

Georgios Gounalakis/Lydia Klose-Mokroß

Rechtsfragen des Nachhilfeunterrichts

1. Einführung

Aufgrund immer höher geschraubter Qualifikationserwartungen im Berufsleben nehmen schon in der Schule die Anforderungen an die Kinder und der Notendruck immer weiter zu. So ist es nicht verwunderlich, daß der schulbegleitende Unterricht kommerzieller Nachhilfefirmen von immer mehr Schülern, und zwar nicht nur von Gymnasiasten, sondern in steigendem Maße auch von Haupt- und sogar Grundschulern in Anspruch genommen wird. An diesem Nachhilfebedarf partizipieren traditionell auch nebenberuflich tätige Lehrer, ältere Schüler oder Studenten. Die sich bei Anbahnung, Abschluß, Durchführung und Beendigung ergebenden Rechtsfragen solcher auf den Gegenstand des Nachhilfeunterrichts bezogenen privaten Unterrichtsverträge, aber auch deren gewerbe- und wettbewerbsrechtliche Fragen sollen im folgenden überblicksartig skizziert werden.

2. Untersuchungsgegenstand

2.1. Definition

Da es weder eine gesetzliche noch eine von der Rechtsprechung entwickelte Definition des »Nachhilfeunterrichts« gibt, muß zunächst der Gegenstand der Untersuchung umrissen werden. Traditionell wird unter Nachhilfeunterricht die private Betreuung und Unterrichtung eines – zumeist minderjährigen – Schülers, und zwar unterrichtsbegleitend zu öffentlichen Schulen verstanden. Dabei sind folgende Schwerpunkte zu erkennen:

1. Betreuung und Beaufsichtigung der Anfertigung der Hausaufgaben insgesamt,
2. bloßes Wiederholen und Nacharbeiten des bereits in der Schule »durchgenommenen« Stoffes,
3. Aufarbeiten von Wissenslücken in bestimmten Schulfächern und
4. gezieltes Lernen für das Bestehen einer bestimmten Klausur.

Nachhilfeunterricht kann im Einzel- oder in schulmäßig organisiertem Gruppenunterricht gelehrt werden¹. Veranstalter des Unterrichts kann ein einzelner Privat»lehrer« oder ein Nachhilfe-»Unternehmen« sein; der Unterricht kann gewerbsmäßig, nur gelegentlich oder als sog. Gefälligkeitsverhältnis betrieben werden. Er kann durch ausgebildete Lehrer, Schüler einer höheren Jahrgangsstufe oder Studenten abgehalten werden. Außer Betracht zu bleiben haben nachfolgend alle sonstigen denkbaren Formen der Nachhilfe im weitesten Sinne, etwa wenn begleitend zu staatlichem Hochschulunterricht gelehrt wird – z. B. in Repetitorien, die auf Hochschulabschlüsse vorbereiten, weil Repetitorien vom herkömmlichen Wortsinn des Begriffes »Nachhilfe« nicht erfaßt werden.

¹ Letzteres z. B. im Fall BVerwGE 78, 6 und LG Frankfurt MDR 1976, 313.

2.2. Direkt- oder Fernunterricht

Privater Unterricht² kann als Direkt- oder Fernunterricht stattfinden. Für letzteren gilt das FernUSG, während es für den privaten Direktunterricht an einem geschlossenen juristischen Schutzkonzept fehlt. Für die rechtliche Behandlung des Nachhilfeunterrichts ist deshalb maßgeblich, ob er in Form des Fern- oder des Direktunterrichts stattfindet. Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Nr. 1 FernUSG handelt es sich dann um Fernunterricht, wenn Lehrender und Lernender ausschließlich oder überwiegend getrennt sind. Erforderlich für die oben beschriebenen Formen des schulbegleitenden Nachhilfeunterrichts sind neben der Parallelität zum Schulunterricht vor allem Aufsicht und Anleitung. Betrachtet man die in der Rechtsprechung zu dem Vertragsgegenstand »Nachhilfe« entschiedenen Fälle³, so lag fast ausnahmslos die direkte, ohne räumliche Trennung stattfindende Betreuung und Anleitung durch den Lehrer, mithin also Direktunterricht, zugrunde, weshalb für die folgende Untersuchung der Bereich des Fernunterrichts außer Betracht bleiben⁴ soll.

3. Gesetzliche Voraussetzungen für die Erteilung von gewerblichem Nachhilfeunterricht

Wird der Nachhilfeunterricht nicht als reine Gefälligkeit oder soziale Hilfe (dazu noch unten), sondern gewerblich erteilt, so stellt sich zunächst die Frage nach der gewerberechtlichen, aber auch schulgesetzlichen Zulässigkeit.

3.1. Gewerberechtliche Voraussetzungen

Sehr umstritten ist, ob die selbständig-unternehmerische oder geschäftlich-gewerbliche Veranstaltung von Nachhilfeunterricht der Anzeige gemäß § 14 GewO bedarf oder nach § 35 GewO untersagt werden darf. Dabei ist zunächst zweifelhaft, ob die Gewerbeordnung auf das private Unterrichtswesen überhaupt Anwendung findet. Denn nach § 6 GewO ist »das Unterrichtswesen« – von wenigen Ausnahmebestimmungen abgesehen – aus der Gewerbeordnung ausgeklammert. Fraglich ist also die gewerberechtliche Definition des Begriffes »Unterrichtswesen«. Vereinzelt wird der gewerberechtliche Begriff des »Unterrichtswesens« in einem umfassenden Sinn verstanden, nämlich als Oberbegriff für das Hochschulwesen, das Schulwesen und das freie Unterrichtswesen⁵, so daß auch der Nachhilfeunterricht aus dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung herausfiel.

Nach zutreffender h. A. unterliegen dagegen alle diejenigen Unterrichtsveranstaltungen, für die das Landesrecht keine abschließende Regelung trifft, insoweit der Gewerbeord-

2 Zur Abgrenzung zum öffentlichen Bildungssystem vgl. Gilles/Heinbuch/Gounalakis, Handbuch des Unterrichtsrechts, 1988, Rn. 4. Zum privaten Unterrichtsrecht s. Gounalakis, Privates Unterrichtsrecht, NWB (Neue Wirtschafts-Briefe) 1990 (Fach 30), S. 777ff.; ders., Das Recht der privaten Unterrichtsverträge, ZAP (Zeitschrift für die Anwaltspraxis) 1990 (Fach 6), S. 35ff.

3 Z.B. BVerwGE 78, 6; OLG Hamm WRP 1986, 108; WRP 1980, 155; LG Frankfurt/M. MDR 1976, 313.

4 Zu den entsprechenden Problemen des Fernunterrichts vgl. aber Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O.

5 So Heckel RdJ 1965, 85, 87f.; von Ebner GewArch 1985, 1, 9.

nung, als sie gewerblich betrieben werden⁶. Begründet wird dies damit, daß der Gesetzgeber mit der Aufnahme des »Unterrichtswesens« in den Katalog des § 6 GewO lediglich habe sicherstellen wollen, daß die gesamte Unterrichtsgesetzgebung der Länder unberührt bleibt⁷, um Normkonflikte zwischen dem die Erteilung von Unterricht regelnden Landesrecht und dem die Gewerbeausübung regelnden Reichs- bzw. Bundesrecht zu vermeiden. Daß der Gesetzgeber nicht jedweden Unterricht von der Geltung der Gewerbeordnung habe ausnehmen wollen, werde auch durch § 35 GewO a.F. bestätigt, wonach die Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht als Gewerbe denjenigen untersagt werden durfte, der wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft worden war.

Für die Begründung einer Anzeigepflicht bei Veranstaltung von Nachhilfeunterricht ist nach § 14 GewO aber weiterhin erforderlich, daß es sich dabei um ein »Gewerbe« handelt. Es liegt vor bei jeder nicht sozial unwertigen, d.h. generell nicht verbotenen, auf Gewinnerzielung gerichteten und auf Dauer angelegten selbständigen Tätigkeit, wobei Urproduktion, freie Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern) und bloße Verwaltung eigenen Vermögens ausgenommen sind.⁸

Die Frage, ob es sich bei der Veranstaltung von Nachhilfeunterricht nicht um ein Gewerbe, sondern um eine »persönliche Dienstleistung höherer Art« handelt, ist eine Frage des Einzelfalls. Grundsätzlich wird danach differenziert, ob die Dienstleistungen eine »höhere Bildung« erfordern oder nicht. Unter »höherer Bildung« versteht die Rechtsprechung in der Regel ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium⁹.

Das BVerwG hatte folgenden Fall zu entscheiden: Die Klägerin, die sich gegen eine Ordnungsverfügung bezüglich einer Anzeigepflicht nach § 14 GewO wandte, war eine juristische Person, die die Durchführung von Schülernachhilfekursen in Einzel- und Gruppenunterricht für alle Schularten sowie die Durchführung von Schreibmaschinen- und Sprachkursen anbot. Das Gericht entschied in Übereinstimmung mit den unteren Instanzen¹⁰, daß keine Dienste höherer Art geleistet würden: Hauptbestandteil und prägendes Element sei die Hausaufgabenbetreuung. Die hierzu erforderlichen Hilfeleistungen könnten ohne weiteres von Schülern einer höheren Jahrgangsstufe oder von Studenten erbracht werden. Das Berufungsgericht hatte präzisiert, es handele sich im wesentlichen um mehr als um bloße Beaufsichtigung und um »weniger« als Schulunterricht. Da dies eine andere Leistung als die Lehrtätigkeit des Lehrers in der Schule sei, könne für sie nicht dieselbe Ausbildung wie für einen Lehrer verlangt werden: Für die beschriebene Art der Hausaufgabenbetreuung seien zwar Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich, die über diejenigen der zu betreuenden Schüler hinausgingen. Die Lehrkraft müsse den Stoff, der Gegenstand der Hausaufgaben sei, vollkommen beherrschen und erklären können. Hierzu seien gute Schüler einer höheren Jahrgangsstufe und Studenten des betreffenden Faches ohne weiteres in der Lage. Eine höhere Dienstleistung, für die eine »höhere Bildung« erforderlich sei, liege hier also nicht vor¹¹.

6 So z.B. BVerwG 78, 6, 10ff. m.w.N. für die reichsgerichtliche und oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung; ferner Vogel, Das Recht der Schulen und Heime in freier Trägerschaft, 1984, S. 120; Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. S. 59 m.w.N.

7 BVerwG a.a.O. S. 11 m.w.N.

8 BVerwGE a.a.O. S. 6, 8.

9 BVerwG a.a.O. S. 8 m.w.N.

10 AG Aachen GewArch 1985, 17; OVG Münster GewArch 1985, 372.

11 BVerwG a.a.O. S. 9f.

Im gleichen Sinne entschied das OVG Lüneburg¹² für einen Fall der Untersagung gemäß § 35 GewO: Durch eine GmbH wurde Nachhilfeunterricht im Einzel- oder Gruppenunterricht für Real- und Gymnasialschüler erteilt einschließlich einer Hausaufgabenbetreuung. Das Gericht stufte den Unterricht als Betrieb eines »Paukstudios« ein und sprach eine Qualifikation als »Dienstleistung höherer Art« ohne nähere Begründung ab.

Demgegenüber wird in der Literatur¹³ für die Anwendung des § 6 GewO dann eine Dienstleistung höherer Art angenommen, wenn die Hausaufgabenbetreuung und Nachhilfe im Bereich der gymnasialen Oberstufe erteilt wird.

Festzustellen ist, daß bei der Qualifikation unterrichtender Tätigkeit als »gewerblich« oder »freiberuflich« sowohl die verwaltungsrechtliche Literatur als auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung dazu neigen, das Vorliegen von Dienstleistungen höherer bzw. freiberuflicher Art zu verneinen, um die fraglichen Betätigungen den erwünschten gewerberechtlichen Gesetzeskontrollen zu unterwerfen¹⁴.

Der Rechtsprechung ist zuzugeben, daß Nachhilfeunterricht in Form der Betreuung bei der Erledigung von Hausaufgaben, aber auch in Form des Aufarbeitens von Verständnisschwierigkeiten von Schülern höherer Jahrgangsstufen oder Studenten abgehalten werden kann und wohl auch traditionell abgehalten wird. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß in Einzelfällen, bei denen es z. B. der Aufarbeitung größerer Wissenslücken und eines gewissen pädagogischen Geschickes oder einer bestimmten Autorität bedarf, eine höhere Bildung in Form eines abgeschlossenen pädagogischen Studiums erforderlich sein kann. In solchen Einzelfällen ist daher die Gewerbeordnung nicht anzuwenden. Eine pauschale Qualifikation des Nachhilfeunterrichts in seinen verschiedenen Ausprägungen in der Weise, daß es sich nie um Dienste höherer Art handeln kann, ist daher nicht möglich. Es kommt immer auf den Einzelfall an.

3.2. Schulgesetzliche Voraussetzungen

Zwar sind freie Unterrichtseinrichtungen keine Schulen im verfassungsrechtlichen Sinne¹⁵, so daß Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG für sie nicht gilt. Sie können jedoch gemäß Art. 12 Abs. 1 GG frei errichtet werden, wobei auch minderjährige Schüler unterrichtet werden dürfen. Die einzelnen Landesgesetze treffen daher z. T. Regelungen für freie Unterrichtseinrichtungen, um sie in die Schulgesetze einzubeziehen, von diesen auszunehmen oder die Möglichkeit einer Anerkennung zu schaffen¹⁶. Soweit eine landesgesetzliche Regelung besteht, kann im Rahmen dieser Darstellung für die Einzelheiten nur auf diese Bezug genommen werden. Insbesondere für den Nachhilfeunterricht soll auf § 10 PSchG Bln und § 33 PSchG Sl hingewiesen werden, die eine Anzeigepflicht für gewerblich betriebene freie Einrichtungen vorsehen, wenn dabei regelmäßig auch Minderjährige erfaßt werden.

Umstritten ist aber das Verhältnis der Vorschriften der Gewerbeordnung zu den landesgesetzlichen Sonderregeln. Einigkeit herrscht darüber, daß die Gewerbeordnung auf gewerblichen Unterricht Anwendung findet, soweit keine Landesgesetzgebung zu diesem

12 GewArch 1977, 368.

13 Ebner, GewArch 1985, 376, 377.

14 Vgl. auch Gilles/Heinbuch/Gounalakis a. a. O. Rn. 62; für die parallele Problematik und deren umgekehrte Handhabung bei der Qualifikation von Diensten höherer Art im Rahmen des § 627 BGB vgl. noch unter 5.7.1.

15 Zur Abgrenzung vgl. Vogel a. a. O. S. 21 und S. 120.

16 Näheres bei Vogel a. a. O. S. 120.

Bereich existiert¹⁷. Die Auffassungen gehen jedoch bei der Frage auseinander, ob neben einer landesgesetzlichen Regelung die GewO anwendbar bleibt¹⁸. Wollte man die Geltung der Gewerbeordnung neben den landesgesetzlichen Vorschriften ausschließen, so bedeutete dies, daß in einem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Nr. 11 GG) landesrechtliche Regelungen bundesrechtliche verdrängen könnten. Daher sollte die Gewerbeordnung daneben anwendbar bleiben.

4. Wettbewerbsrechtliche Probleme des kommerziellen Nachhilfeunterrichts

Die bereits beschriebene Bedeutung des Nachhilfeunterrichts und der dadurch bedingten Entstehung kommerzieller Nachhilfefirmen hat neben den gewerberechtlichen auch wettbewerbsrechtliche Fragen aufgeworfen. Unter den Werbemitteln steht die Inseratenwerbung in Anzeigenteilen von Tages- und Wochenzeitungen, Unterhaltungs- oder Fachzeitschriften im Vordergrund, wobei in bezug auf den hier interessierenden Nachhilfeunterricht die Gerichte vor allem mit Fällen der Irreführung i. S. v. §§ 1, 3 UWG befaßt waren.

Wettbewerbsrechtliche Probleme tauchen zum einen bei Bezeichnungen und Beschreibungen des Unterrichtsveranstalters als solchem auf. Das OLG Hamm¹⁹ hatte darüber zu entscheiden, ob die Inseratenwerbung einer GmbH für die gewerbsmäßige Erteilung von Nachhilfeunterricht für Schüler unter der Bezeichnung »Schülerhilfe« insofern irreführend i. S. v. § 3 UWG ist, als das Weglassen des GmbH-Zusatzes sowie der Firmenbestandteil »-hilfe« den Eindruck erwecke, es handele sich um ein »gemeinnütziges und besonders preiswertes Unternehmen« oder um eine »nur im Interesse der Schüler gegründete Selbsthilfeorganisation«. Das Gericht lehnte jedoch das Vorliegen eines Unterlassungsanspruchs gemäß § 3 UWG wegen Irreführung ab: Dem GmbH-Zusatz komme in dieser Hinsicht keine Bedeutung zu, da auch gemeinnützige Unternehmen vielfach in der Rechtsform der »GmbH« betrieben würden. Auch das Schlagwort »-hilfe« sei nicht geeignet, Gedankenverbindungen zur Gemeinnützigkeit hervorzurufen, da ein solcher Zusatz in einer Vielzahl von Firmen- oder Organisationsbezeichnungen vorkomme, deren Benutzer keineswegs nur gemeinnützige Zwecke verfolgten (z.B. Pannenhilfe, Lohnsteuerverein).

Eine Irreführung i. S. v. § 3 UWG sah das OLG Hamm²⁰ jedoch in einem Fall als gegeben an, in dem ein Unternehmen mit der Anzeige geworben hatte: »Unsere Fachkräfte bieten eine Beaufsichtigung der Hausaufgaben und gezielte Nachhilfe preiswert und erfolgreich«, obwohl der Unterricht nicht nur durch staatlich geprüfte Lehrer, sondern auch durch Studenten erteilt wurde. Die Erteilung von Nachhilfeunterricht für Schulkinder sei eine pädagogische Maßnahme, die grundsätzlich Aufgabe von Lehrern sei. Es sei deshalb wahrscheinlich, daß Eltern irregeführt würden, wenn die Erteilung von Nachhilfeunterricht durch Fachkräfte angeboten werde, obwohl insoweit auch Studenten zum Einsatz kämen.

Auch Angaben zu dem Ergebnis, Abschluß und Erfolg der Unterrichtsleistungen können

17 Vgl. Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. S. 67; Landmann/Rohmer-Marcks § 6 GewO Rn. 17; § 14 GewO Rn. 28.

18 Dafür Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O.; a.A. Landmann/Rohmer-Marcks a.a.O.; Vogel a.a.O. S. 121.

19 WRP 1986, 108.

20 MDR 1980, 500 = WRP 1980, 155.

Gegenstand einer irreführenden Werbung sein. Das OLG Hamm²¹ und das LG Bochum²² hatten über eine Anzeigenwerbung zu entscheiden, in der versprochen wurde, »Durch gezielte Nachhilfe und Beaufsichtigung der Hausaufgaben führen unsere erfahrenen Fachkräfte auch Ihr Kind preiswert zum Klassenziel« und »Unsere Fachkräfte bieten eine Beaufsichtigung der Hausaufgaben und gezielte Nachhilfe preiswert und erfolgreich«.

Der Zusammenhang der beiden Aussagen »auch Ihr Kind preiswert zum Klassenziel« mit dem Wort »erfolgreich« führte nach der Meinung des OLG Hamm zu einer irreführenden Erfolgszusage.

Ebenfalls als eine irreführende Erfolgszusage sah der BGH²³ die Werbung mit der Angabe »Bewährte Nachhilfekurse bietet die Schülerhilfe. Bei Mißerfolg Geld zurück« an. Es werde der Eindruck erweckt, daß neben dem Versprechen der Kostenrückerstattung bei negativem Ausgang auch Gewähr für eine erfolgreiche Nachprüfung geboten werde. Da sich kein Kaufmann und Institutsinhaber die Rückerstattung des Entgelts gegenüber einer Vielzahl von Kunden leisten könne, sei bei Werbeaussagen, die für den Fall des Mißerfolgs die Rückzahlung des Entgelts versprächen, das Publikum bereit zu glauben, daß sich der Werbende seines Erfolgs völlig sicher sei und nicht mit einem nennenswerten Mißerfolg rechne.

5. Rechtsverhältnis zwischen Nachhilfeunterrichtsveranstalter und Nachhilfeschüler bzw. seinen Eltern

5.1. Rechtliche Qualifikation

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Nachhilfeunterrichtsveranstalter und dem Nachhilfeschüler bzw. seinen Eltern kann zum einen auf vertraglicher Grundlage beruhen oder als sog. bloßes Gefälligkeitsverhältnis ausgestaltet sein.

Letzteres setzt ein unentgeltliches und uneigennütziges Verhalten des Gefälligen voraus, wobei kein Rechtsbindungswille bestehen darf²⁴. Kein Vertrag wird zumeist zugrunde liegen, wenn eine Mutter ihrem eigenen und den Nachbarskindern Nachhilfeunterricht als bloße soziale Hilfe gibt. Ein Gefälligkeitsverhältnis begründet weder Erfüllungs- noch Aufwendungsersatzansprüche, schafft aber einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung. Der Gefällige haftet auch gemäß §§ 823 ff. BGB oder analog den Grundsätzen über c.i.c., wenn und soweit durch den sozialen Kontakt zwischen den Beteiligten eine vertragsähnliche Sonderstellung entsteht²⁵.

Wie sich aus den im Gesetz geregelten Gefälligkeitsverträgen ergibt (§§ 662, 516, 598, 690 BGB) kann aber auch in Fällen der Uneigennützigkeit und Unentgeltlichkeit ein Rechtsbindungswille gegeben sein, so daß trotzdem eine vertragliche Grundlage anzunehmen ist. Ob ein Rechtsbindungswille bei den Beteiligten besteht, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen²⁶, wobei es auf die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, vor allem für den Begünstigten, auf Art, Grund und

21 WRP 1980, 155.

22 AZ 12 O 107/79; Nachweis bei OLG Hamm a.a.O.

23 NJW 1983, 1327f.

24 BGHZ 21, 102, 107.

25 Palandt-Heinrichs, BGB, 51.A., vor § 241 Rn. 10 m. w.N.

26 BGH a.a.O.

Zweck der Gefälligkeit sowie auf die Interessenlage ankommt²⁷. So wird z.B. bei der Überlassung der Aufsicht über die zu einem Geburtstag eingeladenen Kinder ein Rechtsbindungswille bejaht²⁸. Im Rahmen staatlicher und privater Bildungsarbeit wird sich meistens der Veranstalter trotz der Unentgeltlichkeit des Kurses dem Teilnehmer gegenüber zur Erbringung einer Unterrichtsleistung verpflichten, wobei es sich auf seiten des Veranstalters dann um eine Schenkung handelt²⁹.

Die meisten Rechtsverhältnisse zwischen Nachhilfeschüler bzw. seinen Eltern und Unterrichtsveranstalter werden jedoch als entgeltliche Verträge ausgestaltet sein. Fraglich ist, welchem gesetzlichen Vertragstypus dieser Vertrag zuzuordnen ist. Denn danach bestimmt sich, inwieweit zwingendes Recht besteht, von dem durch die Vertragsgestaltung nicht abgewichen werden darf, oder welches gesetzliche Leitbild für eine Prüfung nach § 9 Abs. 2 S. 1 AGBG maßgebend ist. Dabei richtet sich die Einordnung nicht nach dem erklärten Willen der Parteien³⁰, vielmehr muß in jedem Einzelfall die konkrete Ausgestaltung der Vereinbarung überprüft und ggf. einem Vertragstypus des BGB zugeordnet werden. Dabei sind auch Mischformen, Vertragsverbindungen oder sog. atypische Verträge möglich³¹.

Für einen entgeltlichen Vertrag mit dem oben unter 2.1. beschriebenen Vertragsgegenstand kommt an erster Stelle die Einordnung als Dienstvertrag (§ 611 BGB) in Betracht. Erforderlich dazu ist, daß sich eine Partei gegen Zusage einer Vergütung zur Leistung von Diensten oder sonst. Tätigkeiten verpflichtet. Die vom Nachhilfelehrer bzw. Unterrichtsveranstalter geleisteten Dienste sind – je nach Vertragsgestaltung – die Betreuung der Hausaufgaben, die Anleitung oder Unterweisung im Aufarbeiten des Schulstoffes, die Unterrichtung zum Zwecke der Beseitigung von Wissenslücken oder das gezielte Vorbereiten auf eine Klausur, so daß in den meisten Fällen eine Tätigkeit, kein Erfolg geschuldet ist. So werden dann auch sog. Unterrichtsverträge, unter die der Vertragsgegenstand der Nachhilfe üblicherweise eingeordnet wird³², zumeist als Dienstverträge angesehen³³.

Denkbar ist aber auch, daß die Parteien einen bestimmten Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts (§ 631 ff. BGB) verabreden haben, z.B. das Erreichen des Klassenziels durch Versetzung in die höhere Jahrgangsstufe oder das Bestehen einer bestimmten Klausur. Das OLG Stuttgart³⁴ lehnt die Möglichkeit der Charakterisierung als Werkvertrag grundsätzlich ab. Zur Begründung führt es aus, daß das Entstehen des Unternehmens für den Erfolg als das den Werkvertrag gegenüber dem Dienstvertrag kennzeichnende Element beim Ausbildungs- und Unterrichtsvertrag ausscheide, weil der Erfolg wesentlich von der Bereitschaft und Fähigkeit des Schülers zur Mitarbeit abhängt, also von einem außerhalb des Haftungsbereichs des Unternehmens liegenden Umstand. Das Gericht verkennt jedoch, daß es nicht auf die »Natur« des Vertrages, sondern auf die konkrete Vereinbarung ankommt. Wenn der Veranstalter eines Unterrichts den Erfolg als sicher

27 *Palandt-Heinrichs* a.a.O. m.w.N.

28 OLG Celle NJW-RR 1987, 1384.

29 *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a.a.O. Rn. 177.

30 BGHZ 71, 189, 191; 74, 204, 207.

31 Zum Ganzen vgl. *Palandt-Heinrichs* a.a.O. Einf. vor § 305 Rn. 11 ff.

32 *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a.a.O. Rn. 10; *Wolf* in *Wolf-Horn-Lindacher* AGBG, 2.A. 1989, § 9 Rn. U 1; *Brandner* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG, 6.A. 1990, Anh. §§ 9–11 Rn. 764.

33 Vgl. *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a.a.O. Rn. 246; *Wolf* a.a.O.; *Brandner* a.a.O.; *Gounalakis* ZAP 1990 (Fach 6), S. 40.

34 Urteil vom 27. 11. 69, AZ 3 U 101/69.

ansieht, ihn als vertraglich geschuldete Leistung in sein Leistungsprogramm aufnimmt und sein Entgelt vom Erfolg abhängig macht, so ist das sein Risiko. Letztlich wird es für die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag in diesen Fällen auf die Auslegung der Parteivereinbarung, insbesondere auf den zum Ausdruck gekommenen Willen des Unterrichtsveranstalters ankommen. Zuzugeben ist jedoch, daß eine solche Vereinbarung in der Praxis nur in äußerst seltenen Fällen vorkommen wird. Deshalb soll für die folgende Darstellung vom Vorliegen eines Dienstvertrags ausgegangen werden.

Ein Nachhilfeunterrichtsvertrag kann auch mit einem Abzahlungskauf gemischt oder gekoppelt sein, wenn z.B. zusätzlich zum Unterrichtsvertrag noch ein Abzahlungskauf i. S. d. Verbrauchercreditgesetzes bestimmter Lehrmittel vereinbart wird. Zu beachten ist jedoch, daß ohnehin im Rahmen des Unterrichtsvertrages zu liefernde Gegenstände wie Unterrichtsmaterialien, geringwertige Arbeitshilfen u. ä. für die Annahme eines Abzahlungskaufes nicht ausreichen, selbst dann nicht, wenn sie in die Kalkulation miteinbezogen und durch die ratenweise Zahlung des Teilnehmers auf den Unterricht mitentgolten werden³⁵. Umgekehrt kann ein gemischter Vertrag zwischen Unterrichtsvertrag und Abzahlungskauf aber nur dann vorliegen, wenn der Teilnehmer extra berechnete Lehrmittel erwirbt, zu deren Erwerb er allein durch Abschluß des Unterrichtsvertrags veranlaßt wurde und die für ihn allein in Zusammenhang mit dem Unterrichtsvertrag wirtschaftlich sinnvoll sind. Ist ein solcher Zusammenhang gegeben, kommt es für die Rechtsanwendung darauf an, welcher Vertragsteil in dem gemischten Vertrag dominiert³⁶: Im Falle der Kollision zwischen gesetzlichen Vorschriften verdrängen die des Vertragstyps, der den Schwerpunkt bildet, die des anderen.

Bei einem gekoppelten Vertrag, d.h. wenn der Unterrichtsvertrag mit einem oder mehreren ansonsten rechtlich selbständigen Verträgen (rein wirtschaftlich oder äußerlich durch Zusammenfassung in einer Urkunde) verbunden ist, ist auf jeden das für diesen Vertrag geltende Recht anzuwenden³⁷.

Liegt ein finanziert Unterrichtsvertrag vor, d.h. wenn die Zahlungsverpflichtung des Teilnehmers bzw. seiner Eltern von Dritter Seite vorfinanziert werden, so kann ein Fall des § 9 VerbrKG gegeben sein. Nach Abs. 4 dieser Vorschrift findet der Einwendungsdurchgriff des § 9 Abs. 2 und das Widerrufsrecht des § 9 Abs. 2 VerbrKG auch auf verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKG Anwendung, wenn eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache gewährt wird. Eine solche andere Leistung kann auch in der Leistung von Diensten in Form von Unterricht bestehen³⁸. Einen Einwendungsdurchgriff vom Unterrichtsvertrag auf einen damit verbundenen Kreditvertrag hat der BGH schon vor dem Erlass des VerbrKG für einen finanzierten Unterrichtsvertrag zugelassen³⁹.

35 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 252.

36 Zu den Theorien für die rechtliche Behandlung gemischter Verträge im einzelnen Palandt-Heinrichs a.a.O. Einf. vor § 305 Rn. 24; zum ganzen vgl. auch Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 105, 252f.

37 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 204, 207, 258.

38 Vgl. Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler VerbrKG 1991 § 9 Rn. 46; Münstermann/Hannes VerbrKG § 9 Rn. 544.

39 WM 1987, 401; für die bis dahin geltende Rechtslage vgl. auch Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 263ff.

5.2. Vertragsanbahnung

Für den Bereich der Vertragsanbahnung hat die Rechtsprechung mangels einer hinreichenden Regelung im Gesetz die Haftung für vorvertragliches Verschulden entwickelt, die sog. culpa in contrahendo. Bei der Anbahnung eines Unterrichtsvertrages, der zu den gegenseitigen Verträgen gehört, bestehen wechselseitige vorvertragliche Pflichten, deren Verletzung beiderseits zu Schadensersatzansprüchen führen kann. Das Hauptaugenmerk muß in diesem Bereich jedoch auf den Pflichten des Veranstalters liegen, da ihn als Erbringer der Leistung »Unterricht« ungleich mehr Pflichten treffen, als den Kunden, dessen Kardinalpflicht in der Zahlung der Vergütung liegt.

Schadensersatzansprüche gegen den Veranstalter können auch in einem Anspruch auf Freistellung vom Vertrag bestehen, wenn der Vertrag bei pflichtgemäßem Verhalten nicht zustandegekommen wäre⁴⁰. Ansonsten ist der Schaden in erster Linie in der Belastung mit der Zahlungsverpflichtung aus dem Unterrichtsvertrag zu sehen, wobei einer Zahlungsklage des Unterrichtsveranstalters die sog. Dolo-petit-Einrede aus § 242 BGB (Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr)⁴¹ entgegengehalten werden könnte. Eine Pflicht zur Rückerstattung bereits gezahlter Beträge besteht gemäß § 249 BGB. Hinzu kommen alle darüber hinausgehenden kausalen Vermögenseinbußen oder nutzlosen Aufwendungen (z. B. Fahrtkosten).

Sofern sich der Unterrichtsveranstalter bei der Vertragsanbahnung eines Gehilfen bedient, muß er sich dessen Verhalten, aber auch dessen Wissen wie eigenes zurechnen lassen (§§ 278, 166 Abs. 1 BGB analog).

5.2.1. Aufklärungspflichten

Im Rahmen der vorvertraglichen Pflichten schuldet der Nachhilfelehrer bzw. Nachhilfeunterrichtsveranstalter dem Kunden vor allem eine umfassende Beratung. Diese muß zum einen auf alle objektiv erforderlichen Informationen für den in Aussicht genommenen Nachhilfeunterricht, aber auch auf alle subjektiv von dem Kunden geäußerten Erwartungen, Wünsche und Anforderungen eingehen, soweit dieser eine Erklärung erwarten durfte. Insofern ist sogar möglich, daß der Unterrichtsveranstalter von einem Unterricht abraten muß, falls feststeht, daß dieser den Schüler nicht weiterbringt. Denkbar ist das z. B., wenn Eltern bei schulmäßig organisiertem Nachhilfeunterricht auf die Aufnahme in eine höhere Jahrgangsstufe drängen, um dem Kind einen Wissensvorsprung zu verschaffen, obwohl es dabei keinesfalls dem Unterricht folgen könnte. Grundsätzlich können der Nachhilfeschüler bzw. dessen Eltern davon ausgehen, daß sie über alle erforderlichen Fragen vom Veranstalter informiert werden und daß diejenigen Punkte, über die sie nicht aufgeklärt werden, keine entscheidende Bedeutung haben⁴². Des weiteren gilt, daß die Aufklärung um so gründlicher erfolgen muß, je stärker die Bindung an den Vertrag ausgestaltet ist, so beispielsweise wenn weder die Möglichkeit zum alsbaldigen Rücktritt noch zur Kündigung besteht⁴³.

Die Verletzung einer Aufklärungspflicht nachzuweisen, obliegt grundsätzlich dem Teilnehmer bzw. seinen Eltern⁴⁴. Gelegentlich wurde von der unterinstanzlichen Rechtspre-

40 Gilles, NJW 1986, 1131, 1135 m. w. N.

41 Dazu im einzelnen *Palandt-Heinrichs* § 242 Rn. 52.

42 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a. a. O. Rn. 142 mit Hinweis auf OLG Stuttgart 10 U 87/70.

43 OLG Stuttgart MDR 1971, 216; LG Frankfurt BB 1970, 943f.

44 Dörner NJW 1979, 241, 243.

chung eine Beweislastumkehr angenommen und dem Unterrichtsveranstalter eine substantiierte Darlegungspflicht auferlegt, daß er der erhöhten Aufklärungspflicht gerecht geworden sei⁴⁵. Auch trägt das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen vorvertraglicher Pflichtverletzung und Schadenseintritt der Veranstalter; er muß also nachweisen, daß der Teilnehmer bzw. dessen Eltern von dem Vertrag auch dann nicht Abstand genommen hätten, wenn sie ordnungsgemäß aufgeklärt worden wären⁴⁶.

5.2.2. Verhaltenspflichten

Ein Kernstück des von der Rechtsprechung für Unterrichtsverträge herausgearbeiteten Pflichtenkatalogs besteht in der Überprüfung der persönlichen Eignung des Unterrichtsteilnehmers⁴⁷. Für den hier in Frage stehenden Nachhilfeunterricht ist dieser Bereich in der Praxis wenig relevant, da der Sinn des Nachhilfeunterrichts gerade darin besteht, die Eignung für eine bestimmte Jahrgangsstufe – in die sich der Nachhilfeschüler in bezug auf den öffentlichen Schulunterricht bereits befindet – herzustellen. Denkbar ist eine Überprüfungspflicht allenfalls, wenn es sich um schulmäßig organisierten Nachhilfeunterricht handelt und der Schüler in eine von seiner Jahrgangsstufe abweichende »Klasse« eingestuft werden soll.

5.3. Vertragsabschluß

5.3.1. Voraussetzungen

Der Vertragsschluß vollzieht sich durch ein zeitlich vorangehendes Angebot (§§ 145 ff. BGB) und die darauf folgende Annahme (§§ 147 ff. BGB). Alle im Vorfeld, also während der Vertragsanbahnungsphase abgegebenen Erklärungen wie die im Rahmen der Aufklärung angeforderten Erklärungen, Informationen und Tests sind als lediglich unverbindliche »*invitatio ad offerendum*« zu werten⁴⁸. Es müssen strenge Anforderungen an den Rechtsbindungswillen des Unterrichtsteilnehmers bzw. dessen Eltern, wie er sich nach vernünftiger Auslegung aus der Erklärung ergibt, gestellt werden.

In vom Veranstalter ausgearbeiteten Vertragsformularen findet sich häufig ein Annahmeerklärungsverzicht i. S. v. § 151 S. 1 BGB. Der Teilnehmer erfährt dann von der Annahme erst durch eine Zahlungsaufforderung, oder der »Einschreibungsantrag« gilt erst dann als angenommen, falls nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein ablehnender Bescheid ergeht⁴⁹. Solche Klauseln verstoßen im Regelfall gegen § 10 Nr. 1 AGBG⁵⁰. Die Klausel »Die Annahme des Antrags erfolgt mit Zugang beim Institut« ist nach § 9 AGBG unwirksam, da die Annahme eines Antrages grundsätzlich eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist und ein Zugang beim Veranstalter keine Willenserklärung i. S. v. § 147 BGB ersetzen kann⁵¹.

45 LG Frankfurt/M. 2/2 O 42/70.

46 BGHZ 61, 118, 120; BGHZ 64, 46, 51.

47 Vgl. dazu Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 143 ff. m.w.N.

48 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 158.

49 Letzteres im Fall LG Tübingen Urteil vom 21. 1. 1981, AZ 4 O 461/80; abgedruckt bei Bunte, Rspr. zum AGBG Bd. II, Nr. 58, S. 244.

50 LG Tübingen a.a.O.

51 LG München I NJW-RR 1992, 244.

5.3.2. Vertragabschluß durch Minderjährige

Bei dem hier in Frage stehenden schulbegleitenden Nachhilfeunterricht wird es häufiger vorkommen, daß Minderjährige den Vertrag abschließen. Der Vertrag ist dann gemäß § 107 BGB schwebend unwirksam, bis die gesetzlichen Vertreter ihre Zustimmung erteilen. Wird der Minderjährige nach Vertragsabschluß volljährig, und nimmt er die vertraglichen Leistungen des Veranstalters die ganze Zeit über in Anspruch, kann er sich später nicht mehr auf die Unwirksamkeit des Vertrags berufen⁵², denn dies stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar. Läßt sich der Minderjährige aus eigenem Antrieb entgeltliche Nachhilfe geben und zahlt es mit Mitteln des eigenen Taschengeldes, so ist der Vertrag nach § 110 BGB wirksam.

5.3.3. Vertragsabschluß durch Eltern für ihre Kinder

Schließen die Eltern ohne Zutun ihres Kindes einen Nachhilfeunterrichtsvertrag, kann einmal ein Fall der Stellvertretung oder aber ein Fall des Vertrags zugunsten Dritter vorliegen. Sind die Eltern als gesetzliche Vertreter ihres Kindes aufgetreten (§ 1629 Abs. 1 BGB), was durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist, ist zwischen dem Unterrichtsveranstalter und dem Nachhilfeschüler ein Vertrag zustande gekommen. Kontrahieren die Eltern im eigenen Namen mit dem Unterrichtsveranstalter, so ist in aller Regel § 328 BGB einschlägig. Das Kind erwirbt dann eine eigene Forderung auf Teilnahme am Unterricht⁵³, wobei Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich ist⁵⁴.

Ist der Nachhilfeschüler noch minderjährig, so ist fraglich, ob er das ihm zugewendete Recht gemäß § 333 BGB selbst ausschlagen kann, weil er die Notwendigkeit der Nachhilfe nicht einsieht oder lediglich zu »faul« ist. Die untergerichtliche Rechtsprechung hat dies überwiegend verneint⁵⁵. Sie sieht darin eine zustimmungsbedürftige Willenserklärung i. S. v. § 107 BGB, so daß die Zurückweisung durch den vertraglich verpflichteten Elternteil selbst erfolgen muß.

Die weitere rechtliche Behandlung der Weigerung des begünstigten Minderjährigen oder eines am Unterrichtsvertrag nicht beteiligten, aber sorgeberechtigten Elternteil ist streitig.

Z. T. wird hierin ein Fall nicht zu vertretener Unmöglichkeit (§§ 275, 323 BGB) gesehen⁵⁶ oder ein Fall von einer Seite zu vertretender Unmöglichkeit gemäß §§ 324, 325 BGB⁵⁷. Das AG Essen-Werden⁵⁸ wendet die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage an.

In der Literatur⁵⁹ wird bei der Weigerung eines Minderjährigen zur Teilnahme am Unterricht auf einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 BGB und damit auf ein Kündigungsrecht abgestellt. Dabei sollen für die Einräumung des Kündigungsrechts die Umstände des

52 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 163 mit Hinweis auf AG Hamburg-Wandsbek AZ 712 C 670/72.

53 A. A. LG Bielefeld NJW 1981, 1678 mit der insoweit unbefriedigenden Begründung, daß den Kindern kein eigener Anspruch auf die Leistung zustehe.

54 MüKo-Gottwald a.a.O. § 328 Rn. 23.

55 LG Limburg MDR 1979, 580; LG Tübingen DRiZ 1978, 187; LG Freiburg MDR 1981, 141.

56 LG Limburg a.a.O.; LG Tübingen a.a.O.; LG Osnabrück NdsRpfl. 1973, 26; LG Stade Nds. Rpfl. 1973, 16; Palandt-Heinrichs a.a.O. § 333 Rn. 4.

57 LG Freiburg a.a.O.; Schriever DRiZ 1978, 305, Anm. zu LG Bielefeld NJW 1981, 1678 und LG Tübingen a.a.O.

58 AZ C 421/72; vgl. Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 162.

59 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O.; Faber/Schade FernUSG 1980, Anm. 8.

Einzelfalls zu prüfen und die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen sein. Insbesondere soll berücksichtigt werden, ob sich der Kündigende des Interesses des begünstigten Dritten auch hinreichend vergewissert hat und ob bei Minderjährigen für den Vertragsschluß das Einverständnis aller Erziehungsberechtigten eingeholt wurde. Nur bei einer Zuwendung an einen voll Geschäftsfähigen könne eine rechtlich wirksame Zurückweisung nach § 333 BGB stets einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 BGB darstellen, während bei Minderjährigen, für die die Eltern Verträge im eigenen Namen schlossen, die Weigerung lediglich einen faktischen Grund für die Nichtteilnahme am Unterricht bedeute. Der vertragschließende Elternteil könne nicht selbst als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen allein oder zusammen mit dem anderen Elternteil die vertragliche Leistung zurückweisen, da dies gegen Treu und Glauben verstieße.

Für eine Lösung über § 626 BGB spricht, daß für den wichtigen Grund kein Verschulden vorausgesetzt wird⁶⁰. Das kann gerade wegen der Unberechenbarkeit von Minderjährigen von Vorteil sein. Im Gegensatz zu der Lösung über die §§ 323–325 BGB kann dann aber dem Unterrichtsveranstalter, der nicht für die Zurückweisung verantwortlich gemacht werden kann, wenigstens ein Teil der vereinbarten Vergütung gemäß § 628 BGB belassen werden⁶¹. Daher erscheint es sachgerechter, im Fall der Weigerung eines Minderjährigen oder eines zustimmungspflichtigen Elternteils § 626 BGB anzuwenden.

5.3.4. *Form und Vollkommenheit bzw. Bestimmtheit des Vertrages*

Ein Vertrag über die Erteilung von Nachhilfeunterricht kann als Direktunterrichtsvertrag grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden. Die Parteien müssen sich über alle Punkte, über die auch nach Meinung nur einer Partei eine Einigung herbeizuführen ist, geeinigt haben, sonst ist kein Vertrag zustandegekommen (§ 154 Abs. 1 BGB). Gerade in den Fällen, in denen Nachhilfeunterricht lediglich der Aufarbeitung bestimmter Wissenslücken dient, die z. B. durch einen Schulwechsel oder einen krankheitsbedingten Ausfall von Schulunterricht entstanden sind, werden einzelne Vertragspunkte wie die Dauer des Lehrgangs oder die Anzahl der Unterrichtsstunden bei Vertragsschluß häufig noch offenbleiben. Denn es hängt von vielen Faktoren ab, wann der Nachhilfeschüler den Vorsprung seiner Schulklasse eingeholt hat. Hier liegt kein offener Einigungsmangel i. S. d. § 154 Abs. 1 BGB vor, denn die Parteien haben ein Offenbleiben gerade gewollt. Den Nachweis dafür hat derjenige zu führen, der sich auf die Verbindlichkeit des Vertrages beruft⁶².

5.4. Vertragsinhalt

5.4.1. *Pflichten des Nachhilfeunterrichtsveranstalters*

Der Unterrichtsveranstalter schuldet die ordnungsgemäße Veranstaltung des vertraglich versprochenen Unterrichts. Das bedeutet für den hier interessierenden Nachhilfeunterricht: er schuldet Tätigkeiten in Form der oben unter 2.1. beschriebenen Definition. Er

60 Palandt-Putzo a. a. O. § 626 Rn. 41; es kann jedoch bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden.

61 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a. a. O. Rn. 162; vgl. noch unten 11 a.

62 Palandt-Heinrichs a. a. O. § 154 Rn. 6.

schuldet weiter, daß sein Unterricht auf einem pädagogischen Konzept beruht, das die Veranstaltung in nachprüfbarer Weise prägt⁶³.

Handelt es sich nicht um einen einzelnen Nachhilfelehrer, sondern um ein Unternehmen, das die gewerbsmäßige Abhaltung von Nachhilfeunterricht zum Gegenstand hat, so liegt eine Hauptpflicht auf der ordnungsgemäßen Auswahl und Überwachung des Personals, das den Unterricht im einzelnen erteilt⁶⁴. Von der pädagogischen Qualifikation der Lehrkräfte hängt der Erfolg der Teilnahme des einzelnen Schülers ab, weshalb der Veranstalter für diese Qualifikation auch einzustehen hat. Wenn es dem Lehrpersonal an den erforderlichen Nachweisen fehlt, stellt dies eine Vertragsverletzung dar, die zum Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung wegen Schlechterfüllung einer Hauptpflicht berechtigt, auch wenn im Einzelfall der betreffende Lehrer durchaus einen vernünftigen Unterricht erbringt⁶⁵. Für die genaue Bestimmung der Vertragspflichten ist insofern auch auf die Werbung oder Versprechungen eines Unterrichtsveranstalters abzustellen.

Ein im Zusammenhang mit Unterrichtsverträgen häufiger auftretendes Problem besteht darin, daß Veranstalter sich in AGB vorbehalten, den vereinbarten Ort und die vereinbarte Zeit der Erteilung des Unterrichts zu ändern. Dies ist gemäß § 10 Nr. 4 AGBG jedoch nur zulässig, wenn es unter Berücksichtigung der Interessen des Veranstalters für den Teilnehmer zumutbar ist. Bei der Zumutbarkeit, an die ohnehin hohe Anforderungen zu stellen sind, ist in Bezug auf den Nachhilfeunterricht insbesondere das Alter und die dadurch bedingte Schutzbedürftigkeit der Schüler zu berücksichtigen, wenn es z. B. um einen neuen Weg zum neuen Unterrichtsort oder um die Belastung der Eltern mit der Anfahrt geht.

Der Unterrichtsveranstalter von schulmäßig organisiertem Nachhilfeunterricht⁶⁶ kann die Unterrichtszeiten und -orte auch nicht von der Teilnehmeranzahl abhängig machen, denn die Abhaltung des Kurses liegt in seinem Risikobereich⁶⁷.

Ist in den AGB eines Unterrichtsveranstalters eine sog. Ferienklausel enthalten mit dem Inhalt: »Während vier Wochen innerhalb der Sommerferien, während der Oster- und Weihnachtsferien ... fällt der Unterricht ohne Kürzung des Unterrichtshonorars aus«, so verstößt diese gegen § 9 Abs. 1 AGBG⁶⁸. Zum einen widerspricht die formularmäßige Regelung, daß der Unterricht ohne Kürzung des Honorars ausfällt, dem für das Dienstvertragsrecht in § 614 S. 1 BGB niedergelegten Abhängigkeitsverhältnis zwischen Dienstleistung und Vergütung. Zum anderen verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot, weil der Kunde wegen der sich ständig ändernden staatlichen Schulferienregelung die Preiswürdigkeit der einzelnen Unterrichtsabschnitte nicht beurteilen kann⁶⁹. Auch während der Vertragsdurchführung obliegen dem Veranstalter umfassende, allge-

63 Zum Urheberrecht für einen Lehrplan vgl. BGH NJW-RR 1990, 1513.

64 *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a.a.O. Rn. 184; *Gounalakis* ZAP 1990 (Fach 6) S. 38; ders. NWB 1990 (Fach 30), S. 778.

65 So auch *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a.a.O. Rn. 184; hingewiesen sei hier auch nochmals auf den Fall OLG Hamm MDR 1980, 500 für den wettbewerbsrechtlichen Bereich, in dem unter der Bezeichnung »Fachkräfte« ausdrücklich nur ausgebildete Lehrer verstanden wurden.

66 Vgl. z. B. den Fall BVerwGE 78, 6.

67 *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a.a.O. Rn. 189; *Gounalakis* ZAP 1990 (Fach 6) S. 38.

68 OLG Frankfurt OLG Report 1992, 133 f. = NJW-RR 1992, 1297.

69 OLG Frankfurt a.a.O.; einen Fall des § 11 Nr. 2 a AGBG sieht das OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 1082 in der Klausel eines Fitneßstudios, daß das Center in den großen Ferien geschlossen werden kann, obwohl die Beitragspflicht bestehen bleibt; für den gleichen Fall hält das LG Köln NJW-RR 1988, 1084 § 9 AGBG für einschlägig.

meine Aufklärungs- und Hinweispflichten über alle für die Vertragsdurchführung interessierenden Umstände wie z.B. Lehrstoff, pädagogische und organisatorische Planung, den Einsatz von Lehrpersonal etc. Gerade in Bezug auf minderjährige Schüler kann je nach den Umständen des Einzelfalls eine Pflicht des Veranstalters bestehen, die Eltern zu informieren über Fortschritte, Lernunwilligkeit oder Fortbleiben des Kindes vom Unterricht.

Bedingt sich der Veranstalter in AGB das Auswechseln seiner Person bei der Erbringung der Leistung aus, so ist die Klausel unter den Voraussetzungen des § 11 Nr. 13 AGBG zulässig. Ein Dritter darf danach nur dann anstelle des Vertragspartners treten, wenn dieser in der betreffenden Vertragsbestimmung namentlich bezeichnet wird oder wenn zugleich mit der Übertragung auf einen Vertragspartner dem Kunden das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen. In bezug auf Unterrichtsverträge besteht jedoch eine besondere Situation: Vom Nachhilfeschüler bzw. dessen Eltern wird Vertrauen gerade in die höchstpersönliche Leistungsfähigkeit des Unterrichtsveranstalters als natürliche oder juristische Person gesetzt. Besonders wichtig ist dies im Hinblick darauf, daß im Falle des Nachhilfeunterrichts die Eltern in aller Regel ihre minderjährigen Kinder in Obhut und damit auch in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis geben. Deshalb spielt gerade die persönliche Integrität des Veranstalters eine große Rolle. Daher sollte über § 9 AGBG die Möglichkeit des Auswechselns des Vertragspartners weiter eingeschränkt werden⁷⁰.

5.4.2. Pflichten des Nachhilfeschülers bzw. seiner Eltern

Die Pflicht des Nachhilfeschülers bzw. seiner Eltern besteht primär in der Zahlung der vereinbarten Vergütung. Da es sich bei Nachhilfeunterrichtsverträgen zumeist um Dienstverträge handelt (vgl. bereits unter 5.1.), ist die vereinbarte Vergütung gemäß § 614 S. 1 BGB nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Läßt sich der Nachhilfeschüler lediglich eine einmalige Nachhilfestunde geben, um z.B. nur eine ganz konkrete Wissenslücke aufzuarbeiten, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Meistens ist ein Nachhilfeunterrichtsvertrag jedoch als sog. Dauerschuldverhältnis ausgestaltet. Ist die Vergütung dann nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten (§ 614 S. 2 BGB). Auch hier ist der Unterrichtsveranstalter also vorleistungspflichtig.

Da § 614 BGB dispositives Recht ist, treffen die Parteien häufig andere Regelungen. Wurden in AGB Vorauszahlungsklauseln vereinbart, die abweichend von der gesetzlichen Vorleistungspflicht zu Lasten des Teilnehmers eine Vorauszahlungspflicht für das gesamte Entgelt vorsehen, können diese nach § 9 AGBG unwirksam sein⁷¹.

Wird eine Anzahlung oder eine Einschreibgebühr vereinbart, so muß geprüft werden, ob damit nicht eigentlich Vorauszahlungspflichten gemeint sind. Derartige Regelungen sind bei Vereinbarung im Rahmen von AGB nach § 9 AGBG und bei individualvertraglicher Abrede nach § 242 BGB unwirksam⁷². Soll mit den sog. Einschreibgebühren die

70 Näher dazu Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 191.

71 Und nicht nach § 11 Nr. 2 a, BGHZ 100, 158, 161; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher § 9 Rn. U 4; für eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 2 FernUSG: Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. Anh. §§ 9–11 Rn. 764; Näheres bei Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 213 ff. m.w. Ausführungen auch zu teilweisen Vorauszahlungsklauseln.

72 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 215.

Durchführung von Eignungstests abgegolten werden, so liegt eine adäquate Gegenleistung zugrunde. Eine solche Vereinbarung ist wirksam⁷³.

Ist die Erbringung der Leistung des Teilnehmers in Raten bzw. Teilbeträgen vereinbart, sind an die Wirksamkeit kalendermäßiger Ratenzahlungsvereinbarungen strenge Anforderungen zu stellen. Denn geraten der Nachhilfeschüler bzw. seine Eltern mangels Bestimmbarkeit der Fälligkeitstermine mit den Raten in Verzug, kann dies schwerwiegende Rechtsfolgen nach sich ziehen (dazu noch unter 6a). Deshalb wird verlangt, daß die Fälligkeit nach dem Kalender bestimmt oder bestimmbar, der jeweilige Zahltag genannt und auch die Höhe der einzelnen Raten angegeben ist⁷⁴.

Die Preisnebenabrede: »Das Unterrichtshonorar wird in monatlichen Teilbeträgen von ... DM im Lastschriftverfahren erhoben. Falls der Kursteilnehmer jedoch manuelle Zahlungsweise wünscht, werden jeweils drei Monate im voraus erhoben«, ist nach dem OLG Frankfurt gemäß § 9 AGBG unwirksam. Der Veranstalter will damit Druck auf den Teilnehmer ausüben, das Lastschriftverfahren zu verwenden, um damit seinen Verwaltungsaufwand zu reduzieren. Das bedeutet eine unangemessene Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Kunden⁷⁵.

Befindet sich in AGB des Unterrichtsveranstalters eine Preiserhöhungsklausel, so ist zu unterscheiden: Völlig offene, einseitige Preiserhöhungsklauseln, wonach Preiserhöhungen schlechthin ab Vertragsschluß zulässig sein sollen, sind unzulässig⁷⁶. Preiserhöhungsklauseln in Nachhilfeunterrichtsverträgen mit einer Laufzeit von bis zu 4 Monaten sind gemäß § 11 Nr. 1 AGBG unwirksam. Bei längeren Laufzeiten können Preiserhöhungsklauseln zulässig sein⁷⁷.

Ob eine Teilnahmeverpflichtung des Nachhilfeschülers besteht, richtet sich danach, ob der Nachhilfeunterrichtsvertrag als Dienst- oder als Werkvertrag einzuordnen ist. Grundsätzlich besteht bei einem Dienstberechtigten, wie sich aus § 615 BGB ergibt, keine Verpflichtung, die ihm angebotenen Dienste anzunehmen. Der Anspruch des Verpflichteten beschränkt sich dann auf die vereinbarte Vergütung. Der Dienstverpflichtete muß die wegen des Annahmeverzugs nicht erbrachten Dienste auch nicht nachleisten. Ist in einem Nachhilfeunterrichtsvertrag ausnahmsweise ein Werkvertrag zu sehen, so besteht das vertraglich versprochene Werk in einem immateriellen Erfolg, wie beispielsweise das Bestehen einer Klausur. Dann ist die Leistung des Herstellers ohne körperliche Abnahme durch die bloße Veranstaltung als erbracht anzusehen. Das bedeutet, daß bei Weigerung des Kindes zur Teilnahme am Unterricht kein Zwang zur Teilnahme besteht, vielmehr ein Anspruch des Veranstalters auf angemessene Entschädigung unabhängig davon entsteht (§ 642 Abs. 1 BGB).

5.5. Vertragsdauer

5.5.1. Verträge mit einmaliger Leistung

Benötigt ein Schüler nur für die Aufarbeitung einer ganz bestimmten Wissenslücke oder Verständnisschwierigkeit einen einmaligen Nachhilfeunterricht, so kann der Unterrichtsvertrag auf eine einmalige Leistung gerichtet sein. Eine einmalige Leistung liegt wohl

⁷³ Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 216.

⁷⁴ Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 220 m. w. N.

⁷⁵ OLG Frankfurt OLG Report 1992, 133, 134 = NJW-RR 1992, 1207.

⁷⁶ BGH NJW 1980, 2518 »Zeitschriftenabonnement«; AG Frankfurt 32 C 120/75 »Unterrichtsvertrag«.

⁷⁷ Vgl. im einzelnen Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 225.

auch noch vor, wenn der Veranstalter die genau festgelegte Unterrichtsleistung an einem bestimmten Termin (ein Tag, zwei oder drei Tage, ein Wochenende) zu erbringen hat und sie sich darin erschöpft.

5.5.2. Dauerschuldverhältnisse

Ist der Nachhilfeunterrichtsvertrag längerfristig angelegt, indem der Veranstalter sich verpflichtet, über einen längeren Zeitraum Unterrichtsleistungen zu erbringen (z.B. jeden Tag Hausaufgabenbetreuung oder einmal wöchentlich Aufarbeitung eines bestimmten Schulfaches), so liegt ein Dauerschuldverhältnis vor, das für bestimmte und unbestimmte Zeit begründet werden kann.

Für den Fall, daß Laufzeiten und deren Verlängerung bei Unterrichtsverträgen in AGB geregelt sind, muß § 11 Nr. 12 AGBG beachtet werden. Gemäß § 11 Nr. 12 a AGBG beträgt die maximale Vertragslaufzeit 2 Jahre. § 11 Nr. 12 b AGBG verbietet darüber hinaus eine stillschweigende Verlängerung des Vertragverhältnisses um mehr als ein Jahr. Aber auch kürzere Laufzeiten und Verlängerungsfristen sind nicht automatisch rechtswirksam. Sie können in Einzelfällen gegen § 9 AGBG verstoßen⁷⁸. Nach dem OLG Frankfurt⁷⁹ ist eine Laufzeit von 12 Monaten mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten bei einem Nachhilfeunterrichtsvertrag unangemessen, weil Nachhilfeunterricht meistens lediglich kurzfristig geplant ist, d.h. bis sich die Leistungen des Kindes verbessert haben. Demgegenüber hat das AG Wuppertal⁸⁰ eine Laufzeit von 2 Jahren für einen Vertrag über Schülernachhilfe nicht beanstandet.

5.6. Vertragsstörungen

Unterrichtsverträge, die zumeist als Dauerschuldverhältnisse ausgestaltet sind, sind in besonderem Maße Leistungsstörungen ausgesetzt, die aus der Sphäre des Veranstalters, aber auch aus der des Teilnehmers stammen können.

5.6.1. Rechte des Nachhilfeunterrichtsveranstalters

Der hier an erster Stelle zu nennende Fall einer Vertragsstörung aus der Sicht des Veranstalters ist der des Zahlungsverzugs des Teilnehmers. Gehen die Raten nicht zum vertragsmäßigen Zeitpunkt beim Veranstalter ein, so gerät der Teilnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 284, 285 BGB in Zahlungsverzug, es sei denn, der Teilnehmer kann ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB geltend machen. Diese Rechte hat der Veranstalter auch beim Vertrag zugunsten Dritter, wenn die Eltern in Zahlungsverzug geraten, ohne daß der Begünstigte eine Einwirkungsmöglichkeit hätte⁸¹.

Bei Ratenzahlung bedeutet die Nichtleistung einer fälligen Rate mangels Fälligkeit der weiteren Teilleistungen jedoch nur einen Teilverzug. Rechtsfolge ist, daß der Teilnehmer die aufgrund des Verzuges entstehenden weiteren Schäden zusätzlich zu den noch ausstehenden Raten zu tragen hat (§ 286 Abs. 1 BGB). Im Falle des Vertrages zugunsten Dritter kann von den Eltern der Verzugsschaden gefordert werden⁸². Bei gewerblichen Ver-

78 So z.B. zuletzt für einen 20monatigen Heilpraktikerausbildungsvertrag LG München I NJW-RR 1992, 1208.

79 MDR 1976, 313.

80 MDR 1980, 141.

81 Im einzelnen *Lange* NJW 1965, 657, 659.

82 *Lange* a.a.O. S. 659; vgl. auch oben unter 5.3.3.

anstaltern wird dieser Schaden in aller Regel in denjenigen Zinsen bestehen, die er an seine Bank für einen ab Fälligkeitsdatum beanspruchten Kredit zu zahlen hat.

Aus den bereits unter 5.3.3. für den Vertrag zugunsten Dritter dargestellten Gründen werden die Regeln der Unmöglichkeit (§§ 323–325 BGB) beim Unterrichtsvertrag von den Kündigungsvorschriften verdrängt. Etwaige Schadensersatzansprüche des Veranstalters folgen aus § 628 Abs. 2 BGB, nicht aus § 326 BGB. Der Anspruch richtet sich seinem Umfang nach auf die entgangene Vergütung, d. h. auf das vereinbarte Entgelt, bis zum nächsten möglichen ordentlichen Kündigungstermin bzw. bis zum Ende der Vertragslaufdauer, wobei sich der Veranstalter dasjenige abziehen lassen muß, was er infolge der Vertragsaufhebung erspart hat⁸³.

Der Veranstalter kann Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung geltend machen, falls der Teilnehmer, der seinen Unterrichtsvertrag selbst abgeschlossen hat, oder seine Eltern, die einen Vertrag zugunsten Dritter eingegangen sind, schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig, §§ 275, 276, 280 BGB) ihre vertraglichen Nebenpflichten, wie Sorgfalts-, Obliegenheits- und Mitwirkungspflichten, verletzen. Dabei haften der Teilnehmer bzw. seine Eltern auf das positive Interesse (§§ 249, 251, 252 BGB). Schädigt ein Teilnehmer, für den die Eltern einen Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen haben, den Veranstalter, so gilt: Der Leistungsanspruch des Dritten begründet ein vertragsähnliches Verhältnis zwischen Schuldner und Dritten⁸⁴. Aufgrund seiner Gläubigerstellung obliegen dem Dritten daraus alle vertraglichen Nebenpflichten eines Gläubigers. Bei einer Verletzung haftet er selbst aus positiver Forderungsverletzung⁸⁵. Ob letzteres auch für einen minderjährigen Begünstigten gilt, ist zweifelhaft. Jedenfalls ist den Eltern das Verhalten des Kindes gemäß § 278 BGB zuzurechnen⁸⁶, so daß sie für einen von ihrem Kind verursachten Schaden einzustehen haben. Daneben bestehen die Rechte aus §§ 823, 828, 829 BGB.

5.6.2 Rechte des Nachhilfeschülers bzw. seiner Eltern

Wenn der Nachhilfeunterrichtsveranstalter mit der Unterrichtsleistung in Verzug gerät, so können der Teilnehmer bzw. seine Eltern ihrerseits fällige Ratenzahlungen zurückbehalten (§ 320 BGB) und einen etwaigen Verzugsschaden geltend machen (§ 286 BGB). Im Fall des Vertrages zugunsten Dritter kann der Nachhilfeschüler selbst den Veranstalter in Verzug setzen und den Schaden aus § 286 BGB geltend machen⁸⁷. Die Ansprüche aus Unmöglichkeit sind auch hier grundsätzlich durch die Kündigungsvorschriften verdrängt (vgl. schon oben unter 5.3.3.).

Eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung kommt wegen Schlechterfüllung (z. B. bei nicht ausreichend ausgebildetem Lehrpersonal) oder Nichterfüllung von Nebenpflichten wie Sorgfalts- und Obliegenheitspflichten in Betracht. Denkbar ist dies vor allem bei nicht ausreichender Sicherung von Gefahrenquellen, die gerade Kinder besonders anziehen, wobei es für die Bestimmung der Pflichten immer auf die Umstände des Einzelfalles ankommt (z. B. Alter des Kindes). Im Fall des § 328 BGB stehen Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung auch dem Dritten selbst zu⁸⁸.

83 Zu den Einzelheiten *Gilles/Heinbuch/Gounalakis* a. a. O. Rn. 283 ff.

84 H. M.; vgl. z. B. *MüKo-Gottwald* § 328 Rn. 24; *Palandt-Heinrichs* a. a. O. Einf. vor § 328 Rn. 5.

85 *MüKo-Gottwald* a. a. O.; *Lange* a. a. O. S. 660.

86 *Palandt-Heinrichs* a. a. O. § 328 Rn. 7; *RGRK-Ballhaus* BGB 12. Aufl. § 328 Rn. 27.

87 H. M.; vgl. *Lange* a. a. O. S. 663 mit ausführlichen Nachweisen.

88 *Lange* a. a. O. S. 663.

Der Spielraum für formularmäßige Haftungsausschlußklauseln ist durch §§ 9, 11 Nr. 7 AGBG wesentlich eingeschränkt. Pauschale Haftungsausschlußklauseln, die also über einen Ausschluß für leicht- oder mittelschweres fahrlässiges Verhalten hinausgehen, sind unzulässig. Ob die Möglichkeit einer sog. geltungserhaltenden Reduktion der Klausel besteht, ist umstritten⁸⁹.

5.7. Kündigungsrechte

5.7.1. Kündigungsrechte des Nachhilfeschülers bzw. seiner Eltern

Für Unterrichtsverträge in Form des hier untersuchten Direktunterrichts gelten die Kündigungsvorschriften der §§ 620, 621 sowie der § 626, 627 BGB. Dabei gilt für den Vertrag zugunsten Dritter, daß die Kündigungsrechte grundsätzlich den Eltern als Vertragspartei zustehen. Auch der in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkte Nachhilfeschüler hat nach h. M. kein Mitwirkungsrecht⁹⁰.

Ordentliche Kündigung: Diese ist grundsätzlich nach § 620, 621 BGB möglich. Ist aber – wie es bei Dauerschuldverhältnissen häufig vorkommt – eine bestimmte Mindestlaufzeit vereinbart, so ist eine ordentliche Kündigung während dieser Zeit ausgeschlossen (Umkehrschluß aus § 620 Abs. 1 und 2 BGB). Eine Ausnahme gilt dann nur bei einem vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigungsrecht. Zu beachten ist hier aber wiederum, inwiefern bestimmte formularmäßig ausbedungene Laufzeiten gegen das AGBG verstoßen (vgl. hierzu bereits oben unter 5.6.2.). Hält das Gericht eine Mindestlaufzeit des Vertrages für unangemessen und damit für unwirksam, so greifen die gesetzlichen Vorschriften ein, d. h. es gilt § 621 BGB⁹¹.

Außerordentliche Kündigung: Das außerordentliche Kündigungsrecht des Unterrichtsteilnehmers bzw. seiner Eltern richtet sich nach § 626 BGB, wonach beide Vertragsparteien das Recht haben, den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen. Ob und wann ein wichtiger Grund vorliegt, wird im Einzelfall anhand einer Abwägung der Interessen der Vertragsparteien ermittelt⁹². Nicht anerkannt worden sind im Bereich des Nachhilfeunterrichts die Reduzierung der Schularbeitsgemeinschaftswochenstunden von vier auf zwei⁹³ oder die plötzliche Verschlechterung der finanziellen Lage der Eltern bei einer Vertragsdauer von zwei Jahren⁹⁴.

Sehr umstritten ist, ob bei einem Unterrichtsvertrag ein Kündigungsrecht des Teilnehmers nach § 627 BGB besteht. Das Gesetz verlangt, daß der Veranstalter (1) Dienste höherer Art leistet, die (2) aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden, und (3) mit dem Teilnehmer in keinem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen steht.

(1) Dienste höherer Art: Hinsichtlich des ersten Merkmals besteht noch Einigkeit: Um

89 Dazu ausführlich Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 302 ff.

90 Vgl. MüKo-Gottwald § 335 Rn. 5 m. w. N.; Lange, a.a.O. S. 663, verlangt für den Begünstigten zumindest ein Eintrittsrecht in den Vertrag; insoweit unklar Palandt-Heinrichs a.a.O. § 328 Rn. 6, der offensichtlich nur die Anfechtung vom Zustimmungserfordernis ausnimmt.

91 LG Frankfurt MDR 1976, 313, 314; in diesem Fall wurde zunächst aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt. Nachdem das Gericht aber die Vertragslaufzeit von 12 Monaten mit sechsmonatiger Kündigungsfrist für unwirksam erklärt hat, deutete es die außerordentliche in eine ordentliche Kündigung um.

92 Dazu Palandt-Putzo a.a.O. § 626 Rn. 37 ff.; zur zahlreichen Kasuistik vgl. Gounalakis, ZAP 1990 (Fach 6), S. 44.

93 LG Frankfurt a.a.O.

94 AG Kempten MDR 1980, 141.

»Dienste höherer Art« handelt es sich bei jeder Lehrtätigkeit, die nicht als reine Freizeitunterhaltung anzusehen ist. Bei der Erteilung von Nachhilfeunterricht liegen also Dienste höherer Art vor.⁹⁵ Auf die in der Literatur vertretene Meinung⁹⁶, es müsse zwischen der Vermittlung geistigen Stoffes und eher manueller Fähigkeiten unterschieden werden, kommt es beim traditionell verstandenen Nachhilfeunterricht für die durchweg geistigen Stoff vermittelnden Schulfächer nicht an.

(2) Besonderes Vertrauensverhältnis: Ein Teil der Rspr. zu den Unterrichtsverträgen bejaht, ein anderer Teil verneint das besondere Vertrauensverhältnis. Die Rspr. ist insoweit nicht einheitlich.⁹⁷ Handelt es sich bei dem Veranstalter von Direktunterricht um eine Einzelperson, so wird das Merkmal unstreitig bejaht, da insoweit die Auswahl dieses Veranstalters ein gesteigertes Vertrauen des Teilnehmers in die Person des Unterrichtenden vermuten läßt. Handelt es sich dagegen um ein unpersönliches, anonymes Unterrichtsinstitut, so wird z.T. ein besonderes Vertrauensverhältnis wegen des Fehlens einer persönlichen engen Verbundenheit zwischen Teilnehmer und Unterrichtsinstitut verneint⁹⁸. Nach richtiger Ansicht besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis auch zwischen dem Schüler und dem Institut, da dieses den organisatorischen und methodisch-didaktischen Verlauf bestimmt⁹⁹. Schließlich wird auch bei anderen Fällen der Dienste höherer Art nicht danach unterschieden, ob es sich um einen einzelnen Anwalt oder eine Großsozietät oder um einen einzelnen Arzt oder ein Krankenhaus handelt¹⁰⁰.

(3) Dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen: Dieses Merkmal wird von einem Teil der untergerichtlichen Rspr. verneint, d.h. eine Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB wird bejaht, etwa bei einem Buchführungs-, Schreibmaschinen- oder Heilpraktikerkurs.¹⁰¹ Demgegenüber bejaht die überwiegende und auch höchstrichterliche Rspr. ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen und lehnt deshalb eine Kündigung nach § 627 BGB ab, etwa bei einem für die Dauer von zwei Jahren vereinbarten Nachhilfeunterricht, bei einem Dolmetscher- und Korrespondentenkurs, bei einem Schreibmaschinen- oder Heilpraktikerkurs.¹⁰² Eine Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB wird von der Rspr. also überwiegend verneint und nur vereinzelt bejaht. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich beim Nachhilfeunterricht hingegen in aller Regel um Dienste im Sinne aller Voraussetzungen des § 627 BGB. Dies gilt für Nachhilfeunterricht, der von einem Institut veranstaltet wird: Das Institut steht in keinem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen. Das gleiche gilt auch für einen privaten Nachhilfelehrer: Nur ganz ausnahmsweise, wenn der Lehrer, ohne Arbeitnehmer zu sein, in einem dem Arbeitsverhältnis ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeitsverhältnis, etwa mit den Eltern des Nachhilfeschülers steht, wird man das dauernde Dienstverhältnis bejahen müssen. Die abweichende Auffassung des BGH¹⁰³ bei Unterrichtsverträgen ver-

95 AG Krefeld AZ: 8 C 72/79; AG Hannover AZ: 8 C 36/79; AG Wuppertal MDR 1980, 141.

96 Schlosser NJW 1980, 273, 274.

97 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 328 ff.

98 So Schlosser a.a.O. S. 274.

99 So auch Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 329; Heinbuch MDR 1980, 980, 981.

100 Heinbuch a.a.O. S. 982.

101 Vgl. die Nachweise bei Gilles/Heinbuch/Gounalakis, a.a.O., Rn. 345 und Gounalakis, ZAP 1990 (Fach 6), S. 45.

102 Nachweise bei Gilles/Heinbuch/Gounalakis a.a.O. Rn. 341–344; für Nachhilfeunterricht speziell AG Wuppertal MDR 1980, 141.

103 BGHZ 90, 280, 282; 47, 303, 305 ff.

kennt den gesetzeshistorischen Hintergrund der Neufassung des § 627 BGB durch das erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz.¹⁰⁴

Zu erwähnen bleibt abschließend: Soweit § 627 BGB einschlägig ist, ist er dispositiver Natur, d. h. er kann individualvertraglich abbedungen werden. Ein formularmäßiger Ausschluß ist hingegen nach § 9 AGBG unwirksam.¹⁰⁵ Zum Kündigungsausschluß aufgrund der Vereinbarung einer festen Vertragslaufzeit wird auf oben unter 5.6.2. verwiesen.

5.7.2. Kündigungsrechte des Nachhilfeunterrichtsveranstalters

Zum einen kann der Unterrichtsveranstalter bei einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung oder gemäß § 620 Abs. 2, 621 BGB den Vertrag ordentlich kündigen. Es besteht für ihn aber auch ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 626 BGB, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dabei sind nur schwerwiegende Vertragsverletzungen des Teilnehmers anzuerkennen¹⁰⁶.

Ein Kündigungsrecht nach § 627 BGB besteht für den Veranstalter unter den gleichen Voraussetzungen wie für den Teilnehmer. Zu beachten ist hier jedoch § 627 Abs. 2 BGB, wonach bei Fehlen eines wichtigen Grundes in der Person des Teilnehmers i. S. d. § 626 BGB der Veranstalter nur dann kündigen darf, wenn der Teilnehmer den Unterricht zum Zeitpunkt der Kündigung anderweitig, d. h. bei einem anderen Veranstalter, fortsetzen kann. Ansonsten macht er sich gemäß § 628 Abs. 2 S. 2 BGB schadensersatzpflichtig.

5.8. Rücktrittsrechte

Ein vertragliches Rücktrittsrecht besteht nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht kann aufgrund von §§ 326, 327 BGB oder §§ 13 a i. V. m. 4 UWG entstehen. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter, bei dem dem Begünstigten das Recht unwiderruflich zugewendet wurde, verlangt die h. M. zur Wirksamkeit vertragsgestaltender Erklärungen des Versprechensempfängers, also der Eltern, die Zustimmung des Bestünstigten¹⁰⁷, während dieser an sich kein Recht zur Gestaltung hat¹⁰⁸. Dabei ist der Rechtsklarheit wegen zu fordern, daß die Gestaltungserklärung kein Internum zwischen dem Erklärenden und dem Zustimmenden bleibt¹⁰⁹, sondern dem Veranstalter gegenüber zum Ausdruck zu bringen ist. Damit können bei minderjährigen Zustimmungsberechtigten auch die Rechtswirkungen des § 181 BGB vermieden werden.

104 Vom 14. 8. 1969, BGBl I, S. 1106; insofern muß wegen der Kürze der Darstellung auf die Ausführungen bei Gilles/Heinbuch/Gounalakis a. a. O. Rn. 337 verwiesen werden.

105 OLG Koblenz NJW 1990, 3153, 3154 m. w. N.; Palandt-Putzo a. a. O. § 627 Rn. 5.

106 Gilles/Heinbuch/Gounalakis a. a. O. Rn. 392 ff. mit Nachweisen zur Kasuistik.

107 Im einzelnen ist hier vieles streitig, auch bezüglich des aufgrund des Rücktrittsrechts ausgelösten Rückgewähranspruchs gegen den Begünstigten z. B. im Falle bereits gewährter Lehrmittel; zum Ganzen Lange a. a. O. S. 661 m. w. N.; MüKo-Gottwald a. a. O. § 334 Rn. 9 ff., § 335 Rn. 6, 8.

108 Wann ein Recht widerrufen zugewendet wurde, ergeben Umstände und Vertragszweck (MüKo-Gottwald a. a. O. § 328 Rn. 28).

109 Vgl. auch Lange a. a. O. S. 661 Fn. 48.

5.9. Vertragsanfechtung

Der Teilnehmer bzw. seine Eltern können ihre zum Vertragsschluß führenden Willenserklärungen wegen Irrtums (§ 119 BGB) oder wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) anfechten. Letzteres kann z. B. der Fall sein, wenn der Vertragspartner über die Qualifikation der Nachhilfelehrer getäuscht wurde. Beim Vertrag zugunsten Dritter steht den Eltern ein Anfechtungsrecht ohne Mitwirkung des Begünstigten zu, ohne daß es auf die Widerruflichkeit des dem Dritten zugewendeten Rechts ankommt¹¹⁰.

Der Teilnehmer bzw. seine Eltern tragen vor Gericht die Beweislast für die behauptete arglistige Täuschung. Ausnahmsweise haben manche Gerichte eine Beweislastumkehr angenommen.¹¹¹

5.10. Vertragsnichtigkeit

Ein Unterrichtsvertrag kann gemäß §§ 134, 138 BGB oder § 242 BGB nichtig sein. Eine Nichtigkeit wegen Rechtsmißbrauchs wurde beispielsweise angenommen, weil ein Unterrichtsvertrag keine Lösungsmöglichkeit für den Teilnehmer vorsah¹¹².

5.11. Vertragsrückabwicklung

Aufgrund der Rückabwicklung des Unterrichtsvertrages können folgende Ansprüche der Parteien entstehen:

5.11.1. Ansprüche des Nachhilfeunterrichtsveranstalters

Bei einer Kündigung des Unterrichtsvertrages gemäß §§ 626, 627 BGB hat der Veranstalter nach § 628 Abs. 1 S. 1 BGB Anspruch auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil seiner Vergütung gegen den Teilnehmer bzw. seine Eltern. Wird der Vertrag durch den Veranstalter gekündigt, ohne daß ein vertragswidriges Verhalten des Teilnehmers bzw. seiner Eltern Veranlassung dazu gegeben hätte, so ist der Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 2 BGB eingeschränkt. Der Veranstalter kann eine Vergütung nicht verlangen, soweit seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Teilnehmer kein Interesse haben. Kündigt der Veranstalter jedoch wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Teilnehmers, so kann er nach § 628 Abs. 2 BGB Ersatz des ihm durch die vorzeitige Aufhebung des Vertrages entstehenden Schadens verlangen.

5.11.2. Ansprüche des Nachhilfeschülers bzw. seiner Eltern

Da bei wirksamer Kündigung der Unterrichtsvertrag ex nunc aufgelöst wird, wird der Teilnehmer bzw. seine Eltern ab diesem Zeitpunkt von allen Zahlungsverpflichtungen frei. Für die bis dahin bereits erbrachte Unterrichtsleistung bleibt der Teilnehmer gemäß §§ 626, 627, 628 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet. Er hat lediglich Anspruch auf Rückerstattung seiner bereits geleisteten Zahlungen entsprechend der durch die bisherigen Dienste des Veranstalters unverbrauchten Beträge. Einen Anspruch auf Rückerstattung einer Vorauszahlung im vollen Umfang besteht dann, wenn von seiten des Veranstalters über-

¹¹⁰ Str.; MüKo-Gottwald a. a. O. § 335 Rn. 5; a. A. Lange a. a. O. S. 662.

¹¹¹ Z. B. AG Augsburg MDR 1963, 48.

¹¹² LG Frankfurt MDR 1970, 415.

haupt noch keine Leistungen erbracht wurden oder aber unter den Voraussetzungen des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB (vgl. schon unter 5.1.). Hatten der Teilnehmer bzw. seine Eltern in einem solchen Fall für eine spätere Zeit bereits Vorauszahlungen geleistet, so gilt § 628 Abs. 1 S. 3 BGB: Sie sind ihm bzw. seinen Eltern gemäß § 347 BGB oder – wenn die Kündigung aus einem vom Veranstalter nicht zu vertretenden Umstand erfolgte – nach §§ 812 ff. BGB zurückzuerstatten.

Die Bemessung und Berechnung der Höhe der Rückvergütungsbeträge richtet sich nach der Pro-rata-temporis-Regel, da es sich beim auf Dauer angelegten Nachhilfeunterricht wie bei den meisten Unterrichtsverträgen um gleichbleibende, regelmäßig wiederkehrende und gleichwertige Dienste handeln wird, die in bestimmten, vorher festgelegten Zeitabschnitten erbracht werden. Das Unterrichtsentgelt ist dann im Verhältnis des im Zeitraum der Vertragsbeendigung abgelaufenen Zeitabschnitts zur Gesamtlaufzeit des Vertrages zu quoteln¹¹³. Sind dagegen bei einem Nachhilfeunterrichtsvertrag für eine unbestimmte Zeit nach Art, Umfang und Arbeitsintensität ganz unterschiedliche oder variable Dienste zu erbringen, so versagt die schematische Pro-rata-temporis-Regel. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn Dauer und Intensität des wöchentlichen Nachhilfeunterrichts sich nach dem jeweiligen in der Schule durchgenommenen Stoff richten sollen und dort z. B. wegen Krankheit eines Lehrers Unterricht ausgefallen ist, oder z. B. der Schüler diesmal keine Verständnisschwierigkeiten hatte. Dann muß der Teilvergütungsanspruch des Veranstalters konkret berechnet werden, d. h. die Vergütung richtet sich nach der tatsächlich erbrachten Unterrichtsleistung.

5.12. Verjährung der Ansprüche des Nachhilfeunterrichtsveranstalters

Ansprüche des Unterrichtsveranstalters gegen den Teilnehmer bzw. seine Eltern verjähren gemäß § 195 BGB grundsätzlich in dreißig Jahren. Handelt es sich bei dem Unterrichtsveranstalter um eine juristische Person (z. B. GmbH), so verjähren sie jedoch bereits in zwei Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB i. V. m. § 6 HGB). Wird der Unterricht von einem Privatlehrer abgehalten, der in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zu dem Nachhilfeschüler bzw. seinen Eltern steht, d. h. deren »Arbeitnehmer« ist, so richtet sich die Verjährungsfrist nach § 196 Abs. 1 Nr. 13 BGB¹¹⁴. Eine solche Konstellation wird freilich im Fall des reinen Nachhilfeunterrichts in der Praxis kaum vorkommen. Handelt es sich für den Nachhilfelehrer jedoch lediglich um eine nebenberufliche Lehrtätigkeit als wirtschaftlich unselbständige Arbeitsleistung, so gilt die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB, wenn es sich um regelmäßig wiederkehrende Leistungen handelt¹¹⁵.

Verf.: Priv.-Doz. Dr. Georgios Gounalakis/Lydia Klose-Mokroß, Bockenheimer Landstr. 106, 60323 Frankfurt

¹¹³ Vgl. das Rechenbeispiel bei Gilles/Heinbuch/Gounalakis a. a. O. Rn. 418.

¹¹⁴ LG Aachen NJW-RR 1988, 1085, 1086.

¹¹⁵ LG Aachen a. a. O.