


recherchiert von: **Johannes Ulbricht** am 18.10.2012

Gericht:	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 8. Zivilsenat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	28.03.2012	Normen:	§ 307 Abs 2 Nr 1 BGB, § 627 BGB
Aktenzeichen:	8 U 103/11		
Dokumenttyp:	Urteil		

Formularmäßiger Ausschluss des Kündigungsrechts eines Profiboxers aus § 627 BGB

Orientierungssatz

1. Für die Frage, ob das Kündigungsrecht nach § 627 BGB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann, kann es auf die Vertragsdauer ankommen. Dabei ist die gesamte mögliche Vertragsdauer zu berücksichtigen, einschließlich einer Verlängerungsoption des Klauselverwenders und weiterer möglicher vertraglicher Verlängerungstatbestände.

2. Der formularmäßige Ausschluss des Kündigungsrechts aus § 627 BGB in einem Vertrag zwischen einem Profiboxer und einem sog. Boxstall, dem das Recht zur exklusiven Vermittlung von Kampfverträgen und Vermarktung des Boxers eingeräumt worden ist, ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, wenn die mögliche Vertragsdauer einschließlich Verlängerungsoption sechs Jahre zuzüglich mehrerer zeitlich unbefristeter Verlängerungstatbestände beträgt.

Verfahrensgang

vorgehend LG Hamburg, 7. Januar 2011, Az: 325 O 63/10, Urteil

nachgehend BGH, Az: III ZR 131/12

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg – Zivilkammer 25 – vom 07.01.2011 teilweise geändert:

Es wird festgestellt, dass die Klage in der Hauptsache erledigt ist.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann eine Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Der am in K. geborene Kläger ist Berufsboxer. Die Beklagte betreibt in Hamburg einen sog. Boxstall. Die Parteien streiten um die Beendigung einer im Jahre 2005 zwischen ihnen geschlossenen "Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung" (Anlage K 4).

- 2 In Ziff.1 der Vereinbarung („Ziel der Vereinbarung“) heißt es u.a., dass die Beklagte mit diesem Vertrag den Auftrag erhalte, den Boxer in seinen Sport- und Vermarktungs-Angelegenheiten nach Maßgabe dieses Vertrages umfassend zu betreuen. Gemäß Ziff. 2.1 des Vertrages wird die Beklagte dem Kläger auf Grundlage des Vertrages Kampf-Verträge und Einzelvermarktungs-Verträge vermitteln. In Ziff. 3.1 des Vertrages erteilt der Kläger der Beklagten eine für die Dauer des Vertrages unwiderrufliche Vollmacht und den Auftrag zur Vermittlung, Verhandlung und zum Abschluss von Kampf- und Einzelvermarktungsverträgen. Gemäß Ziff. 3.2 des Vertrages wurde der Auftrag zum Aushandeln von Kampf-Verträgen exklusiv der Beklagten erteilt; der Kläger ist danach nicht berechtigt, selbständig oder durch Dritte entsprechende Verhandlungen mit Dritten zu führen. In Ziff. 4.1 des Vertrages hat sich die Beklagte verpflichtet, den Kläger umgehend über Vermittlungs- und Verhandlungsaktivitäten zu informieren und mit dem Kläger abzustimmen. Beide Parteien haben sich in Ziff. 4.3 des Vertrages verpflichtet, bei der Umsetzung des Vertrages sowie der Kampf- und Einzelvermarktungs-Verträge kooperativ zusammenzuwirken. In Ziff. 8.1 des Vertrages hat sich der Kläger verpflichtet, sich während der Laufzeit des Vertrages in sportlich leistungsfähigem Zustand zu halten. Gemäß Ziff. 8.1 und 8.2 in Verbindung mit der Anlage 2 des Vertrages erhält die Beklagte für die Vermittlung von Kampf-Verträgen und die Vermittlung von Einzelvermarktungs-Verträgen eine Provision von 35 %. In Ziff. 8.1 des Vertrages ist zudem vorgesehen, dass der Anspruch auf Provision auch besteht, wenn die Beklagte selbst den Boxkampf veranstaltet und verpflichtet ist, die Kampf-Börse zu zahlen.
- 3 In Ziff. 5.10 des Vertrages ist u.a. folgendes vorgesehen: "Ein bestimmter Erfolg wird von Universum durch den Abschluss dieses Vertrages daher nicht geschuldet. U. schuldet die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Eine konkrete Veranstaltungspflicht wird von U. hiernach nicht geschuldet."
- 4 Ziff. 1.1 der Anlage 3 des Vertrages bestimmt, dass sich die Vertragsparteien einig sind, dass dem Boxer keinerlei Rechte in Bezug auf die Vermarktung der vertragsgegenständlich vermittelten und veranstalteten Boxkämpfe zustehen sollen. Sämtliche veranstaltungsbezogenen Vermarktungsrechte werden ausschließlich von der Beklagten verwertet (Ziff. 1.2 der Anlage 3 des Vertrages). Insbesondere auch die Auswahl der Fernseh- und Rundfunksender, die den jeweiligen Boxkampf übertragen, obliegt ausschließlich der Beklagten (Ziff. 1.3 der Anlage 3 des Vertrages). Dem Kläger stehen keinerlei Ansprüche aus Beteiligung an den Einnahmen aus der Verwertung der veranstaltungsbezogenen Vermarktungsrechte zu (Ziff. 1.4 der Anlage 3 des Vertrages).
- 5 Ziff. 12 der Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung vom 25. November 2005 lautet wie folgt:
- 6 **"12 Laufzeit des Vertrages, Kündigung**
- 7 12.1 Der Vertrag tritt mit Unterzeichnung in Kraft und hat eine Laufzeit gemäß **Anlage 2**. Für den Fall, dass der Boxer aufgrund von Krankheit und Wehrpflicht oder sonstiger vergleichbarer Umstände über einen längeren Zeitraum nicht zur Verfügung steht, verlängert sich der Vertrag jeweils um diesen Zeitraum. Sollte der Boxer einen während der Laufzeit der Vereinbarung fest vereinbarten Box-Kampf aus Gründen, die nicht von U. zu vertreten sind, nicht bestreiten, ist er verpflichtet, den Box-Kampf nachzuholen und der Vertrag verlängert sich entsprechend bis zur Durchführung des jeweiligen Box-Kampfes. Mit Ablauf der Laufzeit endet der Vertrag – vorbehaltlich 12.2 und 12.3 – automatisch, ohne dass es einer Kündigung bedarf.
- 8 12.2 U. hat – nicht zuletzt angesichts der hohen finanziellen Investitionen in die Karriere des Boxers – die Option, diesen Vertrag einmalig gemäß der Vereinbarung der Parteien in Anlage 2 zu verlängern. Diese Option muss schriftlich spätestens drei Monate vor Vertragsende ausgeübt werden.
- 9 12.3 Der Boxer wird U. bei Vertragsbeendigung Gelegenheit geben, mit ihm zu den Bedingungen abzuschließen, die ihm von einem Dritten angeboten worden sind und die er zu akzeptieren bereit ist. Zu diesem Zweck wird der Boxer U. die Kernpunkte des Angebots schriftlich mitteilen. U. wird innerhalb von zwei Wochen nach Übermittlung eines entsprechenden Angebots entscheiden, ob sie einen entsprechenden Vertrag mit dem Boxer ab-

- schließen wird. Erst im Falle einer Ablehnung von U. ist der Boxer berechtigt, das Angebot des Dritten anzunehmen.
- 10 12.4 Der Vertrag kann von U. mit einer Frist von drei Monaten zum 31. Juli 2007 gekündigt werden, wenn die Zusammenarbeit mit dem ZDF nicht über den 31. Juli 2007 hinaus fortgesetzt wird. U. verpflichtet sich, den Boxer hierüber umgehend zu unterrichten, um ihm die Möglichkeit zu geben, gegebenenfalls mit anderen Managern und Promotern zu verhandeln. Während der Laufzeit des Vertrages kann der Vertrag ansonsten nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. U. kann diesen Vertrag insbesondere fristlos kündigen, wenn der Boxer
- 11 (a) einen vertragsgegenständlichen Boxkampf verliert, wobei das Kündigungsrecht nach jedem verlorengegangenen Boxkampf ausgeübt werden kann;
- 12 (b) gegen die Rechtsgarantie gemäß Ziffer 10.2 verstoßen hat;
- 13 (c) wiederholt oder dauerhaft gegen wesentliche Pflichten aus diesem Vertrag verstößt
- 14 oder
- 15 (d) durch sein Verhalten sein Ansehen oder das Ansehen von U. in der Öffentlichkeit erheblich oder wiederholt schädigt.
- 16 Eine Kündigung aus wichtigem Grund muss schriftlich erfolgen.
- 17 12.5 Sollte der Boxer wegen Krankheit oder aus anderen gesundheitlichen Gründen dauerhaft nicht mehr für die Durchführung von Box-Veranstaltungen zur Verfügung stehen oder er aus diesen Gründen seine aktive Sportlerkarriere beenden, berechtigen diese oder ähnliche Sachverhalte ihn nicht zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. In diesen Fällen ist allein U. berechtigt, fristlos zu kündigen. Macht U. von diesem Recht keinen Gebrauch, ruhen die vertraglichen Verpflichtungen solange, bis der Boxer die Hinderungsgründe überwunden hat und seine Karriere fortsetzt.
- 18 12.6 Eine Kündigung gemäß § 627 BGB ist ausgeschlossen."
- 19 In der Anlage 2 zu dem Vertrag ist vorgesehen, dass die Laufzeit des Vertrages gemäß Ziff. 12.1 mit Vertragsunterzeichnung beginnt und vorbehaltlich einer Verlängerung gemäß Ziff. 12.1 Satz 2 und 3 drei Jahre beträgt. Die Beklagte kann den Vertrag gemäß Ziff. 12.2 des Vertrages um weitere drei Jahre verlängern.
- 20 Mit Schreiben vom 4. August 2008 (Anlage K 9) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie von ihrer vertraglichen Verlängerungsoption Gebrauch mache, wodurch sich die Laufzeit des Vertrages über den 21. November 2008 hinaus um weitere drei Jahre bis zum 21. November 2011 verlängere.
- 21 Der Kläger hat erstinstanzlich hauptweise die Feststellung beantragt, dass der Vertrag durch seine auf § 627 BGB gestützte fristlose Kündigung vom 22.01.2010 beendet worden sei. Hilfsweise hat er die Feststellung einer Vertragsbeendigung am 21.11.2008 und höchst hilfsweise am 11.05.2010 durch eine von ihm ausgesprochene weitere fristlose Kündigung aus wichtigem Grund begehrt.
- 22 Die Beklagte hat den Kläger erstinstanzlich im Wege der Widerklage auf die Erfüllung bestimmter Vertragspflichten in Anspruch genommen und die Verurteilung zur Unterlassung beantragt, während der Vertragslaufzeit mit Dritten Verträge über Boxkämpfe zu schließen und diese zu bestreiten.
- 23 Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags in erster Instanz und des Wortlauts der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.
- 24 Das Landgericht hat die Klage einschließlich der Hilfsanträge abgewiesen und der Widerklage hinsichtlich der Unterlassungsanträge stattgegeben; im Übrigen hat es die Widerklage abgewiesen.

- 25 Es hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigung des Klägers vom 22.01.2010 unwirksam sei, weil die Parteien die Bestimmung des § 627 BGB wirksam ausgeschlossen hätten bzw. der Kläger sich nicht auf § 627 BGB berufen könne. Der Ausschluss von § 627 BGB in Ziff. 12.6. der Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung sei jedenfalls für die vereinbarte Laufzeit von 3 Jahren weder nach § 138 BGB sittenwidrig noch als etwaige allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) unwirksam. Die Wirksamkeit der Verlängerungsoption in Ziff. 12.2 könne dahinstehen, da der Kläger die Verlängerungsoption mit seiner e-mail vom 6.7.2009 analog § 141 BGB bestätigt habe. Die e-mail sei als Neuvernahme des gesamten Rechtsgeschäfts einschließlich des Ausschlusses von § 627 BGB zu werten. Für die weiteren 3 Jahre der Laufzeit aufgrund der Verlängerungsoption könne die Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB einverständlich ausgeschlossen werden.
- 26 Die Kündigung sei auch nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB unwirksam. Aufgrund der e-mails des Klägers vom 06.07. und 31.08.2009 und des Umstandes, dass der Kläger am 11.07. und 21.11.2009 zwei weitere Boxkämpfe durchgeführt habe, habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, dass der Kläger nicht nach § 627 BGB kündigen würde.
- 27 Der 1. Hilfsantrag (Beendigung per 21.11.2008) sei unbegründet, da im Jahre 2009 eine Neuvernahme des Rechtsgeschäfts analog § 141 BGB erfolgt sei. Der 2. Hilfsantrag sei unbegründet, da für die Kündigung vom 11.05.2010 kein wichtiger Grund vorgelegen habe.
- 28 Die Widerklage sei hinsichtlich der begehrten Unterlassung gemäß Ziff. 3.2 der Vereinbarung teilweise begründet.
- 29 Gegen das landgerichtliche Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Er macht im Wesentlichen geltend:
- 30 Entgegen dem Landgericht komme der e-mail vom 06.07.2006 unter Berücksichtigung der gesamten Korrespondenz und der Zwangslage des Klägers, dessen nächster Boxkampf am 11.07.2009 unmittelbar bevorstanden habe, nicht der Erklärungswert einer Bestätigung des Vertrages nach § 141 BGB zu. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift sei auch unzulässig.
- 31 Ferner habe das Landgericht die Überprüfung der Wirksamkeit des Ausschlusses von § 627 BGB zu Unrecht in die dreijährige Grundlaufzeit und die weitere Laufzeit aufgrund der Verlängerungsoption aufgespalten. Die Wirksamkeit des Kündigungsausschlusses nach § 138 BGB und AGB-Recht sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu prüfen, danach sei § 627 BGB für mindestens sechs Jahre ausgeschlossen. Daher sei zum Zeitpunkt der vom Landgericht angenommenen Bestätigung die Unwirksamkeit auch nicht entfallen. Ein weiterhin unwirksamer Vertrag könne nicht bestätigt werden, sondern bleibe unwirksam. Die Auffassung des Landgerichts laufe auf eine geltungserhaltende Reduktion hinaus, die verboten sei.
- 32 Im Übrigen sei Ausschluss von § 627 BGB in AGB schlechthin unzulässig, auch für drei Jahre. Das Landgericht habe auch nicht berücksichtigt, dass die Beklagte die ihr entstandenen Kosten nicht ausreichend dargelegt habe und die übrigen Vertragskonditionen den Kläger einseitig belasteten.
- 33 Auch aus § 242 BGB wegen des Bestreitens zweier Boxkämpfe folge nicht, dass der Kläger auf sein Kündigungsrecht nach § 627 BGB verzichtet habe.
- 34 Entgegen dem Landgericht seien jedenfalls die Hilfsanträge begründet gewesen. Inzwischen habe der Kläger unter dem 02.03.2011 erneut eine fristlose Kündigung ausgesprochen. Diese sei berechtigt gewesen, da die Beklagte ihren Geschäftsbetrieb weiter abgebaut hätte, das sog. Gym zum 31.07.2011 gekündigt worden sei, seit August 2010 nur noch Kampfabende im eigenen Gym ohne mediale Vermarktung stattgefunden hätten und die Beklagte keinen Fernsehpartner fände. Die Beklagte selbst wolle den Kläger einem anderen Boxstall überlassen.
- 35 Das Landgericht habe auch der Widerklage zu Unrecht teilweise stattgegeben. Die begehrte Tenorierung sei zu unbestimmt.
- 36 Der Kläger hat in der Berufungsinstanz zunächst folgende Anträge angekündigt :

- 37 Unter teilweiser Abänderung des am 7. Januar 2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Hamburg, Az.: 325 O 63/10,
- 38 festzustellen, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten durch die fristlose Kündigung vom 22. Januar 2010 wirksam vom Kläger beendet worden ist;
- 39 hilfsweise
- 40 festzustellen, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten am 21. November 2008 geendet hat;
- 41 höchst hilfsweise
- 42 festzustellen, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten am 11. Mai 2010 geendet hat;
- 43 äußerst hilfsweise
- 44 festzustellen, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten am 3. März 2011 geendet hat.
- 45 Außerdem beantragt der Kläger,
- 46 die Widerklage vollständig abzuweisen.
- 47 Im Laufe der Berufungsinstanz haben die Parteien sich vergleichsweise dahingehend geeinigt, dass der Vertrag zwischen den Parteien spätestens am 21.11.2011 geendet habe.
- 48 Daraufhin haben die Parteien in der Berufungsverhandlung die Widerklage – soweit ihr vom Landgericht stattgegeben worden war – übereinstimmend für erledigt erklärt. Hinsichtlich der Klage stellt der Kläger nunmehr den Antrag,
- 49 das landgerichtliche Urteil dahingehend zu ändern, dass festgestellt wird, dass die Hauptsache erledigt ist.
- 50 Die Beklagte beantragt,
- 51 die Berufung hinsichtlich der Klage zurückzuweisen.
- 52 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Der auf die Kündigung vom 02.03.2011 gestützte weitere Hilfsantrag stelle eine Klagänderung dar, der widersprochen werde. Auch lägen keine ausreichenden Kündigungsgründe vor. Die Beklagte befinde sich keineswegs in Auflösung, sondern veranstalte diverse Boxkämpfe. Auch treffe es nicht zu, dass die Beklagte den Kläger einem anderen Boxstall angeboten habe.
- 53 Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 54 Die zulässige Berufung hat hinsichtlich des geänderten Klagantrags auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache Erfolg (Ziff.1). Soweit die Parteien die Widerklage übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (Ziff.2).
- 55 1. Das landgerichtliche Urteil war dahingehend zu ändern, dass die Erledigung der Hauptsache festzustellen war.
- 56 a) Die in der Berufungsinstanz erklärte Änderung der Klaganträge (Hauptantrag und Hilfsanträge) auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache stellt eine nach § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige Beschränkung des ursprünglichen Klagbegehrens dar (Zöller-Vollkommer, ZPO, 29.Aufl., §

91a, Rn. 34 m.w.N.). Zwischen den Parteien ist auch nicht streitig, dass die Klage durch die Beendigung des Vertrages infolge des zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz abgeschlossenen Vergleichs gegenstandslos geworden ist.

- 57 b) Da die Beklagte der Erledigung nicht zugestimmt hat, sondern die Klagabweisung durch das Landgericht verteidigt, war durch das Berufungsgericht zu prüfen, ob die ursprüngliche Klage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war; nur dann kann die Erledigung festgestellt werden (Zöller-Vollkommer a.a.O., Rn. 44, 45). Entgegen dem Landgericht ist der Senat zu der Auffassung gelangt, dass die Klage hinsichtlich des Hauptantrags – Feststellung der Beendigung des Vertrages durch die auf § 627 BGB gestützte Kündigung vom 22.01.2010 – ursprünglich zulässig und begründet war.
- 58 c) Es kann dahingestellt bleiben, ob die zwischen den Parteien getroffene Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung insgesamt oder teilweise – insbesondere hinsichtlich des Ausschlusses des Kündigungsrechts nach § 627 BGB in Ziff. 12.6 – wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig ist. Denn jedenfalls ist der Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als AGB unwirksam und der Kläger konnte deshalb eine auf § 627 BGB gestützte Kündigung am 22.01.2010 aussprechen. Diese führte zur sofortigen Beendigung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages. Das Kündigungsrecht des Klägers ist auch nicht durch den e-mail-Verkehr zwischen den Parteien im Jahre 2009 entfallen.
- 59 Im Einzelnen:
- 60 aa) Der Senat ist der Auffassung, dass auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag Dienstvertragsrecht und somit auch § 627 BGB anwendbar ist. Hiervon scheint auch das Landgericht ausgegangen zu sein, denn anderenfalls wären seine Ausführungen zu § 627 BGB nicht erklärlich.
- 61 Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein gemischter Vertrag dem Recht desjenigen Vertragstyps zu unterstellen, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Rechtsgeschäfts liegt. Hierbei kommt es nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Benennung, sondern die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags bzw. den tatsächlichen Inhalt der wechselseitigen Rechte und Pflichten an (BGH NJW 2010, 150 Rn.16).
- 62 Ziff.1 S.3 des Vertrages sieht eine umfassende Betreuung des Boxers durch die Beklagte vor, also eine fortdauernde Dienstleistung. Ziff. 2 - 4 regeln die Vermittlungsleistungen der Beklagten hinsichtlich der Vermittlung von Kampfverträgen und Einzelvermarktungsverträgen und die flankierenden Auftragserteilungen und Vollmachten. Auch hierbei handelt es sich um Dienstleistungen, die die Beklagte zu erbringen hat. Die in Anlage 3 Ziff. 2 des Vertrages weiter konkretisierten Pflichten der Beklagten zur Vermittlung von Einzelvermarktungsverträgen und die versprochene professionelle Medienberatung und Medienbetreuung stellen gleichfalls Dienstleistungen dar.
- 63 Die an die Beklagte zu zahlende Vergütung wird gemäß Ziff. 8.1 und 8.2 als Provision für die Vermittlung von Kampfverträgen und Einzelvermarktungsverträgen geschuldet, also als Gegenleistung für eine Tätigkeit, nicht für die Organisation einer Veranstaltung. Diese wird gemäß Ziff. 10.5 S. 4 gerade nicht geschuldet. Die eigene Veranstaltung von Boxkämpfen durch die Beklagte ist in Ziff. 5 zwar vorgesehen, wird in Ziff. 8.1 S. 2 aber wie ein Ausnahmetatbestand formuliert, in dem es heißt, dass die Beklagte „auch“ in diesem Falle Anspruch auf Vermittlungsprovision habe. Schließlich stellt es nach Auffassung des Senats jedenfalls ein Indiz für die Einordnung als Dienstvertrag dar, dass der Vertrag als „Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung“ bezeichnet ist – die eigene Veranstaltung von Boxkämpfen in dieser Bezeichnung also keinerlei Niederschlag gefunden hat – und dass es für notwendig befunden worden ist, die Bestimmung des § 627 BGB auszuschließen, die nur bei Dienstverträgen Anwendung findet.
- 64 Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass der Vertrag eine ganze Reihe von Bestimmungen enthält, die ausschließlich oder vorrangig im Falle von ihr selbst veranstalteter Boxkämpfe Anwendung finden, namentlich die Regelung der Kampfbörsen in Ziff. 5.1 bis 5.3., die Bestimmungen in Ziff. 7.3 und 7.4., Ziff. 11.1 a) und Anlage 3 Ziff. 1. Hieraus mag ersichtlich sein, dass das wirtschaftliche Interesse der Beklagten nicht nur in der Erzielung von Provisionen, sondern auch in der Erzielung von Gewinnen aus der Vermarktung selbst veranstalteter Kämpfe besteht. In der Gesamtwürdigung der Rechte und Pflichten wird der Vertrag

- nach Auffassung des Senats jedoch geprägt von den im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Dienstleistungen der Beklagten einerseits und der von dem Boxer hierfür zu zahlenden Vermittlungsprovision andererseits.
- 65 bb) Die von der Beklagten zu leistenden Dienste sind solche höherer Art im Sinne des § 627 BGB.
- 66 Die Beklagte hat die umfassende Betreuung des Klägers übernommen und sich hierfür Exklusivität zusichern lassen. Der Kläger hat ihr für die Vermittlung von Boxkämpfen sogar eine unwiderrufliche Vollmacht gegeben (Ziff. 3.1). Der Kläger hat damit seine gesamte berufliche Existenz in die Hände der Beklagten gelegt. Dass dies nur aufgrund besonderen Vertrauens geschehen sein kann, kann nach Auffassung des Senats keinem ernsthaften Zweifel unterliegen. Dies hat auch die Beklagte in der Berufungsverhandlung zugestanden. Der Umstand, dass die Beklagte als GmbH organisiert ist, steht der Anwendbarkeit des § 627 BGB nicht entgegen (BGH NJW 2010, 150 Rn.19).
- 67 Es handelt sich unstreitig auch nicht um ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen.
- 68 cc) Ziff. 12.6 des Vertrages ist eine von der Beklagten verwendete AGB gemäß § 305 Abs. 1 BGB. Nach dieser Bestimmung sind allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.
- 69 aaa) Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung einschließlich der Bestimmung des Ziff. 12.6 von der Beklagten vorformuliert worden war, als die Parteien sich anlässlich eines Boxturniers in China zum Abschluss des Vertrages trafen.
- 70 bbb) Der Senat ist auch davon überzeugt, dass der Vertrag in weiten Teilen, insbesondere aber der Ausschluss des Kündigungsrechts aus § 627 BGB gemäß Ziff. 12.6. für eine Vielzahl von Verträgen von der Beklagten vorformuliert worden ist.
- 71 Hierfür streitet schon der erste Anschein, nämlich der Umstand, dass der Kläger nicht namentlich benannt, sondern als „Boxer“ bezeichnet ist und fast sämtliche individuellen Regelungen – Provisionshöhe, Kampfbörsen, Laufzeiten, Handgeld usw. – sich nicht in der nach Art eines Rahmenvertrages aufgemachten Vereinbarung selbst, sondern in der Anlage 2 zu dem Vertrag befinden. Wenn ein Vertrag formularmäßig aufgemacht ist und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist, spricht bereits dies für AGB (BGH NJW 09,3717 Rn. 42).
- 72 Des Weiteren hat der Kläger zwei fast identische Verträge zwischen zwei anderen Boxern, die mit der Beklagten eine „Sportmanagement- und Vermarktungsvereinbarung“ geschlossen haben, vorgelegt (Anlagen K 6, 7). Diese enthalten den Ausschluss des Kündigungsrechts ebenfalls, und zwar unter derselben Ordnungsziffer 12.6. Die individuellen Vereinbarungen zu Laufzeit, Kampfbörsen usw. finden sich ebenfalls in der Anlage 2.
- 73 Auch die von der Beklagten selbst als Anlagen B 2 und B 14 vorgelegten Dokumente, die nach ihrer Behauptung Auszüge aus Verträgen mit anderen bei ihr unter Vertrag stehenden Boxern sind, stehen dieser Würdigung nicht entgegen, sondern bestätigen sie sogar, soweit es um den systematischen Aufbau der Verträge und um den Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB geht:
- 74 Bei den Nr. 1, 2, 3, 4, 5,6 des Anlagenkonvoluts B 2 handelt es sich ersichtlich um die der Anlage 2 des klägerischen Vertrages entsprechenden individuellen Vereinbarungen, die z.B. wie in der Anlage 2 hinsichtlich der Laufzeiten auf den Hauptvertrag Bezug nehmen. Die Nr. 8 der Anlage B 2 ist offenbar ein Auszug aus dem Rahmenvertrag und enthält ebenfalls den Kündigungsausschluss nach § 627 BGB, hier allerdings unter der Ord-

nungsziffer 12.5. Auch die Anlage B 14 enthält den Ausschluss des § 627 BGB, hier wieder unter Ordnungsziffer 12.6.

- 75 Selbst wenn die Beklagte unterschiedliche Vereinbarungen über Laufzeiten und sonstige Kündigungsrechte außerhalb des § 627 BGB belegt haben mag, ist jedenfalls bezüglich dieses Ausschlusses davon auszugehen, dass er für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden ist.
- 76 ccc) Es ist weiter von der Richtigkeit der Klägervortrags auszugehen, dass die Ziff. 12.6 von der Beklagten dem Kläger als Vertragsbedingung gestellt, also nicht individuell ausgehandelt worden ist. Aus dem Vortrag der Beklagten, die als Verwenderin der Klausel auch im unternehmerischen Verkehr darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, dass die Klausel ausgehandelt worden ist (Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 305 Rn. 23 m.w.N.), folgt nichts anderes.
- 77 „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB (früher § 1 Abs. 2 AGBG) bedeutet mehr als Verhandeln. Es genügt nicht, dass das gestellte Formular dem Verhandlungspartner bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt, dass der Inhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen der Parteien entspricht. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann vielmehr nur gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den „gesetzesfremden Kerngehalt“, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären (BGH NJW 2000, 1110, 1111 für einen Vertrag zwischen Unternehmern). Der bloße Hinweis auf eine belastende Klausel genügt nicht (Nachweise bei Palandt-Grüneberg a.a.O. Rn. 20). Das Aushandeln einzelner Vertragsbestimmungen ändert grundsätzlich nichts daran, dass andere AGB sein können (Palandt-Grüneberg a.a.O. Rn. 18 m.w.N.). Insbesondere führt das Aushandeln der Laufzeit eines Vertrages noch nicht dazu, dass auch die Vertragsbedingungen über die Kündigung als ausgehandelt angesehen werden können (BGH, Urteil v. 17.05.1982 zum Aktz. VII ZR 316/81, Rn. 10 für den formularmäßigen Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 649 BGB; zitiert nach juris).
- 78 Nach diesen Maßstäben der Rechtsprechung liegt kein Aushandeln vor. Die Beklagte hat vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass über die Verlängerungsoption individuell verhandelt worden sei. Ferner hat sie behauptet, es sei der übereinstimmende Wille gewesen, dass nur aus wichtigem Grund gekündigt werden könne. Sie hat schließlich vorgetragen, dass der Kläger mit einer langfristigen, nicht beliebig aufkündbaren Vertragsbindung einverstanden gewesen sein.
- 79 Dieser Vortrag stellt keinen Tatsachenvortrag dar, dass die Klausel mit dem Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB ausgehandelt worden und gerade diese Klausel zur Disposition gestellt worden ist. Das Aushandeln einer festen Laufzeit und die allgemeine Einigkeit darüber, dass nur aus wichtigem Grund gekündigt werden könne, mag dazu führen, dass ein Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung ausgehandelt worden ist. Es stellt aber noch kein Aushandeln einer Klausel dar, dass auch das Kündigungsrecht nach § 627 BGB entfällt. In einem Vertragsverhältnis über Dienste höherer Art, in dem der eine Teil - hier der Kläger - seine berufliche Existenz weitgehend in die Hände seines Vertragspartners legt, stellt die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung bei Vertrauensverlust eine der wichtigsten gesetzlichen Schutznormen dar. Dementsprechend sind für die Darlegung eines individuellen Aushandelns hohe Anforderungen zu stellen, die nach dem Vortrag der Beklagten nicht erfüllt sind.
- 80 dd) Der formularmäßige Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB in Ziff. 12.6 des Vertrages ist vorliegend wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, denn er ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar.
- 81 Nach der Rechtsprechung des BGH ist der formularmäßige Ausschluss von § 627 BGB wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB grundsätzlich unwirksam, und zwar auch im Verkehr mit Kaufleuten (BGH, Urteil v. 11.2.2010 zum Aktz. IX ZR 114/09, Rn. 26, zitiert

- nach juris). Ob Ausnahmen anzuerkennen sind, hat der BGH bisher offen gelassen (a.a.O. Rn. 27).
- 82 Auch im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob der formularmäßige Ausschluss schon an sich unwirksam ist. Denn der Ausschluss verstößt jedenfalls in Hinblick auf die Zeitdauer, für die er vorliegend erfolgt ist, gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.
- 83 Das Landgericht hat zwar mit guten Gründen dazu ausgeführt, dass aufgrund der Besonderheiten des Profiboxsports ein Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB vorliegend auch durch AGB zulässig sei. Der Senat vermag dem Landgericht indessen nicht in seinem Ausgangspunkt zu folgen, wonach für die Beurteilung der Wirksamkeit des Ausschlusses nur die dreijährige Laufzeit nach Ziff. 12.1 i.V.m. Nr. 5 S. 1 der Anlage 2 zu berücksichtigen sei. Das Landgericht hat weder die Verlängerungstatbestände des Ziff. 12.1 S. 2 und 3 berücksichtigt noch die Verlängerungsoption von weiteren drei Jahren in Ziff. 12.2 i.V.m. Nr. 5 der Anlage 2, die die Beklagte einseitig ausüben konnte (und auch ausgeübt hat). Für die Beurteilung der Angemessenheit des Ausschlusses von § 627 BGB in Ziff. 12.6 ist jedoch die nach dem Vertrag zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mögliche Gesamtdauer zu Grunde zu legen (vgl. BGH NJW 2000, 1110, 1112 für die Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Verlängerungsoption).
- 84 Zunächst ist schon aufgrund der einseitigen Verlängerungsoption der Beklagten von einer mindestens sechsjährigen möglichen Vertragsdauer auszugehen. Sodann können sich sowohl während der dreijährigen Grundlaufzeit als auch während der Verlängerungszeit weitere Verlängerungen aus Ziff. 12.1 S. 2 und S. 3 ergeben.
- 85 Nach Ziff. 12.1 S. 2 verlängert sich für den Fall, dass der Boxer aufgrund von Krankheit, Wehrpflicht oder sonstiger vergleichbarer Umstände über einen längeren Zeitraum nicht zur Verfügung steht, der Vertrag jeweils um diesen Zeitraum. Jedenfalls der Tatbestand der Krankheit dürfte bei einem so gefährlichen Sport wie Profiboxen leicht eintreten können. Da ein eigenes Kündigungsrecht des Boxers für diesen Fall in Ziff. 12.5 selbst bei dauerhafter Krankheit ausgeschlossen ist, kann eine Erkrankung zu einer erheblichen Verlängerung bereits der Grundlaufzeit von drei Jahren führen. Daran ändert nichts, dass die vertraglichen Verpflichtungen zeitweise ruhen (Ziff. 12.5. S. 4). Die mögliche Verlängerung durch die in diesem Passus genannten Tatbestände ist weder auf eine Höchstdauer begrenzt noch ist ausgeschlossen, dass die Tatbestände mehrmals zu einer Verlängerung führen können.
- 86 Nach Ziff. 12.1 S. 3 ist eine Verlängerung der Laufzeit vorgesehen, wenn der Boxer einen Boxkampf aus Gründen, die nicht von der Beklagten zu vertreten sind, nicht bestreitet. In diesem Fall verlängert sich der Vertrag bis zur Nachholung des Boxkampfes. Auch der Eintritt dieses Falles erscheint durchaus realistisch, etwa wenn einer der beiden Boxkämpfer erkrankt oder aus anderen Gründen den Kampf absagt. Da die Klausel nicht verlangt, dass der Boxer das Nichtbestreiten des Kampfes zu vertreten hat, würde z.B. auch eine Erkrankung oder Absage des Gegners zu einer Verlängerung führen können. Auch dieser Verlängerungstatbestand ist nicht durch eine Höchstdauer begrenzt und kann mehrfach verwirklicht werden.
- 87 Unter Berücksichtigung einer sechsjährigen Vertragslaufzeit sowie der genannten Verlängerungstatbestände kann sich der Kündigungsausschluss nach § 627 BGB und die exklusive Bindung des Boxers an die Beklagte über einen ganz erheblichen Teil der aktiven Laufbahn eines Profiboxers erstrecken. Selbst wenn die Aufbauleistung der Beklagten ebenfalls zu würdigen ist, ist ein so langdauernder Ausschluss dieses wichtigen Kündigungsrechts jedenfalls durch AGB nicht möglich und verstößt – auch unter Berücksichtigung des Grundrechts des Profiboxers aus Art 12 GG – gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.
- 88 ee) Das nicht wirksam ausgeschlossene Kündigungsrecht des Klägers ist auch nicht dadurch entfallen, dass der Kläger nach dem Scheitern der Verhandlungen zwischen den Parteien über eine Vertragsänderung im Jahre 2009 mit e-mails vom 06.07.2009 und 31.08.2009 erklärt hat, dass er zu den Bedingungen des alten Vertrages boxen bzw. den alten Vertrag erfüllen wolle. Dem Landgericht mag zuzustimmen sein, dass die Beklagte diese e-mails dahingehend verstehen durfte, dass der Kläger die Verlängerungsoption, dessen Wirksamkeit vom Kläger im Zuge der Korrespondenz in Frage gestellt worden war (e-mail vom 29.06.2009, Anlage B 16) nicht mehr in Zweifel ziehen wollte und eine sechsjäh-

- rige Vertragslaufzeit akzeptierte. Hierin mag insbesondere eine nachträgliche individuelle Vereinbarung der Vertragslaufzeit zu sehen sein, falls deren Regelung hier ebenfalls als AGB einzustufen sein sollte. Indessen haben die e-mails nicht den Erklärungswert, dass der Kläger zugleich auf das Kündigungsrecht aus § 627 BGB verzichten wollte oder der Ausschluss des Kündigungsrechts nunmehr als individuell ausgehandelt anzusehen ist. Denn unstreitig war die Wirksamkeit von Ziff. 12.6 während der Verhandlungen über die Vertragsänderung zu keinem Zeitpunkt im Streit. Wie schon oben ausgeführt, ist das Aushandeln der Vertragslaufzeit auch nicht „automatisch“ mit dem Wegfall des Kündigungsrechts nach § 627 BGB verbunden.
- 89 ff) Der Senat vermag entgegen dem Landgericht auch nicht zu erkennen, dass der Kläger aufgrund der e-mails vom 06.07. und 31.08.2009 und des Bestreitens zweier Boxkämpfe im Jahre 2009 gemäß § 242 BGB gehindert war, am 22.01.2010 eine Kündigung nach § 627 BGB auszusprechen. Es ist nichts dafür vorgetragen oder sonst wie ersichtlich, dass der Kläger seinen Willen zur Erfüllung des ursprünglichen Vertrages zum damaligen Zeitpunkt nur zum Schein abgegeben hat, um sich bei der nächsten Gelegenheit nach § 627 BGB von dem Vertrag loszusagen. Die e-mails deuten eher darauf hin, dass auch der Kläger zum damaligen Zeitpunkt auf eine positive Fortführung der Restlaufzeit des Vertrages hoffte. Die Durchführung eines Boxkampfes noch im November 2009 spricht ebenfalls dafür. Ausweislich der Korrespondenz (Anlage B 10) kam es wohl erst später zu so starken Unstimmigkeiten über die Förderung der sportlichen Karriere des Klägers, dass schließlich die Kündigung des Klägers nach § 627 BGB im Januar 2010 erfolgte.
- 90 2. Soweit die Parteien die Widerklage übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren der Beklagten gemäß § 91a ZPO die Kosten aufzuerlegen. Die Unterlassungsanträge, denen das Landgericht stattgegeben hat, waren wegen der Vertragsbeendigung bereits am 22.01.2010 von Anfang an unbegründet.
- 91 Die Entscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 und 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.