

### Anmerkungen zu Fall 12:

(Zugrunde liegende Entscheidung: LG Kiel, 1. Zivilkammer, Urteil v. 28.10.2004. -1 S 141/04)

Anspruch K gegen B auf Zahlung der restlichen Vergütung des Fitnessvertrages gem. §§ 611, 535 BGB.

1. Bei einem „Fitnessstudiovertrag“ handelt es sich um eine Mischung aus Miet- und Dienstvertrag [vgl. Ulmer/Brandner/Hansen, AGBG, 9. A., §§ 9-11, Rdnr. 670 m.w.N.]. Ein solcher Vertrag ist durch die Anmeldung einerseits und jedenfalls durch die Gewährung der Nutzung zustande gekommen. Danach entsteht zunächst ein Anspruch für den Zeitraum der gewährten monatlichen Nutzung.
2. Vertrag könnte wirksam gekündigt sein.
  - a. Außerordentliche Kündigung denkbar. Für einen wichtigen Grund sind aber keine zureichenden Gründe nachvollziehbar dargetan.
  - b. Ordentliche Kündigung: Anwendbare Kündigungsvorschrift § 612 BGB bzw. § 580a BGB damit Kündigung zum Monatsende bzw. Ende des Folgemonats denkbar. Dies gilt aber nicht, wenn Laufzeit des Vertrages fest bestimmt war und eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen war.
  - c. Gemäß den vertraglichen Bestimmungen und der durch B ausgeübten Wahl der Laufzeit betrug die Laufzeit 25 Monate. Insoweit wäre eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen.
  - d. Soweit es sich um eine AGB handelt, müsste diese für ihre Rechtswirksamkeit einbezogen und inhaltlich angemessen sein.
    - i. AGB, § 305 BGB: Die Bestimmung befindet sich in einem Formularvertrag. Aber möglicherweise wurde sie individuell vereinbart. Auch Klauseln mit ausfüllungsbedürftigen Leerräumen können Allgemeine Geschäftsbedingungen in diesem Sinne sein (vgl. BGH NJW 1998, S. 2815; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. A., § 305, Rdnr. 12 m.w.N.). Dies gilt bei Einfügungen, die den Regelungsgehalt des Vertrages mitbestimmen - wie insbesondere Regelungen über die Vertragslaufzeit - jedenfalls dann, wenn die Mitarbeiter des Verwenders die Lücke in einer Vielzahl von Fällen in einem bestimmten Sinne ausfüllen (vgl. BGH a.a.O.; NJW 1999, S. 2180) oder darauf hinwirken, dass der andere Teil den Text ohne individuelles Aushandeln entsprechend ergänzt (vgl. BGH NJW 1998 S. 1066).
    - ii. An dem Einbezug bestehen im übrigen keine Zweifel.
    - iii. Für den Fall der Anwendung dienstvertraglicher Vorschriften ergibt sich die Unwirksamkeit unmittelbar aus § 309 Nr. 9 a BGB.
    - iv. Bei Mietvertrag ist 309 Nr. 9a BGB nicht anwendbar. Insoweit kann nur § 307 BGB Anwendung finden. Das Interesse des Kunden ist zu berücksichtigen, für die angebotene Leistung nur zu zahlen, wenn er sie nutzt. Dabei ist im vorliegenden Fall insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Abschluss von Verträgen wie dem hier in Rede stehenden regelmäßig um die persönliche Freizeitgestaltung der Kunden handelt, die naturgemäß einem gewissen Wandel aufgrund ihrer Abhängigkeit von den momentanen

persönlichen Neigungen des Kunden unterworfen ist. Dies gilt umso mehr, wenn - wie hier - dem Vertragsbeginn keine „Probephase“ vorgeschaltet ist, die es dem Kunden ermöglicht festzustellen, ob die ins Auge gefasste sportliche Betätigung tatsächlich seinen Neigungen entspricht. Dass der Geschmack der Kunden im Hinblick auf ihre sportliche Betätigung in ihrer Freizeit einem gewissen Wandel unterworfen ist, ist dem auf dem Gebiet der Freizeitunterhaltung investierenden Unternehmer - zumal in der einem stetigem Trendwechsel unterworfenen schnelllebigen Fitnessbranche - im Zeitpunkt seiner Investition durchaus bekannt. Das Risiko, dass sich seine Investition aufgrund eines neuerlichen Trendwechsels nicht rechnet, kann er nicht unbegrenzt auf seine Kunden abwälzen, andernfalls wären diese unangemessen benachteiligt.

- v. Gleich, ob man die Laufzeitbestimmung eher als dienstvertragliches oder als mietvertragliches Element sieht, ist die Bestimmung unwirksam.

Der Vertrag konnte mithin zum Ende des Monats gekündigt werden. Ansprüche auf Zahlung der Fitnessstudiogebühr bestehen nicht.

### Anmerkungen zu Fall 13:

(Zugrunde liegende Entscheidung OLG Nürnberg, Urteil vom 8. April 2002, 3 U 3262/02)

1. Klagebefugnis nach § 4 UKlaG
2. Befugnis Verstöße gegen § 307 BGB zu rügen, §§ 1, 3 UKlaG
3. In Verbandsklageverfahren nur Überprüfung des Inhalts, nicht des Einbezuges Allgemeiner Geschäftsbedingungen.
4. Keine reine Leistungsbeschreibung, § 307 III? Unter den Begriff der Leistungsbeschreibung „fallen nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen und damit um Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.“
5. § 307: Interesse des Kunden vollen Gegenwert zu erhalten. Seitens des Verkäufers kein Interesse an Laufzeitbegrenzung nachhaltig dargetan (angeblich muss Verschlüsselungstechnik zum Kundenschutz von Zeit zu Zeit verändert werden).

Leistung ohne Gegenleistung führt - wie stets - zur Unwirksamkeit nach § 307 BGB!

## Anmerkungen Fall 14:

(Zugrunde liegende Entscheidung LG Hamburg VersR 1990, 303; Lösungsskizze Schwintowski<sup>1</sup>)

A könnte gegen VR einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB haben.

Dann müsste die Verwendung der Prämienanpassungsklausel und die daraus resultierende Abbuchung der € 61,- objektiv pflichtwidrig gewesen sein (BGH NJW 1984, 2816 f.). Möglicherweise ist aber die Frage nach einer Pflichtverletzung überflüssig, wenn A sich (konkudent) mit der Erhöhung der Prämie einverstanden erklärt hat. Dafür könnte sprechen, dass er der Abbuchung auf seinem Konto nicht widersprochen hat. Hiergegen spricht aber, dass das bloße Nichthandeln keine Willenserklärung ist (BGHZ 1, 355). Schweigen hat im Normalfall nicht die Bedeutung einer Zustimmung, sondern ist neutral. Der Satz: qui tacet consentire non videtur (wer schweigt gibt zu), ist durch die Aufklärung überwunden worden.

- (1) Somit bleibt es bei der Frage, ob die Verwendung der Anpassungsklausel objektiv pflichtwidrig war. Das setzt voraus, dass sie wirksamer Bestandteil des W geworden ist. Da A nach § 5a WG nicht widersprochen hat, liegen die Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB vor. Die Prämienanpassungsklausel ist auch nicht überraschend i.S.v. § 305c BGB, weil sie völlig klar formuliert ist.
- (2) Die Klausel könnte aber gegen § 308 Nr. 4 BGB verstoßen. Danach ist eine „Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern“, unwirksam. Bei der Prämienanpassung geht es aber nicht um die Leistung des Verwenders, also des VR, sondern um die Leistung des VN. Daher ist § 308 Nr. 4 BGB nicht anwendbar.
- (3) Möglicherweise verstößt die Klausel aber gegen § 307 BGB. Dann müsste sie in Widerspruch zu den wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung stehen.

Rechtsvorschriften, die Prämienanpassungsklauseln verbieten, existieren nicht. Zu den Regelungen i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB zählen aber auch die Rechtssätze, die durch Auslegung, Analogie und Rechtsfortbildung aus den gesetzlichen Vorschriften abgeleitet werden können. In Betracht käme hier allenfalls der ungeschriebene Rechtssatz, wonach Verträge zu halten sind [pacta sunt servanda). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsfreiheit (§ 311 BGB) die Möglichkeit umfasst, Leistungsänderungsrechte - wie hier - zu vereinbaren.

Dies kommt insbesondere in § 315 BGB sowie in § 31VVG zum Ausdruck. Dort gewährt der Gesetzgeber ein Kündigungsrecht im Falle einer vertraglich vereinbarten Prämienanpassung. Folglich geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass Prämienanpassungsklauseln vereinbart werden können. Sie stehen damit nicht im Gegensatz zu wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, sondern sind im Gegenteil Ausdruck eines gesetzlich ausdrücklich erlaubten Verhaltens.

- (4) Fraglich ist allenfalls, ob die Klausel gemäß § 307 Abs. 1 BGB eine unangemessene Benachteiligung enthält und deshalb unwirksam ist. Allerdings ist die

---

<sup>1</sup> Lösung Schwintowski. Vorlesung SS 2006 Privatversicherungsrecht; [http://www.revwi.hu-berlin.de/iura/ls/swt/content/forschung/vob\\_versR/versR\\_10.pdf](http://www.revwi.hu-berlin.de/iura/ls/swt/content/forschung/vob_versR/versR_10.pdf)

Prämienanpassung inzwischen höchstrichterlich anerkannt. Zur Begründung verwies das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 14.10.1980 (DAS-Urteil) darauf, dass der VR nur die Gefahr übernehme, die Gegenstand seines Leistungsversprechens sei (VersR 1981, 221). Darüber hinaus trage der VR nicht „auch noch das Risiko einer nicht durch den Eintritt gerade der vertraglich übernommenen spezifischen Gefahren bewirkten, sondern auf sonstige Umstände zurückzuführenden grundlegenden Äquivalenzstörung.“

- (5) Sie könnte aber zu unbestimmt sein und deshalb gegen das § 307 Abs. 1 BGB immanente Bestimmtheitsgebot verstoßen. Nach diesem Gebot, das mit dem Transparenzgebot nicht identisch ist (BGHZ 106, 42), hat der Verwender die Obliegenheit, durch eine möglichst konkrete tatbestandliche Ausformung seiner AGB-Bestimmungen das Risiko einer unangemessenen Belastung des Vertragspartners weitgehend auszuschließen. Deshalb hat der VIII. Senat des BGH im Zeitschriftenabonnement-Urteil (NJW 1980, 2518 f.) strenge Anforderungen an die Bestimmtheit von Preisänderungsklauseln gestellt. Entscheidend sei, „dass der Käufer bereits bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen kann, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf ihn zukommen können und dass er in der Lage ist, die Berechtigung vorgenommener Preiserhöhungen an der Ermächtigungsklausel zu messen.“ Mit Blick auf Prämienanpassungsklauseln bedeutet das, dass die Art und Weise der Zuschlagsberechnung und die dabei zu beachtenden Kostenfaktoren in der Klausel allgemein festgelegt werden müssen (MüKo-Baseow, § 23a ABG, Rn. 76, Fn. 247). Die vorliegende Anpassungsklausel enthält weder einen Anpassungsfaktor, noch gibt sie Berechnungsgrundsätze an. Vielmehr hat der VR ein uneingeschränktes Recht zur Prämienerrhöhung. Deshalb verstößt die verwendete Prämienanpassungsklausel gegen das Bestimmtheitsgebot.
- (6) Für die Wirksamkeit der Klausel könnte sprechen, dass der VR bei der Prämienerrhöhung den zur Zeit der Änderung geltenden Tarifprämienatz nicht überschreiten darf. Gegen eine solche Betrachtungsweise spricht, dass der VR die Prämie auch dann erhöhen kann, wenn überhaupt keine Kostensteigerung eingetreten ist. Eine solche rein gewinnorientierte Prämienanpassung wird zu Recht für unzulässig gehalten (LG Hamburg VersR 1990, 303).
- (7) Schließlich bleibt zu fragen, ob die eingeräumte Kündigungsmöglichkeit den Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB evtl. ausschließt. So hat der BGH im Tagespreis-Urteil ausgeführt, dass der Verkäufer in der Lage sei, die Unangemessenheit eines allgemein formulierten Prämienänderungsvorbehaltes dadurch zu beseitigen, dass er dem Käufer eine Lösungsmöglichkeit vom Vertrag einräume (BGHZ 82, 21 = NJW 1982, 331 f.). Auch das LG Hamburg ging in dem eben erwähnten Urteil davon aus, dass die Einräumung einer jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit im Fall der Prämienänderung als Ausgleich für eine sonst unangemessene Regelung in Betracht gezogen werden könne. Demgegenüber sieht das BVerwG (VersR 1981, 221) und mit ihm ein Großteil der Literatur zu Recht im Kündigungsrecht nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Wirksamkeit nach § 307 BGB. Problematisch ist vor allem, dass der VN durch die Prämienerrhöhung zur Kündigung gedrängt wird. Er muss handeln, um eine unwirksame Klausel des VR außer Kraft zu setzen. Tut er es nicht, so wird die Klausel (faktisch) wirksam, obwohl sie nach § 307 BGB unangemessen ist. Hieran wird deutlich, dass die Einräumung eines Kündigungsrechts die Unangemessenheit der Klausel nicht beseitigen kann.
- (8) Folglich ist die Prämienanpassungsklausel unwirksam; ihre Verwendung war also objektiv plichtwidrig. Die daraus resultierende Abbuchung der € 61,- war auch schuldhaft (§ 276 BGB), da ein VR die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, wenn er unangemessene Prämienanpassungsklauseln formuliert und verwendet. Die Klausel war zudem für den eingetretenen Schaden kausal, da auf ihr die Abbuchung beruhte. Folglich muss VR € 61,- an VN zurückzahlen. Die Frage, ob der Anspruch auf § 311 BGB

(wofür hier viel spricht) oder § 280 Abs. 1 BGB beruht, kann dahingestellt bleiben, da das negative Interesse (Vertrauen auf die Gültigkeit der Klausel) die € 61,- ebenso erfasst, wie das positive Interesse (VN wird so gestellt, als hätte er W ohne die fehlerhafte Klausel geschlossen).

## Anmerkungen zu Fall 15

(Anmerkungen durch Verbraucherschutzverein Bremen)

- Zu 1) Die isolierte Einbeziehung einzelner Normen der VOB/B verstößt gegen § 307 Abs. 1 BGB. Die VOB/B kann nur als Ganzes vereinbart werden, da die VOB/B von der Rechtsprechung nur insgesamt als ausgewogen angesehen wird. Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Eine isolierte Vereinbarung der Gewährleistungsvorschrift des § 13 Nr. 4 VOB/B ist nicht zulässig, weil einseitig die Verjährung erleichtert wird. Isoliert betrachtet, verstößt die VOB/B-Regelung damit gegen § 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB.
- Zu 2) Bauverpflichtung Bei der Klausel handelt es sich um einen so genannten Änderungsvorbehalt eines Bauträgers oder Generalunternehmers. Ein solcher Vorbehalt ist nur zulässig, wenn in der Klausel triftige Gründe genannt werden, bei deren Vorliegen eine Änderung der vertraglich vereinbarten Leistung zulässig ist (BGHZ 124, 351). Die Nennung pauschaler Gründe ist nicht zulässig. Darüber hinaus muss nach § 308 Nr. 4 BGB eine Änderung für den Kunden zumutbar sein. In der nebenstehenden Klausel fehlt eine dahingehende Einschränkung.
- Zu 3) Eine Preiserhöhung ist bei Vereinbarung eines Festpreises gemäß § 309 Nr. 1 BGB nicht für Leistungen zulässig, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss erbracht werden. Diese Einschränkung fehlt hier.
- Zu 4) Ein Werkunternehmer ist zur Vorleistung verpflichtet. Er darf daher auch Abschlagszahlungen erst dann anfordern, wenn er eine entsprechende Gegenleistung bereits erbracht hat. Ein Anweichen von dieser Vorleistungspflicht kann nicht durch eine Bankbürgschaft ausgeglichen werden. Bei Bauträgerverträgen ist eine solche Vereinbarung wegen Verstoßes gegen § 3 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) unzulässig. „Die letzte Kaufpreisrate ist auf Anforderung des Verkäufers vor Übergabe des Kaufobjektes an den Käufer bei dem amtierenden Notar auf Notaranderkonto unverzinslich zu hinterlegen von diesem an den Verkäufer auszuzahlen, sobald etwaige im Übergabeprotokoll festgehaltene Restarbeiten bzw. Baumängel beseitigt worden sind.“ Eine Zahlung auf Notaranderkonto ist nach § 54a Beurkundungsgesetz (BeurkG) nur zulässig, wenn ein berechtigtes Sicherungsinteresse nachgewiesen wird. Ein solches liegt in der Regel nicht vor, da die Vorleistungspflicht des Bauunternehmers bzw. Bauträgers dem normalen gesetzlichen Leitbild entspricht.
- Zu 5) Sofortige Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung unter Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit ist in Bauträgerverträgen unzulässig (BGH BauR 1999, 53). Teilweise ist in Klauseln vorgesehen, dass der Nachweis der Fälligkeit durch einen Sachverständigen erfolgen soll. Auch dies wird als unzulässig angesehen.
- Zu 6) Nach § 288 Abs. 1 BGB ist im Falle des Verzuges ein Zinssatz von 5 Prozent über dem jeweils gültigen Basiszinssatz zu zahlen. In Verträgen mit Verbrauchern ist es gemäß § 307 BGB unzulässig, einen höheren Zinssatz zu vereinbaren.
- Zu 7) Die Regelung sieht vor, dass die Übergabe des Hauses erst nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 2 a BGB. Danach sind Klauseln unzulässig, die das nach § 320 BGB bestehende Leistungsverweigerungsrecht des Vertragspartners ausschließen oder

einschränken. Die Zahlung auf ein Notaranderkonto ist auch hier gemäß § 54 a BeurkG nur zulässig, wenn ein berechtigtes Sicherungsinteresse nachgewiesen wird.

- Zu 8) Mit der Klausel soll die Erklärung der Abnahme durch den Käufer/Auftraggeber fingiert werden. Dies ist nach § 308 Nr. 5 BGB nur unter der Voraussetzung zulässig, dass eine angemessene Frist für eine ausdrückliche Erklärung gesetzt wird und zudem mit der Fristsetzung gesondert auf die Rechtsfolgen hingewiesen wird. Eine fiktive Abnahme kann jedoch dann zulässig sein, wenn die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.
- Zu 9) Für Sachmängel an einem neu zu errichtenden Gebäude dürfen Schadensersatzansprüche in dieser Form nicht ausgeschlossen werden. Insbesondere darf ein Ersatz für vertragstypische und vorhersehbare Schäden nicht ausgeschlossen werden (BGH NJW 2001, 292).
- Zu 10) So genannte obligatorische Schiedsgutachterklauseln sind gemäß § 307 BGB jedenfalls in Bauträgerverträgen sowie in Fertighausverträgen unzulässig, da die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe durch solche Klauseln beschränkt wird (BGH BauR 1992, 222ff.; OLG Düsseldorf BauR 1994, 128; 1995, 559).
- Zu 11) Die Klausel ist gemäß § 309 Nr. 13 BGB unzulässig. Es ist nicht zulässig, für den Zugang einer Erklärung eine strengere Form als die Schriftform zu vereinbaren.