Interessen des Studios nicht zuzumuten, das Entgelt bis zum Vertragsende zu zahlen, ohne seinerseits die Gegenleistung in Anspruch nehmen zu können.

3. Einberufung zum Wehrdienst/ Schwangerschaft

Die vorstehenden Ausführungen zur Krankheit und zum Umzug gelten sinngemäß auch für die möglichen Kündigungsgründe, dass ein Kunde zur Ableistung seines Wehrdienstes einberufen wird oder dass eine Kundin schwanger wird.

Die Wehrpflicht ist eine verfassungsrechtliche Pflicht (Art. 12a I GG). Daraus lässt sich für den Kunden ohne weiteres ein rechtlich anerkanntes Interesse ableiten, den Fitness-Vertrag zu kündigen, wenn die Stationierung an einem anderen Ort erfolgt oder er durch Dienstpflicht keine Zeit zum Training mehr aufbringen kann. Ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Lösung vom Vertrag hat auch eine schwangere Kundin. Aus medizinischen Gründen ist jedenfalls in den letzten Monaten vor der Niederkunft das Training nicht mehr in einem solchen Umfang möglich, dass die vertraglichen Ziele der Kundin erreicht werden könnten.

Ein genereller Ausschluss des Kündigungsrechts gem. § 626 BGB kann deshalb auch im Hinblick auf die Einberufung zum Wehrdienst oder einer Schwangerschaft nicht wirksam in den AGB festgelegt werden; das gleiche gilt für ein Ruhen des Vertrages mit anschließender Verlängerung des Leistungszeitraums.⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ OLG München, NJW-RR 1995, 1467 (1468); LG Dortmund, VuR 1992, 174 (177).

⁶⁰⁸ Vgl. OLG München, NJW-RR 1995, 1467 (1468); LG Frankfurt/Main VuR 1998, 205 (207); Staudinger-M. Coester, § 9 AGBG, Rz. 506; Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 673; Wienands, ZAP (1996), Fach 6. S. 243 (252); a.A. LG München, VuR 1992, 362 (364).

§ 9 Freizeichnungsklauseln

In vielen Fitness-Verträgen sind Klauseln enthalten, durch die sich der Verwender von der vertraglichen oder deliktischen Haftung freizeichnet. Zu differenzieren ist zwischen Klauseln, die beim Training entstehende Körperschäden des Kunden erfassen und solchen, die sich auf den Verlust oder die Beschädigung mitgebrachter Sachen des Kunden beziehen.

A. Haftung für Schäden, die im Trainingsbetrieb entstehen

Es finden sich mitunter noch Klauseln, in denen die Studios jegliche Haftung für Körperschäden der Kunden ausschließen. Diese sind bisher jedoch nur in Ausnahmefällen Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen.⁶⁰⁹ Der Grund dürfte darin liegen, dass schon vor der Reform des Schuldrechts der Ausschluss der Haftung für vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten gegen § 11 Nr. 7 AGBG verstieß. Diese Regelung hat der Gesetzgeber mit § 309 Nr. 7a BGB n.F. noch verschärft. Da die Unwirksamkeit eines weitgehenden Haftungsausschlusses mit einem Blick in das Gesetz auch für die Fitness-Studios ohne weiteres erkennbar ist, lassen diese es regelmäßig nicht zu einem Urteil kommen, sondern erkennen den geltend gemachten Anspruch an.

Vor Inkrafttreten des § 309 Nr. 7a BGB n.F. stellte sich ernsthaft allein die Frage, ob die Fitness-Studios sich von Schäden, die auf einem leicht fahrlässigen Verhalten beruhen, per AGB freizeichnen können. Eine typische in der Praxis, insbesondere bei Alt-Verträgen, noch häufig zu findende Klausel hat folgenden Wortlaut⁶¹⁰:

"Das Sportcenter haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit"

Im Hinblick auf körperliche Schäden, die im Trainingsbetrieb entstehen, wurde bereits vor der Gesetzesänderung angenommen, dass eine Freizeichnung, auch für leicht fahrlässiges Verhalten, nicht zulässig ist.⁶¹¹ Nunmehr sind gem. § 309 Nr. 7a AGBG alle Klauseln unwirksam, die einen Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit vorsehen, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen.

Da diese Vorschrift im Gegensatz zu § 11 Nr. 7 AGBG auf Fahrlässigkeit und nicht lediglich auf grobe Fahrlässigkeit abstellt, ist auch leichte Fahrlässigkeit von ihr erfasst. Die Fitness-Studios können sich somit grundsätzlich nicht von der Haftung

⁶⁰⁹ Eine solche Klausel war Gegenstand eines Urteils vom LG Düsseldorf, VuR 1992, 171.

⁶¹⁰ So eine vom OLG Stuttgart zu beurteilende AGB-Bestimmung, NJW-RR 1988, 1082; ähnliche Klauseln finden sich unter anderem in OLG Hamm, NJW-RR 1992, 243; OLG München, NJW-RR 1995, 1467; LG Köln, NJW-RR 1988, 1084; LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (206); LG Dortmund, VuR 1992, 174 (175).

⁶¹¹ OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082 (1083); Palandt-Heinrichs, § 9 AGBG, Rz. 43.

für körperliche Schäden freizeichnen, die auf leicht fahrlässigem Verhalten des Betreibers oder seiner Erfüllungsgehilfen beruhen.

Man kann aber die Frage aufwerfen, ob ein Verweis des Kunden auf eine seitens des Studios abgeschlossene Haftpflichtversicherung, wie sie in Fitness-Verträgen mitunter zu finden ist⁶¹², die Angemessenheit der Freizeichnungsklausel begründen kann. Abgesehen davon, dass eine solche Klausel mit dem Wortlaut § 309 Nr. 7a BGB nur schwerlich vereinbar wäre, könnte sie allenfalls dann zulässig sein, wenn die Versicherung jeden noch so hohen Schaden abdeckt. Sie birgt für den Kunden aber so erhebliche Risiken, dass sie im Ergebnis unangemessen ist.

Den Kunden trifft das Insolvenzrisiko für den Fall, dass die Versicherung zahlungsunfähig wird. Zudem bringt ein Haftungsausschluss gegen Einräumung von Versicherungsschutz den Nachteil mit sich, dass der Kunde den Versicherer möglicherweise an einem anderen Gerichtsstand verklagen und sich Einwendungen und Einreden aus dem Versicherungsverhältnis entgegenhalten lassen muss.⁶¹³ Schließlich ist auch kein triftiger Grund ersichtlich, der es erfordert, den Kunden unmittelbar an die Versicherung zu verweisen. Im Innenverhältnis zur Versicherung steht es dem Fitness-Studio frei, sich vor einer möglichen Haftung durch den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu schützen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Ein Haftungsausschluss für Körperschäden ist gem. § 309 Nr. 7a BGB unwirksam. Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit Anh. Nr. 1a RL 93/13/EWG. Danach soll eine Klausel, welche die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden für Körperschäden des Kunden ausschließt oder einschränkt, unwirksam sein.

B. Haftung für mitgebrachte Sachen

Möglicherweise ist eine Freizeichnung aber für leicht fahrlässiges Verhalten zulässig, soweit es um die Haftung für den Verlust oder die Beschädigung mitgebrachter Sachen geht. Eine typische Klausel⁶¹⁴ in den Fitness-Verträgen lautet:

"Für Kleidung, Wertgegenstände u.ä. wird keine Haftung übernommen."

Diese Klausel ist gem. § 309 Nr. 7b BGB unwirksam, weil sie die Haftung für vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten ausschließt. Es stellt sich aber die Frage,

⁶¹² So z.B. die Klausel *"Das Fitness-Center haftet nicht bei grober und leichter Fahrlässigkeit. Soweit dem Mitglied Ersatzforderungen gegen das Fitness-Center zustehen, haftet dieses im Rahmen seiner abgeschlossenen Haftpflichtversicherung. Weitere Schadensersatzforderungen sind ausgeschlossen."* in OLG Hamm, NJW-RR 1992, 243.

⁶¹³ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 7, Rz. 33.

⁶¹⁴ Diese Klausel findet sich im Urteil des OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 7; ähnliche Klauseln waren Gegenstand in OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 55; LG Köln, NJW-RR 1988, 1084; LG Frankfurt/Main 1998, 205 (206); LG Dortmund, VuR 1992, 177 (178); vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444.

ob die Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten wirksam ausgeschlossen werden kann.

I. Kein Umkehrschluss zu § 309 Nr. 7 BGB bei leichter Fahrlässigkeit

Die Freizeichnung von der Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten verstößt nicht gegen § 309 Nr. 7b BGB, denn von dieser Vorschrift sind nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit erfasst. Aus § 309 Nr. 7b BGB kann aber nicht gefolgert werden, dass im Umkehrschluss eine Freizeichnung für fahrlässiges Verhalten stets oder in der Regel zulässig ist.⁶¹⁵

Der Entscheidung des historischen Gesetzgebers, den Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit nicht schlechthin zu verbieten, kann nicht die Regelungsabsicht entnommen werden, ein solcher Haftungsausschluss sei grundsätzlich zulässig. Diese Schlussfolgerung ist weder mit der Entstehungsgeschichte noch mit der Systematik des Gesetzes zu vereinbaren. Die Materialien zum AGBG belegen eindeutig, dass der Gesetzgeber jedenfalls im Hinblick auf sog. Kardinalpflichten einen Haftungsausschluss für grundsätzlich unwirksam erachtet hat.⁶¹⁶ Da ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit überdies von in den §§ 276, 278 BGB normierten wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, kann er nicht grundsätzlich wirksam sein.⁶¹⁷ § 307 II Nr. 1 BGB legt fest, dass eine solche Klausel *im Zweifel* unwirksam ist. Dafür, dass § 309 Nr. 7b eine gegenüber § 307 II Nr. 1 BGB vorrangige Wertentscheidung enthält, fehlen jegliche Anhaltspunkte im Gesetz und in den Materialien zum AGBG. Der Inhaltskontrolle gem. § 307 II Nr. 1 BGB wird durch § 309 Nr. 7 BGB keine Schranke gesetzt.

II. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes

Damit kann ein Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit nicht grundsätzlich zulässig sein. Genau das Gegenteil ist der Fall: In der Regel ist diese Haftungsfreizeichnung gem. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam. Nur sachliche Gründe können das Abweichen vom Grundgedanken der §§ 276, 278 BGB rechtfertigen und zur Wirksamkeit der Freizeichnungsklausel führen.

Es stellt sich daher die Frage, ob ein Fitness-Studio sachliche Gründe einwenden kann, die ein Abweichen vom gesetzlichen Haftungsmaßstab rechtfertigen. Dabei ist nicht jedes tatsächliche Interesse berücksichtigungsfähig. So entspricht es zwar unzweifelhaft dem tatsächlichen Interesse des Studios, sich vom Haftungsrisiko freizuzeichnen, um sich nachteiligen Schadensersatzansprüchen zu entziehen. Weil der

⁶¹⁵ So Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 7, Rz. 8 (ein solcher Umkehrschluss sei "fatal falsch"); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 7, Rz. 28; Koller, ZIP 1986, 1089; Wolf, NJW 1980, 2433 (2440); vgl. auch Brors, ZIP 1998, 1663 (1664); Palandt-Heinrichs, § 9 AGBG, Rz. 41; anders aber wohl BGH, NJW 1990, 761 (764); Staudinger-D. Coester-Waltjen, § 11 Nr. 7, Rz. 35.

⁶¹⁶ Teilbericht I, S. 55 f.; BT-Drucks. 7/3919, S. 23.

⁶¹⁷ Vgl. dazu bereits die Ausführungen oben, § 3, B III 2.

Verwender aber nach den §§ 276, 278 BGB für seinen Verantwortungsbereich dem Grundsatz nach einzustehen hat, ist er nach dem BGB gerade nicht berechtigt, seine Haftung formularmäßig zu beschränken.⁶¹⁸ Rechtlich zulässig kann eine Haftungsfreizeichnung dementsprechend nur sein, wenn sie auf einem besonderen, in den §§ 276, 278 BGB nicht berücksichtigten objektiven Umstand basiert. Es muss also ein vom gesetzlich geregelten Normalfall abweichender Sachverhalt vorliegen.

Als mögliche Kriterien, die ein erhebliches Auseinanderfallen des konkreten vom allgemeinen, gesetzlich geregelten, Sachverhalt begründen können, kommen vor allem die Ausgleichsfunktion der Haftung, ihre Präventivfunktion, die Beherrschbarkeit des Risikos, dessen Versicherbarkeit, und die Atypizität möglicher Schäden in Betracht.⁶¹⁹ Liegt demnach ein besonderer Umstand vor, der zu einem grundsätzlichen Interesse des Verwenders an einer Haftungsfreizeichnung führt, so folgt daraus allein aber noch nicht, dass ein Haftungsausschluss ohne weiteres wirksam festgelegt werden kann. Das berücksichtigungsfähige Interesse des Verwenders ist vielmehr mit den Interessen des Kunden abzuwägen. Nur bei einem Überwiegen der Interessen des Verwenders ist eine Freizeichnungsklausel im Ergebnis als wirksam einzustufen.

Im Gegensatz zu den Körperschäden, die beim Training eintreten können und als typisch zu qualifizieren sind, können der Verlust oder die Beschädigung mitgebrachter Sachen zu atypischen Schäden führen. Die Schadenshöhe ist vor allem davon abhängig, welche Sachen der Kunde mit in das Fitness-Studio bringt. Nimmt z.B. eine Kundin ihren wertvollen Schmuck, ihre Designerkleidung und den Schlüssel zu einem Luxusfahrzeug mit ins Studio, so entsteht im Falle des Verlustes oder der Beschädigung ein ungleich höherer Schaden, als wenn eine Kundin mit "normaler" Kleidung, ohne Schmuck und mit einem Fahrradschlüssel zum Training erscheint. Da im Extremfall ein exorbitant hoher Schaden drohen kann, ist das Schadensrisiko für das Fitness-Studio nur schwer abschätzbar.

Genau diese Tatsache prägt die Interessenlage eines Fitness-Studios. Es hat ein wirtschaftliches Interesse daran, finanzielle Risiken möglichst zu vermeiden. Dass dies nicht immer möglich ist, liegt auf der Hand. Aber: Das wirtschaftliche Risiko von drohenden Schadensersatzansprüchen kann das Studio verringern, wenn es sie in seiner betriebswirtschaftlichen Planung in etwa berücksichtigen kann und ihnen damit ihre eigentliche Gefahr - die Unberechenbarkeit - nimmt.⁶²⁰ Dies ist aber nur möglich, wenn es sich um typische, kalkulierbare Risiken handelt.

Da die Schäden, die aus leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen resultieren, nicht hinreichend in die wirtschaftliche Planung einbezogen werden können, besteht ein

⁶¹⁸ Brors, ZIP 1998, 1663 (1665).

⁶¹⁹ Grundlegend dazu Koller, ZIP 1986, 1089 ff.; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 7, Rz. 25; Brors, ZIP 1998, 1663 (1668 f.).

⁶²⁰ Vgl. Brors, ZIP 1998, 1663.

berücksichtigungsfähiges Interesse der Fitness-Studios an einer Freizeichnung. Fraglich ist, ob das Interesse der Studios im Ergebnis dazu führt, dass der Haftungsausschluss für leicht fahrlässiges Verhalten im Hinblick auf mitgebrachte Sachen wirksam ist. Zu berücksichtigen ist das gleichfalls berechnigte Interesse der Kunden, den vollen Schadensersatz zu erhalten. Es sprechen aber einige gute Gründe für eine Überwiegen des berechtigten Interesses der Studios an einer Freizeichnung. Insbesondere die Kriterien der Risikoerkennung und -beherrschbarkeit lassen auf ein solches Ergebnis schließen.

Die Kunden können bei einem Blick in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne großen Aufwand und ohne besondere Rechtskenntnisse erkennen, dass das Studio für leichte Fahrlässigkeit nicht haftet. Nehmen sie dennoch wertvolle Sachen mit in das Studio, die für Diebe besonders interessant sind, so ist es nicht unangemessen, sie mit dem hohen Schaden zu belasten - auch wenn dieser auf leichter Fahrlässigkeit des Studiobetreibers oder seiner Erfüllungsgehilfen beruht. Soweit die Kunden keine besonders wertvollen Sachen mit ins Studio nehmen, werden sie mit der Haftungsfreizeichnung auch nicht über Gebühr belastet, denn das Schadensrisiko hält sich dann in engen, noch zumutbaren, Grenzen.

Gerade in größeren Studios ist es überdies praktisch unmöglich, alle im Studio anwesenden Personen auf ihre Berechnigung hin zu überprüfen. Dass leicht fahrlässige Pflichtverletzungen bei der Aufsicht im Studio vorkommen, liegt nach der Lebenserfahrung auf der Hand und ist für die Kunden auch vorhersehbar. Das Risiko, dass es zu einem Verlust oder einer Beschädigung der mitgebrachten Sachen kommt, ist in einem erheblichen Maße auch von den Kunden beherrschbar. Nicht nur der Verkehrswert der mitgebrachten Sachen beeinflusst die Wahrscheinlichkeit eines Diebstahles, sondern auch die Art und Weise, wie der Kunde seinerseits auf seine Sachen aufpasst. So kann er z.B. in vielen Studios die Sachen in einem Schließfach deponieren, statt sie in der Umkleidekabine offen liegen zu lassen, oder er kann sie in einer Sporttasche verstauen, die er während des Trainings weitgehend im Auge behält.

Aus diesen Gründen überwiegt das Interesse der Studios an einem Haftungsausschluss. Die Abweichung vom Haftungsmaßstab der §§ 276, 278 BGB ist sachlich gerechtfertigt. Eine Klausel, die einen Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit festlegt, ist damit wirksam, wenn sie sich auf den Verlust oder die Beschädigung mitgebrachter Sachen bezieht.⁶²¹

⁶²¹ So im Ergebnis auch der BGH, NJW 1990, 761 (764) im Rahmen der Beurteilung eines Krankenhausbehandlungsvertrages.

§ 10 Leistungsänderung/ -einschränkung

A. Änderung der Öffnungszeiten

In vielen Fitness-Verträgen sind AGB-Bestimmungen aufgeführt, durch die sich das Studio die Möglichkeit vorbehält, die vereinbarten Öffnungszeiten einseitig zu ändern. Eine solche Klausel⁶²² lautet beispielsweise:

"Dem [Fitness-Studio] steht es frei, die Öffnungszeiten zu ändern "

I. Vereinbarkeit der typischen Klauseln mit § 308 Nr. 4 BGB

Diese Klausel kann gegen § 308 Nr. 4 BGB verstoßen. Da eine Änderung der Leistungsmodalitäten eine "Änderung der Leistung" i.S.d. § 308 Nr. 4 BGB ist⁶²³, kann sie nur dann wirksam sein, wenn die Änderung dem Kunden zumutbar ist.

Eine Änderung ist ohne weiteres unzumutbar, wenn kein rechtlich anerkanntes Interesse des Verwenders besteht.⁶²⁴ Nicht jedes Interesse des Verwenders ist rechtlich aner kennenswert. Aus dem Prinzip der Vertragstreue ergibt sich vielmehr, dass nur ausnahmsweise ein Interesse des Verwenders an einer Änderung der versprochenen Leistung anzunehmen ist. Dies ist der Fall, wenn die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich wird, die für den Verwender unvermeidlich sind oder auf die er keinen entscheidenden Einfluss hat.⁶²⁵ Deshalb sind z.B. Kalkulations-, Kosten- und Organisationsinteressen nicht aner kennenswert.⁶²⁶

Weil die typischen Klauseln in den Fitness-Verträgen keine Aussage darüber treffen, unter welchen Umständen das Studio die Öffnungszeiten ändern darf, kann das Studio nach dem Klauselinhalt auch ohne jeglichen Grund oder aus Rationalisierungsgesichtspunkten die Öffnungszeiten einschränken. Dass dies dem Kunden nicht zumutbar ist, liegt auf der Hand. Die in der Praxis verwendeten Klauseln sind mithin nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.

II. Möglichkeit, einen Änderungsvorbehalt in den AGB festzulegen

Fraglich ist aber, ob ein Änderungsvorbehalt nicht dennoch in irgendeiner Form in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden kann. Für die Formulierung einer allgemeinen Regelung, mit der dem Interesse des Verwenders Rechnung getragen werden kann, ist es erforderlich, die für die Beurteilung der

⁶²² So eine in OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 7 aufgeführte Klausel; ähnliche AGB-Bestimmungen finden sich z.B. in LG Dortmund, VuR 1992, 166; LG Köln, VuR 1992, 168 (169); LG Dortmund, VuR 1992, 174 (175); LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (206).

⁶²³ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445); Palandt-Heinrichs, § 308, Rz. 22; Soergel-U. Stein, § 10 AGBG, Rz. 38.

⁶²⁴ Soergel-U. Stein, § 10 AGBG, Rz. 41; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 10 Nr. 4, Rz. 14; MünchKomm-Basedow, § 10 Nr. 4 AGBG, Rz. 7.

⁶²⁵ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 10 Nr. 4, Rz. 15; Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 10 Nr. 4, Rz. 9.

⁶²⁶ Soergel-U. Stein, § 10 AGBG, Rz. 41; Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 10 Nr. 4, Rz. 9.

Zumutbarkeit maßgeblichen Gesichtspunkte in der Änderungsklausel ausdrücklich aufzuführen.⁶²⁷

Dieser Gestaltungsanforderung kann das Fitness-Studio kaum genügen. Die Öffnungszeiten gelten nämlich für alle Kunden des Studios. Eine Interessenabwägung im Rahmen der Zumutbarkeit führt bei der denkbaren Vielzahl unterschiedlicher Fälle regelmäßig zu widersprüchlichen Ergebnissen, auch wenn die Klausel noch so kundenfreundlich ausgestaltet ist. Deshalb liegt der Schluss nahe, dass es unmöglich ist, eine allgemeingültige Regelung zu formulieren, die den Interessen des Verwenders genügt und nicht Gefahr läuft, mit § 308 Nr. 4 BGB unvereinbar zu sein.

Ansatzpunkt für die Klauselgestaltung kann nur eine Lösung sein, die den verschiedenen Einzelfällen Rechnung trägt. Insoweit kommt nur eine Regelung in Betracht, die dem Kunden die Möglichkeit der Kündigung einräumt, falls die Öffnungszeitenänderung für ihn nicht akzeptabel ist. Damit keine Missverständnisse entstehen: Das Einräumen einer Kündigungsmöglichkeit führt aber nicht ohne weiteres zur Wirksamkeit eines Leistungsänderungsvorbehalts.

Vielmehr muss aus der Klausel hervorgehen, dass eine Änderung nur zulässig ist, wenn der Verwender ein rechtlich anerkennenswertes Interesse hat. Ein solches liegt vor, wenn die Änderung der Leistung im Hinblick auf den Geschäftsbetrieb des Verwenders wegen der Besonderheit der Umstände unvermeidlich ist.⁶²⁸ Ein solcher Umstand könnte z.B. eine öffentlich-rechtliche Maßnahme sein, durch die dem Studio zwingend auferlegt wird, die Öffnungszeiten zu ändern. Ein rechtliches Interesse des Studios vorausgesetzt, muss eine Änderung der Öffnungszeiten mit Kündigungsmöglichkeit dem Kunden zudem zumutbar sein. Der Kunde hat ein Interesse an der unveränderten Erfüllung des Vertrages. Soweit allerdings die Erfüllung letztlich nur über eine Änderung der Öffnungszeiten möglich ist, sei es, weil öffentlich-rechtliche Maßnahmen entgegenstehen oder sei es, weil sonst die Leistungsunfähigkeit des Verwenders droht, ist der Erfüllungsanspruch im Verhältnis zum Änderungsvorbehalt des Studios von untergeordneter Bedeutung.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Eine Änderung der Öffnungszeiten kann in den AGB wirksam festgelegt werden. Voraussetzung ist aber, dass die Änderung an ein rechtlich anerkennenswertes Interesse des Studios anknüpft und dem Kunden ein Kündigungsrecht eingeräumt wird.

⁶²⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 10 Nr. 4, Rz. 9.

⁶²⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 10 Nr. 4, Rz. 9; Soergel-U. Stein, § 10 AGBG, Rz. 41.

B. Umzug des Studios

Ein weiterer verbreitet zu findender Änderungsvorbehalt betrifft einen möglichen Studioumzug, also eine Änderung des vereinbarten Erfüllungsortes. Eine typische Klausel⁶²⁹ lautet:

"Eine Verlegung der Räume des [Fitness-Studios] innerhalb des Stadtgebiets berechtigt nicht zur vorzeitigen Kündigung"

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass auch diese Klausel gem. § 308 Nr. 4 BGB unwirksam ist. Da die Klausel das Studio berechtigt, auch ohne anerkanntes rechtliches Interesse einseitig den Erfüllungsort zu ändern, ist sie dem Kunden nicht zumutbar.⁶³⁰

Ein Änderungsvorbehalt ist im Hinblick auf einen Umzug des Studios allenfalls dann mit § 308 Nr. 4 BGB vereinbar, wenn dem Kunden ein Kündigungsrecht eingeräumt wird; denn aufgrund der Mannigfaltigkeit der Einzelfälle lässt sich auch bei diesem Klauseltyp eine zumutbare allgemeingültige Regelung ohne Kündigungsmöglichkeit nicht finden. Zwar kann für einzelne Kunden eine Verlegung des Studios aufgrund einer kürzeren Anfahrsstrecke durchaus Vorteile bieten; für andere Kunden wird dagegen eine längere Anfahrsstrecke schlechthin unzumutbar sein. Ein Änderungsvorbehalt mit Kündigungsmöglichkeit kann aber nur dann wirksam sein, wenn er an ein berechtigtes Verwenderinteresse anknüpft.⁶³¹ Ein solches liegt z.B. vor, wenn durch eine Asbestverseuchung die bisherigen Räumlichkeiten nicht mehr genutzt werden können.

C. Urlaubsbedingte Schließung

Häufig - vor allem in Vertragsformularen kleiner Fitness-Studios - finden sich Klauseln, die dem Studio für mehrere Wochen im Jahr eine urlaubsbedingte Schließung ermöglichen. Eine solche Klausel⁶³² lautet etwa:

"Bei Urlaub des Personals kann der Betrieb für ca. 3 Wochen geschlossen werden. Dieses hat keine Einwirkung auf die Beitragsfortzahlung."

Auch diese Klausel verstößt gegen § 308 Nr. 4 BGB. Denn sie ermöglicht die einseitige Änderung des vertraglich geschuldeten Leistungszeitraums. Eine solche Änderung ist dem Kunden gegenüber schon deshalb unzumutbar, da er trotz der

⁶²⁹ Diese Klausel war vom OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445) zu beurteilen. Ähnliche Klauseln finden sich z.B. in folgenden Urteilen: OLG Frankfurt/M. MDR 2000, 819; LG Dortmund, VuR 1992, 166; LG Dortmund, VuR 1992, 177 (178).

⁶³⁰ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444 (445).

⁶³¹ Vgl. die vorstehenden Ausführungen, § 10, A II.

⁶³² So eine zu beurteilende Klausel in LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (206); ähnliche Klauseln waren Gegenstand der Entscheidungen vom OLG Hamm, NJW-RR 1992, 243; OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082; LG Frankenthal, VuR 1993, 350; LG Dortmund, VuR 1992, 174 (175); LG Köln, NJW-RR 1988, 1084.

Schließung des Studios zur Weiterzahlung des Entgelts verpflichtet ist. Dadurch liegt im Falle der Schließung des Studios eine krasse Störung im Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor.

Aus diesem Grunde verstößt die Klausel auch gegen § 307 II Nr. 1, I BGB. Gem. § 616 BGB verliert der zur Dienstleistung Verpflichtete nur dann nicht seinen Vergütungsanspruch, wenn er für eine verhältnismäßig unerhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne Verschulden an der Dienstleistung gehindert wird. Im übrigen gelten die § 326 BGB. Nach der dispositiven Rechtslage ist es also grundsätzlich nicht möglich, die Vergütung zu beanspruchen, ohne die entsprechende Gegenleistung zu erbringen.

Da die Klausel somit von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht und kein sachlich-rechtfertigender Grund hierfür ersichtlich ist, benachteiligt sie die Kunden unangemessen.⁶³³ Folglich kann in den AGB nicht eine urlaubsbedingte Schließung bei Aufrechterhaltung der Zahlungspflicht vereinbart werden.

§ 11 Sonstige Klauseln

A. Bestätigung, gesund zu sein

Nicht selten enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Fitness-Studios eine vorformulierte Erklärung des Kunden, er sei sportfähig.

Eine solche Klausel⁶³⁴ lautet beispielsweise:

"Der Teilnehmer erklärt, gesund, in guter körperlicher Verfassung und daher in der Lage zu sein, an einem normalen Training teilzunehmen."

Diese Klausel ist am Maßstab des § 309 Nr. 12b BGB zu überprüfen. Durch die Klausel bestätigt der Kunde, einen den Anforderungen des Trainings genügenden Gesundheitszustand zu haben. Die Gesundheit als solches ist dem Beweis zugänglich und daher eine Tatsache i.S.d. § 309 Nr. 12b BGB.

Fraglich ist aber, ob sich durch die Bestätigung die Beweislast zum Nachteil des Kunden ändert. Sofern ein Kunde vom Fitness-Studio Schadensersatz wegen der Verletzung einer Beratungs-, Aufklärungs- oder Hinweispflicht geltend macht, trägt er die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung des Betreibers oder seiner

⁶³³ So im Ergebnis auch Dittrich, VuR 1999, 25 (26), die auf eine Abweichung von § 320 BGB abstellt.

⁶³⁴ So eine vom BGH, NJW-RR 1989, 817 zu beurteilende Klausel; ähnliche Klauseln finden sich u.a. bei OLG Frankfurt/Main, 6 U 164/93, S. 6; OLG München, NJW-RR 1995, 1467; LG Köln, VuR 1992, 168 (169); LG Düsseldorf, VuR 1992, 177; LG Dortmund, VuR 1992, 177 (178); vgl. auch OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082 (*"Der Unterzeichner erklärt, dass der Teilnehmer frei von ansteckenden Krankheiten ist."*).

Erfüllungsgehilfen.⁶³⁵ Die Feststellung, ob und inwieweit Pflichtverletzungen vorliegen, ist Tatfrage. Dem Kunden obliegt es, im Einzelfall die Umstände zu beweisen, welche die Beratungs- oder sonstigen Pflichten des Studios ausmachen.⁶³⁶ Es liegt daher der Schluss nahe, dass der Beweis auch ohne Bestätigung vom Kunden zu erbringen und deshalb eine Beweislaständerung i.S.d. § 309 Nr. 12b BGB abzulehnen ist.⁶³⁷

Diese Schlussfolgerung trifft indes nicht den Kern der Sache. Der Kunde muss in einem Rechtsstreit hinsichtlich seiner eigenen Erklärung, er sei sportfähig, den Gegenbeweis antreten. Dadurch kehrt sich die Beweislast zwar nicht um, für den Kunden wird es jedoch schwerer, entgegen seiner früheren Aussage glaubhaft zu beweisen, dass in Wahrheit sein Gesundheitszustand für das Training nicht genügend gewesen ist. Durch die Erschwerung des Beweises hat sich die Beweislast zum Nachteil des Vertragspartner i.S.d. § 309 Nr. 12 BGB geändert.⁶³⁸ Folglich ist eine Klausel, mit der ein Kunden seine Sportfähigkeit bestätigt, gem. § 309 Nr. 12b BGB unwirksam.

B. Verbindlichkeit der Hausordnung und der Anweisungen der Trainer

In einigen Fitness-Verträgen ist eine Klausel enthalten, nach der die Kunden die Hausordnung und Anweisungen der Trainer zu beachten haben. Eine solche Klausel⁶³⁹ lautet etwa:

"Jeder Teilnehmer muss den Anweisungen des Lehrpersonals und der Hausordnung Folge leisten."

Das LG Frankfurt/Main hat die Ansicht vertreten, dass eine solche Klausel gem. § 309 Nr. 12b BGB unwirksam sei.⁶⁴⁰ Sie bestätige die Geltung der Hausordnung und somit auch die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 II BGB, die ohne die streitgegenständliche Klausel der Verwender zu beweisen hätte.⁶⁴¹

Diese Ansicht ist abzulehnen. Die Klausel ist nämlich bei der gebotenen objektiven Auslegung dahingehend zu verstehen, dass nur sinnvolle Weisungen erteilt werden

⁶³⁵ Vgl. BGHZ 28, 251 (253); BGHZ 48, 310 (312); BGH, NJW-RR 1989, 817 (817 f.); Huff, EWiR, § 11 AGBG, 2/89, 839 (840).

⁶³⁶ BGH, NJW-RR 1989, 817 (817 f.); Huff, EWiR, § 11 AGBG, 2/89, 839 (840).

⁶³⁷ So OLG Hamm, NJW-RR 1987, 947; Soergel-U. Stein, § 11 AGBG, Rz. 168.

⁶³⁸ So auch BGH, NJW-RR 1989, 817 (817 f.); Ulmer/Brandner/Hensen-Hensen, § 11 Nr. 15, Rz. 20 und Anh. §§ 9-11, Rz. 672; Huff, EWiR, § 11 AGBG, 2/89, 839 (840).

⁶³⁹ So eine vom OLG Hamm, VuR 1992, 165 zu beurteilende Klausel; vgl. eine ähnliche Bestimmung war Gegenstand eines Urteils des LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (206).

⁶⁴⁰ LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (206).

⁶⁴¹ LG Frankfurt/Main, VuR 1998, 205 (207).

dürfen, die einem notwendigen geregelten Ablauf im Fitness-Studio dienen.⁶⁴² Der Betreiber des Studios und seine Erfüllungsgehilfen haben nach dem Inhalt der Klausel keinesfalls das Recht, willkürliche oder schikanöse Weisungen auszusprechen.⁶⁴³ Die Klausel gestaltet nur das Hausrecht des Fitness-Studios näher aus. Da das Studio auch ohne die Klausel eine rechtsgeschäftliche Zustimmung des Kunden nicht einholen muss, um die Wirksamkeit von sinnvollen Anweisungen herbeizuführen, handelt es sich bei ihnen nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I 1, 2 BGB.⁶⁴⁴

Daraus folgt: Eine Bestätigung der Einbeziehung der Hausordnung gem. § 305 II BGB ist entgegen dem LG Frankfurt/Main der AGB-Bestimmung nicht zu entnehmen. Auch eine unangemessene Benachteiligung der Kunden kann in ihr nicht gesehen werden, denn der Kunde ist ohnehin verpflichtet, sinnvollen Anweisungen Folge zu leisten, die vom Hausrecht des Fitness-Studios gedeckt sind.⁶⁴⁵

C. Gerichtsstandsvereinbarung

Zum Schluss soll kurz auf eine auch außerhalb der Fitness-Branche häufig verwendete - wohl nicht auszurottende - AGB-Bestimmung eingegangen werden. Immer noch finden sich häufig Gerichtsstandsvereinbarungen in den Vertragsformularen, nach denen der Gerichtsstand der Sitz des Studios ist.

Eine solche Klausel verstößt gegen die eindeutige Regelung des § 38 ZPO, die zwingendes Recht⁶⁴⁶ darstellt. Nur ausnahmsweise, wenn beide Parteien Vollkaufleute sind oder aber wenn eine der beiden Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, kann vor Entstehen der Streitigkeit ein Gerichtsstand vereinbart werden. Dass diese Voraussetzungen im Verhältnis zwischen Studios und Kunden regelmäßig nicht vorliegen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Gerichtsstandsvereinbarungen sind deshalb gem. § 38 ZPO und. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam.

⁶⁴² OLG Hamm, VuR 1992, 165; LG Dortmund, VuR 1992, 166 (168).

⁶⁴³ So aber Schröder, VuR 1992, 158 (162).

⁶⁴⁴ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 1, Rz. 18.

⁶⁴⁵ So im Ergebnis OLG Hamm, VuR 1992, 165; LG Dortmund, VuR 1992, 166 (168); a.A. Schröder, VuR 1992, 158 (162), der die Ansicht vertritt, in der Aufspaltung zwischen Vertragsurkunde und Hausordnung liege ein Umgehungsversuch i.S.d. § 306a BGB.

⁶⁴⁶ Statt aller: Thomas/Putzo, § 38, Rz. 2.

§ 12 Thesen

Die wichtigsten Ergebnisse dieser Arbeit lassen sich in Form von Thesen wie folgt zusammenfassen:

- (1) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist auf den typischen Fitness-Vertrag anwendbar. Bei der Beurteilung des Vertrages ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen richtlinienkonform auszulegen, soweit sein Schutzniveau hinter dem der RL 93/13/EWG zurückbleibt.
- (2) Die in den Fitness-Verträgen enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden im Normalfall gem. §§ 305 II, 305c I BGB wirksam in die Verträge einbezogen.
- (3) Die einzelnen Klauseln sind im Verbandsverfahren kundenfeindlich auszulegen. Im Individualverfahren ist zu differenzieren: Hält eine Klausel bei kundenfeindlicher Auslegung einer Inhaltskontrolle nicht stand, so ist sie grundsätzlich ohne Berücksichtigung des dem Kunden günstigen Inhalts als unwirksam einzustufen. Soweit sie aber mit den §§ 307-309 BGB vereinbar ist, muss die Klausel kundenfreundlich ausgelegt werden.
- (4) Im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB ist eine die typischen Verhältnisse berücksichtigende generalisierende Betrachtungsweise geboten. Für das Verbandsverfahren gilt dies uneingeschränkt. Die "den Vertragsabschluss begleitenden Umstände" (§ 310 III BGB) sind im Individualverfahren zusätzlich zu berücksichtigen, wenn eine Klausel bei generalisierend-typisierender Betrachtung der Inhaltskontrolle standhält. Die für den Kunden nachteiligen Umstände sind dann ebenso zu beachten wie die vorteilhaften.
- (5) Die Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB ist grundsätzlich am Maßstab des § 307 II Nr. 1 BGB durchzuführen; der subsidiären Vorschrift des § 307 II Nr. 2 BGB kommt dagegen bei der Beurteilung des Fitness-Vertrages keine praktische Bedeutung zu. Wenn eine Klausel von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, ist sie nicht nur "im Zweifel", sondern in der Regel gem. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam. Eine gesetzliche Regelung stellt einen wesentlichen Grundgedanken dar, wenn ihr tragender Inhalt für die rechtliche Stellung des Kunden und die angemessene Verteilung des Vertragsrisikos von wesentlicher Bedeutung sind.
- (6) Bei typologischer Betrachtung der einzelnen Vertragselemente stellt sich die Trainingsbetreuungspflicht der Studios als dienstvertragliche Pflicht gem. §§ 611 ff. BGB dar. Die Verpflichtung zur Überlassung der Räumlichkeiten entspricht weitgehend dem gesetzlichen Vertragstyp der Miete und kann deshalb anhand der §§ 535 ff. BGB beurteilt werden. Die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung der Trainingsgeräte weicht dagegen so erheblich vom gesetzlichen Vertragstypus der

Miete ab, dass eine Zuordnung ausscheidet. Die §§ 535 ff. BGB können allenfalls analog angewendet werden.

- (7) Bei der Beurteilung des Gesamtvertrages kann keine allgemeingültige Regel aufgestellt werden, wonach stets die besonderen Vorschriften des einen oder anderen Vertragselement anzuwenden sind. Vielmehr sind die Einzelfragen jeweils ausgehend vom Schutzzweck der gesetzlichen Vorschriften und der Interessenlage der Vertragsparteien flexibel zu beurteilen.
- (8) Bei der Beantwortung von Rechtsfragen, die aus tatsächlichen bzw. praktischen Gründen für alle Vertragselemente einheitlich entschieden werden müssen, ist die Absorptionsmethode zugrunde zu legen. Grundsätzlich sind insoweit die dienstvertraglichen Vorschriften maßgebend, auch wenn der Vertrag auf die Teilnahme am Gerätetraining gerichtet ist.
- (9) Soweit Rechtsfragen unterschiedlich beantwortet werden können, ist dem Grundsatz nach eine kombinierte Anwendung der für die einzelnen Vertragselemente maßgeblichen Vorschriften zu erwägen (Kombinationsmethode). Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen muss jedoch gegebenenfalls auf die Absorptionsmethode zurückgegriffen werden.
- (10) Die formularmäßige Vereinbarung der im Äquivalenzverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten ist gem. § 307 III 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen. AGB-Bestimmungen, mit denen die Hauptleistungspflichten und ihr Äquivalenzverhältnis unmittelbar festgelegt werden, sind wirksam.
- (11) Die Erhebung einer Anmeldegebühr ist einer Inhaltskontrolle nicht gem. § 307 III 1 BGB entzogen, da an ihre Stelle der allgemeine Grundsatz des BGB treten kann, nach dem eine Vergütung nur für im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistungen verlangt werden darf. Sie weicht von diesem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab und ist gem. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam.
- (12) Die Festlegung der Vertragslaufzeit in den AGB kann uneingeschränkt am Maßstab des § 307 BGB auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden. § 309 Nr. 9 BGB ist als neutrales Klauselverbot aufzufassen, das keine Indizwirkung im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB hat.
- (13) Eine Erstlaufzeit von bis zu sechs Monaten benachteiligt den Kunden nicht unangemessen und ist wirksam. Räumt ein Studio dem Kunden die Wahl zwischen mehreren möglichen Erstlaufzeiten ein, so ist eine solche Vertragsgestaltung wirksam, wenn das Studio dem Kunden für die längere Vertragslaufzeit einen angemessenen Preisnachlass gewährt, der keinen Druck auf die Entschließungsfreiheit des Kunden ausübt. Die in der Praxis häufige Klauselgestaltung, nach der ein Kunde für eine zwölfmonatige Laufzeit ein um etwa 15 % niedrigeres Entgelt zu entrichten hat, genügt diesen Anforderungen.

- (14) § 309 Nr. 9 BGB ist der Rechtsgedanke zu entnehmen, dass ein Vertrag im Geltungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur um die halbe Erstlaufzeit verlängert werden darf, da der Kunde die Vertragsverlängerung im Gegensatz zur Erstlaufzeit nur rudimentär in seinen Willen aufnimmt. Eine in den AGB geregelte stillschweigende Vertragsverlängerung um mehr als die halbe Erstlaufzeit weicht deshalb von der gesetzlichen Regelung ab und ist gem. § 307 II Nr. 1, I BGB unwirksam.
- (15) Eine ordentliche Kündigungsfrist von bis zu einem Monat bewegt sich in dem Rahmen, den § 621 Nr. 3 BGB vorgibt und ist deshalb nicht zu beanstanden. Darüber hinausgehende Kündigungsfristen weichen dagegen von dem Grundgedanken des § 621 Nr. 3 BGB ab und benachteiligen den Kunden unangemessen.
- (16) Soweit eine Klausel die Wirksamkeit der Kündigung davon abhängig macht, dass sie per Einschreiben zu erfolgen hat, verstößt sie gegen § 309 Nr. 13 BGB. Die Festlegung eines Schriftformerfordernisses ist sowohl mit § 309 Nr. 13 als auch mit § 307 BGB vereinbar. Sie ist grundsätzlich für den Kunden vorteilhaft und benachteiligt ihn deshalb nicht unangemessen.
- (17) Die formularmäßige Vereinbarung, nach der das Studio zum Einzug des monatlichen Entgelts im Wege des Lastschriftverfahrens berechtigt ist, benachteiligt den Kunden nicht unangemessen. Der Kunde hat durch das Lastschriftverfahren den Vorteil, dass die Rechtzeitigkeit der Zahlung gesichert ist, ohne dass er wiederholt Schecks auszustellen oder Barzahlungen zu tätigen hat. Ihn trifft nicht das Insolvenzrisiko, falls das Studio unberechtigte Forderungen einzieht. Die Nachteile beschränken sich auf die Pflicht, ein Girokonto zu unterhalten, die Kontoauszüge zu kontrollieren und ggf. unberechtigte Kontobelastungen zu beanstanden.
- (18) AGB-Bestimmungen, nach denen der Kunde bereits am Anfang des Monats das Entgelt für die noch zu erbringenden Leistungen des Studios zu zahlen hat, sind wirksam. Die begrifflichen Voraussetzungen des § 309 Nr. 2a BGB liegen nicht vor. Zwar weichen Vorleistungsklauseln von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, nach denen das Studio vorleistungspflichtig wäre, die Abweichung ist aber aus sachlichen Gründen gerechtfertigt, so dass diese Klauseln die Kunden nicht gem. § 307 I BGB unangemessen benachteiligen.
- (19) AGB-Bestimmungen, die bei Zahlungsrückstand des Kunden das Entgelt für die gesamte Restlaufzeit fällig stellen, sind unwirksam. Sie haben den Charakter einer Vertragsstrafe und verstoßen daher gegen § 309 Nr. 6 BGB. Überdies weichen die Vorfälligkeitsklauseln in den Fitness-Verträgen vom Grundgedanken der §§ 614, 320 BGB ab und sind auch deshalb unwirksam.

- (20) Eine Mahnkostenpauschale kann nur dann per AGB wirksam vereinbart werden, wenn sie einen zu zahlenden Betrag von 1,-- Euro nicht übersteigt und dem Kunden den Nachweis eines geringeren Schadens offen hält.
- (21) Die §§ 615 S. 1, 537 I 1 BGB können auf den Fitness-Vertrag unmittelbar nicht angewendet werden. Bei Leistungshindernissen, die maximal bis zu einem Monat andauern, kann ihr Rechtsgedanke aber im Wege einer Gesamtanalogie herangezogen werden; im übrigen gilt § 326 I BGB. AGB-Bestimmungen, die dem Kunden zeitlich unbegrenzt die Leistungspflicht auferlegen, wenn ein in seiner Person begründetes, von ihm nicht verschuldetes Leistungshindernis besteht, sind unwirksam. Sie weichen von dem Grundgedanken des § 326 I BGB n.F. ab, nach dem die Leistungspflicht bei unverschuldeter Unmöglichkeit erlischt.
- (22) Das außerordentliche Kündigungsrecht des § 626 BGB stellt zwingendes Recht dar und steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Ein genereller Kündigungsausschluss für die Fälle der Krankheit des Kunden, des Umzugs, der Einberufung zum Wehrdienst oder der Schwangerschaft kann deshalb in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam festgelegt werden.
- (23) AGB-Bestimmungen, mit denen das Fitness-Studio jegliche Haftung für beim Trainingsbetrieb entstehende Körperschäden des Kunden ausschließt, halten einer Inhaltskontrolle nicht stand. Soweit sie die Haftung für im Trainingsbetrieb entstehende Körperschäden ausschließen, folgt ihre Unwirksamkeit aus § 309 Nr. 7a BGB.
- (24) Eine Klausel, die einen Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit festlegt, ist wirksam, soweit sie sich auf den Verlust oder die Beschädigung mitgebrachter Sachen bezieht. Insoweit bestehen sachliche Gründe, die ein Abweichen vom Haftungsmaßstab der §§ 276, 278 BGB rechtfertigen.
- (25) Behält sich das Fitness-Studio in den AGB vor, die Öffnungszeiten zu ändern, die Räume des Fitness-Studios innerhalb des Stadtgebiets zu verlegen oder das Studio bei Urlaub des Personals zu schließen, so sind die Klauseln gem. § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Im Hinblick auf die Öffnungszeitenänderung oder einen möglichen Umzug kann ein Änderungsvorbehalt wirksam vereinbart werden, wenn das Studio dem Kunden ein Kündigungsrecht einräumt und die Klausel an ein berechtigtes Verwenderinteresse anknüpft.
- (26) Eine Klausel, durch die der Kunde bestätigt, einen den Anforderungen des Trainings genügenden Gesundheitszustand zu haben, verstößt gegen § 309 Nr. 12b BGB und ist unwirksam. Sie erschwert dem Kunden im Streitfall den Beweis, dass sein Gesundheitszustand für das Training nicht genügend gewesen sei.

- (27) Formularmäßige Vereinbarungen, nach denen die Kunden die Hausordnung und Anweisungen des Trainingspersonals zu beachten haben, sind nicht zu beanstanden. Sie gestalten nur das Hausrecht des Fitness-Studio-Betreibers näher aus und sind bei objektiver Auslegung so zu verstehen, dass nur sinnvolle Weisungen erteilt werden dürfen.
- (28) Klauseln, die als Gerichtsstand den Sitz des Studios festlegen, sind unwirksam, denn sie verstoßen gegen die zwingende Vorschrift des § 38 ZPO.

