

## Der Entfall der Leistungspflicht durch coronabedingte Schließung eines Fitnessstudios

stud. iur. Kent Wilke & stud. iur. Tim Lennard Nix

BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21

§§ 275, 313, 326 BGB, Art. 240 § 5 EGBGB

### **Sachverhalt (leicht abgeändert):**

B ist Betreiberin mehrerer Fitnessstudios im Raum E. Nach vorheriger langjähriger Mitgliedschaft schloss K mit B am 08.12.2019 einen schriftlichen Vertrag über die Nutzung des Fitnessstudios mit einer Laufzeit von 24 Monaten. Der monatliche Beitrag betrug 29,90 EUR. Die Zahlung erfolgte per Lastschriftverfahren.

Die B musste jedoch ihre Fitnessstudios aufgrund einer behördlichen Anordnung im Zusammenhang mit dem SARS-CoV-2-Virus im Zeitraum vom 01.03.2020 bis 01.06.2020 schließen. Während dieses Zeitraums buchte B weiterhin bei K die monatlichen Beiträge im Lastschriftverfahren ab. K kündigte den Vertrag daraufhin wirksam zum 08.12.2020 und forderte B dazu auf, ihm die im schließungsbedingten Zeitraum abgebuchten Beiträge zur Gesamthöhe von 89,70 Euro bis zum 06.07.2020 durch Rücküberweisung zu erstatten.

Die B sendete K daraufhin ein Formular zu, welches die Überschrift „Gutschrift über Trainingszeit“ trug. Darin heißt es unter anderem:

„Durch die Vereinbarung

1) verschiebt sich automatisch das nächst mögliche ordentliche Vertragsende entsprechend der vereinbarten Gutschriftzeitdauer,

2) wird die kostenfreie Trainingszeit vor dem nächst möglichen ordentlichen Vertragsende gewährt.“

K sendete das Formular unausgefüllt und nicht unterschrieben zurück.

**Hat K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der abgebuchten Beiträge sowie einer anteiligen Servicepauschale zur Gesamthöhe von 89,70 EUR?**

### EINORDNUNG

Die Corona-Maßnahmen des Bundes sowie der Länder erschütterten viele Vertragsverhältnisse stark. Insbesondere langfristige Verträge sind betroffen. Die jeweiligen Vertragsparteien stehen dabei oft ohne Schuld dar, wenn eine Behörde eine Schließungsanordnung ausspricht. Es stellt sich also die Frage, wer das Risiko dafür trägt, dass eine globale Pandemie zu besagten behördlich angeordneten Schließungen führt. Der Bundesgerichtshof durfte sich in verschiedenen Konstellationen<sup>1</sup> mit dieser delikaten Frage beschäftigen.

### LEITSÄTZE

1. Während der Zeit der Schließung eines Fitnessstudios aufgrund der hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie war es dem Betreiber rechtlich

unmöglich, dem Nutzungsberechtigten die Möglichkeit zur vertragsgemäßen Nutzung des Fitnessstudios zu gewähren und damit seine vertragliche geschuldete Hauptleistungspflicht zu erfüllen. Für den Zeitraum der Schließung hat der Nutzungsberechtigte einen Anspruch auf Rückzahlung der entrichteten Monatsbeträge, sofern der Betreiber von der „Gutscheinklösung“ nach Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB keinen Gebrauch macht.

2. Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen an die tatsächlichen Umstände kommt grundsätzlich dann nicht in Betracht, wenn das Gesetz in den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung die Folge der Vertragsstörung bestimmt. Daher scheidet eine Anwendung des § 313 BGB aus, soweit der Tatbestand des § 275 Abs. 1 BGB erfüllt ist.

3. Bei Art. 240 § 5 EGBGB handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung, die die gesetzliche Rechtsfolge der Unmöglichkeit modifiziert und in ihrem Geltungsbereich

<sup>1</sup> Miete von Geschäftsräumen: BGH NZM 2022, 99 m. Anm. Kappus; Absage einer Hochzeitsfeier: BGH NZ-Fam 2022, 449 m. Anm. Selk; Rückerstattung für Veranstaltungskarte: BGH, Urt. v. 13.07.2022 – VIII ZR 317/21.

die Anwendung des § 313 BGB ausschließt.

4. Der Betreiber eines Fitnessstudios hat deshalb gegen seinen Vertragspartner keinen Anspruch auf eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage dahingehend, dass die vereinbarte Vertragslaufzeit um den Zeitraum einer pandemiebedingten Schließung des Fitnessstudios verlängert wird.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Gegenseitiger Vertrag
- B. Bewirkung einer nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldeten Gegenleistung
  - I. Bewirkung der Gegenleistung
  - II. Nicht geschuldet gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB
    - 1. Vollständige Nichtleistung
    - 2. Geschuldet Leistung durch Leistungshindernis ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 bis 3 BGB
      - a) Naturwissenschaftliche Unmöglichkeit
      - b) Rechtliche Unmöglichkeit
        - aa) Zeitweise rechtliche Unmöglichkeit
          - (1) Möglichkeit der Nacherfüllung der geschuldeten Leistung
          - (2) Möglichkeit der Befriedigung des Leistungsinteresses
            - (a) 1. Ansicht: Vollständige Befriedigung
            - (b) 2. Ansicht: Gebrauchsüberlassung als absolute Fixschuld
            - (c) 3. Ansicht: Nachträgliche Erfüllung gegen Vertragszweck und unzumutbar
            - (d) Stellungnahme
        - bb) Zwischenergebnis
        - c) Zwischenergebnis
      - 3. Kein Übergang der Preisgefahr
      - 4. Zwischenergebnis
    - C. Rechtsfolge
      - I. Berechtigung des B
      - II. Gebrauch der Berechtigung
      - III. Zwischenergebnis
    - D. Ergebnis

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückerstattung i.H.v. 89,70 EUR gem. §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB haben. Dafür

müsste K eine nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldeten Gegenleistung an B bewirkt haben.

### A. Gegenseitiger Vertrag

Die §§ 320 ff. BGB sind ausweislich der amtlichen Überschrift nur bei gegenseitigen Verträgen anwendbar. Gegenseitigkeit besteht, wenn ein betreffender Vertrag Leistungspflichten statuiert, die nach Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollen, d.h. eine Leistung nicht ohne die entsprechende Gegenleistung erfolgen soll.<sup>2</sup> Bei einem Fitnessstudiovertrag wie dem vorliegenden sollen jedenfalls die Gebrauchsüberlassung der Räume und Geräte durch den Fitnessstudiobetreiber und die Beitragszahlungen des Kunden miteinander stehen und fallen. Ob es sich um einen reinen Gebrauchsüberlassungsvertrag handelt oder um einen typengemischten Vertrag mit miet- und dienstvertraglichen Elementen, ist für die Frage nach der Gegenseitigkeit unerheblich.<sup>3</sup>

Folglich liegt ein gegenseitiger Vertrag vor.

### B. Bewirkung einer nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldeten Gegenleistung

#### I. Bewirkung der Gegenleistung

Das vertraglich festgelegte Leistungsinteresse der B müsste durch K befriedigt worden sein. Vorliegend haben die Parteien vereinbart, dass K der B pro Monat 29,90 EUR schuldet. Durch die Beifügung eines SEPA-Lastschriftmandats durch B und dem Ausstellen desselben von K auf B haben die Parteien konkludent vereinbart, dass Buchgeld geschuldet sein soll,<sup>4</sup> d.h. dass die 29,90 EUR auf das Konto der B gutgeschrieben werden sollen. Ob es sich dabei nicht vielmehr um eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners handelt, an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 1 BGB) Buchgeld zu leisten, ist unerheblich, da dadurch auch Erfüllungswirkung eintritt.<sup>5</sup>

Für den besagten Schließungszeitraum (01.03.2020 bis 01.06.2020), d.h. drei Monate, schuldet K der B nach der Vereinbarung 89,70 EUR. In diesem Zeitraum löst B die, von K auf sie ausgestellte, Lastschrift bei der Bank des K mit den entsprechenden Beträgen ein und erhält die Beträge auf seinem Konto vorbehaltlos gutgeschrieben. In entsprechender Anwendung der Dogmatik der Anweisungsfälle bei wirksamer Weisung im Kontext des § 812 BGB,<sup>6</sup> ist die

<sup>2</sup> Emmerich in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3, 9. Aufl. 2022, § 320 Rn. 35; Schmidt in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 63. Edition 01.08.2022, § 320 Rn. 11.

<sup>3</sup> Vgl. zur Einordnung eines Fitnessstudiovertrags: BGH, Versäumnisurteil v. 08.02.2012 – XII ZR 42/10, Rn. 16 (juris); AG Brandenburg, Urt. v. 18.04.2016 – 31 C 204/15, Rn. 14 (juris); Maties in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK-BGB [Fn. 3], § 611 Rn. 240.

<sup>4</sup> Vgl. Fetzer in: MüKo-BGB Band 3 [Fn. 3], § 362 Rn. 22; Looschelders, Schuldrecht AT, 19. Auflage 2021, § 13 Rn. 34.

<sup>5</sup> Vgl. Looschelders [Fn. 5], § 17 Rn. 23a.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 13 Rn. 26ff.

Gutschrift dem K dadurch zuzurechnen, dass B als – durch das auf sie ausgestellte SEPA-Lastschriftmandat – ausgewiesene Erklärungsbotin des K gegenüber der Bank des K auftritt, die daraufhin die Buchung tätigt.<sup>7</sup>

Mithin hat B die ihm obliegende Leistungspflicht bewirkt.

## II. Nicht geschuldet gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Gegenleistung ist gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldet, wenn die geschuldete Leistung vollständig wegen eines Leistungshindernisses nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausbleibt und der Schuldner der Gegenleistung nicht die Preisgefahr trägt.

### 1. Vollständige Nichtleistung

Vom 01.03.2020 bis zum 01.06.2020 hat B weder dem K den Gebrauch des Fitnessstudios ermöglicht noch Kurse oder andere Trainingsleistungen angeboten. Mithin liegt kein Fall der Teilleistung vor, § 326 Abs. 1 S. 1 aE BGB.

### 2. Geschuldete Leistung durch Leistungshindernis ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 bis 3 BGB<sup>8</sup>

Die Leistungspflicht müsste gem. § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen sein. Vorliegend kommt nur in Betracht, dass die Pflicht der B zur Gebrauchsüberlassung und, je nach Ansicht, zusätzlich zum Angebot von Kursen und Trainingsleistungen gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Die Leistungspflicht ist gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn und soweit sie für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Unmöglich ist eine Leistung, wenn sie nicht erbracht werden kann (naturwissenschaftlich) oder erbracht werden darf (rechtlich).<sup>9</sup>

#### a) Naturwissenschaftliche Unmöglichkeit

Es wäre für B aus naturwissenschaftlicher Sicht möglich gewesen, das Fitnessstudio zu öffnen, um dem Leistungsinteresse des K gerecht zu werden.

#### b) Rechtliche Unmöglichkeit

Indessen durfte B infolge einer behördlichen Anordnung vom 16.03.2020 bis zum 04.06.2020 nicht öffnen, weshalb die geschuldeten Leistungen nicht erbracht werden durfte.

<sup>7</sup> Vgl. Fetzer in: Müko-BGB Band 3 [Fn. 3], § 362 Rn. 30.

<sup>8</sup> Eine frühe Übersicht zu schuldrechtlichen Auswirkungen der Corona-Krise vgl. Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth, Die zivilrechtlichen Auswirkungen des Covid-19-Gesetzes – ein erster Überblick, JA 2020, 401.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 21.01.2010 – Xa ZR 175/07, Rn. 23 (juris); BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 146/11, Rn. 33 (juris); Grüneberg in: Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 275 Rn. 14, 16; Lorenz in: BeckOK-BGB [Fn. 3], § 275 Rn. 22; Lorenz in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 20.

<sup>10</sup> Grüneberg in Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 10; Lorenz in: BeckOK-BGB [Fn. 3], § 275 Rn. 39; Ernst in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 151; Riehm in: BeckOGK-BGB [Fn. 4], § 275 Rn. 165, 168.

<sup>11</sup> BGH, Versäumnisurteil v. 08.02.2012 – XII ZR 42/10, Rn. 17 (juris); LG Freiburg, Urt. v. 27.04.2021 – 9 S 41/20, Rn. 30 (juris); Englich/Weinert, Der Rückzahlungsanspruch bei Schließung von Fitnessstudios wegen Covid-19, NJW 2022, 1987 (1988); Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (579).

<sup>12</sup> Grüneberg in: Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 12.

#### aa) Zeitweise rechtliche Unmöglichkeit

Problematisch ist jedoch, dass die Gebrauchsüberlassung sowie das Angebot von Kursen und Trainingsleistungen theoretisch nachholbar sind. Aufgrund des Grundsatzes *pacta sunt servanda* soll der Anspruch auf Leistung nur „solange“ ausgeschlossen sein, wie tatsächlich oder rechtlich Unmöglichkeit vorliegt.<sup>10</sup> Sofern das Leistungsinteresse des Gläubigers nur vorübergehend nicht befriedigt werden kann oder darf, ist der Anspruch auf Leistung und im Spiegelbild auf Gegenleistung nicht gem. §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen.

#### (1) Möglichkeit der Nacherfüllung der geschuldeten Leistung

Die Leistung muss für eine nur vorübergehende Unmöglichkeit grundsätzlich nachträglich erfüllbar sein:

Zum einen kommt in Betracht, dass B dem K innerhalb des Vertragszeitraumes kostenlos längeres Training ermöglicht, d.h. ihre Öffnungszeiten für K erweitert. Rein faktisch wäre dies eine mögliche Nachleistung, da der durchschnittliche Verkehrsteilnehmer nicht von Anfang bis Ende der vertraglich festgelegten Öffnungszeiten im Fitnessstudio verweilt, sondern zu spezifischen Kernzeiten (ca. 1,5 h). Andererseits ist erkennbar, dass K nur in den vertraglich festgelegten Öffnungszeiten trainieren und B diese auch nur zu diesen Zeiten, insbesondere im Hinblick auf arbeitsrechtliche und wirtschaftliche Aspekte, anbieten möchte. Geschuldet ist insofern die Möglichkeit zur regelmäßigen sportlichen Betätigung in gleichen Betätigungsintervallen.<sup>11</sup> Somit wäre eine Erweiterung der Öffnungszeiten keine mögliche Nacherfüllung.

Zum anderen kommt in Betracht, dass B dem K den Gebrauch über den Vertragszeitraum hinweg für die „verlorenen“ drei Monate anbietet. Dies scheint auch das ursprüngliche Leistungsinteresse des K nachträglich befriedigen zu können. Dass K eine Erweiterung nun ablehnt, wäre dabei unbedeutlich, da nur das erkennbare Leistungsinteresse bei Vertragsschluss für die Bewertung maßgeblich ist.<sup>12</sup> Mithin liegt grundsätzlich nur eine zeitweise rechtliche Unmöglichkeit vor.

**(2) Möglichkeit der Befriedigung des Leistungsinteresses**  
 Anknüpfend an das ursprüngliche Leistungsinteresse könnte jedoch die vorübergehende Unmöglichkeit der endgültigen Unmöglichkeit gleichzusetzen sein. Das ist der Fall, wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange zumindest einer Partei nicht mehr zugemutet werden kann, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen.<sup>13</sup> Umstritten ist, ob eine Verlängerung eines Fitnessstudiovertrages um die verlorene Trainingszeit, das ursprüngliche Leistungsinteresse des Gläubigers überhaupt bzw. in zumutbarer Weise befriedigt. Es könnte also hinsichtlich der oben getroffenen Wertung, dass eine Erweiterung der Laufzeit das ursprüngliche Leistungsinteresse des Gläubigers befriedigen kann, eine Korrektur vorzunehmen sein.

#### **(a) 1. Ansicht: Vollständige Befriedigung**

Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht in der Rechtsprechung<sup>14</sup> könnte eine Erweiterung der Laufzeit das ursprüngliche Leistungsinteresse des Beitragszahlers befriedigen. Der Inhaber des Fitnessstudios habe parallel einen Anspruch auf Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB, der auf die Verlängerung des Vertragsverhältnisses gerichtet ist. Nach dieser Ansicht wäre also nicht von der oben getroffenen Wertung abzuweichen.

#### **(b) 2. Ansicht: Gebrauchsüberlassung**

##### **als absolute Fixschuld**

Nach der Gegenansicht in der Literatur<sup>15</sup> sei die Gebrauchsüberlassung sowie das Angebot von Kursen und Trainingsangeboten bei Fitnessstudioverträgen eine absolute Fixschuld, d.h. das ursprüngliche Leistungsinteresse des Beitragszahlers nicht durch eine nachträgliche Gebrauchsüberlassung zu befriedigen. Nach dieser Ansicht ist also die vorübergehende Unmöglichkeit mit der dauernden gleichzusetzen und somit von oben genannter Wertung abzuweichen.

#### **(c) 3. Ansicht: Nachträgliche Erfüllung gegen Vertragszweck und unzumutbar**

Nach einer dritten Ansicht, namentlich vertreten vom BGH<sup>16</sup> und Instanzgerichten<sup>17</sup>, sei die nachträgliche Gebrauchsüberlassung sowie das Angebot von Kursen und Trainingsmöglichkeiten zwar grundsätzlich möglich, jedoch stelle diese Leistung den Vertragszweck infrage und die Erfüllung sei dem Beitragszahler unter beiderseitiger Abwägung der Belange von Gläubiger und Schuldner nicht zumutbar. Nach dieser Ansicht ist also die vorübergehende Unmöglichkeit mit der dauernden gleichzusetzen. Damit ist von der oben genannten Wertung abzuweichen.

#### **(d) Stellungnahme**

Die dargestellten Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Mithin ist Stellung zu beziehen. Für die erst genannte Ansicht spricht zunächst, dass sie die Fitnessstudiotreiber vor hohen finanziellen Belastungen schützt, die aus höherer Gewalt, namentlich einer Pandemie, entstehen. Die Beitragszahler werden hingegen durch eine kostenlose Nacherfüllung geschützt.<sup>18</sup> Insofern erscheint die erste Ansicht als Kompromiss der verschiedenen Interessenlagen.

Gegen die Ansicht spricht jedoch die innere Systematik des Gesetzes: Der Gesetzgeber hat in Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB erkannt, dass es durch kurzfristige Schließungen im Verlauf von COVID-19-Maßnahmen zu Liquiditätsproblemen von Betreibern von „Musik-, Kultur-, Sport- oder sonstigen Freizeiteinrichtung“-en kommen kann.<sup>19</sup> Ausgelöst werden diese Liquiditätsprobleme – nach ausdrücklicher gesetzgeberischer Analyse, die dem Art. 240 § 5 EGBGB zugrunde gelegt wurde<sup>20</sup> – durch Rückzahlungsansprüche der Kunden aus §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB.<sup>21</sup> Fitnessstudio- bzw. „Sportstudio“-betreiber werden sogar explizit in der Gesetzesbegründung benannt.<sup>22</sup> Durch eine Nichtanwendung des § 275 BGB auf den vorliegenden Fall, der eine typische Konstellation des Leistungshindernisses durch eine Maßnahmenschließung darstellt, würde die sinnvol-

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, Rn. 24 (juris); OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.09.2004 – 8 U 97/04, Rn. 44 (juris); Lorenz in: BeckOK-BGB [Fn. 3], § 275 Rn. 40; Grüneberg in: Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 11.

<sup>14</sup> AG Zeitz, Urt. v. 01.12.2020 – 4 C 112/20; AG Verden, Urt. v. 12.02.2021 – 2 C 384/20; AG Minden, Urt. v. 29.04.2021 – 2 C 17/21; AG Oldenburg, Urt. v. 16.06.2021 – 7 C 7305/20; AG Gelnhausen, Urt. v. 24.06.2021 – 53 C 77/21; AG Paderborn Urt. v. 09.07.2021 – 57 a C 245/20.

<sup>15</sup> Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578; Stöber, Fitnessstudio-Verträge in Zeiten von Corona, NJW 2022, 897 (897); Orth in: Schmidt [Fn. 10], § 11 Rn. 140; Riehm in: BeckOGK-BGB [Fn. 4], § 275 Rn. 211; zum Fixschuldcharakter von Fitnessstudioverträgen Fries/Schulze in: Schulze BGB, 11. Aufl. 2021, § 323 Rn. 7.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21.

<sup>17</sup> LG Osnabrück, Urt. v. 09.07.2021 – 2 S 35/21; AG Torgau, Urt. v. 20.08.2020 – 2 C 382/19; AG Cloppenburg, Urt. v. 11.06.2021 – 21 C 243/21.

<sup>18</sup> AG Zeitz, Urt. v. 01.12.2020 – 4 C 112/20, Rn. 29 (juris); AG Gelnhausen, Urt. v. 24.06.2021 – 53 C 77/21, Rn. 4 (juris).

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/18697, 1, 5; Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (579).

<sup>20</sup> BT.Drs. 19/18697, 5.

<sup>21</sup> Büsche in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 13, 8. Aufl. 2021, Art. 240 EGBGB § 5 Rn. 1; Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (581); Stöber, Fitnessstudio-Verträge in Zeiten von Corona, NJW 2022, 897 (897f.).

<sup>22</sup> BT.Drs. 19/18697, 5.

le Anwendung des Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB hinsichtlich Fitnessstudioschließungen völlig abgeschnitten werden. Bei konsequenter Anwendung des Dogmas auf die übrigen Fälle der Gebrauchsüberlassung zur Freizeit, würde sogar eine völlige Sinnlosigkeit der Norm drohen.

Ferner spricht gegen die erste Ansicht eine Folgenabwägung unter vertragstheoretischen und verfassungsrechtlichen Aspekten. Es bestehen drei mögliche Lösungen. Erste Option: Der Kunde bekommt den Betrag zurückerstattet und es kommt zu keiner Vertragsanpassung, §§ 326 Abs. 1 u. 4, 275 Abs. 1 BGB. Zweite Option: Der Kunde bekommt den Betrag nicht zurückerstattet, aber es besteht ein Anspruch auf kostenlose Vertragsverlängerung, § 313 Abs. 1 BGB. Dritte Option: Der Kunde bekommt den Betrag zurückerstattet, §§ 326 Abs. 1 und 4, 275 Abs. 1 BGB, aber es besteht ein Anspruch auf kostenpflichtige Vertragsverlängerung, § 313 Abs. 1 BGB.<sup>23</sup>

Bei der ersten Option würde der Fitnessstudiotreiber das Risiko für unvorhergesehene Umstände tragen, die ihm die Gebrauchsüberlassung unmöglich machen. Dies steht jedoch im Einklang mit der grundsätzlichen Risikoverteilung eines Mietvertrages: Der Vermieter trägt das Risiko die geschuldete Sache nicht überlassen zu können.<sup>24</sup>

Bei der zweiten Option scheint ein Kompromiss für beide Seiten gefunden worden zu sein, jedoch greift diese Option stark in die negative Vertragsfreiheit des Kunden ein, Art. 2 Abs. 1 GG. Ferner wird nicht einbezogen, dass sich der Kunde gegebenenfalls aus konkreten Gründen nur für die anfangs festgelegte Vertragslaufzeit entschieden hat (geplanter Umzug, berufliche Umorientierung, längere Auslandsaufenthalte) und aus diesen Gründen gerade keinen Nutzen aus seiner Mitgliedschaft ziehen kann, wenn der Vertragszeitraum verlängert wird. Gleichermaßen gilt gegebenenfalls für den Fitnessstudiotreiber. Zwar werden in dem vorliegenden Fall solche Aspekte nicht angeführt, jedoch sind alle diese Aspekte, selbst wenn sie vorliegen, im Massenverkehr gerade nicht für die jeweiligen Vertragspartner konkret ersichtlich. Sie können gerade nicht zur Bestimmung der „vertraglichen Risikoverteilung“ angeführt werden, §§ 133, 157 BGB. Vielmehr ist abstrakt generell im Massenverkehr auf das beidseitig erkennbare fehlende Interesse abzustellen, über den Vertragszeitraum

hinaus die Leistung zu empfangen oder zu erbringen. So mit ist die zweite Option nur ein fadenscheiniger Kompromiss, der es nicht vermag, den Grundsatz *pacta sunt servanda* zu durchbrechen.

Die dritte Option sorgt für eine Modifikation der Rechtsfolge des § 275 Abs. 1 BGB durch eine Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB.<sup>25</sup> Wenn die Umstände wegfallen, die Geschäftsgrundlage geworden sind, die jedoch in der Unmöglichkeit der Leistung münden, bleibt kein Raum mehr für eine Vertragsanpassung.<sup>26</sup> § 275 Abs. 1 BGB schließt eine Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB aus. Der Gesetzgeber hat in Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB ferner eine spezialgesetzliche Kompromisslösung geschaffen, die vom Rechtsanwender zu respektieren ist:<sup>27</sup> Der Kunde muss einen Wertgutschein annehmen, den er später liquidieren kann, sofern ihm dieser vom Betreiber angeboten wird, Art. 240 § 5 Abs. 2 u. 5 Nr. 2 EGBGB.

Mithin ist aus Gründen der einfachgesetzlichen Systematik, Vertragstheorie, Risikobewertungen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die erste Ansicht abzulehnen. Im Hinblick darauf, dass die zweite und dritte Ansicht zum gleichen Ergebnis kommen, kann dahinstehen, ob die durchgängige Gebrauchsüberlassung eine absolute Fixschuld darstellt oder eine vorübergehende Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung nach allgemeinen Gesichtspunkten von Vertragszweck und Zumutbarkeit der endgültigen Unmöglichkeit gleichzustellen ist.

Folglich ist von oben genannter Wertung abzuweichen: Die nachträgliche Gebrauchsüberlassung kann das ursprüngliche Leistungsinteresse des K nicht bzw. nicht in zumutbarer Weise befriedigen.

### **bb) Zwischenergebnis**

Mithin liegt vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit vor, die der dauernden rechtlichen Unmöglichkeit gleichzusetzen ist.

### **c) Zwischenergebnis**

Vorliegend ist die Pflicht der B zur Gebrauchsüberlassung und, je nach Ansicht, zusätzlich zum Angebot von Kursen und Trainingsleistungen, für die drei Monate gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

<sup>23</sup> Vergleichbar dem Anspruch auf erneuten Vertragsabschluss, bei einer ursprünglich der dauernden gleichzustellenden nur vorübergehenden Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB, welche infolge unerwarteter Entwicklungen entfällt, vgl. RG, Urt. v. 27.08.1938 – I 36/38; Grüneberg in: Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 12; Schulze in: Schulze [Fn. 13], § 275 Rn. 7.

<sup>24</sup> Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (580); Stöber, Fitnessstudio-Verträge in Zeiten von Corona, NJW 2022, 897 (898).

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21, Rn. 33 (juris).

<sup>26</sup> Allgemeine Ansicht: Vgl. nur Finkenauer in: MüKo-BGB Band 3 [Fn. 3], § 313 Rn. 156 mWn; Looschelders [Fn. 5], § 37 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21, Rn. 35 (juris).

### 3. Kein Übergang der Preisgefahren

Eine vertragliche oder gesetzliche Abwälzung der Preisgefahren auf den Kunden bei Nichtleistung ist nicht ersichtlich. Insbesondere fehlt es an einer Verantwortlichkeit des K für die Schließung, § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB.

### 4. Zwischenergebnis

Mithin schuldet K der B gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht die Verschaffung eines vorbehaltlosen Auszahlungsanspruches gegen seine Bank i.H.v. 89,70 EUR.

### C. Rechtsfolge

Grundsätzlich ist die Rücküberweisung des Buchgeldes geschuldet, § 346 Abs. 1 BGB.

Etwas anderes könnte sich aus Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB ergeben. Demnach ist ein Betreiber einer Sporteinrichtung gegenüber dem Inhaber einer vor dem 08.03.2020 erworbenen Nutzungsberechtigung berechtigt, anstelle einer Erstattung des Entgelts einen Gutschein zu übergeben. Sinn und Zweck der Norm ist gerade die Behebung erheblicher Liquiditätsprobleme auf Seiten von Betreibern von Kultur- und Freizeiteinrichtungen, die infolge der verschiedenen Schließungsmaßnahmen ab dem 08.03.2020 entstanden sind.<sup>28</sup> Die Berechtigung bestand bis Ende 2021, vgl. Art. 240 § 5 Abs. 5 Nr. 2 EGBGB.

### I. Berechtigung des B

Vorliegend war also B gegenüber K, der seine Nutzungsberichtigung für die streitgegenständliche Zeit am 08.12.2019 erwarb, bis Ende 2021 grundsätzlich berechtigt, ihm anstelle der sofortigen Rücküberweisung einen Wertgutschein anzubieten. Korrespondierend dazu bestand für K die Pflicht, das Angebot anzunehmen, sofern kein Fall des Art. 240 § 5 Abs. 5 Nr. 1 EGBGB vorliegt. Hier trägt K nicht vor, dass ihm die Annahme eines Wertgutscheins angesichts seiner persönlichen Lebensumstände unzumutbar ist.

### II. Gebrauch der Berechtigung

Fraglich ist jedoch, ob B gegenüber K Gebrauch von seiner Berechtigung gemacht hat. B bietet hier eine Vertragsverlängerung an, die eine Art „Zeitgutschein“ darstellt. Der angebotene Gutschein inkorporiert also gerade nicht den in Art. 240 § 5 Abs. 3 EGBGB geforderten Gesamtwert. Auch ergeben sich aus ihm nicht die nach Art. 240 § 5 Abs. 4 EGBGB notwendigen („muss sich ergeben“) Hinweise auf Ausstellungsgrund und Ablehnungs- und Einlösungsmög-

lichkeiten.

Im Rechtsstreit konnte B nur bis Ende 2021 von der Berechtigung Gebrauch machen, d.h. sie kann sich ihrer Rückzahlungsverpflichtung nicht mehr entziehen.

### III. Zwischenergebnis

Mithin sind die gezahlten Beträge zurückzuzahlen.

### D. Ergebnis

Folglich hat K gegen B gem. §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückerstattung der gezahlten Beträge i.H.v. 89,70 EUR.

### FAZIT

Die Entscheidung des BGH sorgt für Rechtsklarheit im Veranstaltungssektor und stärkt die Rechte der Verbraucher. Die Veranstalter sind hingegen darauf verwiesen eventuelle Verluste gegenüber dem Staat geltend zu machen, sofern sich im konkreten Fall eine Anspruchsgrundlage finden lässt.

Der Fall eignet sich hervorragend für Fortgeschrittenen- und Examensklausuren. Da er primär im allgemeinen Schuldrecht spielt, ist auch nicht ausgeschlossen ihn als schwere Abschlussklausur in BGB II laufen zu lassen. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass auf Art. 240 § 5 EGBGB hingewiesen wird und auch Rechtsansichten der Parteien vermehrt dargelegt werden.

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass der BGH aufgrund des Revisionsvortrags, auch darauf eingegangen ist, ob nicht unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung von einem Leistungsbestimmungsrecht auszugehen ist, welches dem Fitnessstudiotreiber die Möglichkeit geben könnte die „Öffnungszeiten“ selbst festzulegen. Der BGH hat dies vor dem Hintergrund abgelehnt, dass nach Verkehrssitte und unter Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses mit „Training in den Öffnungszeiten“ die bei Vertragsschluss geltenden Öffnungszeiten gemeint sind. Die konkreten Öffnungszeiten müssen nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen sein. Bei entsprechendem Hinweis in der Klausur müsste auch darauf eingegangen werden.

<sup>28</sup> Busche in: MüKo-BGB Band 13 [Fn. 22], EGBGB Art. 240 § 5 Rn. 2; Preiser in: BeckOGK-EGBGB [Fn. 4], Art. 240 § 5 Rn. 2.