

Das Fitnessstudio

Tanner sagt am 1. September 2012 bei Fitorama der Person am Schalter, er hätte gerne einen Einjahresvertrag fürs Fitnessstudio. Er bekommt ein Dokument, das er weitestgehend ungelesen unterzeichnet: http://www.fitorama.ch/PDF/FLG_Vertragsformular.pdf (Internet, 14. März 2013). Er bezahlt Fr. 1'380 für die „Jahreskarte Fitness inkl. Betreuungspaket im Wert bis CHF 603“. Der Fitnessinstructor visiert die von Tanner eingetragenen Daten, wozu auch der Beginn „1.9.2012“ und das Ende „31.8.2013“ gehören. Im Laufe des Jahres ergeben sich die nachfolgenden, rein erfundenen Probleme, bei denen nur vertragsrechtliche Lösungen interessieren:

1. Am 15. August 2013 erhält Tanner die Rechnung in der Höhe von Fr. 1'518 für die Verlängerungsdauer. Er hatte indes nie die Absicht, länger als ein Jahr zu trainieren. *Muss Tanner bezahlen?*
2. Tanner verletzt sich auf der Rudermaschine. Ursache dafür ist ein defekter Gasdruckstossdämpfer, der zu ruckartigem Druckabfall bei Vollbelastung führt. Tanner erleidet deswegen eine Muskelzerrung (Heilungskosten: Fr. 200). Der Arzt muss Tanner für die Behandlung aus dem engen Trainingsanzug schneiden (Wert: Fr. 100). *Ein Kunde hat das Center auf dieses Problem am Vortag aufmerksam gemacht. Muss das Fitnessstudio dafür bezahlen?*
3. Tanner erhält die Mitteilung, dass 3 von 5 Fitnessstudios in Zürich schliessen und die verbleibenden Studios inskünftig schon um 18.30 statt 21.30 schliessen. *Kann Tanner den Vertrag beenden und das Geld für die verbleibende Abonnementszeit zurückverlangen?*

Lösungsvorschlag

Generelle Bemerkungen zu den Sachverhalten 1-3

Liegen allgemeine Geschäftsbedingungen vor?

Vgl. dazu die Definition des Bundesgerichts in Urteil BGer 4P.135/2002, E. 3.1: „Bei den Formularverträgen handelt es sich um Verträge, die von einer Vertragspartei (Verwender) zum Voraus zum Zweck aufgestellt werden, damit eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln. Diese Verträge enthalten vorformulierte Vertragsbedingungen, auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bezeichnet, die der Verwender der anderen Vertragspartei beim Abschluss des Vertrages stellt. Diese werden einseitig durch den Verwender festgesetzt. Gewöhnlich dienen die AGB dazu, das Aushandeln von Vertragsbedingungen zu vermeiden; der Vertragspartner soll veranlasst werden, den bereits formulierten und im Formular bereit stehenden Inhalt unverändert zu übernehmen. Dadurch unterscheiden sie sich von den ausgehandelten Einzelverträgen. Wird der vorformulierte AGB-Text individuell abgeändert, liegt insoweit keine vorformulierte Geschäftsbedingung, sondern eine Individualabrede vor.“

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

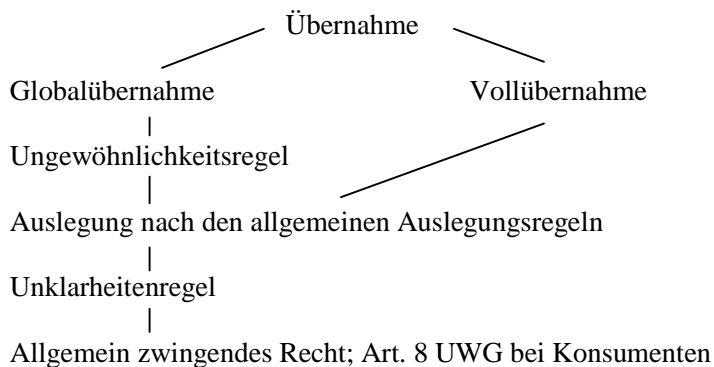
Haben die Parteien die AGB in den Vertrag einbezogen?

Vgl. dazu Urteil BGer 4C.427/2005, E. 2.1: „Selon la jurisprudence, celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié, au sens de l'art. 1er CO, au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question (...).“

Der Fitnesskunde muss zumindest die Möglichkeit haben, von den AGB Kenntnis zu nehmen. Dies ist hier problemlos möglich, denn das Vertragsdokument erwähnt die AGB klar und teilt mit, dass sie sich auf der Rückseite befinden: „Ich bestätige ausdrücklich, dass die Benutzung der Anlage auf mein eigenes Risiko erfolgt, dass ich die rückseitig aufgeführten Bedingungen und die Betriebsordnung als integrierenden Bestandteil dieses Vertrages anerkenne und dass mir Pkt. 15 der rückseitigen Bedingungen erklärt worden ist.“ Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner die AGB nicht gelesen habe. Es ist somit von einer *Globalübernahme* auszugehen.

Gibt es ein passendes Prüfschema für die AGB-Prüfung?

Vgl. das Schema gemäss Huguenin, OR, N 638:



Dies ist indes nur das AGB-Prüfschema. Generell ist zu beachten, dass Individualabreden den AGB immer vorgehen. Häufig kommt überdies vor, dass AGB zwingendem Recht entgegenstehen, genau gleich wie Individualverträge. Diesbezüglich gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei Individualverträgen. Einzige Ausnahme ist die Ablehnung der *geltungserhaltenden Reduktion*. Verstösst eine AGB-Klausel gegen zwingendes Recht, muss sie ganznichtig sein.¹ Die Prüfung des allgemein zwingenden Rechts ist bevorzugt nach der Konsens- und Auslegungskontrolle vorzunehmen (also nach der Prüfung des Einbe-

¹ Vgl. Urteil 4A_404/2008, E. 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 (...). Weitere Autoren vertreten die gleiche Meinung, teilweise allerdings nur für den Fall, dass der Normverstoss in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten ist (...) und teilweise anscheinend nur unter der weiteren Voraussetzung, dass die in AGB getroffene Regelung gegen Art. 8 UWG (SR 241) verstösst (...). Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG liegt unter anderem vor, wenn vorformulierte AGB verwendet werden, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen (lit. a), womit auch ein qualifiziertes Abweichen vom dispositiven Gesetzesrecht erfasst wird (...). Ob die streitbetreffende Regelung die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt, namentlich das - selten erfüllte - Merkmal der Irreführung gegeben ist (...), kann hier offen bleiben. 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 (...).“

zugs, der Ungewöhnlichkeitsregel und der Unklarheitenregel), weil nur diese Inhalte überhaupt der Inhaltskontrolle unterliegen. Ebenso denkbar wäre es aber, allgemein zwingendes Recht vorab zu prüfen.

1. Fitnessstudio vs Tanner, Bezahlung von Fr. 1'518

Das Fitnesscenter beruft sich dabei auf Ziff. 15: „Die Jahres- bzw. Mitgliederkarte **erneuert sich automatisch um dieselbe Laufzeit** und zu den dann **aktuellen** Bedingungen, wenn sie nicht 30 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer schriftlich und eingeschrieben gekündigt wird. Rabattberechtigungen (z.B. Studenten, Firmen etc.) müssen bei Erneuerung des Vertrages wieder nachgewiesen werden, ansonsten erneuert sich die Jahres- bzw. Mitgliederkarte zu den **aktuellen** Bedingungen ohne Rabatt.“

Vorrang der Individualabrede

Kommen die AGB dafür überhaupt zur Anwendung? Man könnte argumentieren, es liege eine vorrangige Individualabrede vor, denn Tanner hat Beginn und Ende mit je einem klaren Datum ausgefüllt und von Anfang an gesagt, er wolle einen Einjahresvertrag. Dieses Argument ist in der vorliegenden Konstellation, insbesondere aufgrund der mündlichen Einigung, nicht abwegig.²

Ungewöhnlichkeitsregel

Vgl. die Definition der Ungewöhnlichkeit in BGE 135 III 1 ff., 7: „Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (...). Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen (...). Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (...).“

Die Ungewöhnlichkeit lässt sich auf mehrere Arten begründen. Das Gesetz geht stets davon aus, dass ein befristeter Vertrag von alleine endet, ohne dass man ihn kündigen muss (Art. 255 Abs. 2 OR; Art. 266 Abs. 1 OR; Art. 295 Abs. 1 OR; Art. 334 Abs. 1 OR: „Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung“; Art. 418p Abs. 1 OR).³ Praktisch alle Verlängerungsklauseln verdanken ihre Existenz der Hoffnung der Anbieter, dass die Kunden die Kündigung vergessen und so eine längere Bindung als gewollt eingehen. Dieser Übertölpelungseffekt ist erwiesen.⁴ Ebenso ungewöhnlich ist, dass die AGB aus dem

² Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 149-151 und Rusch/Maissen, recht 2010, 98.

³ Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 92 und dort Fn. 283.

⁴ Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. August 1994, 6 U 266/93 in NJW-RR 1995, 369 f., 369. Es ging um einen automatisch 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, 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 ausgegerichteten 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

Schweigen des Kunden auf eine Zustimmung zu einer Vertragsverlängerung schliessen, was Art. 6 OR widerspricht.

Bei der Ungewöhnlichkeit ist stets auch die besondere Nachteiligkeit zu berücksichtigen.⁵ Tanner ist für ein ganzes weiteres Jahr an eine nicht erwünschte Vertragsbeziehung gebunden und der Erneuerungsbetrag ist um 10% gestiegen, denn das Fitnessstudio hat sich die Erneuerung zu den *aktuellen Bedingungen* vorbehalten. Sie kann dabei offensichtlich den Betrag beliebig erhöhen, was schon sittenwidrig wäre und dem allgemeinen, in Art. 184 Abs. 3 OR enthaltenen Gedanken zur Bestimmtheit eines Preises widerspricht.⁶ Dies würde zwar nur gegen die Erhöhung des Preises für die Verlängerungsdauer sprechen, es macht aber die vorgesehene Verlängerung insgesamt nachteiliger.⁷ Ebenso nachteilig ist die Rabattregelung – allfällige Rabatte muss man offenbar von sich aus nachweisen, ansonsten die Verlängerung zu den normalen Bedingungen erfolgt. Bei der Nachteiligkeit muss man auch berücksichtigen, dass die Kündigung nur in besonders *qualifizierter Form* erfolgen kann. Es bedarf einer schriftlichen Kündigung mit eingeschriebenem Brief.⁸ Dies ist ein unsinnig strenges Formerfordernis, das für sich betrachtet auch schon ungewöhnlich wäre, da man eingeschriebene Briefe nur zur Beendigung wichtiger Verträge verwendet (Miete der Wohnung etc.). Hinzu kommt, dass viele Gerichte für solche Verlängerungsforderungen die provisorische Rechtsöffnung gemäss Art. 82 f. SchKG erteilen, was den Fitnesskunden die Mühsal der Klägerrolle einträgt.⁹

Es bleibt aber die Feststellung, dass derartige Verlängerungen praktisch omnipräsent sind. Es gibt sogar Fitnessstudios, die in der Werbung explizit erwähnen, dass bei ihnen keine automatische Vertragsverlängerung erfolge. Dies spricht für eine geänderte Wahrnehmung der Bedeutung der Vertragsdauer und des Ablaufs der vereinbarten Dauer.¹⁰ Hinzu kommt, dass *eine Art Hinweis* im Vertragsformular enthalten ist, in der Nähe der Unterschrift: „*Ich bestätige ausdrücklich, dass die Benutzung der Anlage auf mein eigenes Risiko erfolgt, dass ich die rückseitig aufgeführten Bedingungen und die Betriebsordnung als integrierenden Bestandteil dieses Vertrages anerkenne und dass mir Pkt. 15 der rückseitigen Bedingungen erklärt worden ist. Weiter bestätige ich die Richtigkeit der von mir gemachten, oben aufgeführten Angaben.*“ Als vorgedruckte *Bestätigung des erfolgten Hinweises* ist die Klausel wertlos, wenn in Tat und Wahrheit kein Hinweis erfolgt ist. Solche Bestätigungsklauseln in AGB derogieren die Ungewöhnlichkeitsregel und sind deshalb selbst ungewöhnlich oder sie verletzen Art. 8 UWG.¹¹ Könnte aber *die Klausel selbst* als Hinweis auf die Vertragsverlängerung durchgehen? Die Klausel bei der Unterschrift und bei Ziff. 15 sind teilweise fettgedruckt, wie es das Bundesgericht verlangt,¹² aber eben nur teilweise – obwohl dies unsinnig ist, denn man kann den Fettdruck in AGB, die man nicht liest, nicht sehen. Der Hinweis bei der Unterschrift erwähnt nicht die automatische Vertragsverlängerung, sondern bestätigt, auf Pkt. 15 hingewiesen worden zu

damit zu rechnen braucht, dass die auf der Vorderseite hervorgehobene Festlegung einer begrenzten Vertragsdauer durch die rückseitig wiedergegebenen AGB zu einer unbegrenzten wird.“

⁵ Vgl. die Definition in BGE 135 III 1 ff., 7 und die Behandlung bei Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 177 ff.

⁶ Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 183 ff., 188.

⁷ Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 191.

⁸ Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 198.

⁹ Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 204 ff.

¹⁰ Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 162, m.w.H.

¹¹ Vgl. dazu im deutschen Recht MK-Wurmnest, BGB 309 Nr. 12 N 18: „*Neben bestimmten Kenntnissen des Kunden lassen sich Verwender in ihren AGB viele andere rechtlich relevante Tatsachen bestätigen. Unwirksam sind etwa Bestimmungen, wonach die AGB dem Kunden „ausgehändigt“, oder mit ihm „individuell ausgehandelt“ wurden, ebenso auch Klauseln, wonach die mündlichen Verhandlungen iS von § 312 Abs. 3 Nr. 1 „auf vorhergehende Bestellung“ des Kunden geführt worden seien. Gleiches gilt für die Bestimmung, der Kunde habe die AGB „gelesen und verstanden“. Ebenfalls unwirksam sind Klauseln, bei denen sich der Verwender bestätigen lässt, dass er den Verbraucher über sein Recht zum Widerruf belehrt habe, um so die Voraussetzungen des § 355 zu erfüllen.*“

¹² Vgl. 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.*“

sein. Das ist bestenfalls ein Hinweis auf Punkt 15, nicht aber auf die automatische Vertragsverlängerung, *verpackt in drei weitere Bestätigungen*. Dieser Hinweis hat deshalb keine Bedeutung.

Die objektive Ungewöhnlichkeit liegt klar auf der Hand. Angesichts der qualifizierten Nachteiligkeit, des fehlenden Hinweises und der untauglichen Hervorhebung lässt sich auch die subj. Ungewöhnlichkeit behaupten. Als verstärkendes Element lässt sich hier der Umstand anführen, dass Tanner klar gesagt hat, er wolle einen Einjahresvertrag. Die allfällige Üblichkeit der Klausel und die Versuche, darauf einen Hinweis zu geben, machen die besonderen Umstände, die den Vertragsschluss begleiten, nicht wett.¹³

Zwingendes Recht

Vorliegend ist ein Betreuungspaket enthalten, das gemäss Sachverhalt „bis CHF 603“ von insgesamt Fr. 1'380 ausmacht. Die *Betreuung* in einem Fitnessstudio ist ohne Zweifel als Tätigkeit in fremdem Interesse ohne Erfolgsgarantie dem Auftragsrecht zuzuordnen. Bei Aufträgen ist Art. 404 Abs. 1 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingend anzuwenden.¹⁴ Das Auftragsselement beim Fitnessvertrag ist jedoch nur ein Teil der Leistung. Bei wenig beratungsintensiven Verträgen ist die zwingende Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR kaum gerechtfertigt.¹⁵ Wenn die Beratungsleistungen indes fast die Hälfte des Preises ausmachen, könnte man damit die zwingende Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR rechtfertigen. Dies würde nicht die automatische Verlängerung beseitigen, doch könnte man den verlängerten Vertrag ohne Frist jederzeit beenden.

Hinzu kommt das einseitige Änderungsrecht, das keinerlei Begrenzung kennt. Dies wäre als persönlichkeitsrechtswidrig zu betrachten. Die Folge davon ist die auf Antrag zu beachtende Sittenwidrigkeit.¹⁶

Voraussetzungen des Art. 8 UWG

...zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten...

Tanner ist Konsument, denn er will privat seine Fitness verbessern und verfolgt damit keine beruflichen Zwecke.¹⁷

...in Treu und Glauben verletzender Weise...

Dies ist keine eigenständige Voraussetzung, sondern ein Beurteilungsmaßstab, der im Zusammenhang mit dem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis zu lesen ist. Stöckli schreibt dazu: „*Falsch wäre, die Verletzung von Treu und Glauben und das Missverhältnis als voneinander unabhängige, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale zu verstehen. Richtig ist vielmehr, dass jedes erhebliche Missverhältnis in der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten, das zum Nachteil der Konsumentin ausfällt, gegen Treu und Glauben verstösst, also unlauter ist, wenn es durch allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffen wird. Wollte man dies anders sehen, hätte man es mit einer unsinnigen Bestimmung zu tun, nach der gegen den "Grundsatz von Treu und Glauben" verstösst (= unlauter ist, siehe Art. 2 UWG), was*

¹³ Zu diesem Argument Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 160, m.w.H. in Fn. 255.

¹⁴ Vgl. Urteil BGER 4A_437/2008, E. 1.4: „*Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das jederzeitige Auflösungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR zwingender Natur und darf vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden. Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung in BGE 115 II 464 E. 2 ausdrücklich. Seit diesem Entscheid hat es stets klar und unmissverständlich an der zwingenden Natur von Art. 404 OR festgehalten (...). Dies ergibt sich auch aus dem von der Vorinstanz zitierten Urteil 4C.447/2004 vom 31. März 2005.*“

¹⁵ Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 255 ff., unter Ablehnung der zwingenden Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR bei nicht beratungsintensiven Fitnessverträgen (dort speziell Fn. 434, m.w.H.).

¹⁶ Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 279-284; vgl. zur Geltendmachung CHK-Kut, OR 19/20 N 31.

¹⁷ Dazu ausführlich Stöckli, BR 2011, 186: „*Wer im Sinne des Art. 8 UWG als Konsumentin gilt, bestimmt sich demnach nicht nach einem positiven Kriterium ("üblicher Verbrauch"), sondern einzig danach, ob der Vertrag "ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann" oder nicht.*“

*Treu und Glauben verletzt. Bei dieser Leseart ist es auch so, dass zwar im Gesetzestext von einem "ungerechtfertigten" Missverhältnis die Rede ist, darin aber kein eigenständiges, separat abzurufendes Tatbestandsmerkmal liegt. Die Bewertung der vertraglichen Lasten-/Pflichtenverteilung, die darin zum Ausdruck kommt ("ungerechtfertigt"), ist schon im "Missverhältnis" enthalten.*¹⁸ Die Prüfung erfolgt deshalb gleich nachfolgend.

...erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten...

Die Frage lautet, woran sich dieses Missverhältnis messen muss. Es bedarf eines Bezugspunkts, doch liegt dieser nicht nur im Vergleich zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten. Schmid schreibt dazu: *„Mit Bezug auf Nominatverträge stellt das dispositive Gesetzesrecht indessen dann, wenn man sich nicht von blossen Billigkeitsüberlegungen leiten lassen will, die hauptsächlich und demokratisch gesetzte Messgrösse für die Bewertung eines solchen Missverhältnisses dar - zumal gerade das dispositive Gesetzesrecht die gesetzgeberischen Vorstellungen über eine faire Rechte- und Pflichtenverteilung unter den Vertragsparteien wiedergibt. Ob ein Missverhältnis vorhanden ist, lässt sich ohnehin nur durch einen Vergleich des durch die AGB-Klausel vorgegebenen Vertragsinhalts mit der Rechtslage nach Gesetz ermitteln - auch deshalb, weil bei Unwirksamkeit der fraglichen AGB-Klausel grundsätzlich das dispositive Recht an deren Stelle tritt. Mangels anderer gesetzgeberischer Anhaltspunkte lässt sich ein erhebliches Missverhältnis demnach dann bejahen, wenn die AGB-Klauseln (zum Nachteil der Konsumentinnen) fühlbar von den dispositiven Gesetzesbestimmungen abweichen.*¹⁹

Die AGB-rechtliche Diskussion knüpft vorliegend an das gesetzliche Leitbild an, dass ein befristeter Vertrag ohne Kündigung endet,²⁰ dass sich das Interesse nur auf eine Vertragsdauer richtet,²¹ dass man aus Schweigen keinen Verlängerungswunsch lesen kann und dass die vorliegende Verlängerung besonders nachteilig ausgestaltet ist (siehe oben). Die Berücksichtigung allfälliger Hinweise wie bei der Ungewöhnlichkeitsregel erübrigt sich für die Belange des Art. 8 UWG.²²

Wie würde man es richtig machen?

Seriöse Angebote im Fitnessbereich brauchen keine automatische Verlängerung – man kann beim nächsten Besuch den Vertrag erneuern, so man dies will. Die automatische Verlängerung ist nur dann sinnvoll, wenn man wie bei Versicherungen oder Telefonabonnements nicht plötzlich ohne Schutz oder Empfang dastehen will. Doch auch hier gibt es gute *praenumerando*-Lösungen: Die Anbieter können frühzeitig die Rechnung für die verlängerte Dauer zusenden. Wer sie rechtzeitig bezahlt, will die Fortsetzung des Vertrags. Will man trotzdem auf die Verlängerungsklausel nicht verzichten, wäre folgende Klausel im Lichte der obigen Erwägungen denkbar: *„Der Vertrag verlängert sich automatisch um dieselbe Laufzeit, sofern der Kunde nicht vor Ablauf des Vertrages kündigt. Fitorama muss dafür den Kunden einen Monat vor Vertragsende schriftlich fragen, ob er die Verlängerung wünscht und ihn gleichzeitig darauf hinweisen, dass Schweigen nach Ablauf des Monats als Zustimmung zur Verlängerung gilt.“* Diese Lösung funktioniert aber nur für die ganze Verlängerungsdauer, wenn man Art. 404 Abs. 1 OR als nicht zwingend anwendbare Norm betrachtet. Auch diese Klausel schützt allerdings nicht vor Unfug. Es gibt Anbieter, die

¹⁸ Stöckli, BR 2011, 184.

¹⁹ Schmid, ZBJV 2012, 11.

²⁰ Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 326.

²¹ Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 327.

²² BGE 119 II 443 ff., 447: *„Quand bien même la demanderesse aurait signalé au défendeur l'existence de l'art. 10 de ses conditions générales, elle ne pourrait se retrancher derrière cette disposition pour rendre S. responsable de l'entier du dommage. L'art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) prescrit qu'agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui dérogent notablement au régime légal (let. a) ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (let. b).“*

verstecken diese Mitteilungen in einem Wust von Belanglosigkeiten.²³ Die Berufung auf eine solche Mitteilung wäre ohne Zweifel unbeachtlich.

2. Tanner vs Fitnessstudio: Schadenersatz, Fr. 300 (Art. 97 Abs. 1 OR)

Die AGB regeln diesen Sachverhalt in Ziff. 9: „Für Schäden infolge eines Unfalls, einer Verletzung oder einer Krankheit ist jegliche Haftung des Fitorama oder seines Personals ausgeschlossen. Der Abschluss einer Versicherung ist Sache des Karteninhabers.“

Die AGB-Qualität und die Einbeziehung waren bereits Gegenstand der obigen Überlegungen.

Ungewöhnlichkeitsregel

Aufgrund der Globalübernahme ist die Ungewöhnlichkeitsregel anwendbar. Doch sind Haftungsfreizeichnungen derart üblich, dass sie kaum noch überraschen. Dies ist die subjektive Ungewöhnlichkeit, die wohl zu verneinen ist. Die objektive Ungewöhnlichkeit zeigt aber, dass eine Freizeichnung sehr wohl ungewöhnlich sein kann, denn alle Verträge des OR sehen vor, dass man bei Verschulden haftet. Eine Freizeichnung ist deshalb in diesem Sinne immer etwas objektiv Ungewöhnliches, denn sie fällt in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen. Aufgrund der weiten Verbreitung ist die Ungewöhnlichkeitsregel nicht anwendbar, denn *objektive und subjektive* Unmöglichkeit müssen vorliegen.²⁴

Unklarheitenregel

Bei der Auslegung gibt es keine Unklarheiten. Die Haftung besteht gemäss AGB bei Unfällen nie. Die Unklarheitenregel kommt folglich nicht zur Anwendung.

Zwingendes Recht

Beim zwingenden Recht gibt es Probleme mit der Verträglichkeit zu Art. 100 OR. Ein Haftungsausschluss ist aber nur für leichtes Verschulden möglich (Art. 100 Abs. 1 OR). Das Verhalten des Fitnessstudios ist als grobfahrlässig zu betrachten, denn ein Kunde hat schon am Vortag auf diese gefährliche Situation aufmerksam gemacht. Das Fitnessstudio hätte umgehend darauf reagieren müssen. Aber auch bei leichtem Verschulden des Fitnessstudios wäre eine Haftung gegeben. Die Klausel ist ganznichtig, weil sie eine Haftung auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ausschliesst. Eine geltungserhaltende Reduktion ist ausgeschlossen.

Die herrschende Lehre verneint die Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung für Körperschäden wegen Sittenwidrigkeit (Art. 19 OR).²⁵ Dieses Argument tritt nur für die Kosten des Arztbesuchs hinzu, nicht aber für den Schaden am Trainingsanzug. Da die Norm aber wiederum keine Ausnahme für Körperschäden macht, ist sie ohnehin ganznichtig.

Denkbar wäre hier auch die analoge Anwendung von Mietrecht. 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

²³ Vgl. das Beispiel bei Rusch, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter 28. März 2011, N 14: „Die Bank verwies im Begleitbrief der Konto-/Depotauszüge 2009 – zugestellt per Post Ende Januar 2010 – auf die Änderung der Gebühren per 1. Januar 2010, ohne diese genauer zu erläutern. Sie verwies für die Details auf eine Internetseite: „Beachten Sie bitte unter www... auch den neuen Gebührentarif per 1.1.2010“. Dieser Satz befand sich im Brief als vierter von sechs Abschnitten zwischen Werbung für ein neues E-Banking, einem Wettbewerb für Eishockey-Fans, einem Hinweis auf eine gebührenpflichtige Beratungs-Hotline und Neujahrswünschen. Dies ist gleich mehrfach problematisch.“

²⁴ Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 154.

²⁵ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 100 N 19, m.w.H.

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 Fitnesscenters erhält zwar nicht Alleinbesitz an den Sachen, sondern Mitbesitz, zusammen mit den anderen Kunden. Das ist zumindest ein Vertragsverhältnis mit mietrechtsähnlichem Element. Die Anwendung dieser mietrechtlichen Norm ist denkbar, aber keineswegs unstrittig. Man muss dabei auch bedenken, dass das Mietrecht einen umfassenden Schutz der schwächeren Partei vorsieht. Ob dieser Schutz auch für Fitnesskunden notwendig ist, lässt sich zumindest anzweifeln.

Ein Verstoß gegen Art. 8 UWG liegt auch vor. Tanner ist Konsument. Art. 8 UWG würde wohl insoweit greifen, ist aber nicht mehr notwendig, als die Freizeichnung jedes Verschulden erfasst, somit auch grobes Verschulden (diese Problematik ist aber schon von Art. 100 Abs. 1 OR erfasst, vgl. oben). Weshalb ergibt sich denn ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis durch die Freizeichnung, wie es Art. 8 UWG verlangt? Die Vertragsleistung ist nicht mehr gleich viel wert, wenn eine Partei nicht einmal für grobes Verschulden einstehen muss.²⁶ Die Abweichung vom zwingenden Art. 100 Abs. 1 OR schafft ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen Leistungen und Pflichten.

Fazit: Tanner hat Anspruch auf Fr. 300.

Wie würde man es richtig machen?

Die folgende Klausel berücksichtigt die obigen Überlegungen: „*Fitorama haftet nur bei grobem Verschulden und Vorsatz. Bei Körperschäden haftet Fitorama schon bei leichtem Verschulden.*“ Bejaht man allerdings die zwingende Anwendung des mietrechtlichen Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, wäre auch die hier vorgeschlagene Klausel nichtig. Man müsste eine Individualvereinbarung treffen. Wäre es möglich, die Hilfspersonenhaftung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR ganz auszuschliessen? Für AGB ist dies zu verneinen, weil es Art. 8 UWG widerspricht. Es würde dadurch ein gravierendes Missverhältnis zwischen den Leistungen entstehen. Die versprochene Leistung ist viel weniger wert, wenn man befürchten muss, dass grobfahrlässige und vorsätzliche Schädigungen durch die Hilfspersonen des Anbieters folgenlos bleiben.²⁷

3. Tanner vs Fitnessstudio: Rückzahlung des Wertes der verbleibenden Abonnements

Das Fitnessstudio beruft sich hier auf Ziff. 12 der AGB: „*Das Fitorama kann sein Angebot und die Betriebszeiten jederzeit ändern. Der Karteninhaber hat im Falle einer Reduktion des Angebots oder der Betriebszeiten keinen Anspruch auf eine Rückvergütung.*“ Es handelt sich dabei um ein einseitiges Änderungsrecht bezüglich der vertraglichen Leistungen. Es besteht offenbar ohne jede Einschränkung bezüglich Ausmass und Häufigkeit der Änderung.

Primär stellt sich die Frage, ob ein solches Änderungsrecht überhaupt Gegenstand eines Konsenses sein kann, denn es konterkariert geradezu die Existenz und Wirkung eines Konsenses - deshalb steht dafür die Metapher *des trojanischen Pferdes im Vertrag*.²⁸ Während normalerweise ein Konsens dazu dient, etwas festzulegen, liegt hier der Konsens bestenfalls noch darin, dass man sich dem Willen des Vertragspartners

²⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 19. September 2007 – VIII ZR 141/06 in NJW 2007, 3774 ff. 3775 f., N 15: „Nach der Rechtsprechung des BGH darf eine Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemässe Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmässig vertraut und vertrauen darf (...). Ein Unternehmer darf ebenso wie ein Verbraucher darauf vertrauen, dass sein Vertragspartner ihn nicht grob fahrlässig oder gar vorsätzlich schädigt. Auch insoweit fehlt eine sachliche Rechtfertigung dafür, hinsichtlich der Haftungsfolgen für grobes Verschulden danach zu differenzieren, ob von dem Verschulden des Vertragspartners ein Unternehmer oder ein Verbraucher betroffen ist.“

²⁷ Vgl. oben, Fn. 26.

²⁸ Vgl. Rusch/Huguenin, SZW 2008, 37 ff.

unterwirft, ohne diesen auch nur im Ansatz zu kennen. Deshalb sieht Art. 184 Abs. 3 OR – eine Norm, die in den allgemeinen Teil des OR gehören würde – vor, dass der Preis genügend bestimmt sei, *wenn er nach den Umständen bestimmbar* ist. Ohne Preisbestimmung kann es keinen Konsens geben. Undenkbar ist es, die Preisbestimmung einer der Vertragsparteien anzuvertrauen (strittig).²⁹ Mit dieser Argumentation könnte man sogar einen Konsens wegen Verletzung des Bestimmungsgebots verneinen.

Ungewöhnlichkeitsregel

Die Ungewöhnlichkeit knüpft bei der einseitigen Änderungsrechten an zwei Faktoren an. *Erstens* ist fraglich, ob eine Änderung *angesichts der Vertragsdauer* überhaupt zu erwarten ist. Niemand erwartet, dass bei einem Fitnessvertrag von einem Jahr Änderungen nötig sein könnten. Diese Vertragsdauer ist überschaubar und ohne Probleme planbar. Bei längerfristigen Verträgen ist es demgegenüber normal, dass der Vertrag Änderungen unterliegt. Auch für diese Fälle ist aber zu fordern, dass der Grund der Änderungen bekannt ist – beispielsweise die Teuerung anhand des Landesindex der Konsumentenpreise oder die Preise für die Rohstoffe. Die *objektive* Ungewöhnlichkeit liegt aufgrund der höchst nachteiligen Diskrepanz zur normalen Bindungswirkung des Konsenses sicher vor. Ebenso ist diese einseitige Änderungsklausel *subjektiv* ungewöhnlich, weil niemand bei einjährigen Verträgen mit Änderungen zu rechnen braucht. *Zweitens* ist es der Umfang der möglichen Änderungen. Die hier möglichen Änderungen umfassen eine vollständige Einstellung des Betriebes ohne Rückerstattung des Geldes. Dabei kommt es nicht darauf an, wie hart die tatsächliche Änderung erfolgt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, anhand der möglichen Änderungen.³⁰ Es geht also um ein Änderungsrecht nach Belieben, was objektiv und subjektiv kaum vertretbar und deshalb kaum zu erwarten ist.

Art. 8 UWG

Das einseitige Änderungsrecht schafft ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten, weil das Fitnessstudio genau dieses Synallagma einseitig abändern kann. Es widerspricht auch dem Leitbild des Konsenses in Art. 1 OR und Art. 184 Abs. 3 OR.

Fazit

Die Änderungsklausel ist deshalb ungewöhnlich oder nichtig. Die *geänderten Öffnungszeiten* sind wie ein Verzugsfall zu betrachten, vergleichbar mit der im Mietrecht erfassten Situation in Art. 258 Abs. 1 OR und allgemein Art. 102 ff. OR. Der Klient kann also Nachfrist setzen und später vom Vertrag zurücktreten (Art. 102 ff. OR). Die Mahnung und Nachfrist dürften aber nutzlos sein, wenn das Fitnessstudio die geänderten Zeiten bereits durchsetzt. Es wäre bezüglich der *bereits geschlossenen Fitnesscenter* auch möglich, sich auf die verschuldete Unmöglichkeit zu berufen (Art. 97 Abs. 1 OR).

Exkurs: welche Änderungsmöglichkeiten kann man in AGB vorsehen?

²⁹ Vgl. BGE 135 III 1 ff., 10: „Rechnen die Parteien bei Vertragsabschluss mit künftigen Ereignissen, können sie für diesen Fall eine Anpassung vertraglich vorsehen. Dadurch wird der einen Partei das (Gestaltungs-)Recht eingeräumt, vom Prinzip der Vertragstreue abzuweichen und einseitig die Vertragsbestimmungen zu ändern. Damit Anpassungsklauseln aber überhaupt gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt werden; denn ein Vertrag kommt nur zustande, wenn Leistungsinhalt sowie -umfang mindestens bestimmbar sind und so auch erfüllt werden können (...). Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten widerspräche der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen.“; vgl. Rusch/Huguenin, SZW 2008, 37 ff., 46, N 28: „Diese Überlegungen gelten noch heute, und dies nicht nur für die erstmalige Preisbestimmung, sondern auch für die einseitigen Preis- und Leistungsänderungsrechte. Art. 184 Abs. 3 OR ist eine Norm, die im ganzen OR gilt und eigentlich in den allgemeinen Teil gehört. Die rein subjektive Bestimmbarkeit der Änderung ist ungenügend. Eine Änderungsklausel, die tatsächlich willkürliche Preisfestsetzungen zulässt, erlangt aufgrund des Bestimmtheitsgebots folglich keine Geltung.“; a.M. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 184 N 46, die auch die subjektive Bestimmbarkeit genügen lässt.

³⁰ Vgl. 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.“

Es ist möglich, den Vertrag durch einseitige Gestaltungserklärung oder mittels Konsens zu ändern. In diesem Fall ist es ein einseitiges Änderungsrecht, das keiner Zustimmung des Kunden bedarf: *„Das Fitorama kann sein Angebot und die Betriebszeiten jederzeit ändern. Der Karteninhaber hat im Falle einer Reduktion des Angebots oder der Betriebszeiten keinen Anspruch auf eine Rückvergütung.“* Bei der konsensualen Änderung stellen sich andere Fragen. Die konsensuale Änderung wäre unproblematisch, wenn sie explizit erfolgte. Das ist für die Massenabfertigung von Vertragsbeziehungen indes nicht geeignet. Sehen die – ohnehin ungelesenen – AGB aber vor, dass Stillschweigen als Zustimmung zur Vertragsänderung genügt, wird die Sache problematisch. Die Klausel gefährdet die Position des Vertragspartners stark, weil sie bei der üblichen Globalübernahme ohnehin nicht gelesen wird. Sie misst dem im Grundsatz folgenlosen Schweigen die belastende Bedeutung eines Akzepts zu. Aufgrund der belastenden und überraschenden Wirkung ist die Klausel deshalb ungewöhnlich. Sie wäre ohne speziellen Hinweis unbeachtlich, doch bringt auch dieser nicht viel. Der Hinweis auf die Bedeutung des Schweigens müsste vielmehr beim konkreten Änderungsvorgang ansetzen und dabei um eine „richtige“, d.h. explizite Zustimmung bitten. Solche Pflichten hat das deutsche Gesetz statuiert. Es lässt für AGB in § 308 Nr. 5 BGB Schweigen als Zustimmung nur dann zu, wenn der Vertragspartner aufgefordert wird, tatsächlich eine Erklärung abzugeben und auf die Bedeutung des Schweigens hingewiesen wird: *„In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam (...) 5.(Fingierte Erklärungen) eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass (a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und (b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;“*

Eine gültige Änderungsklausel in der Form des Gestaltungsrechts müsste also angeben, was geändert werden kann und welche Gründe dafür vorliegen müssen. Ist dies nicht der Fall, wäre es im vorliegenden Fall eines Fitnessvertrages denkbar, dass ein Kündigungsrecht die Belastung der einseitigen Änderung wettmacht, sofern man den bezahlten Preis für die ausstehende Vertragsdauer zurückerhält. Diese „Korrektur“ lässt sich über die Elemente im Tatbestand des Art. 8 UWG „nach Treu und Glauben“ oder des „ungerechtfertigten“ Missverhältnisses erzielen – es wäre hier die enge, auf die entsprechende Klausel bezogene Kompensation.³¹ Es sind Bestandteile, die das harte Änderungsrecht in seiner Nachteiligkeit abschwächen. Änderungen mit fingiertem Änderungskonsens müsste man mit den obigen Einschränkungen der Mitteilung und Warnung versehen.

Die Klauseln lauten wie folgt, als Gestaltungsrecht: *„Das Fitorama kann sein Angebot und die Betriebszeiten jederzeit ändern. Der Karteninhaber hat im Falle einer Reduktion des Angebots oder der Betriebszeiten Anspruch auf eine Rückvergütung pro rata temporis, wenn er den geänderten Vertrag nicht fortführen will.“* und als fingierter Konsens: *„Fitorama kann Änderungen des Angebots und der Betriebszeiten jederzeit dem Kunden mitteilen, der sie durch Schweigen innert dreissig Tagen akzeptiert. Der Kunde ist dreissig Tage im Voraus zu informieren und darauf hinzuweisen, dass sein Schweigen die Bedeutung einer Zustimmung hat und Nichtgenehmigung die sofortige Kündigung des Vertrags mit Rückvergütung pro rata temporis zur Folge hat.“*

³¹ Vgl. zur engen und weiten Kompensation Kuffer, NZBau 2009, 75: *„Es wird angenommen, dass Intransparenz nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 3 EWG_RL_93_13 der Richtlinie zur Unwirksamkeit einer Klausel führe. Maßstab sei ein typischer, in der konkreten Situation anzutreffender Verbraucher, nicht aber der europäische Durchschnittskunde. Auch hier stellt sich die Frage der Kompensation. Es ist zu fragen, ob die Richtlinie eine weite Kompensation, und damit eine Klausel zulässt, die für sich den Verbraucher unangemessen benachteiligt, die aber deshalb unbedenklich ist, weil dieser Nachteil durch andere, sachlich mit der Klausel nicht zusammenhängende Klauseln ausgeglichen wird, oder nur eine enge Kompensation erlaubt, also nur einen Ausgleich durch sachlich zusammenhängende Klauseln. Die Vertreter der weiten Kompensation führen insbesondere den Wortlaut des Art. 4 Absatz I EWG_RL_93_13 der Klauselrichtlinie an, der eine Berücksichtigung aller Klauseln des Vertrags vorsieht. Es wird aber auch angenommen, die Klauselrichtlinie lasse nur eine enge Kompensation zu. Dies zeige sich insbesondere im Anhang zu Art. 3; soweit dort eine Kompensation für zulässig erachtet werde, handele es sich stets um sachlich zusammenhängende Klauseln.“*