

Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen

ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN*

Verträge mit fest vereinbarter Dauer enden ohne Kündigung, alleine aufgrund des Zeitablaufs. In allgemeinen Geschäftsbedingungen finden sich jedoch häufig Klauseln, die trotz klar vereinbarter Vertragsdauer bei ausgebliebener Kündigung eine automatische Vertragsverlängerung vorsehen. Die Kündigung geht meist vergessen, was eine verlängerte Bindung um die ursprünglich vereinbarte Dauer und meist auch Ärger zur Folge hat. Arnold F. Rusch und Eva Maissen widmen sich im nachfolgenden Aufsatz den rechtlichen Möglichkeiten, wie man sich gegen solche Klauseln wehren kann.

recht 2010, S. 95 ff.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
I. Problemstellung	2
II. Rechtliche Einordnung.....	3
III. Interessenlage.....	4
IV. Korrektiv	5
1. Keine Geltung ohne Übernahme	5
2. Vorrang der Individualabrede	6
3. Ungewöhnlichkeitsregel.....	7
a. Überraschungseffekt und Nachteil.....	7
b. Untauglichkeit des besonderen Hinweises	8
4. Unklarheitenregel.....	9
5. Zwingendes Recht.....	9
a. Anwendbarkeit von Art. 404 OR bei Aufträgen	9
b. Unlauterer Wettbewerb	9
c. Übermässige Bindung	10
d. Rechtsmissbrauch.....	10
e. Öffentliche Ordnung	11
V. Prävention	11
VI. Ideale Regelung.....	12
VII. Schlusswort	13
Literaturverzeichnis	13

* Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Frau lic. iur. Eva Maissen arbeitet als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Claire Huguenin LL.M an der Universität Zürich. Idee und Konzeption dieses Aufsatzes stammen von Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. Die Ausarbeitung des Aufsatzes erfolgte als Gemeinschaftsarbeit mit Frau lic. iur. Eva Maissen, die derzeit dieses Thema in einer Dissertation an der Universität Zürich weiterentwickelt.

I. Problemstellung

Immer häufiger enthalten allgemeine Geschäftsbedingungen Klauseln, die eine *automatische Vertragsverlängerung* vorsehen. Kündigt die betroffene Partei nicht bis zu einem bestimmten Termin vor Ablauf der eigentlich fest vereinbarten Vertragsdauer, verlängert sich der Vertrag meist um die ursprünglich vereinbarte Dauer. Einzig die allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ohnehin kaum jemand liest, halten die Notwendigkeit einer Kündigung fest. Problematisch ist dies deshalb, weil die Logik gebietet, dass ein Vertrag mit Ablauf der vereinbarten Dauer ohne Zutun der Parteien endet. Dementsprechend oft geht die Kündigung vergessen. Dies hat eine verlängerte Bindung und meist auch Ärger zur Folge – Ärger über die unfreiwillig verlängerte Dauer und Ärger über deren unerkannte Einführung auf dem Schleichweg. Die automatische Vertragsverlängerung hat damit eine ähnliche, den Konsens *sprengende* Wirkung wie die einseitigen Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen.¹ Für diese ist die antike Metapher des *trojanischen Pferdes* passend. Auch für die automatische Vertragsverlängerung (ebenso Verlängerungsautomatik, Erneuerungsklausel, Rollover-Klausel oder Prolongationsklausel genannt) gibt es ein treffendes Bild, das Ständerat Scherrer bereits vor über 100 Jahren prägte: es ist die *Mäusefalle*.²

Das Phänomen der Vertragsverlängerung tritt in verschiedenen Formen auf. Die Verlängerung, die das Gesetz für die Miete und Pacht vorsieht, knüpft an die *stillschweigende Weiterführung* des Vertragsverhältnisses an (Art. 266 Abs. 2 OR; Art. 295 Abs. 2 OR).³ Es ist aber möglich, dass die Parteien aus Gründen der Planungssicherheit *schon vor Ablauf der vereinbarten Dauer* wissen wollen, ob sie einen neuen Vertragspartner suchen müssen. Deshalb vereinbaren sie trotz fest vereinbarter Vertragsdauer *bewusst* die Notwendigkeit einer vorgängigen Kündigung, bei deren Ausbleiben der Vertrag sich um eine vorbestimmte Dauer verlängert.⁴ Demselben Zweck dienen frühzeitig auszuübende Optionsrechte zur Verlängerung der Miete um eine [S. 95/S. 96] bestimmte Dauer.⁵ Neu ist, dass viele Verträge auch über geringfügige Leistungen, bei denen die Planungssicherheit keine grosse Rolle spielt, in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eine automatische Verlängerung vorsehen. Die verabredete Vertragsdauer entpuppt sich dann *wider jede Erwartung* als blosser Mindestdauer. Die automatische Vertragsverlängerung bei ausgebliebener Kündigung in allgemeinen Geschäftsbedingungen tritt teilweise zusammen mit weiteren, ebenfalls nachteiligen Phänomenen auf, wie z.B. einer ungebührlich langen oder kurzen Kündigungsfrist, unangemessenen Formerfordernissen der Kündigung oder zusätzlich anfallenden Deaktivierungs- und Vertragsbeendigungsgebühren.⁶

In diesem Aufsatz geht es darum, das rechtliche Korrektiv zur automatischen Vertragsverlängerungsklausel darzulegen. Die Analyse bezieht sich nur auf allgemeine Geschäftsbedingungen, weil die

¹ Vgl. dazu RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 37 ff.

² Vgl. das wörtliche Zitat ob Fn. 12; das Bild der *Falle* wird auch heutzutage benützt, so jüngst für eine deutsche Zeitung, die in der Schweiz Probe-Abonnemente verkauft, die sich ohne explizite Kündigung in gewöhnliche Jahresabonnemente wandeln. Siehe dazu den Bericht im Tages-Anzeiger vom 15. August 2009, S. 2: „*Deutsche Zeitung lockt Schweizer Leser in die Abo-Falle*“ (dieser Titel nur in der online-Version des Tages-Anzeigers); vgl. ebenso MEIERHOFER, K-Tipp 12/2008, S. 12 f.

³ Vgl. zur sog. *relocatio tacita* MAYER-MALY, S. 218 ff.; vgl. ULPAN D.19.2.13.11. Die *locatio conductio* verlängerte sich jeweils um ein Jahr, nicht um die ursprünglich vereinbarte Dauer.

⁴ Vgl. Urteil BGer 4A_99/2009.

⁵ Vgl. die Verlängerungsoption einer Unter- und Hauptmiete in BGE 113 II 31; vgl. zu den Voraussetzungen eines Optionsrechts auch Urteil BGer 4A_551/2008, Erw. 5 und Urteil BGer 4A_111/2009, Erw. 2.1.

⁶ Vgl. zur übermässig langen Kündigungsfrist von zwei Jahren bei einer Vertragsdauer von drei Jahren Urteil BGer 5P.115/2005, Erw. 1.2.; zur Deaktivierungs- oder Vertragsabwicklungsgebühr (in Deutschland) LINDACHER, ZIP 2002, S. 49 ff. und Urteil BGH vom 18. April 2002 - III ZR 199/01 in MMR 2002, S. 542 ff.; zu den unangemessenen Formerfordernissen (in Deutschland) siehe § 309 Nr. 13 BGB und den in Fn. 53 zitierten Entscheid.

Individualvereinbarung einer automatischen Verlängerung weniger problematisch ist. In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, wie sie rechtlich einzuordnen ist, ob bereits gesetzlich definierte Fälle bestehen und welchen Interessen die automatische Vertragsverlängerung in AGB dient.

II. Rechtliche Einordnung

Die automatische Vertragsverlängerung gehört zu den *Erklärungsfiktionen*. Diese messen einer Handlung oder Unterlassung unabhängig vom wirklichen Willen die Bedeutung einer Erklärung zu.⁷ Unterlässt der Vertragspartner eine Kündigung bis zu einem gewissen Zeitpunkt, so ist dieses Schweigen vertragsgemäss als Erklärung aufzufassen, dass der Vertrag um die ursprünglich vereinbarte Dauer weitergelten soll.

Die Verlängerung der Miete oder der Pacht gemäss Art. 266 Abs. 2 OR und Art. 295 Abs. 2 OR beruht hingegen nicht auf einer Fiktion, sondern auf einer *widerlegbaren Vermutung*. Vielmehr zeigen die Vertragsparteien vermutungsweise durch die stillschweigende Fortsetzung des Vertragsverhältnisses konkludent, dass sie weiterhin gebunden sein wollen.⁸

Denkbar ist auch, die vereinbarte Dauer lediglich als *Mindestdauer* eines unbefristeten Vertrages zu erfassen. Dafür spricht der Wortlaut von Art. 255 Abs. 1 OR: „*Befristet ist das Mietverhältnis, wenn es ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigen soll.*“ E contrario lässt sich daraus lesen, dass es *mit Kündigung* folglich trotz vereinbarter Dauer um ein *unbefristetes Verhältnis* gehen muss.⁹ Dies widerspricht jedoch dem gängigen Verständnis einer verabredeten Vertragsdauer. Solche Verhältnisse sind explizit als *unbefristete Verträge mit Mindestdauer* bezeichnet und kennen regelmässig wiederkehrende Kündigungstermine.

Die automatische Verlängerung ist im Bereich des Versicherungsvertrages in Art. 47 VVG¹⁰ explizit geregelt: „*Die Abrede, dass der Versicherungsvertrag mangels Kündigung als erneuert gelten soll, ist insoweit nichtig, als die Erneuerung für mehr als je ein Jahr ausbedungen wird.*“ Die Marginalie zu diesem Artikel lautet „*Stillschweigende Vertragserneuerung*“ und suggeriert damit eine Konkludenz der Weiterführung, die nicht gegeben ist.¹¹ Ständerat Scherrer hat diese Norm und die oben geschilderte Problematik 1905 dem Ständerat wie folgt vorgestellt: „*In vielen Versicherungsverträgen, namentlich in der Feuer- und Unfallbranche, die für längere Zeit, beispielsweise für 10 Jahre abgeschlossen werden, findet sich die Klausel, dass, wenn der Vertrag drei Monate (oder sechs Monate) vor Ablauf nicht gekündigt werde, derselbe für die gleiche Dauer als erneuert, in unserem Falle also wieder für 10 Jahre, gelten solle. Die Kommission hat gefunden, dass eine derartige Klausel eine „Mäusefalle“ sei. Denn der Versicherte vergisst in der Regel zu kündigen und ist auf diese Weise wieder auf lange Jahre hinaus an einen Vertrag gebunden, wiewohl er vielleicht Gelegenheit hätte, zu viel günstigeren Bedingungen einen anderen Vertrag abzuschliessen. Daher betrachtet es die Kommission als angezeigt, dass solche Klauseln für ungültig erklärt werden sollen, soweit die Erneuerung für mehr als ein Jahr vorgesehen ist.*“¹² Mit der Präzisierung, dass nicht die Klausel als solche nichtig sei, sondern die übermässige Verlängerungsdauer auf ein Jahr zu kürzen sei, akzeptierten dies der Ständerat und später auch der Nationalrat.¹³ [S. 96/S. 97]

⁷ Zu dieser Definition siehe MATHYS, S. 112; VVG-FUHRER, Art. 47 VVG N 14; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 OR N 66.

⁸ Vgl. ZK-HIGI, Art. 266 OR N 41; BSK-WEBER, Art. 255 OR N 5; vgl. zum Unterschied auch MATHYS, S. 113.

⁹ So auch BGE 114 II 165, Erw. 2b; BSK-WEBER, Art. 255 OR N 5; vgl. zur Beendigung des Franchisevertrages BSK-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 169 und STEIN-WIGGER, S. 144 ff.

¹⁰ SR 221.229.1.

¹¹ Vgl. KUNZ, S. 85, Fn. 2.

¹² Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1905 217 f.

¹³ Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1905 218; zur Entstehungsgeschichte noch detaillierter KUNZ, S. 84 ff. Der klare Wortlaut von Art. 47 VVG basiert somit auf der Idee der *Teilnichtigkeit aufgrund der geltungserhaltenden Reduktion*. Der moderne und effiziente Ansatz im Urteil BGer 4A_404/2008,

III. Interessenlage

Bei individuell vereinbarten Verlängerungsklauseln zeigt sich, dass oft beide Parteien ein grosses Interesse an Planungssicherheit haben. Wer z.B. ein Geschäftslokal oder ein ganzes Einkaufscenter mietet oder vermietet, braucht eine verlässliche, lange Mietdauer. Lange vor Ablauf der Mietdauer muss auf beiden Seiten Klarheit darüber bestehen, ob und wie lange der Vertrag weiterläuft und ob ein neuer Mieter oder ein neues Lokal gesucht werden muss. Bei dieser Art der automatischen Verlängerung bestehen weniger Bedenken, denn sie erfolgt in beiderseitigem Interesse und zusätzlich in Kenntnis der Sachlage.

Beim Vertragsschluss mit allgemeinen Geschäftsbedingungen erhärtet sich hingegen der Verdacht, dass die Anbieter darauf spekulieren, dass ihre Geschäftspartner die Notwendigkeit der Kündigung übersehen oder vergessen.¹⁴ Die Anbieter können auch nicht von einem *mutmasslichen* Interesse an der Weiterführung ausgehen – der Kunde hat den Vertrag mit fester Dauer geschlossen, also hat er *mutmasslich kein Interesse* an der Weiterführung, es sei denn, er äussert sich später gegenteilig.¹⁵ Bei Verträgen mit Fitnessstudios zeigt sich dies deutlich. Es ergeben sich keinerlei Nachteile, wenn der Vertrag mit Ablauf der vereinbarten Dauer endet. Der Kunde kann beim nächsten Besuch einen neuen Vertrag abschliessen, wenn er das wirklich will. Bei Versicherungen lässt sich immerhin argumentieren, dass der Versicherungsschutz nicht einfach unbemerkt dahinfliegen soll. Der Versicherte will nicht, dass er und sein Eigentum unbemerkt ohne Schutz dastehen, bloss weil er die Vertragsverlängerung vergessen hat.¹⁶ Dennoch sah der Gesetzgeber schon 1905 darin eine *Mäusefalle*¹⁷ und beschränkte deren Missbrauch durch eine maximale Verlängerungsdauer. Aber auch hier wären effizientere Möglichkeiten denkbar, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Geht bei einer automatischen Vertragsverlängerung die Kündigung vergessen, verursacht dies meist

Erw. 5.6.3.2.1, der die geltungserhaltende Reduktion und damit die Teilnichtigkeit übermässiger AGB-Klauseln aufgrund der falschen Anreizwirkung ablehnt, dürfte deshalb auf Art. 47 VVG nicht anwendbar sein.

¹⁴ Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. August 1994, 6 U 266/93 in NJW-RR 1995, S. 369 f., 369. Es ging um einen 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 einen Übertölpelungs- 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.*“

¹⁵ Dies übersieht STAUDINGER-COESTER, BGB 307 N 535; richtig VON HIPPEL, Anmerkung zum Entscheid des BGH vom 4. Dezember 1996 – XII ZR 193/95 in JZ 1997, S. 1007 ff., 1009.

¹⁶ Dieser Gedanke würde noch nicht die Verlängerung um die ursprünglich vereinbarte Dauer rechtfertigen, sondern höchstens die Weiterführung als unbefristetes, aber kurzfristig kündbares Vertragsverhältnis.

¹⁷ Siehe das wörtliche Zitat ob Fn. 12.

Ärger und Streit.¹⁸ Zu einer dritten Vertragsverlängerung kommt es aufgrund der Verärgerung kaum. Den Verwendern von Verlängerungsklauseln scheint es nicht darum zu gehen, mit der eigenen Leistung überzeugen zu wollen, sondern vielmehr darum, Kunden unbemerkt zu einer zweiten Vertragsdauer zu verpflichten.¹⁹ Dabei wäre es in vielen Fällen nicht schwierig, rechtzeitig Klarheit über die Weiterführung eines Vertrages zu schaffen. Bei diversen Zeitungsabonnements ist es üblich, dass man den Preis für die Verlängerung des Abonnements *praenumerando* zu entrichten hat. Wer die Zeitung auch im nächsten Jahr will, muss vorgängig bezahlen. Auf diese Weise entstehen keinerlei Mehrkosten – es entfallen sogar die *Inkassokosten* und der *Streit* mit den verlängerungsunwilligen Kunden. Die Einfachheit dieser Alternative zeigt, dass es für die automatische Vertragsverlängerung in allgemeinen Geschäftsbedingungen kaum seriöse An- [S. 97/S. 98] wendungen gibt.²⁰ Sollte es sie dennoch geben oder stehen *praenumerando*-Lösungen nicht offen, lassen sie sich in *explizit als unbestimmt bezeichneten Vertragsverhältnissen* mit Mindstdauer und danach regelmässiger Kündigungsmöglichkeit problemlos erfassen – die automatische Verlängerung *um die ursprüngliche Dauer* ist dazu nicht notwendig.

IV. Korrektiv

1. Keine Geltung ohne Übernahme

Allgemeine Geschäftsbedingungen erlangen nur dann Geltung, wenn die Parteien sie in den Vertrag einbeziehen. Der AGB-Verwender hat diese vor Vertragsschluss auszuhändigen. Es muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass die betroffene Person die AGB zu Kenntnis nehmen kann.²¹

Eine Besonderheit für die automatische Verlängerung ergibt sich hier nicht. Einzig bei den besonders missbrauchsanfälligen Verträgen über Eintragungen in Branchenverzeichnissen und Pseudo-Handelsregistern kommt es häufig vor, dass schon die Offerte zum Vertragsschluss verdeckt erfolgt. Der Kunde erhält eine Offerte, getarnt in der Form einer Rechnung. Diese suggeriert auf unlautere Weise, dass der Vertragsschluss und die Vertragsleistung bereits erfolgt seien und enthält zusätzlich allgemeine Geschäftsbedingungen mit der automatischen Vertragsverlängerung auf der Rückseite oder in einem separaten Dokument. In solchen Fällen ist die Übernahme der AGB zu verneinen. Weshalb sollte man sich bei einer Rechnung noch um AGB kümmern? Ohne das Bewusstsein, einen Vertrag

¹⁸ Vgl. zum meist folgenden Ärger Tages-Anzeiger vom 15. August 2009, S. 2: „In der Schweiz ein Probe-Abo einer Zeitung oder Zeitschrift zu bestellen, ist risikolos. Wer das Abo nicht verlängert, der bekommt nichts mehr - nicht das Blatt und schon gar keine Mahnungen. Denn die oberste Maxime im Schweizer Print-Verlagswesen lautet: Verärgere nie einen Kunden. «Im äussersten Fall erhält man nach Ablauf eines Probe-Abos unkommentiert die Rechnung für eine Weiterführung oder ein Jahres-Abo. Üblicher ist aber die aktive Nachfrage per Telefon, ob man das Abo nicht verlängern will», sagt Toni Vetterli, Marketingleiter des Verbandes Schweizer Presse.“

¹⁹ Vgl. die Anmerkung von VON HIPPEL zum Entscheid des BGH vom 4. Dezember 1996 – XII ZR 193/95 in JZ 1997, S. 1007 ff., 1009: „Ein Anbieter, der durch seine Leistungen überzeugt, kann darauf vertrauen, dass seine Kunden ihm treu bleiben, und bedarf deshalb keiner Vertragsverlängerungsklausel, die sich für den Verbraucher oft als „Falle“ erweist, weil sie regelmässig nicht mit einer solchen Klausel rechnen (...) und weil sie selbst dann, wenn sie die Klausel zur Kenntnis genommen und verstanden haben, erfahrungsgemäss oft vergessen, form- und fristgerecht zu kündigen, wenn sie die „stillschweigende“ Verlängerung des Vertrages vermeiden wollen. Unter diesen Umständen ist es schwer verständlich, dass der BGH den schwarzen Peter den Verbrauchern zuschiebt und ihnen (die doch nur auf eine bestimmte Zeit kontrahiert haben!) zumuten will „in dem schriftlichen Vertrag nachzusehen, welche Kündigungsmöglichkeiten sie haben“.“

²⁰ STAUDINGER-COESTER, § 307 BGB N 535 sieht für die Verlängerungsautomatik ein berechtigtes Interesse in der Rationalisierung bei mutmasslichem Verlängerungswillen des Kunden. Angesichts der Alternative dürfte dieses jedoch zu verneinen sein – es ist nämlich gar nicht rationeller. Bei identischen Transaktionskosten kann der sichere Verlängerungswillen mitsamt Solvenz und Zahlungsbereitschaft des Kunden abgeklärt werden.

²¹ Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 52.

schliessen zu wollen – und genau darauf ist die ganze Angelegenheit ausgerichtet – kann niemand von der Übernahme der AGB ausgehen.²²

2. Vorrang der Individualabrede

Individualvereinbarungen gehen den in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Regelungen immer vor.²³ Bei diversen Verträgen können die Kunden die Vertragslaufzeit von Hand eintragen oder aus einer vorgegebenen Auswahl ankreuzen, zum Teil mit genauer Angabe des Anfangs- und Endzeitpunkts.²⁴ Die erwartungskonträre Verlängerungsautomatik bei ausgebliebener Kündigung dieser fest vereinbarten Vertragslaufzeit ist lediglich im „Kleingedruckten“ auf der Rückseite oder in einem separaten Dokument enthalten. Es stellt sich die Frage, ob die Parteien damit individuell eine feste Vertragslaufzeit verabredet haben, die gegenüber der automatischen Vertragsverlängerungsklausel in den AGB Vorrang hat. Die Frage ist teilweise zu bejahen. Wer eine feste Dauer individuell vereinbart, hat etwas abgemacht, dass sich mit der Verlängerungsautomatik nicht verträgt, weil ein befristeter Vertrag ohne Kündigung endet.²⁵ Besteht die Auswahlmöglichkeit jedoch nur im Ankreuzen oder Eintragen vorgegebener Laufzeiten, liegt keine Individualabrede vor. Eine solche ist wohl nur dann gegeben, wenn der Kunde die frei gewählte Laufzeit selber in eine Lücke schreiben kann.²⁶
[S. 98/S. 99]

²² Vgl. zu diesen Fällen das Urteil BGer 6S.357/2002. Das Bundesgericht hielt fest, dass als Rechnungen getarnte Offerten für den Eintrag in einem Telefax-Verzeichnis unlauter im Sinne des Art. 3 lit. b UWG seien. Diese Rechnungen täuschen ein bestehendes Geschäftsverhältnis vor (Erw. 2-2.7; vgl. auch das Urteil BGer 6S.184/2003, Erw. 2.1-2.3 sowie Urteil BGer 6B_272/2008, Erw. 4.1.-4.3; vgl. BAUDENBACHER, Art. 3 lit. b UWG N 230 sowie Art. 2 UWG N 107). Dies berechtigt zu den zivilrechtlichen Ansprüchen gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG. Folge davon wäre auch die *Anfechtbarkeit wegen Irrtums oder Täuschung* (Art. 24 oder 28 OR; vgl. BAUDENBACHER, Art. 3 lit. b UWG N 257; vgl. auch den Entscheid des Amtsgerichts Sursee vom 29. Juni 2007, Internet: <http://www.beobachter.ch/fileadmin/user_upload/media/pdf/070803_Urteil-Registerhai.pdf>, abgerufen am 26. April 2010) des ganzen so geschlossenen Vertrags – und damit auch der Verlängerungsklausel; vgl. zu diesem Phänomen den Artikel von MEIERHOFER, K-Tipp 1/2009, S. 17; zu den praktisch identischen Fällen in Deutschland siehe Urteil des BGH vom 7. Oktober 1993 - I ZR 293/91 in NJW 1993, S. 3329 f., Urteil des BGH vom 26. Januar 1995 - I ZR 39/93 in GRUR 1995, S. 358 ff. sowie das Urteil des BGH vom 26. November 1997 - I ZR 109/95 in GRUR 1998, S. 415 ff.

²³ Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 49 und 57, mit weiteren Hinweisen.

²⁴ Vgl. als Beispiel die AGB eines Fitnesscenters, bei dem zwischen einer Einjahres- und einer Zweijahreskarte ausgewählt werden kann, wobei das Anfangs- und das Enddatum individuell eingetragen werden, Internet: <http://www.fitorama.ch/typo3/fileadmin/template/download/Vertragsformulare_04_2010.pdf> (abgerufen am 26. April 2010).

²⁵ Diese Überlegung im Urteil des OLG Saarbrücken vom 12. Juni 2008 - 8 U 380/07-105, Erw. 2.b.aa und 2.c. Es ging um einen von Ärzten geleasteten Kernspintomographen: „*Dass es sich hierbei um eine zwischen den Vertragsparteien individuell getroffene Vereinbarung handelte, ergibt sich daraus, dass die Zahl „86“ maschinenschriftlich an der in dem Vertragsformular für die Vertragslaufzeit vorgesehenen Stelle eingefügt wurde. (...) Die Klausel unter Ziffer 4.1 der dem Leasingvertrag zugrunde liegenden Leasingbedingungen, nach der sich der Vertrag jeweils um ein Jahr verlängert, wenn er nicht von einer der Parteien schriftlich unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten auf das Ende der ursprünglichen Dauer oder eines Verlängerungszeitraums gekündigt wird, steht zu der individuell vereinbarten Vertragsdauer von 86 Monaten eindeutig in Widerspruch, weshalb die Klausel unwirksam ist. Denn nach dem Inhalt der Klausel wäre der Vertrag nach Ablauf der vereinbarten Dauer auf unbestimmte Zeit geschlossen.*“; vgl. übereinstimmend das Urteil des Amtsgerichts Tettngang vom 6. Juni 1986 - 3 C 393/86 in NJW-RR 1987, S. 55 f., Erw. 2b; vgl. auch das Urteil des BGH vom 14. Mai 1969 - IV ZR 787/68 in NJW 1969 1626 f. Es ging um einen Maklerauftrag „*bis zum Verkauf aller Wohnungen*“. Die entgegenstehende Verlängerungsautomatik in den AGB war deshalb nicht anwendbar.

²⁶ Vgl. zu verschiedenen Beispielen in Deutschland VELHORST, S. 68 ff., die eine individuelle Vereinbarung nur bei einer frei ausfüllbaren Lücke bejaht und dann verneint, wenn lediglich eine Auswahl zwischen vorgegebenen Varianten durch Ankreuzen oder Durchstreichen besteht; vgl. ebenso STAUDINGER-SCHLOSSER, § 305 BGB N 38, mit weiteren Hinweisen.

Empfehlenswert wäre die Übernahme des deutschen Verständnisses der Individualabrede im Sinne des § 305b BGB, der eine *Normenhierarchie* einführt. Der Formularvertrag, der eine feste Vertragsdauer enthält, ist wichtiger als die auf der Rückseite oder in einem separaten Dokument abgedruckten AGB, die eine automatische Vertragsverlängerung bei ausgebliebener Kündigung vorsehen.²⁷

3. Ungewöhnlichkeitsregel

a. Überraschungseffekt und Nachteil

Die Logik gebietet, dass ein befristetes Vertragsverhältnis ohne Kündigung endet. Ineffizient und nachteilig ist es, wenn man trotz vereinbarter Dauer kündigen muss. Das Gesetz spiegelt diese Logik und Effizienz in mehreren Normen.²⁸ Diese Logik und die gesetzliche Ordnung haben die Erwartungshaltung der Rechtsgenossen geprägt. Wer einen Vertrag mit fester Dauer abschliesst, erwartet deshalb nicht, dass in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Pflicht zur Kündigung enthalten ist, ohne die man für eine weitere Dauer verpflichtet ist.²⁹ Kaum jemand liest die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie sind in den seltensten Fällen so ausgelegt, dass man sie in vernünftiger Frist überhaupt erfassen könnte. Deshalb wohnt der Erklärungsfiktion der automatischen Vertragsverlängerung in AGB ein gewaltiges Missbrauchspotential inne.

Diese Erwartungshaltung ist für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel entscheidend. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist bei Globalübernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen anwendbar. Diejenigen unerwarteten oder untypischen Klauseln, mit denen die betroffene Person nicht rechnen musste und auch nicht gerechnet hat, bleiben unwirksam.³⁰ Die automatische Vertragsverlängerung bei ausgebliebener Kündigung ist überraschend, untypisch und nachteilig. Dies zeigt sich schon dadurch, dass die Kündigung in der Regel vergessen geht. Wer den Vertrag nicht verlängern will, erleidet durch die automatische Vertragsverlängerung einen Nachteil. Kann er die nochmals erbrachte Leistung während der verlängerten Vertragsdauer nicht nutzen, bezahlt er im Ergebnis zweimal für eine Leistung.³¹ Diese Nachteiligkeit verstärkt die Ungewöhnlichkeit. Je nachteiliger eine Bestimmung, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu betrachten.³²

Die Nachteiligkeit kann sich auch durch die Abweichung vom dispositiven Vertragstypenrecht erge-

²⁷ Vgl. STAUDINGER-SCHLOSSER, § 305b BGB N 12 und 19.

²⁸ 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.“

²⁹ Vgl. das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 4. April 1986 - 6 S 351/85 in NJW-RR 1986, S. 990 f.: „Niemand, der zum Ausdruck bringt, dass er nur für relativ kurze Zeit abzuschliessen beabsichtigt, und dessen Wunsch dann bei der Vertragsformulierung auch Berücksichtigung findet, braucht damit zu rechnen, dass, ohne dass er darauf besonders hingewiesen wird, im selben Vertrag unauffällig eine Klausel erscheint, welche die Beendigung und Nichtfortdauer seiner Kurszugehörigkeit und seiner Zahlungspflicht auf ein weiteres Jahr von einer Kündigung (noch dazu durch Einschreibebrief, vgl. dazu § 11 Nr. 16 AGB-Gesetz) abhängig macht. Unter solchen Umständen ist die Klausel nicht nur einfach unüblich, sie hat den von § 3 AGB-Gesetz geforderten Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt (BGHZ 84, 109 (113) = NJW 1982, 2309) und wird deshalb nicht Vertragsbestandteil.“

³⁰ Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 53.

³¹ Durch die automatische Vertragsverlängerung verschiebt sich das Nutzungsrisiko der Leistung auf den betroffenen Kunden, vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. August 1994 - 6 U 266/93 in NJW-RR 1995, S. 369 f., Erw. 1.

³² Vgl. Urteil BGer 4C.427/2005, Erw. 2.1.

ben. Bei Werkverträgen ist an Art. 377 OR zu denken, wobei die herrschende Lehre dessen Anwendbarkeit auf die hier interessierenden Dauer-Werkverträge ablehnt.³³ Die automatische Vertragsverlängerung führt bei einer vorzeitigen Kündigung während der Verlängerungsdauer jedoch zu einer Dero-gation der Schadensminderungspflicht, die ebenso nachteilig ist.³⁴ Die Nachteiligkeit ergibt sich bei allen Vertragstypen in *prozessualer Hinsicht*, weil der AGB-Verwender mit dem unterschriebenen Vertrag die provisorische Rechtsöffnung³⁵ für den Preis der Verlängerungsdauer und damit die komfortablere *Beklagtenrolle* erlangen kann.³⁶

Die inflationäre Verwendung der automatischen Vertragsverlängerung in AGB hat in gewissen Berei-chen möglicherweise dazu geführt, dass sie trotz ihrer Gefährlichkeit ein *gewöhnliches Ärgernis* ge-worden ist, insbesondere bei Mobilfunk- und Insertionsverträgen. Auch in solchen Bereichen kann die automatische Vertragsverlängerung für branchenunerfahrene Kunden noch ungewöhnlich **[S. 99/S. 100]** sein.³⁷ Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGer 5P.115/2005 damit auseinanderge-setzt. Es ging um einen Insertionsvertrag *mit einer Dauer von drei Jahren*. Die automatische Vertrags-verlängerung sollte eintreten, wenn nicht *zwei Jahre vor Vertragsablauf* gekündigt wird. Die Justiz-kommission des Kantons Zug hielt fest, dass die automatische Vertragsverlängerung bei Insertionsver-trägen *üblich* sei. Die Justizkommission und das Bundesgericht betrachteten einzig die lange Kündi-gungsfrist von zwei Jahren bei einer Vertragsdauer von drei Jahren als ungewöhnlich.³⁸ Die Zurück-haltung der Gerichte ist unverständlich. Die Gefährlichkeit dieser Klausel ist erstellt, *weil die Notwen-digkeit der Kündigung jeder Intuition widerspricht* – unabhängig davon, wie früh oder spät gekündigt werden muss. Im Gegenteil wäre es möglicherweise bei einer später fälligen Kündigung noch viel wahrscheinlicher, dass sie vergessen geht. Die vertragliche Regelung hat bei diesem Fall einzig zum Zweck, die Kunden über den Tisch zu ziehen. Als Fazit ist deshalb grundsätzlich festzuhalten, dass die automatische Vertragsverlängerung als solche ungewöhnlich ist. Die Ungewöhnlichkeit verstärkt sich bei besonders langer oder kurzer Kündigungsfrist und bei unnötig strengen Formvorschriften der Kündigung.

b. Untauglichkeit des besonderen Hinweises

Die Verlängerungsklausel bleibt trotz ihrer Ungewöhnlichkeit wirksam, wenn der AGB-Verwender *beim Vertragsschluss* speziell auf sie hinweist oder diese optisch hervorhebt.³⁹ Da die Ungewöhnlich-keitsregel an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses anknüpft, muss auch der spezielle Hinweis in die-sem Zeitpunkt erfolgen. In diesem Zeitpunkt bringt der spezielle Hinweis jedoch nicht viel. Der Hin-weis auf die drohende Verlängerung wäre kurz vor der notwendigen Kündigung sinnvoller⁴⁰ – dann ist

³³ Vgl. BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 377 OR N 2 mit weiteren Hinweisen; vgl. ZR 2005 Nr. 42 S. 168; vgl. GAUCH, N 325 und 597; a.M. SJZ 1982 Nr. 55 S. 314 (Kantonsgesicht Waadt).

³⁴ Vgl. dazu ZR 2005 Nr. 42 S. 170.

³⁵ Der Schuldner kann zwar gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG noch glaubhaft machen, dass die Forderung nicht besteht, was für die Verlängerungsdauer mittels der Ungewöhnlichkeit möglich ist. Der Rechtsöffnungsrichter muss sich mit der rechtlichen Erfassung des Vertrages jedoch nicht ausführlich und eingehend befassen, vgl. Urteil BGer 5P.398/2006, Erw. 2.3.

³⁶ Darüber handelt der Streit in den Urteilen BGer 5P.115/2005 (Rechtsöffnungsrichter verweigert prov. Rechts-öffnung, was die Justizkommission des Obergerichts schützt, ebenso das Bundesgericht) und BGer 5P.398/2006 (Einzelrichter verweigert die prov. Rechtsöffnung, das Obergericht gewährt diese in der Folge, was vom Bun-desgericht geschützt wird).

³⁷ Vgl. BGE 109 II 452, Erw. 5b.

³⁸ Vgl. Urteil BGer 5P.115/2005, Erw. 1.1. In Deutschland wäre dieser Tatbestand von § 309 Nr. 9 lit. c BGB erfasst (vgl. das wörtliche Zitat unten, bei Titel VI.); vgl. auch das Urteil des Landgerichts Trier vom 2. Novem-ber 1992 - 1 S 67/92 in NJW-RR 1993, S. 564 f. Das Gericht erachtete die automatische Verlängerung des Werbevertrags unter Kaufleuten als üblich, allerdings war in diesem Fall mit der Vertragsverlängerung nicht erst aufgrund der separaten AGB, sondern bereits aufgrund des Wortlauts im Vertragsformular zu rechnen.

³⁹ Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 53 in fine; Urteil BGer 4C.427/2005, Erw. 2.1.

⁴⁰ Eine Hinweispflicht vor Ablauf der Kündigungsfrist wird zum Teil in AGB vorgesehen. Diese wäre als Oblie-genheit des AGB-Verwenders zu qualifizieren. Die Verletzung von Obliegenheiten führt gemäss BK-

er aber für die Belange der Ungewöhnlichkeitsregel unbeachtlich. Dies zeigt die besondere Gefährlichkeit der automatischen Vertragsverlängerung in AGB. Nicht einmal ein besonderer Hinweis auf diese schützt zwingend vor Schaden, weil die Kündigung meist vergessen geht.

4. Unklarheitenregel

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen bieten bezüglich der Unklarheitenregel oft keine Angriffsfläche, da sie bezüglich der Verlängerung und des Kündigungstermins meist klar formuliert sind. Ergeben sich dennoch Unklarheiten bei der Auslegung der AGB, gehen sie zulasten des AGB-Verwenders.⁴¹

5. Zwingendes Recht

a. Anwendbarkeit von Art. 404 OR bei Aufträgen

Die freie Kündbarkeit gemäss Art. 404 Abs. 1 OR steht gemäss Bundesgericht der Vereinbarung einer festen Vertragsdauer oder Kündigungsfristen bei Aufträgen entgegen. Das Bundesgericht betrachtet Art. 404 Abs. 1 OR als zwingende Norm.⁴² Damit ist *a fortiori* auch gesagt, dass eine automatische Vertragsverlängerung umso deutlicher Art. 404 Abs. 1 OR widerspricht. Es ist nicht nötig, an dieser Stelle den ganzen Streit zwischen der Lehre und dem Bundesgericht um die zwingende Anwendung dieser Norm zu wiederholen. Es wäre jedenfalls sinnvoll, Art. 404 Abs. 1 OR auf automatische Auftragsverlängerungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen zwingend anzuwenden.⁴³ Unbestritten ist die zwingende Anwendbarkeit von Art. 406d Ziff. 7 OR bzw. Art. 404 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 406a Abs. 2 OR bei Partnerschaftsvermittlungsverträgen.⁴⁴

b. Unlauterer Wettbewerb

Die in den AGB enthaltene Verlängerungsautomatik knüpft an die ausgebliebene Kündigung an, die bei befristeten Verträgen nicht notwendig wäre. [S. 100/S. 101] Die Vereinbarung suggeriert somit, dass es sich um einen Vertrag mit fester Laufzeit handle. Damit ist der Bezug zum unlauteren Wettbewerb erstellt. Es stellt sich die Frage, ob die speziellen Bestimmungen in Art. 3 lit. b UWG, Art. 8 UWG oder lediglich die Generalklausel in Art. 2 UWG anwendbar sind.

Art. 8 UWG greift nur ein, wenn eine *Irreführung* vorliegt. Diese muss sich aus den AGB ergeben.⁴⁵ Die Verlängerungsautomatik stellt zwar eine wesentliche Abweichung zur gesetzlichen Ordnung dar, meist aber ist sie in den AGB deutlich formuliert und deshalb unangreifbar.

Art. 3 lit. b UWG hingegen erfasst irreführende Angaben über Waren, Werke oder Dienstleistungen. Wer im unterzeichneten (Haupt-) Dokument eine feste Vertragsdauer suggeriert, in den AGB aber eine Verlängerungsautomatik vorsieht, führt den Vertragspartner in die Irre. Dieser UWG-Tatbestand

KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung OR, N 113 f. zu Rechtsnachteilen.

⁴¹ Zur Unklarheitenregel siehe CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 61.

⁴² Vgl. BGE 115 II 464, bestätigt im Urteil BGer 4A_437/2008, Erw. 1.4.; vgl. die Kritik bei BK-FELLMANN, Art. 404 OR N 117, CHK-GEHRER/GIGER, Art. 404 OR N 7 ff., REBER, S. 499 ff. und MONDINI/LIATOWITSCH, AJP 2009, S. 294 ff.

⁴³ Viele kantonale Gerichte wenden Art. 404 Abs. 1 OR nur bei typischen Aufträgen an, was das Bundesgericht aufgrund der Streitwertgrenze nicht immer korrigieren kann, vgl. dazu die Konstellation im Urteil BGer 4A_437/2008. Der Streitwert erreichte nicht die für die Beschwerde in Zivilsachen notwendige Höhe von Fr. 30'000 (Art. 53 Abs. 2 BGG). Der Beschwerdeführer machte geltend, es handle sich um eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), was das Bundesgericht unter Hinweis auf seine konstante Rechtsprechung verneinte.

⁴⁴ Vgl. CHK-JOOST, Art. 406a-h OR N 18. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf elektronische Partnerbörsen wie z.B. Parship, die oft eine automatische Verlängerung vorsehen, ist jedoch strittig, siehe dazu BSK-PIETRUSZAK, Art. 406a OR N 5 und HONSELL, OR BT, S. 347.

⁴⁵ Vgl. die Überlegungen bei CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 8 UWG N 3.

erfasst nicht spezifisch allgemeine Geschäftsbedingungen. Es geht vielmehr um das irreführende Zusammenspiel der Angaben zur Vertragsdauer und -beendigung. Die direkt ersichtliche Angabe zur Vertragsdauer entpuppt sich dann als Mogelpackung, weil eine Verlängerung auf dem Schleichweg in den AGB vorgesehen ist. Zur Auslegung der Angabe sind die Verkehrsauffassung und der allgemeine Sprachgebrauch massgeblich.⁴⁶ Die allgemeine Verkehrsauffassung – soweit man diese generell feststellen kann – erachtet eine Kündigung eines befristeten Vertrages als nicht nötig. Die Irreführung ist schon bei Vorliegen einer *Täuschungsgefahr* gegeben.⁴⁷ Beweis hierfür ist die riesige Zahl „hereingefallener“ – also tatsächlich getäuschter – Kunden, die die Kündigungsfrist verpasst haben.

Die Generalklausel in Art. 2 UWG ist damit auch einschlägig. Die Täuschung oder Irreführung über die Vertragsdauer und deren Beendigung beeinflusst das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern. Die Verlängerungsautomatik nützt die Erwartungshaltung der Kunden systematisch aus. Die Rechtsfolge der Unlauterkeit liegt in der Anfechtbarkeit des geschlossenen Vertrages sowie in den in Art. 9 f. UWG vorgesehenen Klagen.

c. Übermässige Bindung

Denkbar ist die Übermässigkeit der Bindung im Sinne des Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn man zusätzlich an eine Verlängerungsperiode gebunden ist. Bei den meisten Verträgen dürfte die überlange Dauer jedoch kaum vorliegen. Die AGB sehen meist eine Verlängerung um die ursprüngliche Dauer vor, die selten ein Jahr übersteigt. Das ist unter dem Blickwinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie des Wesens der geschlossenen Verträge noch nicht übermässig bindend.

d. Rechtsmissbrauch

Wie vorne gezeigt, gehört die automatische Vertragsverlängerung zu den Erklärungsfiktionen (vgl. oben, ob Fn. 7). Das Bundesgericht hat zur Erklärungsfiktion der Genehmigung von Kontoauszügen eine konstante Rechtsprechung entwickelt, die auf dem Rechtsmissbrauchsverbot fusst. Schweigt der Kontoinhaber während einer Frist von meist 14 Tagen, hat dies gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken zur Folge, dass der Bankkunde die auf dem Kontoauszug oder der Bankmitteilung erfassten Transaktionen genehmigt. Das Bundesgericht hat drei Ausnahmen zu dieser *Genehmigungsfiktion* definiert. Die Genehmigung tritt nicht ein, wenn die Bank *erstens* den Kunden dadurch absichtlich schädigen will⁴⁸; wenn die Bank *zweitens* um die Nichtgenehmigung weiss⁴⁹ und *drittens*, wenn die Bank nach mehrjähriger Verwaltung ohne vorhersehbaren Grund von den Anweisungen des Kunden abweicht.⁵⁰ Es sind Fälle, in denen die Genehmigungsfiktion zu stossenden Ergebnissen führt, die das Rechtsempfinden verletzen (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).⁵¹

Die ersten beiden Ausnahmen sind der Ausgangslage bei der automatischen Vertragsverlängerung in AGB ähnlich. Bei der Analyse der Interessenlage hat sich gezeigt, dass wegen des Übertölpelungseffekts kaum seriöse Anwendungen existieren. Es geht zwar zu weit, den AGB-Verwendern pauschal eine Schädigungsabsicht zu unterstellen. Wer jedoch im Haupt-Vertragsformular eine feste Dauer

⁴⁶ Vgl. BAUDENBACHER, Art. 3 lit. b UWG N 48 ff.

⁴⁷ Vgl. BAUDENBACHER, Art. 3 lit. b UWG N 64.

⁴⁸ Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

⁴⁹ Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

⁵⁰ Urteil BGer 4C.378/2004, Erw. 2.2; alle drei Ausnahmetatbestände sind beschrieben bei SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 74; siehe auch ZR 2005, S. 109 ff., 117: „Aus Lehre und Rechtsprechung zur bankkündigenden Korrespondenz geht hervor, dass selbst die Tatsache, dass der Bankkunde die Auszüge nicht zur Kenntnis nimmt, den Eintritt der Vertretungswirkung grundsätzlich nicht hindert. Sie ist jedoch auf jeden Fall dann ausgeschlossen, wenn ein gesondert gelagerter Ausnahmefall vorliegt, der die Berufung auf Genehmigung rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt. Dies kann insbesondere bei schwerwiegenden Fehlern der Bank der Fall sein (...). Zu überprüfen, ob der Fehler der Bank vorliegend derart schwerwiegend ist, erübrigt sich vorderhand, denn die Genehmigung eines Kontoauszuges führt lediglich dazu, dass der Kunde die Beweislast für den Fehler der Bank trägt (...).“

⁵¹ Urteil BGer 4C.378/2004, Erw. 2.2 und Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

erwähnt und in den AGB bei ausgebliebener Kündigung eine Verlängerung vorsieht, verhält sich unseriös und täuschend. Dasselbe gilt für die zweite Ausnahme. Es gibt ohne Zweifel Anbieter, die sichere Kenntnis vom fehlenden Verlängerungswillen ihrer Kunden haben – weil ihre Leis-
[S. 101/S. 102] tungen schlecht sind oder weil ihr Geschäftskonzept einzig in der Übertölpelung besteht.⁵² Dies wäre bei diversen Branchenverzeichnissen und insbesondere den Pseudo-Handelsregistern der Fall. Der Anbieter kann aber auch dann vom fehlenden Verlängerungswillen ausgehen, wenn der Kunde die Leistungen nie in Anspruch genommen oder laufende Rechnungen nicht beglichen hat.⁵³ Eine Verallgemeinerung über diese eindeutigen Fälle hinaus greift indessen zu weit.

e. Öffentliche Ordnung

Gemäss einem Teil der Lehre müssen AGB auch dem Kriterium der öffentlichen Ordnung genügen (Art. 19 Abs. 2 OR). Sie verstehen darunter die der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungs- und Ordnungsprinzipien.⁵⁴ Insbesondere MATHYS fordert für den Bereich der Erklärungsfiktionen eine Inhaltskontrolle aufgrund der öffentlichen Ordnung, die er nahe zur EU-Richtlinie sowie der deutschen AGB-Regeln ausgestaltet.⁵⁵ Er fordert deshalb ein *berechtigtes Interesse* des AGB-Verwenders an der betreffenden Klausel, eine *klare Ausgestaltung der Klausel* in den AGB, eine *Hinweispflicht*, eine *angemessene Frist* zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung sowie einen *sachlichen Zusammenhang* zwischen Handlung und fingierter Erklärung.⁵⁶ MATHYS hatte dabei die Genehmigungsfiktion für Kontoauszüge im Visier. Diese Grundsätze wären aber auch auf die automatische Vertragsverlängerung anwendbar. Der Anbieter könnte die Rechnung für die Verlängerungsdauer zusenden und dem Kunden eine Frist zur Kündigung ansetzen. Effizienter wäre es jedoch, an Stelle der expliziten Erklärung die Zahlung für die Verlängerungsdauer abzuwarten. Einzuräumen ist, dass diese Lösung mit einer automatischen Vertragsverlängerung nicht mehr viel zu tun hat.

V. Prävention

Entdeckt man eine automatische Vertragsverlängerungsklausel, ist es ratsam, auf dem Vertragsformular gleich mit der Unterschrift festzuhalten und quittieren zu lassen, dass man den Vertrag auf den erstmöglichen Termin kündige und keine Verlängerung wünsche.⁵⁷ Häufig allerdings halten die AGB für die Kündigung unsinnig strenge Formvorschriften bis zum eingeschriebenen Brief fest. Die quittierte Kündigung auf dem Vertragsformular hat jedoch als Individualvereinbarung – wonach man eben keine automatische Vertragsverlängerung wolle – Vorrang vor den AGB.⁵⁸ Ein Formvorbehalt für die

⁵² Vgl. die diesbezüglich expliziten Erwägungen im Urteil des BGH vom 7. Oktober 1993 - I ZR 293/91 in NJW 1993, S. 3329 f., Erw. II.1b sowie im Urteil des BGH vom 26. Januar 1995 - I ZR 39/93 in GRUR 1995, S. 358 ff., Erw. III.1.

⁵³ Vgl. das Urteil des Amtsgerichts Schopfheim vom 18. Dezember 2002 - 2 C 242/02 in NJW-RR 2004, S. 141 ff., 142. Es ging um die automatische Vertragsverlängerung in den AGB eines Fitness-Centers: „Hingegen hat die Kl. keinen Anspruch auf die Bezahlung weiterer Mitgliedsbeiträge aus abgetretenem Recht gegen den Bekl. Denn nachdem der Bekl. unstreitig weder auch nur einen Mitgliedsbeitrag bezahlt hat noch Leistungen des Fitness-Centers in Anspruch genommen hat und auch auf angebliche Mahnschreiben des Fitness-Centers in keiner Weise reagiert hat, musste das Fitness-Center davon ausgehen, dass seitens des Bekl. eine Verlängerung des Vertragsverhältnisses nicht gewollt ist. Nachdem keinerlei Reaktionen seitens des Bekl. erfolgt sind, kann sich weder das Fitnessstudio noch die Kl. auf das Schriftformerfordernis nach Nr. 2 des Mitgliedschaftsvertrags berufen. Denn nachdem der Vertrag tatsächlich zu keinem Zeitpunkt „gelebt“ wurde von den Parteien, würde das Sich-Berufen auf das Schriftformerfordernis eine unzulässige Rechtsausübung darstellen und mithin gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen.“

⁵⁴ Vgl. die Hinweise bei CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 62.

⁵⁵ Vgl. MATHYS, S. 115 ff.

⁵⁶ Vgl. MATHYS, S. 117 ff.

⁵⁷ Diese Idee bei MEIERHOFER, K-Tipp 12/2008, S. 13.

⁵⁸ Vgl. CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 57; vgl. BGE 125 III 263, Erw. 4b.

Kündigung in den AGB könnte überdies die Vermutung des *Gültigkeitserfordernisses* in Art. 16 Abs. 1 OR ohnehin nicht auslösen, weil dieser bewusst erfolgen muss.⁵⁹ Bei dieser Sachlage wäre es aber auch rechtsmissbräuchlich, sich auf eine strengere Form der Kündigung zu berufen.

VI. Ideale Regelung

Es stellt sich die Frage, wie die ideale Regelung der automatischen Vertragsverlängerung bei AGB aussehen könnte. In Deutschland ist die automatische Vertragsverlängerung in § 309 Nr. 9 BGB erfasst: „Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam (...) 9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen) bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmässige Lieferung von Waren oder die regelmässige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat, a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags, b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer; (...).“

Bei § 309 Nr. 9 lit. b BGB handelt es sich um eine Bestimmung, die für viele Vertragsverhältnisse viel zu grosszügig konzipiert sein dürfte. Zusätzlich ist aber auf alle Verlängerungsklauseln § 307 BGB [S. 102/S. 103] anwendbar, der eine Inhaltskontrolle anhand des Kriteriums der unangemessenen Benachteiligung vornimmt.⁶⁰ Das EU-Recht erfasst die Verlängerungsautomatik in AGB nur dann als missbräuchlich, wenn die Kündigungsfrist ungebührlich lange bemessen ist.⁶¹ Die ratio legis besteht damit nur zum Teil in der Verhinderung des Übertölpelungseffektes, sondern auch in der Verhinderung unüberlegter Entscheidungen – in einem frühen Stadium sei der Verbraucher oft nicht in der Lage, die Folgen seiner Entscheidung zu überblicken.⁶² Es handelt sich dabei jedoch nur um ein Detailproblem, denn die Ursache liegt im erwartungskonträren Kündigungserfordernis, das die Richtlinie gar nicht erfasst.

Weil mit Ausnahme der Individualvereinbarung keine seriösen Anwendungsfälle der automatischen Vertragsverlängerung bestehen, sehr wohl aber valable Alternativen dazu existieren, erscheinen die deutsche Regelung und das EU-Recht generell als zu grosszügig. Die effiziente Alternative besteht in der vorgängigen Abklärung des Verlängerungswillens durch Fakturierung und *praenumerando*-Bezahlung des Preises für die Verlängerungsdauer. Diese Lösung beachtet die legitimen Interessen der Anbieter, die rasch und ohne Aufwand über den Verlängerungswillen Klarheit haben wollen. Sie verursacht gegenüber der automatischen Prolongation keine Mehrkosten. Wo diese Lösung nicht möglich

⁵⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 600 und 1147. Art. 16 Abs. 1 OR ist auch auf Formvorschriften bezüglich einseitiger Erklärungen anwendbar, vgl. BSK-SCHWENZER, Art. 16 OR N 8. In der allfälligen Quittierung der Kündigung kann ein Verzicht auf das Formerfordernis liegen, vgl. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 16 OR N 55.

⁶⁰ Vgl. MüKo-KIENINGER, § 309 Nr. 9 b BGB N 17; vgl. STAUDINGER-COESTER-WALTJEN, § 309 Nr. 9 BGB N 2 und 20, mit weiteren Hinweisen.

⁶¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und 3 i.V.m. lit. h des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: „KLAUSELN GEMÄSS ARTIKEL 3 ABSATZ 3 I. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass (...) h) ein befristeter Vertrag automatisch verlängert wird, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäussert hat und als Termin für diese Äusserung des Willens des Verbrauchers, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrages ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde; (...).“. Die Verlängerungsautomatik gehört damit zu den Vertragsklauseln, die „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“ verursachen.

⁶² Vgl. dazu VAN GOOL, S. 265 f.: „Nr. 1 h soll den Verbraucher bei befristeten Verträgen vor überraschenden und unüberlegten Vertragsverlängerungen schützen. (...) Eine frühzeitige Vertragsverlängerung hat zur Folge, dass der Verbraucher oft nicht in der Lage ist, die Folgen seiner Entscheidung zu überblicken. (...) Abzuwägen sind das Interesse des Gewerbetreibenden an einem möglichst frühzeitigen Widerspruchsrecht gegenüber dem Interesse des Verbrauchers, eine verantwortliche Entscheidung zu treffen.“

ist, steht der unbefristete Vertrag mit oder ohne Mindestdauer und regelmässiger Kündbarkeit zur Verfügung.⁶³ Ein künftiges, ideales AGB-Gesetz sollte deshalb grundsätzlich für automatische Vertragsverlängerungen *unabhängig von der Länge der Prolongation oder der Kündigungsfrist* die Nichtigkeit vorsehen. Die Nichtigkeit sollte sich ohne Wertungsmöglichkeiten ergeben und sich nicht auf unbestimmte Begriffe wie Angemessenheit und Nachteiligkeit abstützen, damit sich eine effiziente Rechtssicherheit einstellen kann. Da dies aber für sich keinen nachhaltigen Schutz verspricht, bedarf es einer wirksamen Durchsetzung, der eine Wirkung *erga omnes* zukommt und die bei den Anbietern auch finanziell in Erinnerung bleibt. Ein erster Schritt in die richtige Richtung besteht darin, dass es sich finanziell nicht mehr lohnen darf, derartige AGB zu verwenden. Die Zulassung punitiver Schadens-elemente und die Bündelung der Interessen in Sammelklagen bieten sich dazu an.⁶⁴

VII.Schlusswort

Es besteht ein dringender Handlungsbedarf des Gesetzgebers, bevor die automatische Vertragsverlängerung bei ausgebliebener Kündigung entgegen jeder Logik zum Standard wird. Die Kundenzufriedenheit ergibt sich nicht nur aufgrund des Produkts, sondern auch aufgrund der rechtlichen Abwicklung eines Problems. Zermürbende Klauseln in AGB und die fehlende Effizienz des zur Verfügung stehenden Korrektivs in der Schweiz sind schon fast legendär. Es lohnt sich und ist den Anbietern aufgrund des fehlenden AGB-Wettbewerbs immer noch zu empfehlen, ungültige und übermässige Klauseln in die AGB aufzunehmen.⁶⁵ Die Qualität der allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt einen Teil der Kundenzufriedenheit dar, der in der Schweiz bisher zu wenig Beachtung gefunden hat – bei der automatischen Vertragsverlängerung zeigt sich dies besonders deutlich. [S. 103/S. 104]

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER).
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001.
- CASPER MATTHIAS/JANSSEN ANDRÉ/POHLMANN PETRA/SCHULZE REINER (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009.
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zitiert: BK-FELLMANN).
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008.
- HIGI PETER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/2b, Die Miete, Art. 266-268b OR, 4.Aufl., Zürich 1995 (zitiert ZK-HIGI)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. A., Bern 2006.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001 (zitiert VVG-VERFASSER).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zitiert: BSK-VERFASSER).

⁶³ Die unbeschränkte Möglichkeit, unbefristete Verträge mit unlimitierter Mindestdauer oder langer Kündigungsfrist einzugehen, würde zu Umgehungen des Verbots der Verlängerungsautomatik führen. Es bestünde folglich die Notwendigkeit, auch die unbefristeten Verträge mit in den AGB versteckter Mindestdauer oder langer Kündigungsfristen einzuschränken. Zu fordern ist eine klare Deklaration der Mindestdauer und danach häufig wiederkehrende Kündigungsmöglichkeiten.

⁶⁴ Vgl. dazu CASPER (et al.), *passim*.

⁶⁵ Vgl. BAUDENBACHER, Art. 8 UWG N 22. Droht ein Prozess, hilft die einmalige Kulanz, um die AGB gegenüber allen anderen Kunden ungestört weiterverwenden zu können.

- KIENINGER EVA-MARIA, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 5. A., München 2006 (zitiert MüKo-KIENINGER).
- KRAMER ERNST/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zitiert: BK-KRAMER/SCHMIDLIN).
- KUNZ MARKUS H., Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1970.
- LINDACHER WALTER F., Zur Zulässigkeit des formularmässigen Ausbedingens von Vertragsabwicklungsgebühren bei Dauerschuldverhältnissen im Dienstleistungsbereich, ZIP 2002, S. 49 ff.
- MATHYS HANS BEAT, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997.
- MAYER-MALY THEO, Locatio conductio, Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten, Band IV, Wien 1956.
- MEIERHOFER ERNST, Fit und verschitzt in die Vertrags-Falle, K-Tipp 12/2008, S. 12 f. (zitiert: MEIERHOFER, K-Tipp 12/2008).
- MEIERHOFER ERNST, HIM-Internetportal: Forderungen durchs Hintertürchen, K-Tipp 1/2009, S. 17 (zitiert: MEIERHOFER, K-Tipp 1/2009).
- MONDINI ANDREA/LIATOWITSCH MANUEL, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz - Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR, AJP 2009, S. 294 ff.
- REBER MARKUS, Art. 404 OR – ein erratischer 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. 499 ff.
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, S. 37 ff.
- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 1995 (zitiert: BK-SCHMIDLIN).
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, S. 70 ff.
- STEIN-WIGGER MATTHIAS, Die Beendigung des Franchisevertrages, Diss. Basel 1999.
- VAN GOOL ROELAND, Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Diss. Mannheim 2001 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 3367.
- VON STAUDINGER J. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310, Berlin 2006 (zitiert: STAUDINGER-VERFASSER)
- VELHORST SANDRA, Die zivilrechtlichen Grundlagen der Rechtsbeziehung zwischen Fitnesscentern und Kunden, Diss. Bremen 1999 = Nomos Universitätschriften, Recht, Band 334, Baden-Baden 2000.