

**Lösungsvorschlag zum Sachverhalt des Klausurenkurses vom 6. Mai 2006  
Oberassistent Dr. Arnold F. Rusch LL.M.**

**Methode**

Zuerst stellt sich die Frage: Was haben die Parteien vereinbart? Sind die AGB übernommen worden? Danach ist der relevante Bereich des Vertrags zu qualifizieren. Dabei ist festzustellen, nach welcher Norm gehaftet würde. Dabei erkennen Sie das zwingende Recht. In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel andere Resultate gebietet.

**Frage 1**

Der vorliegende Vertrag benützt eine Terminologie, die dem Vereinsrecht entnommen ist. Der Vertrag ist jedoch eindeutig auf den Austausch von Leistungen ausgerichtet und nicht auf eine Vereinsmitgliedschaft. Die falsch verwendete Terminologie aus dem Vereinsrecht schadet jedoch gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nicht. Es ist auf den übereinstimmenden wirklichen Willen abzustellen.

Der vorliegende Vertrag ist ein im OR nicht geregelter Vertragstypus, ein Innominatkontrakt, dessen Inhalte auf den ersten Blick der Miete und dem Auftrag zugeordnet werden können. Das Zugangs- und Benutzungsrecht für die Räume (Garderobe, Duschen, Toiletten, Trainings- und Erholungsräume) und Geräte eines Fitnessstudios hat mietrechtlichen Charakter. Die Kunden erhalten allerdings kein ausschliessliches Benutzungsrecht, sondern müssen die Räume und Einrichtungen mit anderen Kunden teilen. Der einzelne Kunde erhält deshalb nur Mitbesitz. Somit ist dieses Verhältnis vielmehr *mietähnlicher Natur* – ein Vertrag mit mietrechtlichem Einschlag.

Die Instruktions-, Aufsichts-, Betreuungs- und Beratungskomponente des Fitnessvertrags lässt sich dem Auftragsrecht zuordnen. Geschuldet sind nicht Erfolge wie beispielsweise Gewichtsabnahme, Fitness oder Beweglichkeit, sondern Beratung über den optimalen Trainingsaufbau und die Einweisung in die sichere Benutzung der Geräte (Klausel Nr. 2). Die Ausarbeitung eines individuell erstellten Trainingsplans fällt als Werk im Sinne von Art. 363 OR unter das Werkvertragsrecht. Die Abgabe von nicht individualisierten Standard-Trainingsverträgen hingegen wäre dem Kauf nach Art. 184 OR zuzuordnen. Die Komponenten miet-, auftrags- und werkvertragsrechtlicher Natur machen den vorliegenden Fitnessvertrag zu einem Innominatkontrakt gemischter Art (*mixti iuris*).

**a. Verletzung des Knies**

Die erste Verletzung resultiert aufgrund eines unerlassenen Hinweises auf die richtige Beinstellung auf dem Trainingsgerät. Dies betrifft die Betreuungsleistungen und damit die auftragsrechtliche Komponente des Fitnessvertrags.

Die Parteien haben in AGB 2 vereinbart, dass das Fitnessstudio die Mitglieder in die sichere Benützung der Geräte einweist. Dies ist vorliegend nicht erfolgt. Hier rechtfertigt sich eine analoge Anwendung von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 321e OR. Geschuldet ist die getreue und sorgfältige Ausführung des Geschäfts. Diese Pflicht zur sorgfältigen Ausführung kann beim Auftrag nicht eingeschränkt werden.<sup>1</sup> Es stellt sich deshalb die Frage, ob beim Auftrag überhaupt eine Haftungsbeschränkung möglich ist, da sie der Natur des Auftrags widerspricht.<sup>2</sup> Das Bundesgericht liess diese Frage offen.<sup>3</sup> Die Lehre differenziert in dieser Frage nach der Einschränkung der Sorgfalt und des Verschuldens. Möglich wären deshalb Ein-

---

<sup>1</sup> BSK-WEBER, OR 398 N 34.

<sup>2</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz. 743; BSK-WIEGAND, OR 100 N 6; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2829 und 2839.

<sup>3</sup> Siehe BGE 124 III 155 ff., 165.

schränkungen im Rahmen des Massstabes der Vorwerfbarkeit, nicht aber der geschuldeten Sorgfalt. Die relevante Norm ist Art. 100 Abs. 1 OR. Zulässig wäre mithin nur eine Wegbedingung der Haftung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit (Art. 100 Abs. 1 OR *e contrario*). Fraglich bleibt auch hier, ob die Einhaltung der Sorgfalt und das Verschulden bei der Beratung wirklich auseinander gehalten werden können. Der Fitnessvertrag enthält vorliegend das Versprechen, dass die Kunden in die sichere Benützung der Geräte eingewiesen werden. Der Haftungsausschluss steht in Widerspruch zu dieser versprochenen Leistung. Diese Unklarheit in den AGB geht aufgrund der Unklarheitenregel zulasten des Fitnessstudios.

Ein Haftungsausschluss für Schäden, die von *Hilfspersonen* – der Angestellte hat es vorliegend unterlassen, auf die falsche Beinstellung hinzuweisen – verursacht werden, beurteilt sich nach Art. 101 Abs. 2 OR. Die Hilfspersonenhaftung kann vollumfänglich wegbedungen werden. Fraglich ist, ob ein allgemeiner, vollkommener Haftungsausschluss auch die Haftung für Hilfspersonen betrifft. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>4</sup> Einem vollständigen Haftungsausschluss in einem Fitnessvertrag misst das Fitnessstudio mit hoher Wahrscheinlichkeit diese Bedeutung zu. Ist jedoch die Auslegung eines Haftungsausschlusses in allgemeinen Geschäftsbedingungen und vorformulierten Verträgen unklar, bestimmt die Unklarheitenregel, dass die für den Verfasser des Textes – dies dürfte immer das Fitnessstudio sein – ungünstige Auslegungsvariante zur Anwendung gelangt.<sup>5</sup> Vorliegend enthält der Text der AGB keinen Hinweis, dass das Fitnessstudio die Haftung für ihr Personal ausschliesst. Der Text schliesst jedoch jegliche Haftung des Personals aus. Der Haftungsausschluss für die Hilfspersonen kann jedoch nur gültig sein, wenn er im Hauptverhältnis – hier ist es die Betreuungskomponente, also Auftragsrecht – auch zulässig wäre. Dies ist vorliegend zu verneinen.

Zwei weitere Einschränkungen sind angezeigt. Mehrere Autoren sind der Ansicht, dass eine Freizeichnung für Körperschäden unsittlich und deshalb unzulässig sei.<sup>6</sup> Weiter ist zu prüfen, ob die Freizeichnungsklauseln bei einer Globalübernahme aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel unbeachtlich sind. Wer in ein Fitnessstudio geht, erwartet, dass er sein Training ohne Gefahr für Leib und Leben absolvieren kann und dass das Fitnessstudio für allfällige Abweichungen davon einsteht. Bei Skipisten und Bergbahnverträgen gehört dies zur so genannten *Verkehrssicherungspflicht*, die nicht nur im Strafrecht zur Anwendung gelangt, sondern auch vertraglich als stillschweigend abgeschlossene Nebenabrede gilt.<sup>7</sup> Beim Fitnessvertrag kann dies nicht anders sein. Die Verkehrssicherungspflicht gebietet, die Kunden zu beaufsichtigen und in den Gebrauch der Trainingsgeräte einzuweisen, damit sie gefahrlos benützt werden können. Allgemein bedeutet die Verkehrssicherungspflicht, den Kunden eine sichere Nutzung der Trainingsräume zu gewährleisten. Die Verkehrssicherungspflichten basieren auf dem Vertrauensgrundsatz: „*Bergbahnunternehmen haften aber auch vertraglich für die Sicherheit auf den Skipisten, weil sich die Skifahrer nach dem Vertrauensgrundsatz darauf verlassen dürfen, dass jene nicht nur für den Transport, sondern auch für die Pistensicherheit und den Rettungsdienst sorgen.*“<sup>8</sup> Daraus ergibt sich, dass das natürliche Vertrauen eines Kunden enttäuscht wird, wenn sich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ein derart weitgehender Haftungsausschluss vorfindet. Dies spricht ganz eindeutig für die Annahme, dass ein Haftungsausschluss bei einem vorformulierten Fitnessvertrag ungewöhnlich und überraschend ist. Soll eine derartige Freizeichnung Geltung erlangen, muss deshalb speziell darauf hingewiesen werden. Dies ist auf der Vorderseite des Vertrags geschehen: Gleich neben der Unterschrift wird darauf hingewiesen, dass die Benützung der Anlagen auf eigenes Risiko erfolgt.

---

<sup>4</sup> HUGUENIN, Rz. 741; BSK-WIEGAND, OR 101 N 16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2898.

<sup>5</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz. 427.

<sup>6</sup> Vgl. SCHWENZER, Rz. 24.14 und BSK-WIEGAND, OR 100 N 4, je mit weiteren Hinweisen; kritisch hiezu HOCHSTRASSER, Rz. 108-114.

<sup>7</sup> BGE 121 III 358 ff., 360; BGE 126 III 113 ff., 115; BGE 130 III 193 ff., 195; vgl. auch VELHORST, S. 195 ff. und 204 f.

<sup>8</sup> BGE 121 III 358 ff., 360.

Fazit: Der Haftungsausschluss wäre ungewöhnlich und deshalb unbeachtlich; es wurde aber speziell darauf hingewiesen. Da er vorliegend einen Körperschaden betrifft, ist er jedoch ohnehin unsittlich. Der Haftungsausschluss kollidiert überdies mit dem gesetzlichen Sorgfaltsmassstab des Auftragsrechts. Hinzu kommt, dass die AGB-Klauseln sich widersprechen.

Die Vertragsverletzung, ein Schaden (Heilungskosten), der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang (conditio cum qua non bei der Unterlassung), das Verschulden der Hilfsperson und die hypothetische Vorwerfbarkeit (bei der juristischen Person der allgemein zu erwartende Sorgfaltsmassstab) sind gegeben. Das Fitnessstudio haftet deshalb für die unterlassene Beratung aufgrund der analogen Anwendung von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 321e OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 101 Abs. 1 OR. Der Schaden beträgt Fr. 150.

### **b. Zerrissenes T-Shirt**

Der weitere Schaden rührt vom zu langen Teppich her. Erleidet ein Kunde aufgrund mangelhafter oder mangelhaft gepflegter Fitnessgeräte und Fitnessräume einen Schaden, so richtet sich die Haftung nach Mietrecht. Die dort festgelegten Pflichten des Vermieters passen auf die von einem Fitnessstudio zu erfüllenden Pflichten. Die Interessenlage bezüglich dieser Leistungspflichten ist mit dem Mietrecht identisch. Die Betreiberin des Fitnessstudios hat demnach gemäss Art. 256 Abs. 1 OR analog die Pflicht, die Sachen in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten.<sup>9</sup> Dies bedeutet, dass Fitnessgeräte mit allen Bestandteilen funktionieren müssen. Die Geräte und Räume müssen überdies richtig gewartet und gereinigt sein, um die Kunden vor Verletzungen oder Krankheiten zu schützen.<sup>10</sup> Die Geräte dürfen keine Gefahr für Leib und Leben schaffen. Eine Verletzung dieser Pflicht berechtigt den Kunden des Fitnessstudios zu Schadenersatz (Art. 256 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 259a Abs. 1 OR und Art. 259e OR analog). Ein zu langer Teppich, der den ersten Tritt der Treppe verdeckt, ist gefährlich und geeignet, Unfälle zu provozieren.

Die Haftung und die Pflichten aufgrund des Art. 256 Abs. 1 OR können mit vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht eingeschränkt oder gänzlich wegbedungen werden (Art. 256 Abs. 2 lit. a OR). Darunter fallen alle vorformulierten Verträge, die für einen vielfachen Gebrauch vorgesehen sind.<sup>11</sup> Auch diese Lösung ist für den vorformulierten Fitnessvertrag passend und deshalb analog anzuwenden. Ein Haftungsausschluss für Verletzungen und Krankheiten aufgrund mangelhafter, mangelhaft gewarteter oder gepflegter Fitnessräume und -geräte im vorformulierten Fitnessvertrag ist somit nichtig.

Die Vertragsverletzung (Mangel des Mietobjekts, ein Schaden (zerrissenes T-Shirt), der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden sind gegeben. Das Fitnessstudio haftet für das zerrissene T-Shirt aufgrund von Art. 256 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 259a Abs. 1 OR und Art. 259e OR analog.

### **c. Fazit zu Frage 1**

Fazit: Die Freizeichnung ist beide Male ungültig. Das Fitnessstudio muss den ganzen Schaden (Fr. 150 für die Heilung und Fr. 50 für das T-Shirt) bezahlen.

### **Frage 2**

Bei einem Wegzug aus dem Einzugsgebiet eines Fitnessstudios wird das Angebot für den Kunden unbrauchbar.

---

<sup>9</sup> Vgl. ZK-HIGI, OR 256 N 27 ff. und 49 f.

<sup>10</sup> Vgl. BSK-WEBER, OR 256 N 4.

<sup>11</sup> Vgl. BSK-WEBER, OR 256 N 4; ZK-HIGI, OR 256 N 61.

Der Fitnessvertrag weist vorliegend eine eher schwächer ausgeprägte auftragsrechtliche Komponente auf. Der Auftrag ist zwingend jederzeit frei widerruf- und kündbar (Art. 404 Abs. 1 OR).<sup>12</sup> In der Lehre und teilweise auch in der Rechtsprechung wird die zwingende Anwendung von Art. 404 OR mehrheitlich nur noch bei *typischen Auftragsverhältnissen* bejaht.<sup>13</sup> Ein typisches Auftragsverhältnis liegt vor bei Unentgeltlichkeit des Auftrags, was hier nicht zutrifft. Bei Entgeltlichkeit liegt ein typischer Auftrag vor, wenn er höchstpersönlicher Natur ist. Als Beispiel wird hier das Verhältnis zum Arzt, zum Anwalt oder zum Treuhänder genannt. Die fehlende jederzeitige Kündigungsmöglichkeit würde bei derartigen Aufträgen gegen die persönliche Freiheit verstossen.<sup>14</sup> Auch dies trifft beim vorliegenden Fitnessvertrag mit lediglich drei Beratungsgesprächen nicht zu. Bei einem gewöhnlichen Fitnessvertrag wie hier steht die Benutzung der Räumlichkeiten und Geräte im Vordergrund.<sup>15</sup> Art. 404 OR ist deshalb nicht anwendbar.

Es stellt sich die Frage, ob der Wegzug einen wichtigen Grund zur Kündigung des Fitnessvertrags darstellt. Nach herrschender Lehre und Praxis sind Dauerschuldverhältnisse ausserordentlich –auch fristlos – kündbar bei Eintritt unzumutbarer aussergewöhnlicher Umstände.<sup>16</sup> Der vorliegende Fitnessvertrag ist ein auf Dauer ausgelegtes Schuldverhältnis, d.h. das Ausmass der Leistungen hängt massgeblich von der Dauer des Vertragsverhältnisses ab. Dies ist ein Wesensmerkmal der Dauerschuldverhältnisse.<sup>17</sup>

Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund kann nicht beschränkt werden, nicht einmal durch einen individuell geschlossenen Vertrag.<sup>18</sup> Dieser allgemeine Grundsatz liegt auch der zwingenden Regelung des Art. 266g Abs. 1 OR zugrunde, wonach Mietverträge aus wichtigem Grund stets kündbar sind. Die mietrechtliche oder zumindest mietähnliche Vertragskomponente des Fitnessvertrags würde es überdies auch rechtfertigen, Art. 266g Abs. 1 OR analog anzuwenden.

Bei der Miete von Wohnungen spielt ein Wegzug keine Rolle – der Mieter bleibt an den Mietvertrag gebunden. Der Verlust einer Stelle berechtigt noch nicht zu einer Kündigung aus wichtigem Grund (vgl. BGE 63 II 82 f. und ZK-Higi, OR 266g N 47). Das Mietrecht kennt im Unterschied zu den Fitnessverträgen jedoch die Möglichkeit der Stellung eines Nachmieters gemäss Art. 264 OR, der den Mietvertrag übernehmen kann. Die analoge Anwendung dieser zugunsten des Mieters zwingenden Regelung auf den Fitnessvertrag wäre jedoch sachfremd. Bei den Fitnessverträgen ist dies in der Praxis kaum vorgesehen und unpraktikabel, denn es gibt keinen Markt für angebrochene Fitnessverträge. Dies sollte aber auch nicht notwendig sein, denn die Interessenlage ist im Vergleich zur Wohnungsmiete anders. Das Mietrecht geht von einem Mieter und der ausschliesslichen Zuweisung der Mietwohnung aus. Fällt dieser weg, muss der Vermieter sich nach einem neuen Mieter umsehen. Die Wohnung bleibt sonst leer. Ein Fitnessstudio hingegen hat mehrere zahlende Kunden, die das Fitnessstudio weiterbenützen. Der Verlust eines wegzie-

---

<sup>12</sup> BSK-WEBER, OR 404 N 9.

<sup>13</sup> Vgl. die Übersicht bei BSK-WEBER, OR 404 N 10 mit weiteren Hinweisen.

<sup>14</sup> BSK-WEBER, OR 404 N 10.

<sup>15</sup> Siehe dazu das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 15. Oktober 1993, abgedruckt in BJM 1994, S. 135 ff., insbesondere S. 138, wo die Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den Fitnessvertrag verneint wird.

<sup>16</sup> HUGUENIN, Rz. 86; BSK-BUCHER, Vorbem. zu OR 1-40 N 30; BGE 128 III 428 ff., 429; BGE 122 III 262 ff., 265; BGE 92 II 299 ff., 300.

<sup>17</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz. 85; BGE 128 III 428 ff., 430; Vgl. hiezu die Definition von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 94: „Die Schuld kann eine einfache Schuld sein oder eine Dauerschuld. Die einfache Schuld - auch "Zielschuld" genannt - hat eine gezahlte (häufig einmalige) Leistung zum Gegenstand und erlischt mit ihrer Erfüllung (Beispiel: Kaufschuld). Die Dauerschuld dagegen (z.B. die Schuld des Vermieters) verlangt ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten, mit dem der Schuldner (nach Eintritt der Fälligkeit, Nr. 45) so lange fortzufahren hat, als die Schuld besteht. Deshalb erlischt die Dauerschuld nicht durch Erfüllung, sondern muss erfüllt werden, bis sie durch Zeitablauf oder aus einem anderen Grund (...) erlischt.“

<sup>18</sup> Vgl. BJM 1994, S. 135 ff., S. 139.

henden Kunden wird von der gesamten Kundschaft, die stetig fluktuiert, aufgefangen und schlägt keine unzumutbare Kerbe in den Finanzhaushalt des Fitnessstudios.

Ein Wegzug gehört zwar grundsätzlich zur Sphäre des Kunden.<sup>19</sup> Die im Unterschied zum Mietrecht grundsätzlich andere Interessenlage und die Anforderungen einer mobilen Gesellschaft, die häufig ihren Wohn- und Arbeitsort wechselt oder sogar wechseln muss, lassen ein Festhalten am Vertrag als unzumutbar erscheinen.<sup>20</sup> Bei dieser Art der Kündigung ist wiederum die Einschränkung zu machen, dass der Wegzug im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar gewesen sein darf.

Vorliegend treffen diese Faktoren zu. Tanner hat eine Änderungskündigung bekommen. Akzeptiert sie den neuen Vertrag mit dem Arbeitsort Hongkong nicht, hat sie keine Stelle mehr. Dies war nicht voraussehbar. Ein Festhalten am Vertrag ist unzumutbar, denn sie wird die Leistungen nicht mehr beanspruchen können. Anna kann deshalb den Vertrag aus wichtigem Grund mit Wirkung ex nunc kündigen und das Entgelt für die weitere Vertragszeit aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.

### Frage 3

Das Angebot des Fitnessstudios kann von der schwangeren Kundin Tanner nicht mehr benutzt werden. Aber auch nach der Geburt passt das Angebot des Fitnesscenters nicht in den Alltag der Mutter, der häufig die Zeit für den Besuch des Fitnessstudios fehlt oder die ein spezielles Rückbildungsturnen benötigt. Das Festhalten am Vertrag wird aufgrund der aussergewöhnlichen Umstände unzumutbar. Die Schwangerschaft stellt somit einen wichtigen Grund zur Kündigung des Fitnessvertrags dar. Dies muss auch gelten, wenn die Schwangerschaft gewollt und geplant war. Die Einschränkung bezüglich selbstverschuldeter oder vorhersehbarer Ereignisse kann bei der Schwangerschaft nicht gelten.<sup>21</sup>

Stünde das Angebot des Fitnessstudios, den Vertrag neun Monate ruhen zu lassen, in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, wäre es unbeachtlich, denn es stellt eine Einschränkung dieses Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund dar. Derartige Klauseln sind überdies angesichts der Lebenswirklichkeit unzweckmässig, denn wie oben gezeigt, kann der Besuch des Fitnessstudios nach der Geburt aufgrund der Betreuungsaufgaben noch weniger passend sein als während der Schwangerschaft.

### Frage 4

Es liegt eine Leistungsstörung vor. Betrifft die Leistungsstörungen die Überbelegung oder mangelnde Verfügbarkeit einzelner Geräte oder Einrichtungen, ist Mietrecht analog anwendbar. Die einschlägige Bestimmung ist Art. 256 Abs. 1 OR. Aufgrund der Eigenheiten des Fitnessvertrags, welcher von mehreren Benutzern eines Fitnessstudios ausgeht, kann jedoch nicht die jederzeitige und uneingeschränkte Verfügbarkeit aller Anlagen und Geräte erwartet werden.<sup>22</sup> Kürzere Wartezeiten oder kleinere Schlangen vor einzelnen Anlagen sind deshalb hinzunehmen. Erst bei regelmässiger Wartezeit vor einem Trainingsgerät und häufiger Nichtverfügbarkeit einzelner Anlagen oder Geräte kann von einer Leistungsstörung gesprochen werden, die zu Herabsetzung (Art. 259a Abs. 1 lit. b OR, Art. 259d analog) oder in besonders gravie-

---

<sup>19</sup> Vgl. SCHWEFER, S. 145; VELHORST, S. 134.

<sup>20</sup> Gl.M. SCHWEFER, S. 145; a.M. VELHORST, S. 134.

<sup>21</sup> Dies ergibt sich aus den ethischen Wertungen der Gesellschaft hinsichtlich einer Schwangerschaft, die Ausdruck in diversen arbeitsrechtlichen Regelungen gefunden haben: Art. 336c OR; Art. 324a Abs. 3 OR; Art. 329b Abs. 3 OR und diverse Schutzbestimmung des Arbeitsgesetzes.

<sup>22</sup> Vgl. VELHORST, S. 137.

renden Verhältnissen nach einer Nachfristansetzung zur Kündigung berechtigt (Art. 259b lit. a OR).<sup>23</sup> Eine Nachfristansetzung dürfte jedoch nur bei kurzfristig behebbaren Überbelegungen von Nutzen sein. Zu denken ist an ein Fitnessstudio, welches über genügend Raum verfügt, um weitere Geräte aufzustellen.

Der Vertragsinhalt beschränkt sich vorliegend auf das „vorhandene Leistungsangebot“ und weist auf Warteschlangen hin. Im oben beschriebenen, beschränkten Ausmass stellt dies kein Problem dar. Bei grösserem Leistungsausfall hingegen dürften derartige Klauseln aufgrund der analogen Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR nichtig sein und zu Herabsetzung des Entgelts berechtigen, denn sie schränken das Recht des Kunden zum vorausgesetzten Gebrauch der Fitnessstudios ein.

### Frage 5

Die allgemeinen Mitgliedschaftsbedingungen sehen vor, dass bei Schliessung von zwei der fünf Studios der Fitnessvertrag noch als erfüllt gilt. Dies bedeutet eine einseitige, nicht kompensierte Leistungsreduktion von 40%.

Derartige Klauseln sind in vorformulierten Verträgen aufgrund der analogen Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR nichtig, denn sie schränken das Recht des Kunden zum vorausgesetzten Gebrauch der Fitnessstudios ein. Die Folge einer Betriebsschliessung ist die Herabsetzung des Entgelts (Art. 259a Abs. 1 lit. b OR, Art. 259d OR) oder dessen teilweise Rückforderung, falls es wie hier vorausbezahlt worden ist.

Eventualiter ist die Klausel ohne speziellen Hinweis auch aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel unbeachtlich, denn sie ist ungewöhnlich, überraschend und äusserst nachteilig. Die Vertragsparteien dürfen davon ausgehen, dass sie alle Trainingsmöglichkeiten beanspruchen können.<sup>24</sup> Vielleicht sind auch die verbleibenden Studios überfüllt. Ein spezieller Hinweis oder eine Hervorhebung dieser Klausel ist nicht ersichtlich. Zu bejahen wäre auch ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, wenn die übrigen Fitnessstudios ungünstig liegen und eine Weiterführung des Fitnessvertrags aufgrund eines langen Anfahrtswegs unzumutbar geworden ist.<sup>25</sup>

### Frage 6

Die Nutzung eines verschliessbaren Schrankes oder eines Garderobe-Schliessfachs im Fitnessstudio ist vom Mietrecht erfasst.<sup>26</sup> Das Fitnessstudio als Vermieterin des Schrankes haftet deshalb nicht für den Fall, dass der Schrank aufgebrochen und der Inhalt gestohlen wird.<sup>27</sup> Eine Ausnahme wäre nur bei unsicheren Schränken zu bejahen. Der relevante Massstab ist die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch. Schränke, die die vernünftigerweise zu erwartende Sicherheit nicht bieten, sind deshalb zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich.<sup>28</sup> Die Schränke dürfen demnach nicht allzu leicht von unbefugten Personen zu

---

<sup>23</sup> Vgl. zum deutschen Recht VELHORST, S. 136 ff.

<sup>24</sup> Vgl. die Erwägung im Entscheid des Amtsgerichts Rastatt, Urteil vom 25. April 2002 - 1 C 398/01, abgedruckt in NJW-RR 2002, S. 1280 ff., 1281, der die natürliche und berechtigte Erwartungshaltung zum Ausdruck bringt: „Bei einem Fitness-Vertrag mit einem Gesunden gehen die Vertragsparteien davon aus, dass dem Kunden des Fitness-Centers sämtliche Trainingsmöglichkeiten grundsätzlich offen stehen.“

<sup>25</sup> Vgl. auch VELHORST, S. 135.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 102 Ib 314 ff., 318; BGE 95 II 541 ff., 544; vgl. BSK-KOLLER, Vorbem. zum 19. Titel, N 5; VELHORST, S. 42.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 102 Ib 314 ff., 318.

<sup>28</sup> Vgl. zu diesem Massstab ZK-HIGI, OR 256 N 29 f.

öffnen sein. Fitnessstudios, die unsichere Schranke anbieten, verletzen die Pflichten gemäss Art. 256 Abs. 1 OR.<sup>29</sup> Von diesen Pflichten und der daraus resultierenden Haftung kann sich das Fitnessstudio in analoger Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR durch allgemeine Geschäftsbedingungen und vorformulierte Verträge nicht freizeichnen. Auch das gut sichtbare Schild bei den Schliessfächern, welches auf den Haftungsausschluss hinweist, genügt nicht. Der Mietvertrag als Teil des Fitnessvertrags ist schon vorgängig zustande gekommen.

In einem Fitnessstudio kann man keinen Panzerschrank erwarten. Zu berücksichtigen ist, dass sich meist Personen in den Räumen aufhalten. Ein Einbruch mit Werkzeug würde sofort bemerkt. Lässt sich jedoch der Schrank mit einem Fusstritt öffnen, ist die Eignung zum vorausgesetzten Gebrauch nicht gegeben.

Die Vertragsverletzung (Mangel des Mietobjekts, unsicherer Garderobenschrank), ein Schaden (Wert der Rolex), der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden sind gegeben. Fazit: Das Fitnessstudio haftet für die gestohlene Rolex aufgrund von Art. 256 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 259e OR analog.

## Frage 7

Eine so genannte *Prolongations- oder Verlängerungsklausel* sieht bei Fitnessverträgen vor, dass sich der Vertrag bei Ausbleiben der fristgerechten Kündigung automatisch um eine bestimmte Zeit verlängert.<sup>30</sup> Es stellt sich die Frage, ob derartige Prolongationsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen gültig vereinbart werden können. Zuerst ist zu prüfen, ob die Prolongationsklausel gegen zwingendes Recht verstösst. Bei Frage 2 wurde bereits gezeigt, dass Art. 404 OR nicht anwendbar ist. Deshalb ist die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel zu prüfen.

Die Ungewöhnlichkeit wird aus der Sicht der zustimmenden Person geprüft. Auch wenn Prolongationsklauseln in der Fitnessbranche üblich sind, bedeutet dies nicht, dass sie aus der Sicht des Kunden nicht ungewöhnlich sein können, weil sie geschäftsfremd sind.<sup>31</sup>

Die Prolongationsklausel stellt eine deutliche Abweichung vom befristeten Fitnessvertrag dar. Bei einem befristeten Vertrag geht der Kunde davon aus, dass der Vertrag ohne Kündigung durch Zeitablauf endet und dass er sich um eine Fortdauer oder Erneuerung des Vertrags selber bemühen muss. Normal und auch logisch ist, dass ein befristeter Vertrag nicht gekündigt werden muss.<sup>32</sup> Dieses bewährte und zu erwartende Muster erfährt durch die Prolongationsklausel eine einschneidende Änderung, die für den Kunden nur nachteilig, für das Fitnessstudio hingegen nur vorteilhaft ist. Nur der Kunde, der seinen Fitnessvertrag verlängern will, wird die automatische Verlängerung als Vorteil auffassen, weil er nichts tun muss. Der Kunde, der den Vertrag nicht weiterführen will, hat hingegen nur Nachteile: Er hat kein ordentliches Kündigungsrecht während der Vertragsdauer. Trotz der Befristung kann er den Fitnessvertrag nur durch Kündigung beenden. Aufgrund der berechtigten und verständlichen Erwartung, dass ein befristeter Vertrag nicht gekündigt werden muss, hat Tanner den in den AGB geregelten Kündigungstermin verpasst.<sup>33</sup> Es

---

<sup>29</sup> Vgl. BGE 95 II 541 ff., 544.

<sup>30</sup> Siehe die Definition und die Beispiele von Verlängerungsklauseln bei VELHORST, S. 89.

<sup>31</sup> BGE 109 II 452 ff., 458.

<sup>32</sup> Vgl. die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 255 Abs. 2 OR: „Befristet ist das Mietverhältnis, wenn es ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigen soll“; Art. 266 Abs. 1 OR: „Haben die Parteien eine bestimmte Dauer ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, so endet das Mietverhältnis ohne Kündigung mit Ablauf dieser Dauer“; Art. 295 Abs. 1 OR; Art. 334 Abs. 1 OR: „Ein befristetes Arbeitsverhältnis endigt ohne Kündigung“; Art. 418p Abs. 1 OR.

<sup>33</sup> Vgl. dazu VELHORST, S. 93.

liegt nahe, dass eine derartige, atypische Klausel aufgrund der natürlichen Erwartung, wonach ein befristeter Vertrag ohne Kündigung endet, überrascht. Diese Feststellungen tatsächlicher Natur decken sich mit den bundesgerichtlichen Kriterien zur Feststellung der Ungewöhnlichkeit:

*„Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (ATF 109 II 458 consid. 5b et les références). Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite (ATF 109 II 457 consid. 4 in fine).“<sup>34</sup>*

Die bundesgerichtlichen Erwägungen zeigen, dass die Beurteilung der Nachteiligkeit für die Vertragspartnerin auch Gegenstand der Prüfung der Ungewöhnlichkeit bilden. Die Prolongationsklausel mit Kündigungsfrist ist, wie oben gezeigt, einem befristeten Vertrag fremd. Da sie dem Kunden, der den Vertrag beenden will, nur Nachteile bereitet, rechtfertigt es sich in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch deutlicher, die Ungewöhnlichkeit der Klausel zu bejahen. Angesichts dieses Ergebnisses kann die Dauer der vorgesehenen Prolongation keine Rolle spielen. Ist die Prolongationsdauer jedoch sehr lange bemessen, verstärkt dies die Nachteiligkeit der Klausel.

Die Folge der Ungewöhnlichkeit ist, dass die Klausel unbeachtlich ist, sofern nicht speziell auf sie hingewiesen worden ist.<sup>35</sup> Der spezielle Hinweis auf die Prolongationsklausel könnte durch Hervorhebung mittels Fettdruck und durch einen speziellen, expliziten Hinweis in unmittelbarer Nähe zur Unterschrift erfolgen. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Deshalb muss Tanner nichts bezahlen.

## Literaturverzeichnis

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003; GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, Fitness- und Sportstudiovertrag, in: Graf von Westphalen Friedrich, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Köln 2004; HIGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, 3. A., Zürich 1994 (zitiert: ZK-Higi); HOCHSTRASSER MICHAEL, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 196; HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. A., Basel/Genf/München 2003 (zitiert: BSK-VERFASSER); HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 2006; SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, SPR VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 763 ff.; SCHWEFER PATRICK, Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Fitness-Verträgen, Diss. Münster 2002 = Juristische Reihe Tenea Band 46, Berlin 2003; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003; VELHORST SANDRA, Die zivilrechtlichen Grundlagen der Rechtsbeziehung zwischen Fitnesscentern und Kunden, Diss. Bremen 1999 = Nomos Universitätschriften Recht Band 334, Baden Baden 2000.

---

<sup>34</sup> Zitat aus BGE 119 II 443 ff., 446.

<sup>35</sup> BGE 119 II 443 ff., 446.