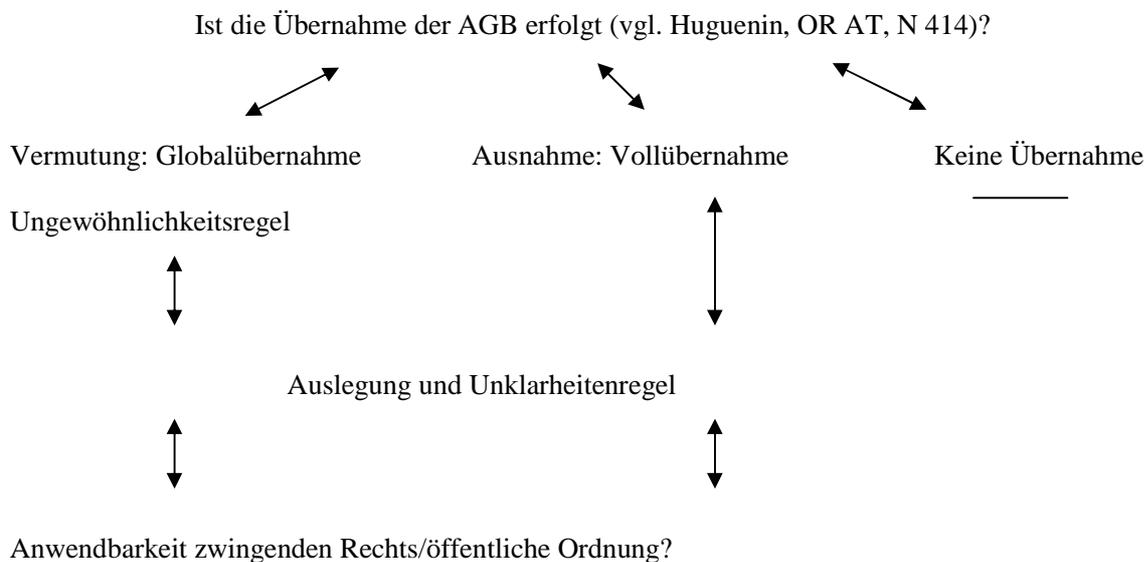


Lösungsvorschlag zum Klausurenkurs vom 27. September 2008
Rechtsanwalt Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

Methode

Es handelt sich in den Fällen 2-4 um Innominatkontrakte, die unter Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen worden sind. Diese wurden gemäss Sachverhalt in fast allen Fällen gültig übernommen – bei Fall 3 mit Vollübernahme, bei den Fällen 2 und 4 mit Globalübernahme. Somit ist die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nur in diesen beiden Fällen möglich. Bei Fall 1 ist die Übernahme als solche fraglich. Um die Ungewöhnlichkeit oder den Verstoss gegen das zwingende Recht festzustellen, ist stets eine Qualifikation des Vertrages vorzunehmen.

Es empfiehlt sich generell folgendes Vorgehen (nach Huguenin, OR AT, N 438):



Fall 1

Tanner vs Mega-Discount: Wandlung des Adapters (Art. 205 Abs. 1 OR)

Tanner und der Mega-Discount haben einen Kaufvertrag nach Art. 184 OR geschlossen, denn Kaufpreis (Fr. 79.90) und Kaufobjekt (ausgewählter Strom-Adapter) sind klar bestimmt. Dabei ist fraglich, ob dieser Kauf nicht schon im dritten Stock geschlossen worden ist und die Kasse im Parterre lediglich die Bedeutung einer Zahlstelle hat. Nach der Bezahlung an der Kasse ist jedoch eindeutig, dass nicht nur der Kaufvertrag geschlossen worden ist, sondern sogar der Leistungsaustausch stattgefunden hat. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Garantie und die AGB auf der Rückseite des Kassabons, die ausschliesslich Ersatzleistung oder Nachbesserung vorsehen und damit die Wandlung ausschliessen, noch Teil des Kaufvertrags geworden sind.

Nach Vertragsschluss hat ein Hinweis auf die AGB nur noch die Bedeutung einer Offerte zur *Änderung des schon geschlossenen Vertrages*.¹ Wenn der Kunde schweigt, ist diese Änderung nicht zustande gekommen, denn die AGB sind nicht unbedingt vorteilhaft.² Die Garantie bringt Tanner nicht ausschliesslich Vorteile, weil ihm die Wandlung nicht mehr offen steht. Wenn die Garantie aber nicht nur vorteilhaft ist,

¹ Vgl. Koller, OR AT, § 23 N 16.

² Vgl. Schuler Alois, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1978, S. 96-98; Koller, OR AT, § 23 N 16.

kann auch nicht mit einem stillschweigenden Akzept im Sinne von Art. 6 OR gerechnet werden. Der *Änderungsvertrag* ist, falls er überhaupt zustande gekommen ist, nur mit AGB geschlossen worden, denn der Hinweis auf diese war deutlich und klar. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die AGB nicht gültig einbezogen worden sind.

Ohne Garantie kann aber Tanner keinen Schadenersatz und auch keine Wandlung verlangen, weil für die gesetzliche Sachmängelgewährleistung nach Art. 197 ff. OR eine *rechtzeitige Prüfung der Kaufsache und Rüge des Mangels* Voraussetzung ist (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR). Er hat seinen PC mit dem neuen Adapter *erst zwei Monate nach dem Kauf* ausprobiert und damit die Sache genehmigt (Art. 201 Abs. 2 OR).³ Tanner sollte aus taktischen Gründen die Übernahme der AGB akzeptieren. Diese hat er jedoch erst mit dem Kassabon „erhalten“. Die Garantie, die für ein ganzes Jahr gilt, ist als Ausdehnung der Prüfungs- und Rügefrist zu interpretieren.⁴ Normalerweise gehen Konsumenten davon aus, dass die Garantie eine Besserstellung beinhaltet.⁵ Dies trifft jedoch in den allermeisten Fällen nur auf die Verlängerung der Prüfungs- und Rügeobligenheit zu, denn die Wandlung ist praktisch immer ausgeschlossen.

Es stellt sich die Frage, ob Tanner sich darauf berufen kann, er habe die Garantie, nicht aber den Wandlungsausschluss angenommen. Sofern man eine taktische Annahme des Änderungsangebots – damit er doch noch in den Genuss von Garantieleistungen kommt – durch Tanner bejaht, ist somit die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel zu prüfen. Tanner hat die AGB nicht gelesen. Folglich ist von einer Globalübernahme auszugehen, die Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel bildet. Ist es noch ungewöhnlich, dass eine Garantie die Wandlung ausschliesst? Nachteilig ist es, aber ist es noch überraschend? Im Fall „Rambler Classic“ hielt das Bundesgericht 1965 fest, dass der Ausdruck „Volle Werksgarantie“ eine besonders gute Sicherung nach allen Richtungen suggeriere, während der Passus „weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen“ nicht deutlich genug darauf hinweise, dass die Wandlung nicht mehr möglich sei.⁶ Die AGB des Mega-Discounts erwähnen den Ausschluss der Wandlung oder der Minderung ebenfalls mit keinem Wort, machen aber unmissverständlich klar, dass nur Austausch oder Nachbesserung in Frage kommen. Es ist fraglich, ob juristische Laien diesen Unterschied überhaupt kennen. Das Bundesgericht verneinte dies für den Motorfahrzeugkauf: *„Dass die Hersteller von Motorfahrzeugen und ihre Vertreter bei der Abgabe von Garantieerklärungen meist darauf ausgehen, als Gegenstück zur Nachbesserungspflicht einen Ausschluss oder eine Beschränkung der gesetzlichen Sachgewährleistung herbeizuführen, ist dem Durchschnittskäufer im allgemeinen nicht bekannt.“*⁷ Die so geschilderte Interessenlage und Erwartungshaltung gilt auch für den Adapter-Kauf, doch haben die Zeiten sich etwas geändert. Es entspricht wohl eher der Erwartung der Rechtsgenossen, dass man fast alle Produkte während der Garantiefrist beliebig oft in Reparatur geben oder Austausch verlangen kann – obwohl beide Rechte kaufrechtlich beim Stückkauf gar nicht gegeben sind – während die Wandlung oder Minderung meist ausgeschlossen sind. Der Kauf im Selbstbedienungsladen wie hier ist wohl ein Grenzfall zwischen Gattungsschuld und Stückschuld. Man darf zwar selber auswählen, bei den meisten Produkten spielt es aber nicht die geringste Rolle, welches Stück man nimmt. Es liegt folglich der Form nach eine Stückschuld vor, die analoge Anwendung der Regeln zu den Gattungsschulden wäre aber zumindest in Erwägung zu ziehen.⁸ Bei analoger Anwendung dieser Normen hätte der Mega-Discount ohnehin das Recht, sofort Ersatz zu leisten (Art. 206 Abs. 3 OR). Tanner kann sich folglich nicht darauf berufen, dass er die allgemeinen Garantiebestimmungen zwar übernommen habe, nicht aber die Wegbedingung der Wandlung.

³ Vgl. zur rechtzeitigen Prüfung BSK-Honsell, OR 201 N 9, mit vielen Beispielen.

⁴ Vgl. dazu Honsell, OR BT, S. 92.

⁵ Vgl. BGE 91 II 344 ff., 348: *„Eine Garantiezusage des Verkäufers ist daher im allgemeinen geeignet, auf jeden Fall beim nicht juristisch gebildeten Käufer, den Eindruck zu erwecken, besser gestellt zu sein, als er es ohne eine solche wäre.“*

⁶ BGE 91 II 344 ff., 348 f.

⁷ BGE 91 II 344 ff., 349.

⁸ Vgl. dazu BK-Weber, OR 71 N 24 und 24a.

Fazit: Die Wandlung steht Tanner nicht offen. Es ist ihm deshalb zu empfehlen, sich mit der angebotenen Ersatzleistung zu begnügen.

Die gegenteilige Argumentation, die die Ungewöhnlichkeit bejaht, ist jedoch mit den richtigen Argumenten genauso vertretbar. Ebenfalls vertretbar ist die Ansicht, dass man generell weiss, dass solche Produkte mit einer Garantie verkauft werden und dies als Usanz im normalen Konsens über den Kauf des Adapters enthalten ist. Die AGB zu dieser Garantie bleiben dann aufgrund des verspäteten Hinweises vollständig unbeachtlich. In diesem Fall muss die Ungewöhnlichkeitsregel nicht einmal bemüht werden, doch stellt sich schon wie oben die Frage, ob neben der *Usanz der Garantiegewährung* nicht auch die *Usanz des Wandlungsausschlusses* besteht.

Fall 2

Krippe Eltern Glück vs Eheleute Weber: Bezahlung von Fr. 4'973 plus Fr. 150 aus Krippenvertrag

Der Krippenvertrag ist ein Innominatvertrag *mixti iuris* mit Elementen des Auftrags (Betreuung, Erziehung, Pflege), der Miete (Aufenthaltsrecht in Räumen der Krippe, zusammen mit anderen Personen) und des Werk- und Kaufvertrags (Verpflegung).⁹ Parteien sind die Eltern und die Krippe.¹⁰ Den wichtigsten Bestandteil des Krippenvertrags bildet eindeutig das Betreuungselement, auf das Auftragsrecht zur Anwendung gelangt. Die Krippe Eltern Glück wendet die auf S. 2 der AGB enthaltenen Klauseln „Kündigung vor Vertragsbeginn“ in der Variante der Kündigung eines „Vollzahler-Platzes“ vor Vertragsbeginn an. Sie verlangen explizit auch dann Geld, wenn der Krippenplatz nahtlos weiterbesetzt werden kann.

Ungewöhnlichkeitsregel

Der Sachverhalt erwähnt die Globalübernahme. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die oben beschriebenen Klauseln von der Ungewöhnlichkeitsregel erfasst sein könnten. Ungewöhnlich ist der Vertragsinhalt, mit dessen Inhalt die global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und dies vernünftigerweise auch nicht tun musste.¹¹ Die Eheleute Weber haben gemäss Sachverhalt nur ein Kind und sind folglich kaum branchenerfahren (subjektives Element). Wer rechnet ernsthaft damit, dass er für einen Platz bezahlen muss, der nahtlos weiterbesetzt werden kann? Hier existiert analog zum Miet- und Arbeitsrecht (Art. 264 Abs. 2 OR und Art. 324 Abs. 2 OR) die Erwartungshaltung der Rechtsgenossen, dass bei ausserterminlicher Kündigung, die keinen Schaden verursacht, auch nichts bezahlt werden muss. Es ist deshalb auch objektiv ungewöhnlich, wenn sich eine Krippe wegen einer ausserterminlichen Kündigung bereichern darf. Dies widerspricht dem Gebot der Schadensminderungspflicht und damit Art. 2 Abs. 1 ZGB. Die Eheleute Weber würden grundsätzlich Schadenersatz aufgrund ihres Annahmeverzuges schulden – diesen aber muss die Krippe möglichst klein halten.¹² Die Folge der Ungewöhnlichkeitsregel ist die Unbeachtlichkeit der entsprechenden Klausel, sofern nicht speziell auf sie hingewiesen worden ist, beispielsweise durch Fettdruck oder speziellen mündliche Erläuterung.¹³ Aus dem Schriftbild und dem Druck lässt sich keine Hervorhebung feststellen. Folglich müssten die Eheleute Weber die beiden Monatsbeträge nicht bezahlen.

Zwingendes Recht

Wird die Ungewöhnlichkeit dieser Klausel verneint, ist die Anwendbarkeit zwingenden Rechts zu prüfen. Die wesentlichste Komponente des Krippenvertrags liegt im Betreuungselement, die dem Auftragsrecht

⁹ Siehe dazu eingehend Rusch/Hochstrasser, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007, Rz. 9-14. Die Klassifizierung als Innominatvertrag *sui generis* wäre auch begründbar, denn der Krippenvertrag hat einen deutlichen familienrechtlichen Einschlag – überdies gilt es stets auch das Kindeswohl zu berücksichtigen.

¹⁰ Rusch/Hochstrasser, Jusletter 22. Oktober, Rz. 4-6.

¹¹ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446; vgl. Huguenin, OR AT, N 419.

¹² Vgl. Rusch/Hochstrasser, Jusletter 22. Oktober 2007, Rz. 54.

¹³ Vgl. dazu Koller, OR AT, § 23 N 44 f.

untersteht. Das Bundesgericht wendet Art. 404 Abs. 1 OR als zwingende Norm an. Die Kündigungsfrist von zwei Monaten im Kinderkrippenvertrag wäre folglich aufgrund der zwingenden Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR ungültig. Das Bundesgericht begründet dies mit dem ausgesprochenen Vertrauensverhältnis.¹⁴ Wenn dieses nicht mehr vorhanden sei, mache eine Weiterführung des Vertrags keinen Sinn mehr.¹⁵ Diese Rechtsprechung wendet das Bundesgericht auch auf dem Kinderkrippenvertrag ähnliche Verträge an, wie z.B. den Internatsvertrag.¹⁶ Die Krippen-AGB knüpfen nicht an die Voraussetzung der Kündigung zur Unzeit an. Die in den AGB festgelegte Schadenspauschalierung mittels Kündigungsfrist ist deshalb ungültig, soweit sie Art. 404 Abs. 1 OR betrifft.¹⁷ Schadenersatz kann es nur unter den Voraussetzungen des Art. 404 Abs. 2 OR (Kündigung zur Unzeit) geben. Der Sachverhalt erwähnt keine speziellen Investitionen oder Vorbereitungen, die im Hinblick auf die Betreuung dieses Kindes getroffen worden wären. Auch wenn dies so wäre, wäre der Aufwand nicht nutzlos gewesen, denn der Platz wird nahtlos weiterbesetzt. Es wäre dann zu prüfen, ob es sich bei den während der Kündigungsfrist geschuldeten Beiträgen um einen pauschalierten Schadenersatz handelt.¹⁸ Art. 404 Abs. 2 OR will aber nur das negative Interesse ersetzen, nicht den entgangenen Gewinn.¹⁹ Die Krippe zeigt jedoch durch die Formulierung der Krippen-AGB, die eine klare Differenzierung zwischen subventionierten und Vollzahler-Plätzen macht, sowie durch den Hinweis, dass das Entgelt auch bei Weiterbesetzung des Krippenplatzes durch ein anderes Kind geschuldet ist, dass sie das positive Interesse (Erfüllungsinteresse) aus dem Krippenvertrag will und damit auch den entgangenen Gewinn.²⁰ Diese Umtriebe lässt sie sich zusätzlich als Umtriebsentschädigung abgelten. Das geht als Schadenspauschalierung nicht mehr durch, weil keine Kündigung zur Unzeit vorliegt. Die Folge wäre die Nichtigkeit dieser Bestimmung, wenn man wie das Bundesgericht Art. 404 OR als zwingend erachtet.

Die Lehre hingegen will Art. 404 Abs. 1 OR nur noch auf typische, d.h. unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge anwenden.²¹ Das Verhältnis zur Kinderkrippe ist zwar höchstpersönlicher Natur, gegen die Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR sprechen dennoch viele Gründe. Art. 404 Abs. 1 OR wäre paritätisch anwendbar²² – das jederzeitige Widerrufsrecht der Eltern enthielte auch ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Kinderkrippe, was mit dem Kindeswohl und den Bedürfnissen der Eltern nicht vereinbar wäre. Das Kind muss aber nicht weiterhin in die Krippe, bloss weil der Vertrag nicht sofort kündbar ist. Wenn es wichtige Gründe für die Kündigung gibt, müssten sie auch bei fristloser Kündigung nichts mehr dafür zahlen. Diese Lösung ist durchaus vernünftig und genügend.²³ Bei Verträgen *sui generis*, aber auch bei gemischten Verträgen, für welche in Bezug auf die zeitliche Bindung die Normen des Auftragsrechts nicht als sachgerecht erscheinen, rechtfertigt es sich auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, Art. 404 OR nicht zwingend anzuwenden.²⁴ Weber konnte deshalb in Anwendung dieser Lehrmeinungen gültig mit

¹⁴ Das besondere Vertrauensverhältnis wird stets als Grund für das jederzeitige Widerrufsrecht angegeben. Ist es zerstört, liegt aber ohnehin regelmässig ein wichtiger Grund für die Kündigung vor, siehe dazu Markus Reber, Art. 404 OR – ein erraticus Block aus dem Römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 526.

¹⁵ BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. dazu auch BK-Fellmann, OR 404 N 111 f.

¹⁶ Unveröffentlichter Entscheid BGE C 171/82/kl vom 4. Oktober 1982, E. 3.

¹⁷ Vgl. Theres Oertli, Der vertragliche pauschalierte Schadenersatz, Diss. Luzern 2004, N 303 und 384 ff.; vgl. BGE 109 II 462 ff., 468.

¹⁸ Vgl. BSK-Weber, OR 404 N 18.

¹⁹ Vgl. BSK-Weber, OR 404 N 17.

²⁰ Sofern die Schadenspauschalierung ausschliesslich den entgangenen Gewinn bei Kündigung zur Unzeit fordert, ist dies gemäss Bundesgericht nichtig, vgl. BGE 110 II 380 ff., 386 und Oertli, N 312.

²¹ Siehe dazu BSK-Weber, OR 404 N 9 f. und eingehend Markus Reber, S. 499 ff.

²² Vgl. BSK-Weber, OR 404 N 8.

²³ Anderer Ansicht Völkle, Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, Diss. Basel 1978, S. 71 und 144 f. für den Pflegeelternvertrag.

²⁴ Vgl. BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. zu den *Verträgen sui generis* und zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BK-Fellmann, OR 404 N 106; Völkle, S. 71, 143 ff., 149 und Bättig, Die Pflegekinderaufsicht im

der Krippe eine zweimonatige Kündigungsfrist vereinbaren. Die Prüfung der Kündigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) entfällt deshalb.

Auch wenn Art. 404 OR als nicht zwingend erachtet wird, könnte Mietrecht analog zur Anwendung gelangen. Es hinterlässt ein schlechtes Gefühl, dass die Eltern bezahlen müssen, obwohl die Krippe keinerlei Schaden hatte. Der Krippenvertrag hat ein mietvertragliches Element. Bei der Kündigung eines Mietverhältnisses im Sinne von Art. 264 OR bleibt der bisherige Mieter zwar grundsätzlich bis zur nächstmöglichen ordentlichen Beendigung verpflichtet. Er kann jedoch einen Nachmieter stellen. Der Vermieter muss sich die Ersparnisse, Einkünfte und unterlassene Einkünfte anrechnen lassen. Diese Grundsätze sind aufgrund der identischen Interessenlage auf den Krippenvertrag *analog* anwendbar. Die Krippe muss sich die anderweitige Verwendung des Krippenplatzes und die Einsparungen durch die Absenz eines Kindes anrechnen lassen (Art. 264 Abs. 3 lit. a und b OR analog; weniger Essen, weniger Betreuungs- und Pflegeaufwand). Diese Norm ist im Mietrecht zwingender Natur.²⁵ Es spricht vieles dafür – namentlich die Grundsätze der Schadensminderungspflicht, des Bereicherungsverbots und der Vorteilsanrechnung – diese Norm auch beim Krippenvertrag als zwingendes Recht anzuwenden. Zwei ebenfalls auf dem Grundsatz des Bereicherungsverbots und der Vorteilsanrechnung basierende Normen ähnlichen Inhalts findet sich im Pacht- und Arbeitsrecht (Art. 293 Abs. 2, Art. 324 Abs. 2 und Art. 337c Abs. 2 OR).²⁶

Es geht wie im Arbeits- und Mietrecht bei der fristlosen Kündigung des Krippenvertrags ohne wichtigen Grund um einen Fall des Annahmeverzugs seitens der Eltern. Der daraus resultierende Schadenersatzanspruch ist aufgrund der oben genannten Grundsätze zwingend um den Betrag zu kürzen, der durch eine Neubesetzung des Platzes erworben werden konnte oder zu erwerben unterlassen worden ist.²⁷ Somit wäre die Nichtberücksichtigung der tatsächlichen oder unterlassenen Einkünfte wegen Verstosses gegen zwingendes Recht unbeachtlich. Sieht der Betreuungsvertrag die Anrechnung nicht vor, widerspricht dies nicht nur dem analog anwendbaren, zwingenden Mietrecht, sondern auch den stets anwendbaren Grundsätzen des *Bereicherungsverbots*, der *Vorteilsanrechnung* sowie der *Schadensminderungspflicht* (Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).²⁸ Die Schadensminderungspflicht wird mit dem Redlichkeitsgebot und dem Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) begründet.²⁹ Diese Grundsätze sind allgemein anerkannt und können nur für präzise und konkret umschriebene Umstände wegbedungen werden.³⁰

Bezüglich der Umtriebsentschädigung ist das Recht der Konventionalstrafe anwendbar. Die Krippe hatte sicher leichtere Umtriebe – sie musste herumtelefonieren und hat das Formular mit den Eheleuten Weber für nichts ausgefüllt. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe erscheint, sofern man Art. 404 Abs. 1 OR als nicht zwingend erachtet – als möglich und nicht aussergewöhnlich. Sollte sie als zu hoch taxiert werden, besteht gemäss Art. 163 Abs. 3 OR die Möglichkeit einer richterlichen Reduktion. Der Betrag von Fr. 150 ist zwar recht viel, doch sind sicher gewisse Umtriebe entstanden, die vielleicht diesem Betrag entsprechen. Der Sachverhalt gibt dafür keine weiteren Indizien.

Bund und in den Kantonen, Diss. Freiburg 1984, Zürich 1984, S. 29 bejahen die jederzeitige Kündbarkeit nach Art. 404 OR für den Pflegevertrag.

²⁵ ZK-Higi, OR 264 N 3.

²⁶ ZK-Schönenberger/Staehelin, OR 324 N 32; ZK-Schönenberger/Staehelin, OR 337c N 10.

²⁷ Tatsächlich erzielte oder unterlassene Einkünfte reduzieren den Schaden und können je nach Lehrmeinung sogar schon bei der *Schadensberechnung* und nicht erst bei der *Schadensbemessung* berücksichtigt werden (siehe zur Einordnung der Schadensminderungspflicht Luterbacher, Die Schadensminderungspflicht, N 231 ff.).

²⁸ Vgl. zu diesen Grundsätzen und deren Anwendung im Miet- und Arbeitsrecht ZK-Higi, OR 264 N 74, 78, 87 und ZK-Staehelin, OR 324 N 31 ff.; zur Schadensminderungspflicht im Delikts- und Vertragsrecht BK-Brehm, OR 44 N 48 und BK-Weber, OR 99 N 197 ff., 202 ff.; zur Schadensminderungspflicht als allgemein anerkanntem Grundsatz siehe Luterbacher, N 173 und 177.

²⁹ Siehe BK-Brehm, OR 44 N 48.

³⁰ Siehe ZK-Baumann, ZGB 2 N 43.

Fall 3

Meier vs Privatbank Gross AG: Erfüllungsklage auf Fr. 10'800 aus Kontovertrag

Gemäss Sachverhalt hat Meier die AGB mittels Vollübernahme übernommen. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt folglich nicht zur Anwendung.³¹

Qualifikation der Bankbeziehung

Die Bank führte aufgrund einer Fälschung eine Zahlung aus, die Meier nicht wollte. Zuerst ist die Bankbeziehung zu analysieren, um die Art des Anspruchs festzustellen.³² Die Qualifikation der Bankbeziehung ist umstritten. Die Bankbeziehung wird meist mit der Eröffnung eines Kontos begründet.³³ Je nach vorrangigem Zweck (Zinsen oder sichere Verwahrung) sind die Vorschriften des Darlehens (Art. 312 und 318 OR) oder Hinterlegungsvertrages (Art. 475 und 481 OR) auf den Kontovertrag anwendbar.³⁴ Die Rückzahlung des der Bank anvertrauten Geldes ist beim Darlehen und bei der Hinterlegung geschuldet. Der Konto- oder Girovertrag ist aber zugleich ein Rahmenvertrag, der dem Auftragsrecht untersteht.³⁵ Die einzelnen Bankaufträge (wie z.B. Zahlungsaufträge, Vergütungen etc.) sind *Weisungen* im Rahmen des Auftrags.³⁶ Die Sorgfaltspflichten bei der Ausführung von Banküberweisungen und Bankaufträgen unterstehen deshalb Art. 398 OR.³⁷ Die Banküberweisung ist zwar eine Anweisung.³⁸ Die Anweisung ist aber eigentlich lediglich eine Doppelmächtigung ohne Vertragscharakter.³⁹ Damit ist die notwendige Sorgfalt bei der Ausführung noch nicht definiert – dies geschieht hier über den oben beschriebenen Rahmenvertrag.

Zahlung an Nichtgläubiger, Abwälzung des Schadens

Die Zahlung erfolgte vorliegend an einen Nichtgläubiger aufgrund einer Fälschung. Meier hat keine Weisung erteilt. Grundsätzlich hat in diesen Fällen die Bank aus ihrem eigenen Vermögen bezahlt und darf

³¹ Zu beachten ist allerdings, dass mehrere Autoren bei AGB gegenüber den Konsumenten davon ausgehen, es sei („wenn überhaupt, so nur“) in allen Fällen nur eine Globalübernahme geschehen (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1130a). Vermutungswise ist jedenfalls im Normalfall von einer Globalübernahme auszugehen (vgl. Huguenin, OR AT, N 417).

³² Zur Bankbeziehung siehe Dieter Zobl, Zur Morphologie und rechtlichen Qualifikation der Geschäftsverbindung im Bankverkehr, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 505-517.

³³ Vgl. Zobl, FS Rey, S. 507: „Die Geschäftsbeziehung entsteht nach herrschender Lehre durch Abschluss eines auf eine gewisse Dauer angelegten und Interessenwahrungspflichten begründenden Bankvertrages. Im Vordergrund steht dabei der Abschluss eines Kontokorrentvertrages als Basis einer Geschäftsbeziehung. Es ist kaum ein Fall denkbar, in welchem eine Bank ohne eine Kontobeziehung zu einem Kunden mit diesem Geschäfte tätigt, die über eine Einzeltransaktion hinausgehen. Zum Kontokorrentvertrag können - von Anfang an oder später - zusätzliche Bankverträge hinzutreten. In tatsächlicher Hinsicht ist der Abschluss eines Kontokorrentvertrages der Ausgangspunkt zur Begründung einer Bankverbindung.“

³⁴ Siehe zur Einordnung des Kontoverhältnisses BGE 100 II 153 ff., 155 ff. und BGE 112 II 450 ff., 453 f.

³⁵ Bellina C. Borer-Benz, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 OR – am Beispiel der Problematik der Retrozessionen bei unabhängigen Vermögensverwaltern, Diss. St. Gallen 2006, S. 129; Guggenheim, Les Contrats de la Pratique Bancaire Suisse, 4. A., Genf, 2000, S. 491.

³⁶ ZR 2005, S. 109 ff., 110: „Bei der Eröffnung eines Bankkontos schliesst der Kunde in der Regel nebst dem Kontokorrentvertrag einen Girovertrag ab. Hierbei handelt es sich um einen Rahmenvertrag, der dem Auftragsrecht untersteht (...) Der einzelne Vergütungsauftrag - wie auch die Ausstellung eines Checks - stellt im Rahmen des geschlossenen Dauerauftrages eine konkretisierende Weisung dar (...).“ und Urteil des Bundesgerichts 4C.377/2000, Erw. 1b.

³⁷ Bucher, Wer haftet wem? recht 1984, S. 97, Fn. 1 und S. 99 f..

³⁸ BGE 132 III 609 ff., 616.

³⁹ BSK-Koller, vor 18. Titel, N 1.

das Konto ihres Kunden nicht belasten.⁴⁰ Der Bankkunde hat folglich nach wie vor seine Rückzahlungsforderung – nicht er erleidet einen Schaden, sondern die Bank. Folglich geht es Meier nicht um *Schadenersatz*, sondern um *Erfüllung*.⁴¹ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Kontobeziehung weiter besteht oder saldiert wird.⁴² Die Bank muss Meier gegenüber erfüllen. Erfüllt sie gegenüber einem Dritten, hat dies gegenüber Meier nur dann befreiende Wirkung, wenn dies vertraglich so vereinbart war, einer Weisung entsprach oder genehmigt worden ist.⁴³ Ein weiterer Fall ist dann gegeben, wenn die Bank den Nichtgläubiger wegen eines entschuldbaren und vom richtigen Gläubiger (d.h. vom Kontoinhaber) mitverursachten Irrtums für berechtigt halten durfte. Schon leichtes Verschulden schliesst die Entschuldbarkeit des Irrtums aus.⁴⁴

Vorliegend hat die Bank in Ziff. 2 der AGB das Risiko einer Fehlüberweisung vertraglich auf den Kunden abgewälzt (so genannte *Schadenabwälzungsklausel*, die von der *Haftungsfreizeichnung* zu unterscheiden ist):⁴⁵ „Aus dem Nichterkennen von *Legitimationsmängeln* und *Fälschungen* entstehenden Schaden trägt die Kundin / der Kunde (nachstehend „der Kunde“), sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann.“ Auf diese Schadensabwälzung wendet das Bundesgericht die Haftungsfreizeichnungsnorm des Art. 100 OR an (siehe unten), obwohl es in casu gar nicht um die *Haftung*, sondern um *Erfüllung* geht. Es ist zu prüfen, ob die vertraglich vorgesehene Schadensabwälzung rechtlich zulässig ist.

Sorgfalt und Freizeichnung

Die Bank beruft sich auf die Klausel mit der Schadensabwälzung auf den Kunden. Es stellt sich die Frage, ob diese Klausel Art. 100 und 398 OR standhält. Es geht hier nicht um die *Haftung* gegenüber dem Vertragspartner, sondern um die *Erfüllung*.⁴⁶ Art. 100 OR (vgl. Marginale: „*Wegbedingung der Haftung*“) wäre somit gar nicht anwendbar. Es rechtfertigt sich dennoch zumindest im Interesse und zum Schutz des Bankkunden, Art. 100 OR *analog* auf diese Situation anzuwenden.⁴⁷ Die Vertragsklausel macht einen Vorbehalt für grobes Verschulden, was nach Art. 100 Abs. 1 OR zulässig ist. Das Bankgeschäft ist aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einem obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe im Sinne von

⁴⁰ Siehe auch die Erwägungen des Bundesgerichts im Urteil 4C.81/2002, Erw. 2: „Die Beklagte anerkennt sinngemäss, dass der Kläger grundsätzlich berechtigt ist, trotz den beiden streitigen Überweisungen auf das Konto seiner Ex-Frau die Erfüllung der vertraglichen Pflichten zu fordern, wobei die Vorinstanz von einer Rückerstattungspflicht aus Darlehens- und Hinterlegungsvertrag ausgeht.“

⁴¹ Vgl. Erich Rüegg, Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Diss. Freiburg 1990, N 184 ff. und N 449 ff.

⁴² Vgl. ZR 2005, S. 109 ff., 110 f.: „Wird eine Transaktion ohne eine gültige Weisung des Kontoinhabers ausgeführt, hat dieser weiterhin einen Erfüllungsanspruch auf das zu Unrecht abdisponierte Geld. Es ist die Bank, die das Risiko der Erfüllung an die richtige Person bzw. das Risiko von Fehlvergütungen an nicht berechnete Personen zu tragen hat. Leistet sie demnach aufgrund einer vermeintlichen Kundenanweisung an den nicht gehörig bevollmächtigten Vertreter, kann sie sich in der Regel nicht gültig befreien. Es liegt Nichterfüllung seitens der Bank vor und der Bankkunde muss eine Belastung seines Kontos nicht akzeptieren (...). Da der Kunde erneut die Gutschrift des an den Unberechtigten ausbezahlten Betrages auf seinem Konto verlangen kann, liegt diesbezüglich kein Schaden vor und seine Klage ist nicht auf Schadenersatz, sondern auf Erfüllung des Vertrages zu richten, und zwar unabhängig davon, ob die vertraglichen Beziehungen andauern bzw. ob das Konto inzwischen saldiert wurde (...). Allfällige Ansprüche auf Schadenersatz können sich jedoch aus den Vermögensnachteilen ergeben, die ausserhalb des von der Bank ausgewiesenen Kontostandes eintreten (...).“

⁴³ Vgl. Urteil 4C.28/2003, Erw. 3.2.1.

⁴⁴ Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, S. 79.

⁴⁵ Rüegg, N 464 ff., insbesondere N 466.

⁴⁶ Gauch, Die Vertragshaftung und ihre AVB, recht 2006, S. 79: „Solche Bestimmungen befassen sich nicht mit der Vertragshaftung im üblich verstandenen Sinne. Vielmehr überwälzen sie einen Schaden, den die Bank dadurch erleidet, dass sie einem Unberechtigten leistet, auf den betreffenden Kunden.“; BGE 4C.377/2000, Erw. 1b.

⁴⁷ Urteil 4C.81/2002, Erw. 2 und BGE 112 II 450 ff., 454 f.; dagegen Bucher, Wer haftet wem? recht 1984, S. 99 f.; vgl. zur Unterscheidung zwischen Organen und Hilfspersonen Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, S. 82.

Art. 100 Abs. 2 OR gleichzusetzen.⁴⁸ Der Richter kann einen Haftungsausschluss für leichtes Verschulden folglich als nichtig betrachten – er muss aber nicht, denn es ist eine bloss *Kann-Vorschrift*.

Beurteilung des Verhaltens der Bank

Vorliegend hat die Bank die gefälschte Unterschrift nicht erkannt. Gemäss Sachverhalt wäre die Fälschung für ein sehr geübtes Auge als solche erkennbar gewesen. Die Bank hat diesen Fehler (mangels diesbezüglicher Angaben im Sachverhalt) nicht mit Absicht gemacht – Vorsatz kann ausgeschlossen werden. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn elementarste Vorsichtsmassnahmen unterlassen werden.⁴⁹ Die Annahme einer mittleren Fahrlässigkeit⁵⁰ ist auch möglich. Die Bank hätte die Unterschrift genauer überprüfen und den Fehler entdecken können. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass für die Kontrolle nicht beliebig viel Zeit verwendet werden kann und auch weniger erfahrene Mitarbeiter Unterschriften kontrollieren. Dass fremde Personen die Kontonummer und die Bankbeziehung kennen, ist praxisüblich – sonst könnte man keine Einzahlungen auf ein Konto mehr vornehmen.⁵¹ Dass die Adresse auf allen Einzahlungsscheinen nicht vollständig korrekt angegeben ist, hätte der Bank vielleicht auch auffallen können. Es kommt allerdings häufig vor, dass die Gläubiger die Einzahleradresse selber aufdrucken oder aufschreiben – dass aber alle elf verschiedenen Gläubiger die falsche Hausnummer wählen, ist seltsam. Es rechtfertigt sich aber – im Vergleich zum viel grösseren Sündenregister der Bank im Urteil BGer 4C.81/2002 – ein leichtes oder mittleres Verschulden anzunehmen, insbesondere auch unter Berücksichtigung, dass Meier selber gemäss Sachverhalt nicht immer das Bankformular benutzte.⁵²

Der Richter hat nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob auch ein Verzicht auf leichtes Verschulden als nichtig zu betrachten ist (Art. 100 Abs. 2 OR). In diesem Fall ist dies angezeigt. Im vorliegenden Fall war die Fälschung erkennbar. Im Auftragsverhältnis, das auf die Bankbeziehung als Rahmenvereinbarung hier anwendbar ist, ist eine getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts geschuldet (Art. 398 Abs. 2 OR). Es ist deshalb fraglich, ob es beim Auftrag überhaupt möglich ist, sich von der Haftung für irgendein Verschulden freizuzeichnen.⁵³ In der Lehre wird behelfsmässig argumentiert, Art. 398 OR betreffe den *Vertragsinhalt* und Art. 100 OR die *Vorwerfbarkeit*.⁵⁴ Dies lässt sich im Alltag jedoch kaum trennen. Es ist deshalb im Ergebnis richtig, die Haftungsfreizeichnung auch bei leichtem Verschulden als nichtig zu betrachten. Bei Annahme eines mittleren Verschuldens wäre Art. 100 Abs. 2 OR erst recht anwendbar und das Argument für die mögliche Nichtigklärung folglich stärker.

Fazit

Somit schuldet die Bank die Wiedergutschrift der abgehobenen CHF 10'800 auf das Konto Meiers aus *Erfüllung* des Kontovertrages.

⁴⁸ Urteil 4C.81/2002, Erw. 2 und BGE 112 II 450 ff., 455; BSK-Wiegand, OR 100 N 11, mit weiteren Hinweisen. Die Bank hat zwar verwaltungsrechtlich gesehen keine *Konzession*, sondern eine *Polizeibewilligung* erhalten, siehe dazu eingehend BK-Weber, OR 100 N 120-125 mit einer Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen in N 121-123.

⁴⁹ Siehe BSK-Schnyder, OR 41 N 49.

⁵⁰ Siehe dazu BSK-Schnyder, OR 41 N 50.

⁵¹ Siehe Urteil 4C.81/2002, Erw. 3.4.

⁵² Im erwähnten Urteil 4C.81/2002 geschahen mehrere Fehler, die der Bank vorwerfbar waren. Die Vorinstanz entschied auf mittlere Fahrlässigkeit. Das Bundesgericht hielt fest, dass auch die Annahme einer groben Fahrlässigkeit möglich gewesen wäre.

⁵³ Vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 6; vgl. Bucher, OR AT, S. 348 FN 77 und Hofstetter, SPR VII/6, S. 127; das Bundesgericht liess die Frage in BGE 124 III 155 ff., 165 offen; vgl. BK-Fellmann, OR 398 N 19 ff.; BK-Weber, OR 100 N 44; Rusch, Verträge mit Fitnessstudios, Jusletter 27. November 2006, Rz. 48.

⁵⁴ Vgl. statt vieler BSK-Weber, OR 398 N 34.

Fall 4

Online-Branchenbuch vs Tanner: Fr. 171 aus Insertionsvertrag

Beim Insertionsvertrag verpflichtet sich ein Verleger, ein Inserat in sein Presseerzeugnis aufzunehmen.⁵⁵ Anstelle des Presseerzeugnisses handelt es sich hier um einen Eintrag in einem online-Branchenbuch, was an der Qualifikation aber nichts ändert. Gauch betrachtet diesen Vertrag als Innominatkontrakt, weil die Leistung nicht bloss im Druck eines Inserats bestehe – was dem Werkvertragsrecht zuzuordnen wäre, sondern auch deren Verbreitung enthalte. Er geht aufgrund des *Publikationseffektes* von einem *werkvertragsähnlichen Innominatkontrakt* aus.⁵⁶ Jedenfalls wird ein Erfolg geschuldet, nämlich die Internetpublikation des entsprechenden Firmeneintrages im Branchenverzeichnis. Die werkvertragliche Qualifikation erscheint deshalb als richtig (so auch BGE 59 II 260 ff., 262).⁵⁷ Blosser Miete oder Pacht von Speicherplatz erfasst diesen Publikationseffekt noch nicht genügend.

Es stellt sich die Frage, ob sich Tanner noch auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann. Er hat immerhin mit einem Mausklick bestätigt, dass er die AGB vollständig gelesen habe. Die Anbieter verwenden verschiedene Formulierungen, die teils die blosser Kenntnisnahme oder das Einverständnis mit den AGB enthalten. Es handelt sich aber nach Treu und Glauben kaum um eine Bestätigung, die AGB *en détail* gelesen zu haben, sondern lediglich um eine Bestätigung, dass man die Gelegenheit gehabt hätte, die AGB zu lesen. Alle online-Anbieter hätten es sonst durch Formulierung der Frage einfach in der Hand, die Ungewöhnlichkeitsregel vollständig zu umgehen.⁵⁸ Eine Globalübernahme ist ohnehin auch möglich, wenn der Text zwar vollständig oder teilweise gelesen worden, aber nicht verstanden worden ist.

Im Rahmen der Geltungskontrolle ist zu prüfen, ob die automatische Vertragsverlängerung der ursprünglichen Grundlaufzeit von sechs Monaten um weitere sechs Monate, sofern nicht einen Monat vor Vertragsablauf gekündigt wird, ungewöhnlich sein könnte. Das Bundesgericht befasste sich am Rande im Urteil BGer 5P.115/2005 mit der automatischen Verlängerung eines Insertionsvertrages. Dort gingen die Parteien einen dreijährigen Vertrag ein, der drei Ausgaben des Branchenverzeichnisses umfasste. Die dazugehörigen AGB sahen eine automatische Vertragsverlängerung um weitere drei Jahre vor, sofern nicht schon bis Ende des ersten Jahres gekündigt wird. Das Bundesgericht hat die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel bei diesem Vertrag geschützt, den Fokus der Ungewöhnlichkeit aber auf die *zweijährige Kündigungsfrist* bei einem *dreijährigen Vertrag* begründet.⁵⁹

Im vorliegenden Fall geht es nur um eine einmonatige Kündigungsfrist bei einer Dauer von sechs Monaten. Aber auch wer einen Vertrag für sechs Monate abschliesst, muss eigentlich nicht damit rechnen, dass man den Vertrag trotzdem kündigen muss. Ein befristeter Vertrag endet logischerweise von selbst.⁶⁰ Da die automatische Vertragsverlängerung dem Kunden, der den Vertrag beenden will, nur Nachteile bereitet, rechtfertigt es sich in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch deutlicher, die Ungewöhnlichkeit der Klausel zu bejahen. Für die Kunden, die den Vertrag weiterführen wollen, bringt

⁵⁵ Gauch, Der Werkvertrag, N 339.

⁵⁶ Gauch, Der Werkvertrag, N 340.

⁵⁷ Vgl. auch ZK-Bühler, OR 363 N 129; vgl. Hans Georg Auer, Der Insertionsvertrag, Diss. Zürich 1949, S. 17.

⁵⁸ Dieser Gedanke bei Stübing, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB, NJW 1978, S. 1606.

⁵⁹ Vgl. Urteil 5P.115/2005, Erw. 1.1.

⁶⁰ Vgl. die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 255 Abs. 2 OR: «Befristet ist das Mietverhältnis, wenn es ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigen soll»; Art. 266 Abs. 1 OR: «Haben die Parteien eine bestimmte Dauer ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, so endet das Mietverhältnis ohne Kündigung mit Ablauf dieser Dauer»; Art. 295 Abs. 1 OR: «Haben die Parteien eine bestimmte Dauer ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, so endet das Pachtverhältnis ohne Kündigung mit Ablauf dieser Dauer»; Art. 334 Abs. 1 OR: «Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung»; Art. 418p Abs. 1 OR: «Ist der Agenturvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, oder geht eine solche aus seinem Zweck hervor, so endet er ohne Kündigung mit dem Ablauf dieser Zeit.»

die Notwendigkeit des erneuten Vertragsschlusses keine Nachteile mit sich. Angesichts dieses Ergebnisses kann die Dauer der vorgesehenen Prolongation keine Rolle spielen. Ist die Prolongationsdauer jedoch sehr lange bemessen, verstärkt dies die Nachteiligkeit der Klausel.⁶¹ Der Prolongationsklausel wohnt ein Überlöpelungsgedanke inne – es wird darauf gezielt, dass die Kündigung ohnehin vergessen geht, weil man von deren Notwendigkeit nicht ausgeht oder aufgrund der Globalübernahme davon gar nichts weiss.⁶² Die automatische Vertragsverlängerung ist vorliegend gleich gedruckt wie der Rest des Vertrages. Eine optische Hervorhebung fehlt. Sie ist deshalb ungewöhnlich und erlangt keine Geltung.

Für die Preisanpassungsklausel – die beim vorliegenden Ergebnis eigentlich keine Rolle mehr spielt, der Vollständigkeit halber aber auch noch behandelt wird – gilt dasselbe. Niemand rechnet damit, dass er voraussetzungslosen, beliebig oft möglichen und im Ausmass uneingeschränkten Preiserhöhungen ausgesetzt sein könnte.⁶³ Die Klausel in den AGB ermöglicht beliebige Erhöhungen. Es sollte auch möglich sein, einen sechsmonatigen Vertrag kostenmässig richtig zu kalkulieren, ohne dass eine Änderung notwendig sein sollte. Die Klausel ist bei den Zahlungsbedingungen „versteckt“, wo sie erst recht nicht erwartet wird. Die Preisanpassungsklausel ist deshalb unbeachtlich.

Die Analyse des zwingenden Rechts – die angesichts der Ungewöhnlichkeit nicht mehr zur Anwendung kommen würde – führt bei der Preisanpassungsklausel zu folgenden Resultaten: Darf eine Partei den Preis beliebig ändern, fehlt ein Konsens über den Preis. Dies ergibt sich aus dem in Art. 184 Abs. 3 OR enthaltenen Bestimmtheitsgebot, eines Gebots, die eigentlich in den allgemeinen Teil des OR gehören würde.⁶⁴ Die andere Partei liefert sich der Willkür der preisbestimmenden Partei aus, denn ein Kündigungsrecht ist vertraglich nicht vorgesehen. Dies ist übermässig bindend, unsittlich und widerspricht Art. 27 ZGB.⁶⁵

Fazit: Tanner ist nicht an die Vertragsverlängerung und auch nicht an die Preiserhöhung gebunden.

⁶¹ Vgl. dazu die Definition der Ungewöhnlichkeit in BGE 119 II 443 ff., 446: „*Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (...). Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite (...).*“

⁶² Vgl. das Urteil des deutschen BGH vom 1. Juni 1989 - X ZR 78/88 (München), abgedruckt in NJW 1989, S. 2255 ff., 2256: „*Das BerGer. hat weiter ohne Rechtsverstoss festgestellt, dass bei einer derartig auf eine fest begrenzte Auftragsdauer ausgerichteten Vertragsbestimmung nicht damit gerechnet werden konnte, dass sich über die pauschal in bezug genommenen AGB praktisch eine entgegengesetzte Regelung, nämlich ein Vertrag mit unbegrenzter Dauer bei eingeschränkter Kündigungsmöglichkeit (8 Wochen vor Ablauf eines Vertragsjahres), ergeben sollte.*“

⁶³ Vgl. Rusch/Huguenin, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, S. 37 ff., S. 47.

⁶⁴ Vgl. Rusch/Huguenin, SZW 2008, S. 45 f.

⁶⁵ Vgl. Rusch/Huguenin, SZW 2008, S. 47.