

Lösungsvorschlag

Tanner vs Fitnesscenter Rosenberg: Bezahlung von Fr. 300

Qualifikation des Vertrages

Der Vertrag mit dem Fitnesscenter ist ein gemischter Vertrag mit Elementen der Miete bzw. mietähnlichen Elementen (Fitnessraum, Miete der Geräte. Benützung der Dusche), Auftrag (Beratung, Betreuung und vielleicht persönliches Trainingscoaching).¹ Das Problem ist vorliegend beim Mietelement zu finden. Eines der zur Verfügung gestellten Geräte war nicht in Ordnung.

Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs

Ohne AGB würde sich ein Schadenersatzanspruch für die Verletzung aus Art. 259a Abs. 1 lit. c OR i.V.m. Art. 259e OR i.V.m. Art. 256 Abs. 1 OR *analog* ergeben, sofern das Center ein Verschulden am Mangel trifft. Die analoge Anwendung ergibt sich aus der Tatsache, dass die Fitnessgeräte nur im Rahmen des Fitnessstudios zum Gebrauch und überdies an eine Personengesamtheit zu Mitbesitz überlassen worden sind, d.h. eine eigentliche Übergabe im Sinne des Art. 256 Abs. 1 OR fehlt. Die Interessen sind jedoch auch im vorliegenden Fall dieselben, weshalb eine analoge Anwendung angezeigt ist. In den AGB hat das Fitnesscenter jedoch seine Haftung wegbedungen. Darauf ist weiter unten einzugehen.

Das Fitnesscenter bzw. das Verhalten des Chefs hat den Vertrag verletzt, indem es Maschinen zur Verfügung gestellt hat, denen die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch abgeht bzw. die nicht in einem solchen Zustand erhalten werden (Art. 256 Abs. 1 OR), was die Mängelrechte nach Art. 258 ff. OR auslöst.² Es liegt ein Verschulden vor, weil die Verantwortlichen nicht sofort dem Mangel der Rudermaschine nachgegangen sind. Der Sachverhalt erwähnt die genaue Beschreibung des Mangels durch einen Kunden zehn Minuten vor dem Unfall. Der Chef hätte deshalb merken müssen, dass dies zu Unfällen solcher Art führen könnte. Er wollte zwar sofort agieren, liess sich aber von einem Telefonat aufhalten. Es trifft ihn diesbezüglich ein Verschulden, das man als grobe Fahrlässigkeit („*Wie konnte er nur zuwarten!*“, im Gegensatz zur leichten Fahrlässigkeit: „*Er hätte schon reagieren müssen*“) oder als *dolus eventualis* (Inkaufnahme des Erfolgs) bezeichnen könnte.

Der Schaden beträgt Fr. 200 (Körperschaden) sowie Fr. 100 (Sachschaden). Gemäss Sachverhalt ist die Mangelhaftigkeit der Maschine Ursache, also *conditio sine qua non* des eingetretenen Schadens. Der Schadenseintritt in dieser Höhe ist nach dem Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung so zu erwarten. Wer mit voller Wucht in ein widerstandsloses Ruder greift, kann sich die Muskeln zerren und muss deswegen zum Arzt, was Kosten in der genannten Höhe verursachen kann.

Wirksamkeit der Freizeichnungsklausel

Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen

Das von Tanner unterzeichnete Vertragsformular wurde offensichtlich für alle möglichen Kunden des Fitnesscenters Rosenberg vorformuliert. Dies ist zugleich das wesentliche Kriterium für die Qualifikation als AGB (Vorformulierung hinsichtlich des Abschlusses einer Vielzahl gleichartiger Verträge).³

¹ Zur Qualifikation der Elemente eines Fitnessvertrages vgl. Rusch, Verträge mit Fitnessstudios, Jusletter 27. November 2007, N 4 ff.

² Vgl. BSK-Weber, OR 256 N 4 („*Zum vorausgesetzten Gebrauch taugt ein Mietobjekt nur, wenn all seine Bestandteile funktionieren (...) und wenn seine Benützung keine Gefahren für Leib und Leben schafft.*“) und CHK-Heinrich, OR 256 N 6.

³ Vgl. Huguenin, OR AT, N 408, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre.

Übernahme der AGB

Gemäss Sachverhalt hat Tanner die AGB vor Vertragsschluss bekommen – er hat sie sogar unterzeichnet. Ob er sie gelesen hat, spielt keine Rolle. Er hatte jedenfalls die Möglichkeit dazu. Es ist deshalb von einer Globalübernahme auszugehen. In der fünft- und viertletzten Bestimmung der AGB sowie fettgedruckt in der Mitte des Talons schliesst das Fitnesscenter jegliche Haftung aus und statuiert eine Pflicht, sich gegen Schäden zu versichern.

Ungewöhnlichkeitsregel

Bei global übernommenen AGB ist die Ungewöhnlichkeitsregel anwendbar.⁴ Die Ungewöhnlichkeit einer Freizeichnungsklausel bei einem Fitnesscenter lässt sich wie folgt begründen. Wer in ein Center trainieren geht, erwartet, dass vom Center selber keine Gefahren für Leib und Leben ausgehen und dass dafür gehaftet wird. Dies ist vergleichbar mit der Pistensicherung als stillschweigend enthaltene Nebenpflicht zum Vertrag mit einer Bergbahn. Das Bundesgericht begründet diese Pflicht mit dem Vertrauensprinzip – folglich wird die allgemeine Erwartungshaltung enttäuscht, wenn für die Sicherheit nicht gehaftet wird.⁵

Ebenso könnte man argumentieren, dass die umfassende Haftungsfreizeichnung auch die Freizeichnung für vorsätzliches und grobfahrlässiges Verhalten ermöglicht, was ganz wesentlich vom gesetzlichen Rahmen in Art. 100 OR abweicht. Diese Ungewöhnlichkeit beurteilt sich nicht nach dem konkreten Ereignis, sondern im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁶ Diese Prüfung vermischt sich jedoch teilweise mit dem zwingend anwendbaren Recht.

Aufgrund des Fettdrucks in der Mitte des Vertragsformulars „*Mit Ihrer Unterschrift anerkennen Sie ausdrücklich, dass die Benützung der Anlage auf Ihr eigenes Risiko erfolgt.*“ ist die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel jedoch fraglich. Dies könnte als besondere Hervorhebung optischer Art⁷ noch durchgehen – obwohl es sich nicht um einen besonders deutlichen Hinweis handelt, denn die verschiedenen Vertragsmodelle sind ebenfalls fett gedruckt. Diese Begründung ist jedoch ohnehin ein eher schwaches Argument. Es lohnt sich, das zwingende Recht ebenfalls zu analysieren.

Unklarheitenregel

Die Klausel ist klar und eindeutig. Es gibt keine Interpretationsspielraum, der sich zugunsten Tanners auswirken könnte.

Zwingendes Recht

Art. 256 Abs. 2 lit. a OR schliesst bei Mietverträgen abweichende Verabredungen zu Art. 256 Abs. 1 OR aus. Die Freizeichnung wäre demnach sogar nichtig. Der Vertrag mit dem Fitnesscenter ist zwar kein reiner Mietvertrag, aber die Norm passt auf das Verhältnis und die relevanten Interessen und ist folglich zumindest einer analogen Anwendung zugänglich. Genau wie bei der Miete eines Geräts oder einer Wohnung muss der Betreiber eines Fitnesscenters die Anlage in Schuss halten und richtig zur Verfügung stellen. Der einzelne Kunde des

⁴ Vgl. Huguenin, OR AT, N 419.

⁵ Vgl. Rusch, Verträge mit Fitnessstudios, Jusletter 27. November 2007, N 52.

⁶ Vgl. die Überlegungen in BGE 119 II 443 ff., 446: „*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.*“

⁷ Vgl. zur optischen Hervorhebung als besonderem Hinweis zwecks Ausschaltung der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 119 II 443 ff., 446 f.: „*En l'espèce, le défendeur a apposé sa signature sur un contrat qui renvoyait expressément aux "conditions de location" de la demanderesse. L'art. 10 de ces conditions générales n'était pourtant nullement mis en évidence; au contraire, il était rédigé en petits caractères (...). L'autorité cantonale a retenu sans être critiquée que l'attention de S. n'avait pas été spécialement attirée sur l'existence de l'art. 10 en cause, dont la lecture, à supposer que le défendeur ait pris connaissance des conditions générales avant de signer le contrat du 27 avril 1990, était au surplus rendue difficile en raison de la typographie utilisée. Cette disposition ne lui est donc opposable en vertu de la règle de l'insolite que dans la mesure où elle ne modifie pas essentiellement la nature du contrat.*“

Fitnesscenters erhält zwar nicht Alleinbesitz an den Sachen, sondern Mitbesitz, zusammen mit den anderen Kunden. Das ist zumindest ein Vertragsverhältnis mit mietrechtsähnlichem Element.

Ein gewichtiger Teil der Lehre verneint die Freizeichnungsmöglichkeit bei Körperschäden (Art. 27 Abs. 2 ZGB).⁸ Folgt man diesen Meinungen, bleibt die Haftung für den Körperschaden erhalten, nicht aber die Haftung für den Trainingsanzug.

Bei ganz elementaren Verkehrssicherungspflichten kann eine Berufung auf eine Freizeichnungsklausel sogar einen Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellen.⁹ Diese Schwelle ist hier bei einem nur leichten Verschulden aber noch nicht erreicht.

Die gewichtigste Grenze einer jeden Freizeichnungsklausel ist Art. 100 Abs. 1 OR. Die Haftungsfreizeichnung ist bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz ungültig. In diesem Fall ist das Verschulden als grob zu bezeichnen (siehe oben).

Alternative: Würde man das Verschulden des Studios als *leicht* beurteilen, stellt sich die Frage, ob der umfassende Haftungsausschluss gültig ist. Nach Schwenzer ist die ganze Haftungsfreizeichnung ungültig, nach Wiegand ist sie nur insoweit ungültig, als sie das erlaubte Mass überschreitet.¹⁰ Die Teilnichtigkeit benachteiligt jedoch den Konsumenten bei AGB. Der AGB-Verwender kann übermässige Inhalte aufstellen und geht im schlimmsten Fall das Risiko ein, dass die Freizeichnung auf das erlaubte Mass reduziert wird. In allen anderen Fällen kann er sonst die übermässige Klausel durchsetzen. Dies spricht klar gegen die geltungserhaltende Reduktion i.S. der Teilnichtigkeit bei AGB-Klauseln.¹¹

Fazit: Die Haftungsfreizeichnung ist unbeachtlich.

Fitnesscenter Rosenberg vs Tanner: Bezahlung von Fr. 1'050

Wirksamkeit der Prolongationsklausel

Übernahme der AGB

Diese ist vorliegend zweifellos erfolgt (siehe oben).

Vorrang von Individualabreden

Es stellt sich die Frage, ob im Ankreuzen der gewählten, festen Dauer eine Individualvereinbarung liegen könnte, die die automatische Verlängerung derogiert. Besteht die Auswahlmöglichkeit jedoch nur im Ankreuz-

⁸ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 24.14; BSK-Wiegand, OR 100 N 4.

⁹ Vgl. Rusch, Verträge mit Fitnessstudios, Jusletter 27. November 2007, N 53.

¹⁰ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 24.08; vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 4; vgl. BK-Weber, OR 100 N 156.

¹¹ Vgl. Urteil BGer 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1.: „5.6.3.2.1 In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die geltungserhaltende Reduktion sei aus präventiven Gründen abzulehnen, wenn gegen eine Norm zum Schutz der sozial schwächeren Partei verstossen werde. Die geltungserhaltende Reduktion liefere hier geradezu einen Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren. So riskiere die stärkere Partei lediglich, dass im Falle der gerichtlichen Anfechtung die Verpflichtung der schwächeren auf das herabgesetzt werde, was rechtmässig von vornherein hätte vereinbart werden können, während sie in allen Fällen, in denen eine Anfechtung unterbleibe, faktisch Übermässiges durchsetzen könne (SCHWENZER, a.a.O., S. 246 Rz. 32.45; vgl. auch KOLLER, a.a.O., S. 236 Rz. 138; LUPI THOMANN, a.a.O., S. 56; vgl. auch HUGUENIN, Basler Kommentar, N. 55 zu Art. 19/20 OR, die einen "flexiblen Nichtigkeitsbegriff" vertritt, dessen Merkmale im Kontext mit der verletzten Norm bestimmt werden sollten). (...) Denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen (vgl. dazu HUGUENIN, a.a.O., N. 55 zu Art. 19/20 OR).“

zen vorgegebener Laufzeiten, liegt keine Individualabrede vor. Eine solche ist wohl nur dann gegeben, wenn der Kunde eine frei gewählte Laufzeit selber in eine Lücke schreiben kann.¹²

Ungewöhnlichkeitsregel

Bei global übernommenen AGB ist die Ungewöhnlichkeitsregel anwendbar.¹³ Die Ungewöhnlichkeit einer automatischen Vertragsverlängerung bei einem befristeten Fitnessvertrag lässt sich wie folgt begründen. Ein Vertrag mit klar definierter Dauer endet mit deren Ablauf, ohne dass eine Kündigung notwendig wäre. Diese Erwartungshaltung hat die Rechtsgenossen aufgrund der Logik und vieler ähnlichen Bestimmungen im Obligationenrecht geprägt.¹⁴ Der automatischen Vertragsverlängerung liegt ein *Übertölpelungsgedanke* inne – die Anbieter können die Notwendigkeit einer automatischen Verlängerung mit keinem seriösen Grund rechtfertigen. Sie zielt darauf ab, dass die Kunden die Kündigung vergessen und länger als gewollt an den Vertrag gebunden bleiben.¹⁵ Es wäre beispielsweise viel effizienter, die Prolongation nur bei Vorauszahlung mittels vorgängig zugestellten Einzahlungsscheins eintreten zu lassen. Der Anbieter wüsste in diesem Fall sofort, was der Kunde wirklich will. Die automatische Vertragsverlängerung ist folglich nachteilig und aufgrund der erwartungskonträren Kündigungsnotwendigkeit überraschend. Dies sind Kriterien, die für die Ungewöhnlichkeit relevant sind.¹⁶ Man könnte aber auch argumentieren, dass die automatische Vertragsverlängerung aufgrund

¹² Vgl. zu verschiedenen Beispielen in Deutschland Velhorst, Die zivilrechtlichen Grundlagen der Rechtsbeziehung zwischen Fitnesscentern und Kunden, S. 68 ff., die eine individuelle Vereinbarung nur bei einer frei ausfüllbaren Lücke bejaht und dann verneint, wenn lediglich eine Auswahl zwischen vorgegebenen Varianten durch Ankreuzen oder Durchstreichen besteht; vgl. ebenso Staudinger-Schlosser, BGB 305 N 38, mit weiteren Hinweisen. Diese Überlegung findet sich auch im Urteil des OLG Saarbrücken vom 12. Juni 2008 - 8 U 380/07-105, Erw. 2.b.aa und 2.c. Es ging um einen von Ärzten geleasteten Kernspintomographen: „Dass es sich hierbei um eine zwischen den Vertragsparteien individuell getroffene Vereinbarung handelte, ergibt sich daraus, dass die Zahl „86“ maschinenschriftlich an der in dem Vertragsformular für die Vertragslaufzeit vorgesehenen Stelle eingefügt wurde. (...) Die Klausel unter Ziffer 4.1 der dem Leasingvertrag zugrunde liegenden Leasingbedingungen, nach der sich der Vertrag jeweils um ein Jahr verlängert, wenn er nicht von einer der Parteien schriftlich unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten auf das Ende der ursprünglichen Dauer oder eines Verlängerungszeitraums gekündigt wird, steht zu der individuell vereinbarten Vertragsdauer von 86 Monaten eindeutig in Widerspruch, weshalb die Klausel unwirksam ist. Denn nach dem Inhalt der Klausel wäre der Vertrag nach Ablauf der vereinbarten Dauer auf unbestimmte Zeit geschlossen.“; vgl. übereinstimmend das Urteil des Amtsgerichts Tettang vom 6. Juni 1986 - 3 C 393/86 in NJW-RR 1987, S. 55 f., Erw. 2b; vgl. auch das Urteil des BGH vom 14. Mai 1969 - IV ZR 787/68 in NJW 1969 1626 ff. Es ging um einen Maklerauftrag „bis zum Verkauf aller Wohnungen“. Die entgegenstehende Verlängerungsautomatik in den AGB war deshalb nicht anwendbar.

¹³ Vgl. Huguenin, OR AT, N 419.

¹⁴ Vgl. Art. 266 und 295 OR, Miete und Pacht; vgl. Art. 318 OR, Darlehen mit Rückzahlungstermin; vgl. Art. 334 Abs. 1 OR, Arbeitsvertrag.

¹⁵ Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. August 1994, 6 U 266/93 in NJW-RR 1995, S. 369 f. Es ging um eine automatische verlängerten Partnerschaftsvermittlungsvertrag: „Hinzu kommt, dass gerade derartige Vertragsbestimmungen erfahrungsgemäss von den Kunden übersehen oder vergessen werden. Häufig hat der Kunde die an sich naheliegende Vorstellung, dass ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis nach dem Zeitablauf auch wirklich beendet sei, und er versäumt deshalb die zur Verhinderung einer stillschweigenden Verlängerung erforderliche Kündigung (...).“; vgl. das Urteil des BGH vom 1. Juni 1989 - X ZR 78/88 in NJW 1989, S. 2255 ff., 2256. Das Gericht bejahte einen Übertölpelungs- und Überraschungseffekt bei einem Insertionsvertrag, der eine klare Dauer von einem Jahr vorsah, während die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine automatische Verlängerung bei ausgebliebener Kündigung vorsahen: „Das BerGer. hat weiter ohne Rechtsverstoss festgestellt, dass bei einer derartig auf eine fest begrenzte Auftragsdauer ausgerichteten Vertragsbestimmung nicht damit gerechnet werden konnte, dass sich über die pauschal in bezug genommenen AGB praktisch eine entgegengesetzte Regelung, nämlich ein Vertrag mit unbegrenzter Dauer bei eingeschränkter Kündigungsmöglichkeit (8 Wochen vor Ablauf eines Vertragsjahres), ergeben sollte. Das gilt auch dann, wenn man davon ausgeht, dass das in Streit stehende Auftragsformular der Kl. nur von gewerblichen Bestellern genutzt wird, und das Verlängerungsklauseln der in Streit stehenden Art an sich zulässig (...) und in der Werbebranche auch üblich sind, wie das BerGer. unterstellt hat. Auch bei einer weitgehend üblichen Regelung kann - wenn sie von solcher Bedeutung ist wie eine automatische Vertragsverlängerung - erwartet werden, dass sie hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht und nicht versteckt wird. Das BerGer. hat zu Recht angenommen, dass der Unterzeichner eines Auftragsformulars keinesfalls damit zu rechnen braucht, dass die auf der Vorderseite hervorgehobene Festlegung einer begrenzten Vertragsdauer durch die rückseitig wiedergegebenen AGB zu einer unbegrenzten wird.“

¹⁶ Vgl. zur Berücksichtigung der Nachteiligkeit bei der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 119 II 443 ff., 446: „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 réf-“

ihrer exzessiven Verwendung bei Handyverträgen, Internetabonnements und anderen Verträgen langsam üblich geworden ist.¹⁷ In diesem Fall könnte Tanner immer noch vorbringen, dass er keine branchenerfahrene Person sei, die sich mit Fitnessverträgen nicht auskenne.¹⁸ Sie ist folglich ohne speziellen Hinweis unbeachtlich.

Dieser besondere Hinweis – durch Hervorhebung – ist vorliegend jedoch erfolgt. Die Klausel steht gut sichtbar, fett gedruckt im Dokument, nahe bei der Unterschrift. Sie lässt sich bei der Unterzeichnung kaum übersehen. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist deshalb vorliegend nicht anwendbar.

Unklarheitenregel

Man könnte *erstens* argumentieren, dass die vertragliche Laufzeit unklar geregelt sei. Wer eine Dauer von zwölf Monaten verabredet, im Kleingedruckten aber eine automatische Verlängerung vorsieht, schafft eine Unklarheit, weil es eben nicht unbedingt bei der oben verabredeten, fixen Dauer von 12 Monaten bleiben muss. Dieses Argument ist jedoch eher schwach, weil man den ganzen Vertrag ansehen muss. Die Vertragsdauer ergibt sich aus dem Zusammenspiel der beiden Regelungen klar (fixe Dauer plus Verlängerung bei ausgebliebener Kündigung, allenfalls unbefristeter Vertrag mit Mindstdauer von 12 Monaten).

Die Klausel ganz am Ende der AGB ist *zweitens* in anderer Hinsicht nicht unbedingt klar: „Die Mitgliedschaft verlängert sich automatisch um ein weiteres Abo-Jahr und muss 6 Wochen vor Ablauf gekündigt werden. Alle Member bekommen vor Ablauf der Kündigungsfrist einen schriftlichen Hinweis.“ Die Mitteilung vor der automatischen Vertragsverlängerung hat vernünftigerweise einzig zum Zweck, den Kunden vor einer unerwünschten Verlängerung des Vertrages zu schützen. Es mildert die harte, unerwartete automatische Vertragsverlängerungsklausel im Vertrag etwas ab, weil man vor der drohenden Verlängerung gewarnt wird. Das Fitnesscenter versteht sie jedoch anders – es sei ein Hinweis, wonach das Fitnesscenter die Gründe der bereits erfolgten Kündigung erfahren wolle (siehe Begleitbrief). Es ist in diesem Fall jedoch unsinnig, diesen so verstandenen Hinweis in die AGB aufzunehmen. Das Fitnessstudio muss sich diese Unklarheit bei der Auslegung entgegenhalten lassen – es gilt bei allgemeinen Geschäftsbedingungen die *interpretatio contra proferentem*.¹⁹ Dies bedeutet, dass im Zweifelsfall die für das Fitnessstudio ungünstigere Variante zur Anwendung gelangt.

Folge der Unklarheitenregel: Obliegenheitsverletzung

Es stellt sich aber auch bei dieser Auslegung die Frage, welche Folgen das Ausbleiben des Hinweises hat. Denkbar ist eine unbedeutende Beschreibung einer rechtlich unbedeutenden Handlung seitens des Fitnessstudios. Diese Möglichkeit wird aber den Erwartungen der Parteien kaum gerecht. Viel naheliegender ist die Qualifikation des Hinweises als Obliegenheit des Fitnessstudios, vor der drohenden und nachteiligen Verlängerung des Vertrages zu warnen.

Eine nicht befolgte Obliegenheit führt zwar nicht zu Schadenersatz, aber zu Rechtsnachteilen (Verlust oder Minderung der Rechte des Fitnessstudios).²⁰ Der Rechtsnachteil des Fitnessstudios könnte beispielsweise darin

rences). 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).“

¹⁷ Vgl. die Argumentation im Urteil BGer 5P.115/2005, Erw. 1.1.: „Sodann hat die Justizkommission die Geschäftserfahrenheit der Beschwerdegegnerin ebenso wenig übersehen wie die Tatsache, dass die automatische Verlängerung bei Insertionsverträgen üblich ist. (...). Schliesslich hat die Justizkommission das objektive Erfordernis berücksichtigt, indem sie die zweijährige Kündigungsfrist der dreijährigen Vertragsdauer gegenübergestellt und die Vertragsbestimmung wegen ihrer unverhältnismässig langen Kündigungsfrist als unüblich angesehen hat.“ Es ging um einen Insertionsvertrag mit einer dreijährigen Dauer, den man zwei Jahre vor Ablauf kündigen musste, um nicht in eine automatische Verlängerung des Vertrages zu geraten. Das Bundesgericht erachtete lediglich die Dauer der Kündigungsfrist als ungewöhnlich, nicht aber die automatische Vertragsverlängerung als solche.

¹⁸ Vgl. das Zitat in Fn. 16.

¹⁹ Vgl. dazu Huguenin, OR AT, N 427.

²⁰ Vgl. BK-Kramer/Schmidlin, Allg. Einleitung, N 113 f.; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 102: „Im Unterschied zur Schuld handelt es sich bei der Obliegenheit jedoch um eine «Pflicht milderer Grades», was sich in zweifacher Weise äussert: Weder kann der Belastete zur Erfüllung angehalten werden (das Verhalten, das ihm obliegt, ist nicht einklagbar!), noch wird er zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, falls er die Obliegenheit verletzt. Die Verletzung der Obliegenheit hat für den Be-

bestehen, dass die Kündigungsfrist erneut zu laufen beginnt oder härter, dass das Studio sich ohne Warnhinweis ganz einfach nicht auf die automatische Vertragsverlängerung berufen kann. Sieht man in dem Hinweis eine Bedingung für den Eintritt der Vertragsverlängerung, tritt die Verlängerung nicht ein. Sämtliche Variante führen somit dazu, dass die automatische Vertragsverlängerung nicht eintreten kann, weil Tanner sofort nach Erhalt der Rechnung die Kündigung gemäss Sachverhalt ohnehin nachgeholt hat.

Zwingendes Recht

Es gibt vorliegend ausser Art. 8 UWG keine zwingend anwendbaren Normen, die die automatische Vertragsverlängerung in der oben verstandenen Form verbieten würden. Art. 8 UWG ist auf die Vertragsverlängerung als solche nicht anwendbar. Zwar ist es unlogisch, eine Vertragsdauer abzumachen, von deren automatischem Ende der Kunde intuitiv ausgeht, diese aber mit der automatischen Vertragsverlängerung wieder zu derogieren. Doch versteht man die Klauseln klar.

Wäre hingegen die Auslegung des Fitnessstudios im Antwortschreiben richtig, könnte man von einem täuschenden Verhalten i.S.v. Art. 2 UWG und einer Irreführung i.S.v. Art. 8 lit. a UWG²¹ ausgehen. Eine Hinweispflicht im Zusammenhang mit einer automatischen Prolongation versteht man automatisch im Sinne eines Warnhinweises vor der drohenden Prolongation. Der Text gemäss der spitzfindigen Auslegung des Studios würde dann in die Irre führen – es widerspricht dann den üblichen Pflichten bei einer Vertragsverlängerung, was von Art. 8 lit. a UWG erfasst wird. Diese Argumentation ist jedoch nicht mehr notwendig, weil schon die Unklarheitenregel zu einem günstigen Ergebnis führt.

Nur wenn der Fitnessvertrag unter das Auftragsrecht fallen würde, wäre nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 404 Abs. 1 OR zwingend anwendbar. Man könnte bei intensiven Betreuungsverhältnissen eine überwiegende Auftragskomponente sicher bejahen – der Sachverhalt liefert dazu jedoch keine genaueren Angaben. Tanner hat gemäss Talon lediglich ein „Basic-Abo“ gewählt. Die spezielleren „Betreuungs-Programme“, die auf eine intensivere, fast schon medizinische Betreuung (Cardio = Herz, Osteo = Osteoporose) schliessen lassen und deshalb eher vom Auftragsrecht erfasst sind, hat er nicht gewählt.

lasteten jedoch andere Rechtsnachteile (namentlich den Verlust oder die Minderung eigener Rechte) zur Folge, weshalb das ihm auferlegte Verhalten auch in seinem eigenen Interesse liegt.“

²¹ Vgl. Art. 8 UWG: „Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: (a.) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder (b.) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.“