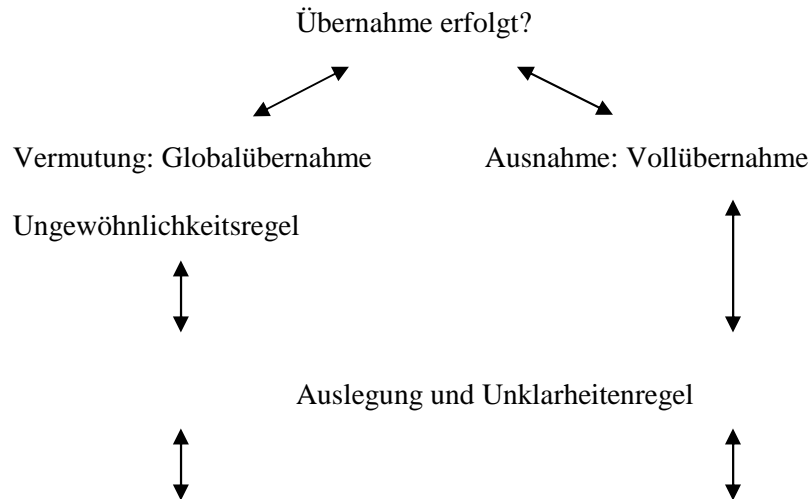


Lösungsvorschlag zu Fall 1: Der Schundroman

Methode

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



Anwendbarkeit zwingenden Rechts/öffentliche Ordnung?

Der nachfolgende Lösungsvorschlag behandelt z.T. auch Lösungsvarianten. In einer Prüfung sollte man sich jedoch nach Darlegung der Kontroverse für eine Variante entscheiden und diesen Weg weiterverfolgen.

Online-Buchladen vs Tanner: Bezahlung des Kaufpreises (Fr. 23.45; OR 211)

Es geht bei diesem Vertrag eindeutig um einen Kauf im Sinne von Art. 184 Abs. 1 OR. Tanner will ein genau definiertes Buch im Online-Sortiment des Buchladens im Internet kaufen. Dies ist jedoch nur eine *invitatio ad offerendum*. Die Ausstellung des online-Sortiments ist noch keine Offerte.¹ Die Offerte macht Tanner, der online-Buchladen nimmt sie an. Vorliegend kommt der Kauf zustande, er ist sogar bereits vollzogen. Tanner hat das gewünschte Buch erhalten und bezahlt. Der online-Buchladen beruft sich auf § 2 der AGB. Seine allgemeinen Geschäftsbedingungen wurden für alle Geschäfte mit allen Kunden vorformuliert – es geht folglich unzweifelhaft um AGB.² Es stellt sich die Frage, ob diese auch Bestandteil des Kaufes bilden.

Einbezug der AGB: Globalübernahme

Tanner hat gegenüber dem online-Buchladen erklärt, die „hier herunterladbaren“ AGB gründlich gelesen zu haben und diese zu akzeptieren. Er konnte somit die AGB vor Vertragsschluss ansehen. Der Einbezug der AGB ist demnach erfolgt. Tanner hat mit dem Mausklick sogar bestätigt, dass er diese gründlich gelesen habe und vollumfänglich akzeptiere. Da er sie nicht angesehen hat, wäre folglich von einer Globalübernahme auszugehen, die zur Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel führt. Es stellt sich aber die Frage, ob dies noch möglich ist. Immerhin hat er erklärt, die AGB vollumfänglich

¹ Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 7 N 6 und 10; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 374 ff.

² Vgl. die Definition von AGB bei CHK-Kut/Schnyder, OR 1 N 47: „Werden Vertragsbestimmungen von einer Vertragspartei (sog Verwender) vorformuliert, um damit eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Verträge gleicher Art mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern (sog Kunden) zu regeln, spricht man von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (...).“

gelesen zu haben und damit einverstanden zu sein. Die Anbieter verwenden jedoch meist verschiedene Formulierungen, die teils die blosser Kenntnisnahme oder das Einverständnis mit den AGB enthalten. Es handelt sich nach Treu und Glauben nicht 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 des Hinweises auf die AGB einfach in der Hand, die Ungewöhnlichkeitsregel vollständig zu umgehen.³

Ungewöhnlichkeit

Der online-Buchladen kann trotz Zustimmung Tanners nicht davon ausgehen, dass auch ungewöhnliche Klauseln, die aus dem Rahmen des Vertragstypus fallen oder zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen, von der globalen Zustimmung erfasst sind. Dabei ist auch die Nachteiligkeit in die Prüfung miteinzubeziehen. Je nachteiliger die Klausel für die global zustimmende Partei ist, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu betrachten.⁴ Diese Prüfung ist für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchzuführen. Vorliegend lässt sich bezüglich des § 2 der AGB⁵ wie folgt argumentieren: Wer *ein* Buch kaufen will, gibt seine Zustimmung nicht auch noch für einen zweiten Kauf ab. Es ist deshalb höchst überraschend und nachteilig, zwei Bücher bezahlen zu müssen, wenn man nur eines gekauft hat. Der Sachverhalt erwähnt, dass sich Tanner als Kunde registriert hat. Er hat folglich noch nie dort eingekauft und musste die Usancen dieses spezifischen Geschäfts nicht kennen (subj. Komponente). Auch wenn eine solche Klausel bei online-Büchergeschäften üblich wäre, könnte sich Tanner auf die Ungewöhnlichkeit berufen, wenn er branchenunerfahren ist.⁶ Das erwähnt der Sachverhalt nicht. Derartige Klauseln sind jedoch nicht üblich – Tanner kann sich ohne Zweifel auf die Ungewöhnlichkeit berufen.

Auch ungewöhnliche Klauseln erlangen Geltung, wenn auf sie speziell hingewiesen worden ist.⁷ Der Sachverhalt erwähnt nicht, dass der online-Buchladen auf diese Klausel speziell hingewiesen hätte. Der Erinnerungshinweis auf diese Pflicht gemäss § 2 der AGB erfolgt erst nach Vertragsschluss und kann deshalb nicht als besonderer Hinweis im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel gelten. Das Studium der AGB zeigt, dass § 2 der AGB normal und nicht fett gedruckt ist. Auch aus dem Titel von § 2 „Vertragsabschluss“ lässt sich nicht erahnen, dass man immer gleich ein zweites Buch kaufen muss.

Unklarheit

Die Klausel in § 2 ist klar verständlich. Es gibt keine Auslegung zu Gunsten oder zu Ungunsten Tanners.

Zwingendes Recht

Ein Verstoß gegen zwingendes Recht – was hier aber keine Rolle mehr spielen würde – könnte in der Verletzung des UWG liegen. Einschlägig ist Art. 3 lit. b UWG, denn die Preisangabe ist irreführend – *ein* Buch gibt es zum angegebenen Preis nicht, weil man immer gleich zwei Bücher kaufen muss. Wer ein Buch kauft, muss niemals damit rechnen, dass er zu einem zweiten Kauf verpflichtet sein könnte. Die AGB für sich hingegen sind glasklar formuliert. Art. 8 UWG dürfte deshalb *mangels Irreführung in den AGB* nicht anwendbar sein.⁸

Fazit: Tanner muss das Buch nicht bezahlen.

³ Vgl. Stübing, *Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB*, NJW 1978, S. 1606.

⁴ Vgl. Urteil BGER 4A_299/2008, Erw. 2.1.

⁵ Vgl. § 2 der AGB: „§ 2 *Vertragsabschluss Mit Ihrer ersten Bestellung erklären Sie sich damit einverstanden innert eines Jahres mindestens noch einen weiteren Einkauf zu tätigen. Sollten Sie das einmal vergessen haben, schicken wir Ihnen vor Ablauf der Jahresfrist eine kurze Erinnerung per Mail zu, so dass Sie noch genügend Zeit haben Ihren noch offenen Kauf zu tätigen - bei diesen günstigen Buchpreisen sicher kein Problem. Im Falle des »Nichteinkaufs« erlauben wir uns, Ihnen einen ausgewählten Titel aus unserem radikal preisreduzierten Bestsellersangebot zu unseren Liefer- und Zahlungsbedingungen zuzuschicken. Dies ist die rechtliche Voraussetzung dafür, dass Ihnen RobinBook.ch Bücher mit diesem ausserordentlich hohen Rabatt gegenüber dem empfohlenen Verlagspreis anbieten kann.*“

⁶ Vgl. dazu Huguenin, OR AT, N 424; CHK-Kut/Schnyder, OR 1 N 53.

⁷ Urteil BGER 4A_299/2008, Erw. 2.1. und 2.3.; Huguenin, OR AT, N 423.

⁸ Vgl. CHK-Ferrari Hofer/Vasella, UWG 8 N 3.

Zusendung einer unbestellten Sache (Art. 6a OR)

Der Schweizer online-Buchladen hat Tanner folglich ein Buch zugesandt, das dieser nicht bestellt hat und auch nicht kaufen muss. Es stellt sich die Frage, ob Art. 6a OR anwendbar ist und Tanner das Buch wegwerfen oder behalten kann (vgl. Art. 6a Abs. 2 OR), ohne es zu bezahlen.⁹ Mit dieser Norm sollte unerwünschten Praktiken einen Riegel geschoben werden.¹⁰ Es besteht kein Zweifel, dass Tanner das Buch nicht bestellt hat. Der Schweizer online-Buchladen muss nach Treu und Glauben ohnehin davon ausgehen, dass niemand die AGB gelesen hat und um die Bedeutung des § 2 AGB Bescheid weiss. Tanner hat das Buch nicht irrtümlich zugestellt bekommen – der Buchladen wusste, was er tat und wollte es keiner anderen Person zustellen, er muss folglich auch nicht benachrichtigt werden (Art. 6a Abs. 3 OR). Durch Zusendung ist auch kein neuer Antrag zu Stande gekommen (Art. 6a Abs. 1 OR). Der online-Buchladen kann das Buch nicht mehr vindizieren (strittig).¹¹

Fazit: Tanner darf das Buch ohne Bezahlung behalten.

Bemerkung: Viele Studierende haben die Berufung Tanners auf einen Grundlagenirrtum abgehandelt. Dies war von der Fragestellung, die auf vertragliche Ansprüche gerichtet war, nicht gedeckt. Die Berufung auf den Grundlagenirrtum bei wissentlicher und willentlicher Unterzeichnung einer ungelesenen Urkunde ist dem Grundsatz nach nicht möglich. Es liegt in diesem Fall kein Irrtum vor, denn der Erklärende verzichtet bewusst auf eine eigene Vorstellung und übernimmt diejenige des Vertragspartners.¹² Eventualiter widerspricht die Anfechtung Treu und Glauben (Art. 25 Abs. 1 OR). Die Anfechtung passt nicht zum AGB-Schutz: Da die unterlassene Lektüre als Fahrlässigkeit beurteilt würde, käme ein Schadenersatzanspruch nach Art. 26 OR zur Anwendung. Die Irrtumsanfechtung bringt auch nichts, denn der Vertrag gilt vorliegend nach Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel genau so, wie ihn Tanner wollte.

Lösungsvorschlag zu Fall 2: Das Lachssandwich

Tanner vs Sandwich-Heimliefer-Fabrik: Wandlung (OR 208), Schadenersatz Fr. 500

Es stellt sich die Frage nach der Vertragsqualifikation. Der Sachverhalt erwähnt mehrere Indizien, die alle für das Vorliegen eines Kaufs nach Art. 184 Abs. 1 OR sprechen. Die Sandwich-Fabrik stellt zwar alle Speisen erst nach der Bestellung her. Dies würde eigentlich für einen Werkvertrag sprechen. Die h.L. wendet jedoch Kaufrecht an, wenn es um serienmässig hergestellte Produkte geht.¹³ Der Sachverhalt erwähnt in diesem Sinne, dass es sich um Produkte des *üblichen Sortiments* handelt – auch die Firma „Sandwich-Heimliefer-Fabrik“ deutet auf eine serienmässige, industrielle Fertigung hin. Vorliegend kommt deshalb Kaufrecht zur Anwendung.

Die Probleme des Sachverhalts drehen sich eindeutig um die Übernahme der AGB, der Gefahrtragung und der Haftungsbegrenzung in den AGB. Es stellt sich die Frage, ob diese wirklich auch Bestandteil des Kaufes bilden.

Einbezug der AGB am Telefon

Tanner hat gegenüber der Sandwich-Heimliefer-Fabrik erklärt, dass der Einbezug der AGB „Ok“ sei. Dies genügt für sich noch nicht für eine Übernahme der AGB. Die Beurteilung der Übernahme richtet sich nach der *Zumutbarkeit der Kenntnisnahme*. Bei Bestellungen im Internet fordert die Lehre, dass die AGB vor Vertragsschluss abrufbar sein müssen – sie fordert sogar die Möglichkeit, diese spei-

⁹ Vgl. BSK-Bucher, OR 6 N 3.

¹⁰ Vgl. die Botschaft zu Art. 6a OR in BBl 1986 II 354 ff., 385.

¹¹ Vgl. Piotet, SJZ 1993, S. 151 f.; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 430a: „In sachenrechtlicher Hinsicht ergibt sich aus Art. 6a Abs. 2, dass das Gesetz die Vermögensverschiebung – unter Vorbehalt des Falls von Abs. 3 – als endgültig betrachtet; Art. 6a stellt mit anderen Worten eine gesetzliche Behaltenscausa dar.“; vgl. a. M. Laim, recht 1995, S. 197.

¹² Vgl. BK-Schmidlin, OR 23/24 N 389.

¹³ Vgl. Huguenin, OR BT, N 611 und 1622.

chern und ausdrucken zu können.¹⁴ Beim Anruf per Handy ist dies mit vielen gängigen Modellen nicht möglich – viele Geräte sind nicht internettauglich, und wären sie es, ist das Display für die Lektüre von AGB – hier immerhin zwei voll beschriebene PDF-Seiten – kaum geeignet.¹⁵ Es ist aber auch nicht zu erwarten, dass jeder Haushalt einen anderweitigen Internetzugang zur Verfügung hat.¹⁶ Es ist mühsam, wegen einer kleinen Bestellung extra auf einem anderen Medium die relevanten AGB suchen zu müssen. Angesichts der zeitlichen Dimension der Bestellung – die Kenntnisnahme würde immer erst nach der Bestellung am Telefon erfolgen – ist eine zumutbare Kenntnisnahme nicht gegeben. Tanner könnte zwar die Bestellung unterbrechen und die AGB vielleicht bei einem Nachbarn einsehen, doch ist dies für ein Alltagsgeschäft reichlich aufwendig. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass Tanner immerhin „Ok“ sagt, als er auf die im Internet verfügbaren AGB hingewiesen wird.¹⁷ In Abwägung dieser Argumente ist von der *Unzumutbarkeit der Kenntnisnahme* auszugehen. Die AGB sind für den vorliegenden Fall irrelevant – da es sich aber um einen Grenzfall handelt, behandeln die nachfolgenden Erwägungen stets die Situation mit und ohne AGB als Variante. In einer Prüfung sollte man sich nach Darlegung des Problems auf eine Variante festlegen.

Diebstahl zweier Brote

Zwei Brote haben den Weg zu Tanner nicht gefunden – ein Penner hat sie dem Kurier an einer Ampel mit Gewalt abgenommen. Dafür kann die Sandwich-Heimliefer-Fabrik nichts, ebenso wenig ist Tanner dafür verantwortlich. Dies ist ein klassischer Fall der Gefahrtragung, die generell bei Art. 119 OR und für den Kauf (siehe zur kaufvertragsrechtlichen Qualifikation des Vertrages oben) in Art. 185 OR geregelt ist.¹⁸ Bei den belegten Broten geht es um Gattungsschulden, denn sie werden nicht ausgewählt, sondern nach Gattungsmerkmalen definiert.¹⁹ Die Gefahr geht folglich nicht schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über. Zur Beurteilung, ob die Gefahr schon im Zeitpunkt der Versendung (Schickschuld, Distanz- oder Versendungskauf, Art. 185 Abs. 2 OR)²⁰ oder erst im Zeitpunkt der Übergabe an Tanner (Bringschuld, Fernkauf, Art. 185 Abs. 1 OR „besondere Verhältnisse“)²¹ übergeht, ist eine genaue Qualifikation des Kaufvertrags wichtig. Tanner bestellt die Brote zu sich in den Schrebergarten. Für die Annahme einer Bringschuld müssen besondere Umstände vorliegen, „*dass die Parteien die Verantwortlichkeit für den Transport selbst, und nicht nur die Sorge für die Absendung der*

¹⁴ Vgl. Huguenin, OR AT, N 416; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1140b: „*Beim häufigen Fall, in welchem der Kunde die Offerte unterbreitet (Nr. 374 in fine und 377), muss dieser vom Verwender – etwa vom Betreiber einer Website mit Waren- oder Dienstleistungsangeboten – nicht nur deutlich darauf hingewiesen werden, dass für den abzuschliessenden Vertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten sollen; die Geschäftsbedingungen müssen vielmehr vom Kunden mit «durchschnittlicher Informatikinfrastruktur» auch problemlos heruntergeladen und auf seinen Geräten kopiert oder ausgedruckt werden können. Technische Elemente wie elektronisches Format und Darstellung (Farbe, Schriftgrösse) der Geschäftsbedingungen sowie die Wartezeit während des Herunterladens können ebenfalls bedeutsam sein.*“

¹⁵ Vgl. von Münch, MMR 2006, S. 202 ff., insbesondere 205 ff

¹⁶ Vgl. von Münch, MMR 2006, S. 203 (zur Rechtslage bezüglich des Fernsehmarketings in Deutschland – diese allgemeinen Erwägungen tatsächlicher Art sind aber auch in der Schweiz richtig): „*Eine weitere Vorgehensweise besteht darin, in der [Fernseh-]Präsentation auf eine Webseite zu verweisen, auf der dann die AGB eingesehen werden können. Hierdurch können die entsprechenden Geschäftsbedingungen nicht wirksam einbezogen werden, da es an einer zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme fehlt. Es ist nicht davon auszugehen, dass jeder Besteller über einen Internetzugang verfügt. Daher ist in jedem Fall bei denjenigen Bestellern, die nicht über einen Internetzugang verfügen, nicht von einer Einbeziehung auszugehen, denn sie können die AGB schon rein tatsächlich nicht einsehen. Doch selbst wenn der Besteller auf das Internet zugreifen könnte, wäre der Abruf der AGB in diesem Fall mit Mühen und - wenn auch nicht sonderlich hohen - Kosten verbunden. Die AGB müssen für den Kunden aber frei verfügbar sein und die Kenntnisnahme der AGB darf keine weiteren Kosten verursachen. Hat der Kunde nicht das Internet als Kommunikationsmittel gewählt, ist ihm auch nicht zuzumuten, das Internet als Medium der Einsichtnahme in AGB nutzen zu müssen. Eine wirksame Einbeziehung der AGB scheidet damit an der fehlenden zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit der Geschäftsbedingungen.*“

¹⁷ Vgl. den ähnlichen Sachverhalt bei Koller, OR AT, § 23 N 19. Die Aussage Tanners wäre dann wie folgt zu verstehen: „*Ich bin auch so einverstanden, obwohl ich die AGB nicht einsehen kann.*“

¹⁸ Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 185 N 1.

¹⁹ Vgl. dazu CHK-Wullschleger, OR 71 N 2 f. und CHK-Hrubesch-Millauer, OR 184 N 14.

²⁰ Zur Gefahrtragung beim Versendungskauf siehe BSK-Koller, OR 185 N 13 ff

²¹ Zur Gefahrtragung beim Fernkauf BSK-Koller, OR 185 N 25 ff., insbesondere N 26.

*Kaufsache im Interesse des Käufers zum vertraglich vereinbarten Gegenstand machen wollten.*²² Bei einem Sandwich-Hauslieferdienst betrachtet man wie beim Pizzaservice den Transport als dazugehöriges Element und als zum Paket gehörend. Nach Vertrauensprinzip darf man folglich von einer *Bringschuld* ausgehen. Bei dieser geht die Preisgefahr erst im Zeitpunkt der Übergabe an Tanner über. Tanner muss folglich die gestohlenen Brote nicht bezahlen. Tanner behält in diesem Fall den Erfüllungsanspruch²³ bezüglich des Käse- und Schinkensandwichs und die Sandwich-Heimliefer-Fabrik fällt in Verzug, wenn sie nicht leistet. Bezüglich des Verzugs gibt der Sachverhalt nichts her. Tanner hat nach einer Nachfristansetzung, die aber aufgrund des Art. 108 Ziff. 1 oder 2 OR kaum nötig sein sollte, die Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR.

Haben die AGB der Sandwich-Heimliefer-Fabrik Geltung, so kommt Ziff. 8 der AGB zur Anwendung. Dieser verschiebt den Gefahrenübergang auf den Zeitpunkt des Transportbeginns. Das ist zulässig, denn Art. 185 OR ist dispositiver Natur. Es geschieht auch oft und dürfte deshalb nicht ungewöhnlich sein²⁴ - dies auch angesichts der Tatsache, dass die Unterscheidung zwischen Schick- und Bringschuld nicht einfach ausfällt und die Gefahrtragung in Ziff. 8 der AGB der gesetzlichen Ordnung der Schickschuld in Art. 185 Abs. 2 OR entspricht. Die beiden in Ziff. 8 AGB erwähnten Ausnahmen zur Freizeichnung beim Untergang (10% des Warenwertes oder Untergang betrifft nur ein Produkt) greifen in casu nicht, denn zwei Produkte sind untergegangen, die überdies mehr als 10% des Warenwertes ausmachen. Daraus ergibt sich auch keine Unklarheit im Sinne der Unklarheitenregel – zwingendes Recht ist ebenfalls nicht verletzt, denn Art. 185 OR ist dispositiver Natur.

Haftung für Salmonellenvergiftung

Tanner erleidet eine Salmonellenvergiftung, die auf das Lachssandwich zurückzuführen ist. Das Lachssandwich hat folglich einen Hygienemangel. Tanner muss diesen Umstand sofort anzeigen (Art. 201 Abs. 3 OR) – bei der üblichen Prüfung im Sinne von Art. 201 OR gleich nach Erhalt konnte er dies nicht feststellen. Tanner kann wandeln oder mindern, aber nur bezüglich *des einen mangelhaften Brotes* (Art. 209 Abs. 1 OR). Die Wandlung ist trotz Art. 207 Abs. 3 OR möglich, wenn die Sache untergegangen ist, *sofern dies bestimmungsgemäss erfolgt ist.*²⁵ Dies ist so, denn ein Sandwich ist zum Verzehr bestimmt. Die Minderung ist jedoch nicht angezeigt, denn der Minderwert erfasst den ganzen Kaufpreis (vgl. Art. 205 Abs. 3 OR) und wäre auch sonst nicht vorteilhaft, denn Schadenersatz gibt es bei der Minderung nur mit Verschulden²⁶ (dieses wäre hier aber sicher gegeben, denn der Lebensmittelinspektor stellt gravierende Verletzungen elementarster Hygienevorschriften fest, was der Grobfahrlässigkeit entspricht). Der Mangel verursachte einen Mangelfolgeschaden in der Höhe von Fr. 500, denn Tanner musste zum Arzt. Dies ist die natürliche und adäquat-kausale Folge der Lieferung des mangelhaften Brotes. Es stellt sich die Frage, ob dieser Schaden unter Art. 208 Abs. 2 (unmittelbarer Schaden, ohne Verschulden) oder Abs. 3 OR (weiterer Schaden, nur mit Verschulden) fällt. Die Erkrankung folgt direkt aus der Lieferung des mangelhaften Brotes, es tritt nach dem relevanten BGE 133 III 257 ff. kein weiteres Glied in die Kausalkette: Die bestimmungsgemässe Verwendung – hier der Verzehr des Lachsbrotes – ist kein weiteres Element der Kausalkette.²⁷ Die Sandwich-Fabrik haftet folglich für die ganzen Heilungskosten von Fr. 500 kausal, als unmittelbarer Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR. Tanner kann überdies die Kosten des gewandelten Brotes zurückverlangen, sofern er sie schon bezahlt hat (Art. 208 Abs. 2 OR).

Diesen Anspruch kann Tanner auch auf Art. 97 Abs. 1 OR stützen, doch werden die gewährleistungsrechtlichen Modalitäten (Rüge, Prüfung, Verjährung) auf die Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR übertra-

²² Vgl. ZK-Schönle, OR 185 N 44.

²³ Vgl. ZK-Schönle, OR 185 N 36.

²⁴ Vgl. die Erwähnung in BSK-Koller, OR 185 N 28.

²⁵ Vgl. Huguenin, OR BT, N 326.

²⁶ Vgl. BGE 133 III 335 ff., 338.

²⁷ Vgl. BGE 133 III 257 ff., 273: „Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstellung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Einstellung zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist.“

gen, zusätzlich zu den Voraussetzungen des Verschuldens, der Vertragsverletzung, des Schadens und der Kausalität.

Sind die AGB der Sandwich-Heimliefer-Fabrik anwendbar, stellt sich folgendes Bild. Die AGB enthalten in Ziff. 7 eine Haftungsbegrenzung „*ausnahmslos auf den Gesamtwert der Lieferung*“. Hier wären es Fr. 54. In Ziff. 5 halten die AGB fest, dass eine Beanstandung sofort zu erfolgen hat, direkt und in Gegenwart des liefernden Mitarbeiters. Die Haftungsbegrenzung und die geänderte Prüfungs- bzw. Rügeordnung sind jedoch gleich mehrfach problematisch. Da ein grobes Verschulden der Sandwich-Fabrik vorliegt – sie hat gemäss Sachverhalt elementare Hygienemassnahmen massiv verletzt – ist Art. 100 Abs. 1 OR anwendbar, der den Haftungsausschluss bei Vorsatz und grobem Verschulden ausschliesst. Art. 201 OR ist zwar dispositives Recht.²⁸ Art. 100 Abs. 1 OR ist aber dennoch anwendbar, weil die Rügeordnung in Ziff. 5 versteckte, aber auf grobem Verschulden basierende Mängel aufgrund der sofortigen Rügepflicht ausschliesst. Es könnte aber auch als ungewöhnlich gelten, dass man sogar versteckte Mängel sofort zu rügen hat – es widerspricht jeder Erwartung, denn es ist de facto unmöglich. Beachtet man aber die grundsätzliche Möglichkeit, die Haftung wegzubedingen und Art. 201 OR zu derogieren, ist Ziff. 5 AGB (sozusagen als Vorstufe zur Freizeichnung) nicht ungewöhnlich. Wendet man mit einem Teil der Lehre beim Kauf *nur Art. 199 OR* an, wäre der Haftungsausschluss noch gültig.²⁹ Ein grosser Teil der Lehre betrachtet jedoch einen Haftungsausschluss für Körperschäden als unsittlich³⁰ – Tanner hat mit der Salmonellenvergiftung einen Körperschaden erlitten. Dies alles spricht dafür, die Haftungsbegrenzung als nichtig zu erachten. Somit setzen vorliegend die Ungewöhnlichkeitsregel und das zwingende Recht der Freizeichnung Grenzen.

Fazit: Die Sandwich-Heimliefer-Fabrik schuldet Tanner Fr. 500, darf aber Fr. 43 (Fr. 54 ./ Fr. 11 wegen des gewandelten Lachssandwichs) davon abziehen. Je nach Anwendbarkeit der AGB bezüglich der Gefahrtragung (siehe oben) kann die Sandwich-Heimliefer-Fabrik Fr. 22 weniger abziehen.

Lösungsvorschlag zu Fall 3: Tanner, ledig, sucht...

Partnerbörse Eheglück vs Tanner: Bezahlung von Fr. 420 aus Innominatkontrakt

Qualifikation des Vertrages

Die genaue Qualifikation ist vorliegend wichtig, weil im Themenbereich der Kündbarkeit, Verlängerung und Laufzeitdauer die Qualifikation als Auftrag oder Partnerschaftsvermittlung im Sinne von Art. 406a ff. OR keinerlei Flexibilität ermöglicht.

Tanner hat mit der Partnerbörse Eheglück einen Vertrag geschlossen. Es stellt sich die Frage, ob es sich um einen Partnervermittlungsvertrag gemäss Art. 406a OR handelt. Diese Qualifikation ist in Ziff. 1.2 der AGB zwar eindeutig ausgeschlossen.³¹ Folglich hat Tanner auch dieser Klausel zugestimmt. Die Vertragsqualifikation liegt jedoch nicht in der Disposition der Vertragsparteien (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR).

²⁸ Vgl. BSK-Honsell, OR 201 N 13.

²⁹ Zu dieser Kontroverse siehe Huguenin, OR BT, N 310-312, mit weiteren Hinweisen zu den verschiedenen Lehrmeinungen und zur eigenen Meinung in N 312: „*Nach unserer Auffassung sind bei der kaufvertraglichen Haftungsbegrenzung mit der Mehrheit der Lehre sowohl OR 199 wie auch OR 100 I zu beachten (...). Die beiden Bestimmungen regeln verschiedene Sachverhalte: OR 199 bezieht sich nur auf die Wirkung des arglistigen Verschweigens von Mängeln anlässlich des Vertragsschlusses. OR 100 I bestimmt hingegen, inwieweit die Haftung überhaupt wegbedungen werden darf, wenn die Schädigung verschuldet war (und hat nichts mit dem Verhalten bei Vertragsschluss zu tun). Die Verkäuferin darf sich also nach unserer Auffassung zum Beispiel nicht auf die Freizeichnung berufen, wenn sie einen Mangel an der Kaufsache nicht arglistig verschwiegen, aber grobfahrlässig nicht bemerkt hat.*“

³⁰ Vgl. Schwenzer, OR AT, N 24.14; BSK-Wiegand, OR 100 N 4.

³¹ Ziff. 1.2. der AGB: „*Gegenstand des Vertrags ist ausdrücklich **nicht** die Ehevermittlung, Eheanbahnung oder ein fortdauerndes und wiederkehrendes dienstvertragliches Tätigsein irgendwelcher Art, das auf ein unmittelbares Zustandekommen einer Partnerschaft oder einer Ehe gerichtet ist.*“

Tanner hat vorliegend kostenpflichtige Dienste gewählt (Premium-Mitgliedschaft, definiert in Ziff. 3.7.). Die Partnerbörse Eheglück erstellt ein Persönlichkeitsprofil und ein Persönlichkeitsgutachten.³² Ein Gutachten kann vom Auftrags- oder Werkvertragsrecht erfasst sein, je nach dem, ob das Ergebnis objektiv überprüfbar ist,³³ was für diesen Fall zu verneinen ist – nicht nur aufgrund der Unsicherheiten bei der Analyse einer Persönlichkeit. Die Tatsache, dass es sich hier lediglich um eine computergenerierte Analyse aufgrund der eigenen Angaben handeln dürfte – also eine serienmässige gefertigte Sache – dürfte für das Vorliegen eines kaufvertraglichen Elementes sprechen. Dieses Gutachten stellt eigentlich nur die Aufbereitung der Mitgliedsdaten für die Teilnahme an der Partnerbörse dar. Deshalb ist diesem Vertragselement keine eigene Bedeutung zuzumessen. Gemäss AGB erhält Tanner Partnervorschläge (vgl. Ziff. 3.4 AGB).³⁴ Es stellt sich die Frage, ob dies schon eine Vermittlung im Sinne von Art. 406a OR darstellt. Die Vermittlung muss auf eine feste Beziehung oder die Ehe ausgerichtet sein.³⁵ Tanner hat die Partnerbörse mit der Firma „Eheglück“ gewählt, dann dürfte klar sein, dass es dabei um die Ehe oder feste, dauerhafte Beziehungen geht. Als Vermittlung im Sinne von Art. 406a OR bedarf es des *Nachweises* – dafür genügt die Übergabe der Kontaktdaten, die in Ziff. 3.4. der AGB erwähnt sind.³⁶ Dies ist von der Definition in Art. 406a Abs. 1 OR durchaus erfasst.³⁷

In der Lehre gibt es Bedenken, ob eine online-Partnerbörse wirklich unter Art. 406a OR fällt. Der Kunde erhält *streng genommen* keine Nachweise, sondern generiert diese aufgrund seiner Eingabe selber. Mit anderen Worten trifft nicht der Partnerschaftsvermittler die Auswahl, sondern der Kunde.³⁸ Eigentlich stellt die Partnerschaftsvermittlung lediglich ihre gesammelten Personendaten mit einer auf die individuellen Wünsche angepassten Suchfunktion zur Verfügung. Die Kunden erwarten jedoch von dieser Abfrage dieselben Resultate wie von einem herkömmlichen Partnerschaftsvermittler, der mit hoher Wahrscheinlichkeit eine ähnliche Software benutzt, um Übereinstimmungen zu finden. Es kann folglich nicht darauf ankommen, ob eine online-Partnerschaftsvermittlung oder ein herkömmliches Partnerschaftsvermittlungsinstitut die Nachweise erbringt.

Verneint man die Qualifikation als Partnerschaftsvermittlungsvertrag, bleibt immer noch ein Dienstleistungsaspekt. Die Partnerschaftsvermittlung erbringt Dienstleistungen, die sie ihren Kunden zur Verfügung stellt. Es wäre deshalb denkbar, Auftragsrecht analog auf diesen Vertrag anzuwenden. Der Vertrag verliert allerdings sein Vermittlerelement – er unterscheidet sich dann nicht mehr wesentlich von einem online-Wohnungssuchportal oder einer online-Autohandelsplattform (wie z.B. www.immoscout24.ch oder www.autoscout24.ch), die ebenfalls noch keine Mäklerverträge begründen. Der Vertrag ähnelt einem Abonnement für die Nutzung von Dienstleistungen oder Daten. Die Verabredung einer festen Dauer ist unter diesem Blickwinkel völlig normal, während bei Aufträgen, Partnerschaftsvermittlungsverträgen und sonstigen Dienstleistungen ein jederzeitiges Beendigungsrecht die Regel ist.

Aufgrund der vorliegenden Unsicherheit der Qualifikation behandeln die nachfolgenden Erwägungen stets beide Varianten. In einer Prüfung sollte man sich jedoch nach Darstellung der Kontroverse auf eine Variante festlegen und diese konsequent weiterverfolgen.

³² Vgl. Ziff. 1.1 sowie Ziff. 3.1-3.3. der AGB.

³³ Vgl. BGE 127 III 328 ff. zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag bei einer Schätzung einer Liegenschaft.

³⁴ Vgl. Ziff. 3.4. der AGB: „Der Kunde erhält vom Betreiber Partnervorschläge in einer Online-Vorschlagsliste, die ihm jeweils in einem anonymisierten Kurzprofil (Steckbrief und PARSHIP-Diagramm) vorgestellt werden. Die Vorschlagsliste wird unter Berücksichtigung zwischenzeitlich neu akquirierter Kunden laufend aktualisiert.“

³⁵ Vgl. BSK-Pietruszak, OR 406a N 6 ff.

³⁶ Vgl. BSK-Pietruszak, OR 406a N 5.

³⁷ Vgl. auch die Definition in BSK-Pietruszak, OR 406a N 1: „(...) ist der Vertragsgegenstand die entgeltliche Vermittlung von Personen für die Ehe oder für eine feste Partnerschaft.“

³⁸ Vgl. BSK-Pietruszak, OR 406a N 5; vgl. Honsell, OR BT, S. 347. Die AGB des Instituts geben dies in Ziff. 3.5 fast schon zu: „Der Betreiber kann ebenfalls nicht garantieren, dass die PARSHIP-Datenbank Daten von Personen enthält, die nach Abgleich mit dem Persönlichkeitsprofil des Kunden zu einem Partnervorschlag führen. Da die Partnervorschläge auf den Angaben der Kunden beruhen, kann PARSHIP keine Gewährleistung für die Richtigkeit übernehmen.“

Übernahme der AGB

Gemäss Sachverhalt hat Tanner die AGB durch Anklicken angenommen, ohne sie zu lesen. Dies genügt im Sinne einer Globalübernahme. Nur bei der Globalübernahme ist die Ungewöhnlichkeitsregel anwendbar.³⁹

Ungewöhnlichkeitsregel

Ein Vertrag mit klar definierter Dauer endet grundsätzlich mit deren Ablauf, ohne dass eine Kündigung notwendig wäre. Diese Erwartungshaltung hat die Rechtsgenossen aufgrund der Logik und vieler ähnlichen Bestimmungen im Obligationenrecht geprägt.⁴⁰ Alternativ hiezu lässt sich argumentieren, dass der Vertrag mit Zweckerreichung – hier das Verlöbnis als Begründung einer festen Partnerschaft – wegfällt.⁴¹ Ziff. 5.3 der AGB sieht demgegenüber vor, dass der Vertrag sich ohne Kündigung vor Ablauf automatisch um die ursprünglich vereinbarte Dauer verlängert.⁴² Dieser Regelung liegt ein *Übertölpelungsgedanke* inne – die Anbieter können die Notwendigkeit einer automatischen Verlängerung mit keinem seriösen Grund rechtfertigen. Sie zielt darauf ab, dass die Kunden die Kündigung vergessen und länger als gewollt an den Vertrag gebunden bleiben.⁴³ Es wäre beispielsweise viel effizienter, die Prolongation nur bei Vorauszahlung mittels vorgängig zugestellten Einzahlungsscheins eintreten zu lassen. Der Anbieter wüsste in diesem Fall sofort, was der Kunde wirklich will. Die automatische Vertragsverlängerung ist folglich nachteilig und aufgrund der erwartungskonträren Kündigungsnotwendigkeit überraschend. Dies sind Kriterien, die für die Ungewöhnlichkeit relevant sind. Sie ist folglich ohne speziellen Hinweis unbeachtlich.

Die Partnerbörse Eheglück beruft sich bezüglich dieses Hinweises auf Ziff. 5.3. der AGB. Dort ist erwähnt, dass der Kunde „mit der Bestell- bzw. Verlängerungsbestätigung über die jeweilige Laufzeit, das Datum des Vertragsendes und die Dauer der Verlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung informiert“ werde. Ein Hinweis nach Vertragsschluss kann jedoch nicht genügen. Wenn eine Bestell-

³⁹ Vgl. Huguenin, OR AT, N 419.

⁴⁰ Vgl. Art. 266 und 295 OR, Miete und Pacht; vgl. Art. 318 OR, Darlehen mit Rückzahlungstermin; vgl. Art. 334 Abs. 1 OR, Arbeitsvertrag.

⁴¹ Vgl. BSK-Pietruszak, OR 406a N 31.

⁴² Vgl. Ziff. 5.3 der AGB: „Der Vertrag über kostenpflichtige Dienste gemäss Punkt 2.3 verlängert sich automatisch um die jeweils gewählte ursprüngliche Laufzeit (z.B. 3, 6 oder 12 Monate), sofern der Kunde seinen Vertrag nicht vor Ablauf der Vertragslaufzeit kündigt. Beim erstmaligen Kauf und bei jeder nachfolgenden Verlängerung wird der Kunde mit der Bestell- bzw. Verlängerungsbestätigung über die jeweilige Laufzeit, das Datum des Vertragsendes und die Dauer der Verlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung informiert.“

⁴³ Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. August 1994, 6 U 266/93 in NJW-RR 1995, S. 369 f.. Es ging um eine automatisch verlängerten Partnerschaftsvermittlungsvertrag: „Hinzu kommt, dass gerade derartige Vertragsbestimmungen erfahrungsgemäss von den Kunden übersehen oder vergessen werden. Häufig hat der Kunde die an sich naheliegende Vorstellung, dass ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis nach dem Zeitablauf auch wirklich beendet sei, und er versäumt deshalb die zur Verhinderung einer stillschweigenden Verlängerung erforderliche Kündigung (...).“; vgl. das Urteil des BGH vom 1. Juni 1989 - X ZR 78/88 in NJW 1989, S. 2255 ff., 2256. Das Gericht bejahte eine Übertölpelung- und Überraschungseffekt bei einem Insertionsvertrag, der eine klare Dauer von einem Jahr vorsah, während die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine automatische Verlängerung bei ausgebliebener Kündigung vorsahen: „Das BerGer. hat weiter ohne Rechtsverstoss festgestellt, dass bei einer derartig auf eine fest begrenzte Auftragsdauer 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. Das gilt auch dann, wenn man davon ausgeht, dass das in Streit stehende Auftragsformular der Kl. nur von gewerblichen Bestellern genutzt wird, und das Verlängerungsklauseln der in Streit stehenden Art an sich zulässig (...) und in der Werbebranche auch üblich sind, wie das BerGer. unterstellt hat. Auch bei einer weitgehend üblichen Regelung kann - wenn sie von solcher Bedeutung ist wie eine automatische Vertragsverlängerung - erwartet werden, dass sie hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht und nicht versteckt wird. Das BerGer. hat zu Recht angenommen, dass der Unterzeichner eines Auftragsformulars keinesfalls damit zu rechnen braucht, dass die auf der Vorderseite hervorgehobene Festlegung einer begrenzten Vertragsdauer durch die rückseitig wiedergegebenen AGB zu einer unbegrenzten wird.“

bestätigung eingeht, ist der Vertrag logischerweise bereits geschlossen. Die Ziff. 5.3. ist auch nicht besonders hervorgehoben. Der Sachverhalt erwähnt keinen besonderen Hinweis vor Abgabe der Erklärung Tanners – die Bestellbestätigung erfolgt frühestens mit dem Akzept gemäss Ziff. 2.3 AGB, sofern dieser der Bestellbestätigung gemäss Ziff. 5.3. entspricht. Die Klausel bleibt folglich aufgrund ihrer Ungewöhnlichkeit unbeachtlich. Auch wenn solche Klauseln bei online-Partnerschaftsvermittlungen üblich sein sollten, könnte sich Tanner, sofern er branchenunerfahren ist, auf deren Ungewöhnlichkeit berufen.⁴⁴

Unklarheitenregel

Die Klausel ist klar und eindeutig. Es gibt keine Interpretationsspielraum, der sich zugunsten Tanners auswirken könnte.

Zwingendes Recht

Sofern es sich um einen Partnerschaftsvermittlungsvertrag gemäss Art. 406a ff. OR handelt (siehe Qualifikation oben), ist die Anwendbarkeit von Art. 406d Ziff. 7 OR oder Art. 404 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 406a Abs. 2 OR zu prüfen. Dieses Kündigungsrecht ist zwingend, egal mit welchen Normen man es begründet.⁴⁵ Eine automatische Vertragsverlängerung und nur schon die Verabredung einer Dauer haben in solchen Fällen keinen Bestand. Die Schriftlichkeit ist dafür Gültigkeitserfordernis (Art. 11 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 406f OR). Tanner hat mit digital signierter Email gekündigt. Sofern die *digital signierte* Email Tanners die Voraussetzungen gemäss Art. 14 Abs. 2^{bis} OR i.V.m. Art. 13 OR erfüllt – der Sachverhalt erwähnt lediglich die digitale Signatur, nicht aber die weiteren Voraussetzungen⁴⁶ – gilt es als schriftliche Kündigung.

Handelt es sich nicht um einen Partnerschaftsvermittlungsvertrag gemäss Art. 406a ff. OR, stellt sich die Frage, ob es andere Normen gibt, die zwingend darauf Anwendung finden sollten. Die Qualifikation der Partnervermittlung im Internet als Nutzungsberechtigung bezüglich der von der Partnervermittlerin gesammelten Kontakte lässt sich durch keinen Vertrag passend einordnen. Denkbar wäre die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund. Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis, denn die Kosten hängen von der Dauer des Vertrages ab.⁴⁷ Tanner hat mittlerweile eine Frau kennen gelernt, er benötigt die Leistungen der Partnerbörse nicht mehr. Es ist jedoch nicht unzumutbar, die Leistungen der Börse für die verabredete Zeit zu erfüllen. Er hätte gleich zu Beginn eine kürzere Dauer vereinbaren können. Die AGB bieten in Ziff. 5.3 eine Vertragsdauer von 3, 6 oder 12 Monaten an. Es ist anzunehmen, dass die längste Dauer den günstigsten Monatstarif aufweist. Tanner könnte auf diese Weise unberechtigterweise den billigsten Tarif nutzen, wenn er ein vorzeitiges Ausstiegsrecht erhielte. Das wäre aber nur denkbar, wenn Tanner dafür die höheren Tarife der kürzeren Dauer bezahlt. Es erscheint jedoch schon grundsätzlich nicht als unzumutbar, ihn zur Erfüllung des Vertrags gemäss ursprünglich vereinbarter Dauer anzuhalten.

⁴⁴ Vgl. dazu Huguenin, OR AT, N 424; CHK-Kut/Schnyder, OR 1 N 53.

⁴⁵ Vgl. CHK-Joost, OR 406a-h N 17 f.

⁴⁶ Vgl. dazu CHK-Kut/Schnyder, OR 14 N 13.

⁴⁷ Vgl. Huguenin, OR AT, N 85.