

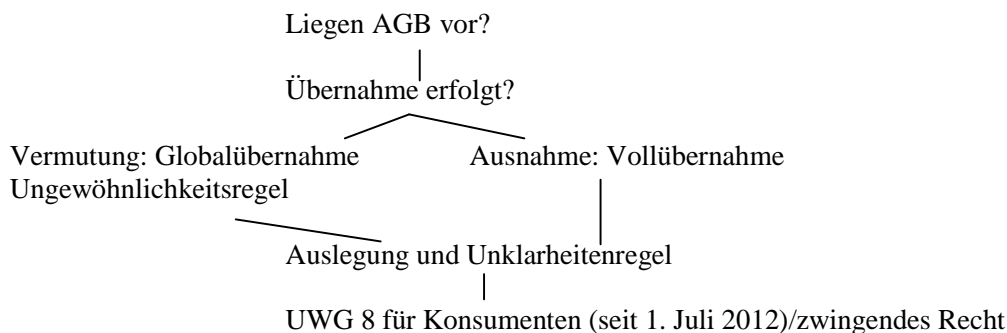
**Lektion 2**  
**Sachverhalt Nr. 1**

Tanner findet das lange gesuchte Buch „Leben oder gelebt werden“ von Walter Kohl beim Schweizer online-Buchladen zum halben Preis für nur Fr. 14.95. Freudig registriert er sich als Kunde, klickt auf den „Kaufen“-Knopf und bestätigt vorgängig per Mausclick noch folgende Erklärung: „Ja, ich habe die hier herunterladbaren AGB (Link) gründlich gelesen und akzeptiere sie vollumfänglich“ – dabei hat er sie nicht angesehen. Er erhält kurze Zeit später das gewünschte Buch und bezahlt es rechtzeitig. Tanner ist sehr zufrieden. Nach elf Monaten erhält er jedoch eine Aufforderung, „vertragsgemäss ein zweites Buch zu kaufen“. Er reagiert darauf nicht und erhält nach einem Monat gestützt auf § 2 der AGB das Buch „Weber’s Grillbibel“ von Jamie Purviance mitsamt Rechnung über Fr. 23.95 zugestellt. Tanner will das nicht bezahlen. *Muss er bezahlen bzw. ist er verpflichtet, ein zweites Buch zu kaufen?*

Der Text des § 2 AGB lautet wie folgt: „§ 2 Vertragsabschluss. Um Kunde bei (...) zu werden, müssen Sie nichts weiter tun, als insgesamt zwei Artikel innerhalb eines Jahres zu kaufen – das ist alles! Es gibt keinen Mindestbestellwert und keine weitere Verpflichtungen. Der Vertrag kommt erst mit dem Eingang der Bestellbestätigung beim Kunden zustande. Bitte prüfen Sie die Bestellbestätigung auf etwaige Schreib- und Rechenfehler sowie auf Abweichungen zwischen Bestellung und Bestätigung.“

**Lösungsvorschlag Nr. 1**

Methode: Es empfiehlt sich bei AGB generell folgendes Vorgehen (nach Huguenin, N 638). Die Prüfung kann man sich sparen, wenn es *Individualvereinbarungen* gibt, denn diese gehen allgemeinen Geschäftsbedingungen immer vor:



*Online-Buchladen vs Tanner: Bezahlung des Kaufpreises (Fr. 23.95; 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 (vgl. Art. 7 Abs. 2 OR).<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Es stellt sich die Frage, ob diese auch Bestandteil des Kaufes bilden.

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

<sup>2</sup> Vgl. die Definition von AGB bei CHK-Kut, OR 1 N 47: „Werden Vertragsbestimmungen von einer Vertragspartei (sog *Verwender*) vorformuliert, um damit eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Verträge gleicher Art mit einer unbe-

## *Einbezug der AGB: Globalübernahme*

Tanner hat gegenüber dem online-Buchladen erklärt, die „hier herunterladbaren“ AGB gründlich gelesen zu haben und diese zu akzeptieren. Er hätte somit die AGB vor Vertragsschluss ansehen können. Der Einbezug der AGB ist demnach erfolgt. Da er sie nicht angesehen hat, wäre folglich von einer Globalübernahme auszugehen, die zur Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel führt.<sup>3</sup> Es stellt sich aber die Frage, ob dies noch möglich ist. Immerhin hat er erklärt, die AGB *vollumfänglich gelesen zu haben und damit einverstanden zu sein*. Doch auch diese vorformulierte Bestätigung selbst stellt eine allgemeine Geschäftsbedingung dar. Sie will die Beweislast des Anbieters für die Tatsache, dass er die AGB vollumfänglich gekannt habe, auf den Konsumenten verschieben, indem er diese Tatsache vorab bestätigt. Mit solchen Beweislastverträgen muss man in AGB nicht rechnen – diese Klausel verstösst ihrerseits gegen Art. 8 UWG.<sup>4</sup> Die Anbieter verwenden meist verschiedene Formulierungen, die teils die blosser Kenntnisnahme oder das Einverständnis mit den AGB enthalten. Es handelt sich ohnehin 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.<sup>5</sup>

## *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.<sup>6</sup> Für die Bejahung der Ungewöhnlichkeit müssen die objektive und die subjektive Ungewöhnlichkeit vorliegen. Beides liegt hier vor, denn es ist bei einem Kauf objektiv ungewöhnlich, zu einem zweiten Kauf verpflichtet zu sein oder plötzlich Mitglied in einem Bücherklub zu werden. Subjektiv dürfte dies auch der Fall sein, wenn der Vertragspartner sich mit den AGB dieses Anbieters als erstmaliger Kunde nicht auskannte. Diese Prüfung ist für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchzuführen.

Der Text des § 2 AGB lautet wie folgt: „§ 2 *Vertragsabschluss. Um Kunde bei (...) zu werden, müssen Sie nichts weiter tun, als insgesamt zwei Artikel innerhalb eines Jahres zu kaufen - das ist alles! Es gibt keinen Mindestbestellwert und keine weitere Verpflichtungen. Der Vertrag kommt erst mit dem Eingang der*

---

*stimmten Anzahl von Vertragspartnern (sog Kunden) zu regeln, spricht man von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (...).“*

<sup>3</sup> Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1128c: „Die Übernahme ist eine Globalübernahme (...), soweit eine Partei den Inhalt der AGB entweder nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.“

<sup>4</sup> Vgl. Perrig, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, 170 ff., m.w.H.; vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1988 - III ZR 21/87, in NJW 1988, 2106 ff., 2108.

<sup>5</sup> Vgl. Stübing, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB, NJW 1978, 1606; vgl. schon zum ähnlichen Sachverhalt im deutschen Recht in BGH, Urteil vom 2.3.1978 - VII ZR 104/77 in BB 1978, 636 ff., 638: „Die am Schluss des Vertrags stehende Erklärung, der Auftraggeber habe die Vertragsbedingungen gelesen und verstanden, sie seien ihm zusätzlich erklärt worden, führt zu keiner anderen Beurteilung. Sie ändert nichts daran, dass der Kunde nicht in der Lage ist, die Bedingungen an Ort und Stelle in allen Einzelheiten zu verstehen. Dies gilt in besonderer Masse für überraschende Klauseln, die ausserhalb des jeweiligen Regelungsbereiches „versteckt“ werden. So liegen die Dinge hier.“ und MK-Basedow, BGB 305c N 8: „Schliesslich ist es auch nicht ausreichend, wenn es in einer am Schluss des Vertrages aufgeführten Klausel pauschal heisst, es habe der Kunde die Vertragsbedingungen gelesen und verstanden und sie seien ihm zusätzlich erklärt worden.“

<sup>6</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_299/2008, E. 2.1.

*Bestellbestätigung beim Kunden zustande. Bitte prüfen Sie die Bestellbestätigung auf etwaige Schreib- und Rechenfehler sowie auf Abweichungen zwischen Bestellung und Bestätigung.“*

Vorliegend lässt sich bezüglich des § 2 der AGB 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 (*obj. Komponente*). 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.<sup>7</sup> Das erwähnt der Sachverhalt zwar 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, was gemäss Bundesgericht auch mit Fettdruck oder grösserer Schrift erfolgen kann.<sup>8</sup> Der Sachverhalt erwähnt nicht, dass der online-Buchladen auf diese Klausel speziell hingewiesen hätte. Die Aufforderung, vertragsgemäss ein zweites Buch zu kaufen, 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 oder sonst hervorgehoben 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. Allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt könnte sich die Frage stellen, ob man im Folgejahr nochmals zwei Bücher kaufen muss. Dies würde die Nachteiligkeit der Klausel verstärken.

#### *Zwingendes Recht*

Ein Verstoß gegen zwingendes Recht – was hier angesichts der bereits vorliegenden Ungewöhnlichkeit 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.

Seit 1. Juli 2012 gilt auch die neue AGB-Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG.<sup>9</sup> Der Wortlaut des revidierten Art. 8 UWG lautet wie folgt: „*Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*“

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu Huguenin, N 623; CHK-Kut, OR 1 N 53.

<sup>8</sup> Urteil BGer 4A\_475/2013, E. 5.3.1; Urteil BGer 4A\_299/2008, E. 2.1 und 2.3; Huguenin, N 625a, 626; vgl. zur optischen Hervorhebung als besonderem Hinweis zwecks Ausschaltung der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 119 II 443 ff., 446 f.: „*En l'espèce, le défendeur a apposé sa signature sur un contrat qui renvoyait expressément aux "conditions de location" de la demanderesse. L'art. 10 de ces conditions générales n'était pourtant nullement mis en évidence; au contraire, il était rédigé en petits caractères (...). L'autorité cantonale a retenu sans être critiquée que l'attention de S. n'avait pas été spécialement attirée sur l'existence de l'art. 10 en cause, dont la lecture, à supposer que le défendeur ait pris connaissance des conditions générales avant de signer le contrat du 27 avril 1990, était au surplus rendue difficile en raison de la typographie utilisée. Cette disposition ne lui est donc opposable en vertu de la règle de l'insolite que dans la mesure où elle ne modifie pas essentiellement la nature du contrat.*“

<sup>9</sup> Art. 8 UWG in der vor dem 1. Juli 2012 gültigen Fassung wäre mangels *Irreführung* in den AGB nicht anwendbar.

Der Wortlaut des neuen Art. 8 UWG stimmt mit der Formulierung des Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG<sup>10</sup> gewollt<sup>11</sup> überein. Es ist deshalb angezeigt, zur Auslegung dieser Bestimmung die Kommentierungen zur Richtlinie beizuziehen. Tanner ist als Endverbraucher *Konsument* im Sinne der Bestimmung, denn es geht hier um einen privaten, nichtgewerblichen Erwerb. Die Elemente *Treu und Glauben* (als Massstab der Beurteilung, nicht als eigenständige Voraussetzung – man muss die Vertragsleistungen umfassend beurteilen; eine Kompensation zwischen guten und schlechten Klauseln ist aber nur bei Vorliegen eines Sachzusammenhanges möglich),<sup>12</sup> das *Missverhältnis* und die *Erheblichkeit des Missverhältnisses* ergeben sich vorliegend in Anbetracht der vertraglichen Interessenlage oder der gesetzlichen Ausgestaltung<sup>13</sup> des Kaufs problemlos. Es liegt ein grobes Missverhältnis der Leistungen vor, wenn man zwingend noch ein Buch kaufen muss, obwohl man nur ein Buch will.

*Fazit: Tanner muss das Buch nicht bezahlen.*

*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.<sup>14</sup> Mit dieser Norm sollte unerwünschten Praktiken einen Riegel geschoben werden.<sup>15</sup> 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 der AGB Bescheid weiss. Tanner hat

---

<sup>10</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: „Artikel 3 (1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von *Treu und Glauben* zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“

<sup>11</sup> Vgl. den erläuternden Bericht zur UWG-Revision, 15 (Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>, 3. November 2014) und die Botschaft zum UWG (BBl 2009 6171).

<sup>12</sup> Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-Wolf, RL 3 N 12, 13 und BGB 307 N 174; vgl. aber die entgegengesetzten Befürchtungen bei SHK-Probst, UWG 8 N 79 ff.; vgl. Stöckli, BR 2011, 184: „So etwa muss angesichts der neuen Formulierung geklärt werden, in welchem Verhältnis die Verletzung von *Treu und Glauben* einerseits und das vorausgesetzte *Missverhältnis* andererseits zueinander stehen. Falsch wäre, die Verletzung von *Treu und Glauben* und das *Missverhältnis* als voneinander unabhängige, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale zu verstehen. Richtig ist vielmehr, dass jedes erhebliche *Missverhältnis* in der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten, das zum Nachteil der Konsumentin ausfällt, gegen *Treu und Glauben* verstösst, also unlauter ist, wenn es durch allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffen wird. Wollte man dies anders sehen, hätte man es mit einer unsinnigen Bestimmung zu tun, nach der gegen den „Grundsatz von *Treu und Glauben*“ verstösst (= unlauter ist, siehe Art. 2 UWG), was *Treu und Glauben* verletzt. Bei dieser Leseart ist es auch so, dass zwar im Gesetzestext von einem „ungerechtfertigten“ *Missverhältnis* die Rede ist, darin aber kein eigenständiges, separat abzu prüfendes Tatbestandsmerkmal liegt. Die Bewertung der vertraglichen Lasten-/Pflichtenverteilung, die darin zum Ausdruck kommt („ungerechtfertigt“), ist schon im „*Missverhältnis*“ enthalten. In Anlehnung an die englischsprachigen Fassung des europarechtlichen Vorbilds lässt sich der Zweck, dem Art. 8 UWG zu dienen hat, so ausdrücken, dass es hier um die Sicherung eines Mindestmasses inhaltlicher Vertragsfairness geht.“; vgl. MK-Würmnest, BGB 307 N 36: „Eine solche „Kompensationswirkung“ kann allerdings nur dann anerkannt werden, wenn der anderweitig im Vertrag gewährte Vorteil einen Sachzusammenhang bzw. eine Wechselbeziehung mit der zu überprüfenden Bestimmung aufweist, es sich also um „konnexe“ Bestimmungen handelt. Ferner muss der Vorteil von solchem Gewicht sein, dass er einen angemessenen Ausgleich für die Benachteiligung des Vertragspartners gewährt. Andernfalls vermag die für den Vertragspartner nachteilige Klausel dem Verdikt der Missbräuchlichkeit nicht zu entkommen.“

<sup>13</sup> Das *Missverhältnis* zeigt sich im Vergleich zum Gesetz und zur vertraglichen Interessenlage, vgl. Furrer, HAVE 2011, 327 und Schmid, ZBJV 2012, 11; vgl. auch Grabitz/Hilf-Pfeiffer, A5, RL 3 N 55.

<sup>14</sup> Vgl. BSK-Zellweger-Gutknecht/Bucher, OR 6a N 3.

<sup>15</sup> Vgl. die Botschaft zu Art. 6a OR in BBl 1986 II 354 ff., 385.

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).<sup>16</sup>

*Fazit: Tanner darf das Buch ohne Bezahlung behalten.*

*Exkurs: Könnte Tanner den Vertrag auch anfechten?* 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.<sup>17</sup> 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 aber auch nichts, denn der Vertrag gilt vorliegend nach Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel oder Art. 8 UWG genau so, wie ihn Tanner wollte.

## **Sachverhalt Nr. 2**

Tanner sagt am 1. September 2016 bei Fitorama der Person am Schalter, er hätte gerne einen Einjahresvertrag fürs Fitnessstudio. Er bekommt ein Dokument, das er weitestgehend ungelesen unterzeichnet: [http://www.fitorama.ch/PDF/FLG\\_Vertragsformular.pdf](http://www.fitorama.ch/PDF/FLG_Vertragsformular.pdf). Er bezahlt Fr. 1'380 für die „Jahreskarte Fitness inkl. Betreuungspaket im Wert bis CHF 603“. Der Fitnessinstructor visiert die von Tanner eingetragenen Daten, wozu auch der Beginn „1.9.2016“ und das Ende „31.8.2017“ gehören. Am 15. August 2017 erhält Tanner die Rechnung in der Höhe von Fr. 1'518 für die Verlängerungsdauer. Er hatte indes nie die Absicht, länger als ein Jahr zu trainieren. *Muss Tanner bezahlen?*

## **Lösungsvorschlag Nr. 2**

*Liegen allgemeine Geschäftsbedingungen vor?*

Vgl. dazu die Definition des Bundesgerichts in Urteil BGer 4P.135/2002, E. 3.1: „Bei den Formularverträgen handelt es sich um Verträge, die von einer Vertragspartei (Verwender) zum Voraus zum Zweck aufgestellt werden, damit eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln. Diese Verträge enthalten vorformulierte Vertragsbedingungen, auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bezeichnet, die der Verwender der anderen Vertragspartei beim Abschluss des Vertrages stellt. Diese werden einseitig durch den Verwender festgesetzt. Gewöhnlich dienen die AGB dazu, das Aushandeln von Vertragsbedingungen zu vermeiden; der Vertragspartner soll veranlasst werden, den bereits formulierten und im Formular bereit stehenden Inhalt unverändert zu übernehmen. Dadurch unterscheiden sie sich von den ausgehandelten Einzelverträgen. Wird der vorformulierte AGB-Text individuell abgeändert, liegt insoweit keine vorformulierte Geschäftsbedingung, sondern eine Individualabrede vor.“

Das von Tanner unterzeichnete Vertragsformular wurde offensichtlich für alle möglichen Kunden des Fitnesscenters vorformuliert. Dies ist zugleich das wesentliche Kriterium für die Qualifikation als AGB (Vorformulierung hinsichtlich des Abschlusses einer Vielzahl gleichartiger Verträge).

---

<sup>16</sup> Vgl. Piotet, SJZ 1993, 151 f.; vgl. Gauch/Schlupe/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.“; a.M. Laim, recht 1995, 197.

<sup>17</sup> Vgl. BK-Schmidlin, OR 23/24 N 51.

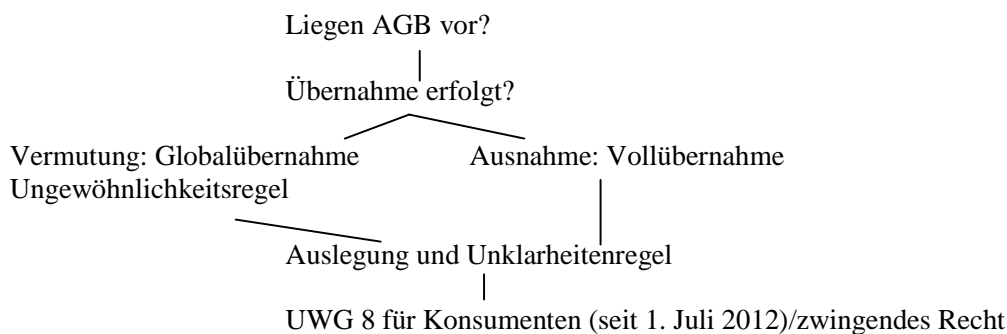
### Haben die Parteien die AGB in den Vertrag einbezogen?

Vgl. dazu Urteil BGer 4C.427/2005, E. 2.1: „Selon la jurisprudence, celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié, au sens de l'art. 1er CO, au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question (...).“

Der Fitnesskunde muss zumindest die Möglichkeit haben, von den AGB Kenntnis zu nehmen. Dies ist hier problemlos möglich, denn das Vertragsdokument erwähnt die AGB klar und teilt mit, dass sie sich auf der Rückseite befinden: „Ich bestätige ausdrücklich, dass die Benutzung der Anlage auf mein eigenes Risiko erfolgt, dass ich die rückseitig aufgeführten Bedingungen **und die Betriebsordnung** als integrierenden Bestandteil dieses Vertrages anerkenne und dass mir **Pkt. 15** der rückseitigen Bedingungen erklärt worden ist.“ Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner die AGB nicht gelesen habe. Es ist somit von einer *Globalübernahme* auszugehen.

### Gibt es ein passendes Prüfschema für die AGB-Prüfung?

Vgl. das Schema gemäss Huguenin, OR, N 638:



Dies ist indes nur das AGB-Prüfschema. Generell ist zu beachten, dass Individualabreden den AGB immer vorgehen. Häufig kommt überdies vor, dass AGB zwingendem Recht entgegenstehen, genau gleich wie Individualverträge. Diesbezüglich gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei Individualverträgen. Einzige Ausnahme ist die Ablehnung der *geltungserhaltenden Reduktion*. Verstösst eine AGB-Klausel gegen zwingendes Recht, muss sie *ganznichtig* sein.<sup>18</sup> Die Prüfung des allgemein zwingenden Rechts ist bevorzugt nach der Konsens- und Auslegungskontrolle vorzunehmen (also nach der Prüfung des Einbezugs, der Ungewöhnlichkeitsregel und der Unklarheitenregel), weil nur diese Inhalte überhaupt der Inhaltskontrolle unterliegen. Ebenso denkbar wäre es aber, allgemein zwingendes Recht vorab zu prüfen.

<sup>18</sup> Vgl. Urteil 4A\_404/2008, E. 5.6.3.2.1: „In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die geltungserhaltende Reduktion sei aus präventiven Gründen abzulehnen, wenn gegen eine Norm zum Schutz der sozial schwächeren Partei verstossen werde. Die geltungserhaltende Reduktion liefere hier geradezu einen Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren. So riskiere die stärkere Partei lediglich, dass im Falle der gerichtlichen Anfechtung die Verpflichtung der schwächeren auf das herabgesetzt werde, was rechtmässig von vornherein hätte vereinbart werden können, während sie in allen Fällen, in denen eine Anfechtung unterbleibe, faktisch Übermässiges durchsetzen könne (...). Weitere Autoren vertreten die gleiche Meinung, teilweise allerdings nur für den Fall, dass der Normverstoss in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten ist (...) und teilweise anscheinend nur unter der weiteren Voraussetzung, dass die in AGB getroffene Regelung gegen Art. 8 UWG (SR 241) verstösst (...). Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG liegt unter anderem vor, wenn vorformulierte AGB verwendet werden, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen (lit. a), womit auch ein qualifiziertes Abweichen vom dispositiven Gesetzesrecht erfasst wird (...). Ob die streitbetreffende Regelung die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt, namentlich das - selten erfüllte - Merkmal der Irreführung gegeben ist (...), kann hier offen bleiben. Denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen (...).“

## 1. Fitnessstudio vs Tanner, Bezahlung von Fr. 1'518

Das Fitnesscenter beruft sich dabei auf Ziff. 15: „Die Jahres- bzw. Mitgliederkarte **erneuert sich automatisch um dieselbe Laufzeit** und zu den dann **aktuellen** Bedingungen, wenn sie nicht 30 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer schriftlich und eingeschrieben gekündigt wird. Rabattberechtigungen (z.B. Studenten, Firmen etc.) müssen bei Erneuerung des Vertrages wieder nachgewiesen werden, ansonsten erneuert sich die Jahres- bzw. Mitgliederkarte zu den **aktuellen** Bedingungen ohne Rabatt.“

### Vorrang der Individualabrede

Kommen die AGB dafür überhaupt zur Anwendung? Man könnte argumentieren, es liege eine vorrangige Individualabrede vor, denn Tanner hat Beginn und Ende mit je einem klaren Datum ausgefüllt und von Anfang an gesagt, er wolle einen Einjahresvertrag. Dieses Argument ist in der vorliegenden Konstellation, insbesondere aufgrund der mündlichen Einigung, nicht abwegig.<sup>19</sup>

### Ungewöhnlichkeitsregel

Vgl. die Definition der Ungewöhnlichkeit in BGE 135 III 1 ff., 7: „Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (...). Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen (...). Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (...).“

Die Ungewöhnlichkeit lässt sich auf mehrere Arten begründen. Das Gesetz geht stets davon aus, dass ein befristeter Vertrag von alleine endet, ohne dass man ihn kündigen muss (Art. 255 Abs. 2 OR; Art. 266 Abs. 1 OR; Art. 295 Abs. 1 OR; Art. 334 Abs. 1 OR: „Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung“; Art. 418p Abs. 1 OR).<sup>20</sup> Praktisch alle Verlängerungsklauseln verdanken ihre Existenz der Hoffnung der Anbieter, dass die Kunden die Kündigung vergessen und so eine längere Bindung als gewollt eingehen. Dieser Übertölpelungseffekt ist erwiesen.<sup>21</sup> Ebenso ungewöhnlich ist, dass die AGB aus dem

<sup>19</sup> Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 149-151 und Rusch/Maissen, recht 2010, 98; zustimmend Schmid/Freyenmuth-Frey, ZBJV 2016, 352 f.

<sup>20</sup> Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 92 und dort Fn. 283.

<sup>21</sup> Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. August 1994, 6 U 266/93 in NJW-RR 1995, 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, 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.“

Schweigen des Kunden auf eine Zustimmung zu einer Vertragsverlängerung schliessen, was Art. 6 OR widerspricht.

Bei der Ungewöhnlichkeit ist stets auch die besondere Nachteiligkeit der Regelung zu berücksichtigen.<sup>22</sup> Tanner ist für ein ganzes weiteres Jahr an eine nicht erwünschte Vertragsbeziehung gebunden. Die Verlängerung als solche wäre schon ungewöhnlich, doch ist zusätzlich der Erneuerungsbetrag um 10% gestiegen, denn das Fitnessstudio hat sich die Erneuerung zu den *aktuellen Bedingungen* vorbehalten. Sie kann dabei offensichtlich den Betrag beliebig erhöhen, was schon sittenwidrig wäre und dem allgemeinen, in Art. 184 Abs. 3 OR enthaltenen Gedanken zur Bestimmtheit eines Preises widerspricht.<sup>23</sup> Dies würde zwar nur gegen die Erhöhung des Preises für die Verlängerungsdauer sprechen, es macht aber die vorgesehene Verlängerung insgesamt nachteiliger.<sup>24</sup> Ebenso nachteilig ist die Rabattregelung – allfällige Rabatte muss man offenbar von sich aus nachweisen, ansonsten die Verlängerung zu den normalen Bedingungen erfolgt. Bei der Nachteiligkeit muss man auch berücksichtigen, dass die Kündigung nur in besonders *qualifizierter Form* erfolgen kann. Es bedarf einer schriftlichen Kündigung mit eingeschriebenem Brief.<sup>25</sup> Dies stellt ein unsinnig strenges Formerfordernis dar, das für sich betrachtet auch schon ungewöhnlich wäre, da man eingeschriebene Briefe nur zur Beendigung wichtiger Verträge verwendet (Miete der Wohnung etc.). Hinzu kommt, dass viele Gerichte für solche Verlängerungsforderungen die provisorische Rechtsöffnung gemäss Art. 82 f. SchKG erteilen, was den Fitnesskunden die Mühsal der Klägerrolle einträgt.<sup>26</sup>

Es bleibt aber die Feststellung, dass derartige Verlängerungen praktisch omnipräsent sind. Es gibt sogar Fitnessstudios, die in der Werbung explizit erwähnen, dass bei ihnen *keine automatische Vertragsverlängerung* erfolge. Dies spricht für eine geänderte Wahrnehmung der Bedeutung der Vertragsdauer und des Ablaufs der vereinbarten Dauer.<sup>27</sup> Hinzu kommt, dass *eine Art Hinweis* im Vertragsformular enthalten ist, in der Nähe der Unterschrift: „*Ich bestätige ausdrücklich, dass die Benutzung der Anlage auf mein eigenes Risiko erfolgt, dass ich die rückseitig aufgeführten Bedingungen und die Betriebsordnung als integrierenden Bestandteil dieses Vertrages anerkenne und dass mir Pkt. 15 der rückseitigen Bedingungen erklärt worden ist. Weiter bestätige ich die Richtigkeit der von mir gemachten, oben aufgeführten Angaben.*“ Als vorgedruckte *Bestätigung des erfolgten Hinweises* ist die Klausel wertlos, wenn in Tat und Wahrheit kein Hinweis erfolgt ist. Solche Bestätigungsklauseln in AGB derogieren die Ungewöhnlichkeitsregel und sind deshalb selbst ungewöhnlich oder sie verletzen Art. 8 UWG.<sup>28</sup> Könnte aber *die Klausel selbst* als Hinweis auf die Vertragsverlängerung durchgehen? Die Klausel bei der Unterschrift und bei Ziff. 15 sind teilweise fettgedruckt, wie es das Bundesgericht verlangt,<sup>29</sup> aber eben nur teilweise – obwohl dies unsinnig ist, denn man kann den Fettdruck in AGB, die man nicht liest, nicht sehen. Der Hinweis bei der Unterschrift erwähnt nicht die automatische Vertragsverlängerung, sondern bestätigt, auf Pkt. 15 hingewiesen worden zu

<sup>22</sup> Vgl. die Definition in BGE 135 III 1 ff., 7 und die Behandlung bei Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 177 ff.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 183 ff., 188.

<sup>24</sup> Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 191.

<sup>25</sup> Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 198.

<sup>26</sup> Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 204 ff.

<sup>27</sup> Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 162, m.w.H.

<sup>28</sup> Vgl. dazu im deutschen Recht MK-Wurmnest, BGB 309 Nr. 12 N 18: „*Neben bestimmten Kenntnissen des Kunden lassen sich Verwender in ihren AGB viele andere rechtlich relevante Tatsachen bestätigen. Unwirksam sind etwa Bestimmungen, wonach die AGB dem Kunden „ausgehändigt“, oder mit ihm „individuell ausgehandelt“ wurden, ebenso auch Klauseln, wonach die mündlichen Verhandlungen iS von § 312 Abs. 3 Nr. 1 „auf vorhergehende Bestellung“ des Kunden geführt worden seien. Gleiches gilt für die Bestimmung, der Kunde habe die AGB „gelesen und verstanden“. Ebenfalls unwirksam sind Klauseln, bei denen sich der Verwender bestätigen lässt, dass er den Verbraucher über sein Recht zum Widerruf belehrt habe, um so die Voraussetzungen des § 355 zu erfüllen.*“

<sup>29</sup> Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446 f.: „*En l'espèce, le défendeur a apposé sa signature sur un contrat qui renvoyait expressément aux "conditions de location" de la demanderesse. L'art. 10 de ces conditions générales n'était pourtant nullement mis en évidence; au contraire, il était rédigé en petits caractères (...). L'autorité cantonale a retenu sans être critiquée que l'attention de S. n'avait pas été spécialement attirée sur l'existence de l'art. 10 en cause, dont la lecture, à supposer que le défendeur ait pris connaissance des conditions générales avant de signer le contrat du 27 avril 1990, était au surplus rendue difficile en raison de la typographie utilisée. Cette disposition ne lui est donc opposable en vertu de la règle de l'insolite que dans la mesure où elle ne modifie pas essentiellement la nature du contrat.*“



sein. Das ist bestenfalls ein Hinweis auf Punkt 15, nicht aber auf die automatische Vertragsverlängerung, *verpackt in drei weitere Bestätigungen*. Dieser Hinweis hat deshalb keine Bedeutung (strittig).

Die objektive Ungewöhnlichkeit liegt klar auf der Hand. Angesichts der qualifizierten Nachteiligkeit, des fehlenden Hinweises und der untauglichen Hervorhebung lässt sich auch die subj. Ungewöhnlichkeit behaupten. Als verstärkendes Element lässt sich hier der Umstand anführen, dass Tanner klar gesagt hat, er wolle einen Einjahresvertrag. Die allfällige Üblichkeit der Klausel und die Versuche, darauf einen Hinweis zu geben, machen die besonderen Umstände, die den Vertragsschluss begleiten, nicht wett.<sup>30</sup>

Das Bundesgericht verneint in BGer 4A\_475/2013 die Ungewöhnlichkeit einer solchen Klausel:

*„5.2 Die Vorinstanz führte aus, bei "Fitnessverträgen" sei es gang und gäbe, dass sich ein Abonnement automatisch verlängere, wenn keine explizite Kündigung von Seiten eines Kunden erfolge. Dementsprechend könne die fragliche Bestimmung nicht als ungewöhnlich betrachtet werden. Weiter sei die Beschwerdeführerin in Ziffer 5 der AGB in Fettdruck darauf hingewiesen worden, dass sie den Vertrag bis spätestens drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit mit eingeschriebenem Brief kündigen müsse, falls sie ihn nicht verlängern möchte. Durch diesen expliziten Hinweis habe die Beschwerdeführerin ohne Weiteres erkennen können, dass sich der an sich befristete Vertrag ohne Kündigung verlängern würde. Daraus schloss die Vorinstanz, selbst wenn die Klausel als ungewöhnlich beurteilt werden sollte, sei die Beschwerdeführerin rechtsgenügend auf sie aufmerksam gemacht worden.*

*5.3 Diese Beurteilung ist von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden:*

*5.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit der Formulierung/ Hervorhebung "3 Monate vor Ablauf mit eingeschriebenem Brief" habe die Beschwerdegegnerin lediglich auf die dreimonatige Kündigungsfrist hingewiesen, nicht aber auf die automatische Vertragsverlängerung als solche. Damit scheint sie bemängeln zu wollen, sie habe nicht erkennen können, dass die Kündigungsfrist für befristete Vertragsverhältnisse gelte. Das Argument verfängt nicht: Mit dem von der Beschwerdegegnerin mittels Fettdruck sowie grösserer Schrift hervorgehobenen Wort "Ablauf" wird unverkennbar auf eine feste Vertragslaufzeit, d.h. eine Befristung, Bezug genommen, zeichnen sich doch unbefristete Verträge gerade dadurch aus, dass sie ohne Kündigung nicht ablaufen (vgl. Erwägung 5.3.2). In diesem Sinne stimmt der Wortlaut der AGB mit dem Formular auf der Vorderseite des Vertragsdokuments überein, wo ein Feld mit der Bezeichnung "Vertragslaufzeit: (Mindestlaufzeit)" auszufüllen war. Unter diesen Umständen ist die Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei rechtsgenügend auf die streitgegenständliche Klausel aufmerksam gemacht worden, nicht bundesrechtswidrig. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, gebietet auch der Inhalt der Klausel kein abweichendes Ergebnis.*

*5.3.2 Verträge mit Fitnessstudios wie die vorliegenden entsprechen keinem gesetzlich geregelten Vertragstypus. Sie enthalten aber jedenfalls eine wesentliche mietrechtliche Komponente, da dem Kunden ein Zugangs- und Benutzungsrecht für die Räumlichkeiten und Einrichtungen des Anbieters eingeräumt wird (vgl. Rusch, Verträge mit Fitnessstudios, in: Jusletter vom 27. November 2006 Rz. 5 f.). Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können solche Verträge in befristeter oder unbefristeter Form abgeschlossen werden (so allgemein für das Mietrecht Art. 255 Abs. 1 OR). Befristet ist ein Vertrag, wenn er ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigen soll (vgl. Art. 255 Abs. 2 OR). Sieht ein Vertrag einerseits eine feste Laufzeit vor, andererseits aber die automatisch eintretende Verlängerung für den Fall, dass keine (rechtzeitige) Kündigung erfolgt, weicht er damit von der definitionsgemässen Funktionsweise eines befristeten Vertragsverhältnisses ab. Alleine aus diesem Umstand kann jedoch entgegen der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden, die automatische Verlängerung befristeter Verträge sei in jedem Fall als geschäftsfremd und damit ungewöhnlich zu betrachten (vgl. dagegen Rusch/Maissen, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010 S. 99 f.). Dies ist im Allgemeinen jedenfalls dann nicht der Fall, wenn durch die entsprechende Ausgestaltung der Vertragsdauer einem für die Gegenseite erkennbaren Interesse des Anbieters Rechnung getragen wird. Der Betreiber eines Fitnessstudios hat offenkundig ein erhebliches Interesse daran, im Voraus und mit Ge-*

<sup>30</sup> Zu diesem Argument Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 160, m.w.H. in Fn. 255.

wissheit die benötigte Infrastruktur und Belegschaft abschätzen zu können. Wenn die vertragliche Regelung zudem - wie vorliegend - nicht über das zur Wahrung dieser Interessen erforderliche Mass hinausgeht, namentlich etwa durch eine ausserordentlich lange Kündigungsfrist, ist die Klausel in der Regel nicht als ungewöhnlich anzuschauen (vgl. demgegenüber Urteil 5P.115/2005 vom 13. Mai 2005 E. 1.2, in dem das Bundesgericht - unter Willkürgesichtspunkten die vorinstanzliche Würdigung gelten liess, wonach die global zustimmende Partei nicht damit rechnen muss, dass eine Kündigung des abgeschlossenen Insertionsvertrags spätestens zwei Jahre vor Ablauf der dreijährigen Vertragsdauer zu erfolgen hat).“

### Auslegung

Der Widerspruch zwischen den klar definierten Anfangs- und Enddaten zur automatischen Vertragsverlängerung schafft eine Unklarheit.<sup>31</sup> Ist es jetzt ein befristeter oder unbefristeter Vertrag? In solchen Fällen gilt die für den Kunden günstigere Regel. Hier könnte man sagen, der befristete Vertrag sei günstiger für den Kunden. Denkbar wäre auch die Begründung, die automatische Vertragsverlängerung sei für den Kunden günstiger, weil sie nichtig ist (siehe nachfolgende Prüfung). Beide Lösungen sind somit gleich.

### Zwingendes Recht

Vorliegend ist ein Betreuungspaket enthalten, das gemäss Sachverhalt „bis CHF 603“ von insgesamt Fr. 1'380 ausmacht. Die *Betreuung* in einem Fitnessstudio ist ohne Zweifel als Tätigkeit in fremdem Interesse ohne Erfolgsgarantie dem Auftragsrecht zuzuordnen. Bei Aufträgen ist Art. 404 Abs. 1 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingend anzuwenden.<sup>32</sup> Das Auftragsselement beim Fitnessvertrag ist jedoch nur ein Teil der Leistung. Bei wenig beratungsintensiven Verträgen ist die zwingende Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR kaum gerechtfertigt.<sup>33</sup> Wenn die Beratungsleistungen indes fast die Hälfte des Preises ausmachen, könnte man damit die zwingende Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR rechtfertigen. Dies würde nicht die automatische Verlängerung beseitigen, doch könnte man den verlängerten Vertrag ohne Frist jederzeit beenden.

Hinzu kommt das einseitige Änderungsrecht, das keinerlei Begrenzung kennt. Dies wäre als persönlichkeitsrechtswidrig zu betrachten. Die Folge davon ist die auf Antrag zu beachtende Sittenwidrigkeit.<sup>34</sup>

### Voraussetzungen des Art. 8 UWG

*...zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten...*

Tanner ist Konsument, denn er will privat seine Fitness verbessern und verfolgt damit keine beruflichen Zwecke.<sup>35</sup>

*...in Treu und Glauben verletzender Weise...*

---

<sup>31</sup> So auch Schmid/Freyenmuth-Frey, ZBJV 2016, 352 f.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil BGER 4A\_437/2008, E. 1.4: „Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das jederzeitige Auflösungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR zwingender Natur und darf vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden. Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung in BGE 115 II 464 E. 2 ausdrücklich. Seit diesem Entscheid hat es stets klar und unmissverständlich an der zwingenden Natur von Art. 404 OR festgehalten (...). Dies ergibt sich auch aus dem von der Vorinstanz zitierten Urteil 4C.447/2004 vom 31. März 2005.“

<sup>33</sup> Vgl. dazu Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 255 ff., unter Ablehnung der zwingenden Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR bei nicht beratungsintensiven Fitnessverträgen (dort speziell Fn. 434, m.w.H.).

<sup>34</sup> Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 279-284; vgl. zur Geltendmachung CHK-Kut, OR 19/20 N 31.

<sup>35</sup> Dazu ausführlich Stöckli, BR 2011, 186: „Wer im Sinne des Art. 8 UWG als Konsumentin gilt, bestimmt sich demnach nicht nach einem positiven Kriterium („üblicher Verbrauch“), sondern einzig danach, ob der Vertrag „ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“ oder nicht.“

Dies ist keine eigenständige Voraussetzung, sondern ein Beurteilungsmaßstab, der im Zusammenhang mit dem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis zu lesen ist. Stöckli schreibt dazu: „*Falsch wäre, die Verletzung von Treu und Glauben und das Missverhältnis als voneinander unabhängige, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale zu verstehen. Richtig ist vielmehr, dass jedes erhebliche Missverhältnis in der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten, das zum Nachteil der Konsumentin ausfällt, gegen Treu und Glauben verstösst, also unlauter ist, wenn es durch allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffen wird. Wollte man dies anders sehen, hätte man es mit einer unsinnigen Bestimmung zu tun, nach der gegen den "Grundsatz von Treu und Glauben" verstösst (= unlauter ist, siehe Art. 2 UWG), was Treu und Glauben verletzt. Bei dieser Leseart ist es auch so, dass zwar im Gesetzestext von einem "ungerechtfertigten" Missverhältnis die Rede ist, darin aber kein eigenständiges, separat abzurufendes Tatbestandsmerkmal liegt. Die Bewertung der vertraglichen Lasten-/Pflichtenverteilung, die darin zum Ausdruck kommt ("ungerechtfertigt"), ist schon im "Missverhältnis" enthalten.*“<sup>36</sup> Die Prüfung erfolgt deshalb gleich nachfolgend.

*...erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten...*

Die Frage lautet, woran sich dieses Missverhältnis messen muss. Es bedarf eines Bezugspunkts, doch liegt dieser nicht nur im Vergleich zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten. Schmid schreibt dazu: „*Mit Bezug auf Nominatverträge stellt das dispositive Gesetzesrecht indessen dann, wenn man sich nicht von blossen Billigkeitsüberlegungen leiten lassen will, die hauptsächliche und demokratisch gesetzte Messgrösse für die Bewertung eines solchen Missverhältnisses dar - zumal gerade das dispositive Gesetzesrecht die gesetzgeberischen Vorstellungen über eine faire Rechte- und Pflichtenverteilung unter den Vertragsparteien wiedergibt. Ob ein Missverhältnis vorhanden ist, lässt sich ohnehin nur durch einen Vergleich des durch die AGB-Klausel vorgegebenen Vertragsinhalts mit der Rechtslage nach Gesetz ermitteln - auch deshalb, weil bei Unwirksamkeit der fraglichen AGB-Klausel grundsätzlich das dispositive Recht an deren Stelle tritt. Mangels anderer gesetzgeberischer Anhaltspunkte lässt sich ein erhebliches Missverhältnis demnach dann bejahen, wenn die AGB-Klauseln (zum Nachteil der Konsumentinnen) fühlbar von den dispositiven Gesetzesbestimmungen abweichen.*“<sup>37</sup>

Die AGB-rechtliche Diskussion knüpft vorliegend an das gesetzliche Leitbild an, dass ein befristeter Vertrag ohne Kündigung endet,<sup>38</sup> dass sich das Interesse nur auf eine Vertragsdauer richtet,<sup>39</sup> dass man aus Schweigen keinen Verlängerungswunsch lesen kann und dass die vorliegende Verlängerung besonders nachteilig ausgestaltet ist (siehe oben). Die Berücksichtigung allfälliger Hinweise wie bei der Ungewöhnlichkeitsregel erübrigt sich für die Belange des Art. 8 UWG.<sup>40</sup>

*Wie würde man es richtig machen?*

Seriöse Angebote im Fitnessbereich brauchen keine automatische Verlängerung – man kann beim nächsten Besuch den Vertrag erneuern, wenn man dies will. Die automatische Verlängerung ist nur dann sinnvoll, wenn man wie bei Versicherungen nicht plötzlich ohne Schutz dastehen will. Doch auch hier gibt es gute *praenumerando*-Lösungen: Die Anbieter können frühzeitig die Rechnung für die verlängerte Dauer zusenden. Wer sie rechtzeitig bezahlt, will die Fortsetzung des Vertrags. Will man trotzdem auf die Ver-

<sup>36</sup> Stöckli, BR 2011, 184.

<sup>37</sup> Schmid, ZBJV 2012, 11.

<sup>38</sup> Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 326.

<sup>39</sup> Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 327.

<sup>40</sup> BGE 119 II 443 ff., 447: „*Quand bien même la demanderesse aurait signalé au défendeur l'existence de l'art. 10 de ses conditions générales, elle ne pourrait se retrancher derrière cette disposition pour rendre S. responsable de l'entier du dommage. L'art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) prescrit qu'agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui dérogent notablement au régime légal (let. a) ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (let. b).*“

längerungsklausel nicht verzichten, wäre folgende Klausel im Lichte der obigen Erwägungen denkbar: „Der Vertrag verlängert sich automatisch um dieselbe Laufzeit, sofern der Kunde nicht vor Ablauf des Vertrages kündigt. Fitorama muss dafür den Kunden einen Monat vor Vertragsende schriftlich fragen, ob er die Verlängerung wünscht und ihn gleichzeitig darauf hinweisen, dass Schweigen nach Ablauf des Monats als Zustimmung zur Verlängerung gilt.“ Diese Lösung funktioniert aber nur für die ganze Verlängerungsdauer, wenn man Art. 404 Abs. 1 OR als nicht zwingend anwendbare Norm betrachtet. Auch diese Klausel schützt allerdings nicht vor Unfug. Es gibt Anbieter, die verstecken diese Mitteilungen in einem Wust von Belanglosigkeiten.<sup>41</sup> Die Berufung auf eine solche Mitteilung wäre ohne Zweifel unbeachtlich.

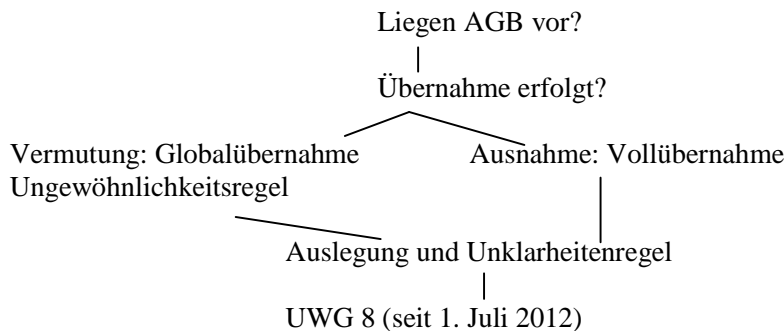
### Sachverhalt Nr. 3

Der in Zürich wohnhafte Tanner wollte nach Chicago für einen Kurzurlaub fliegen (Hinflug 3.10.2016, Rückflug 7.10.2016). Auf der Internetseite der Swiss fand er einen passenden Flug Zürich-Chicago-Zürich für Fr. 1'657.50. Ein Freund gab ihm den Typ, dass der Flug Istanbul-Zürich-Chicago-Zürich-Istanbul zwar länger, aber billiger sei – er solle einfach erst in Zürich zusteigen. Tatsächlich buchte Tanner diesen viel längeren Flug für TRY 3'118.31 (= Fr. 1'015.95), doch verweigerte ihm die Swiss in Zürich den Zutritt zum Flugzeug gestützt auf Art. 3.3 der AGB. Er könne nur zusteigen, wenn er die *Differenz* zum Preis des tatsächlich geflogenen Fluges Zürich-Chicago-Zürich (Fr. 1'657.50 - Fr. 1'015.95 = Fr. 641.55) nachzahle.

**Dies sind die AGB der Swiss, die Tanner im Rahmen der Buchung via Internet übernommen hat. Bei der Internetbuchung wies die Swiss Tanner auf Art. 3.3. besonders hin: <https://www.swiss.com/ch/DE/rechtliches/befoederungsbestimmungen/artikel-03> (27.9.2016). Wie ist die Rechtslage?**

### Lösungsvorschlag Nr. 3

Methode: Es empfiehlt sich bei AGB generell folgendes Vorgehen (nach Huguenin, N 638):



Der Sachverhalt nimmt vorweg, dass Tanner die AGB übernommen hat. Die Swiss hat ihn sogar auf den Art. 3.3 der AGB *speziell hingewiesen*. Damit fällt die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel weg.<sup>42</sup> Die Auslegung des relevanten AGB-Textes ergibt auch keine Unklarheiten. Die Swiss stützt sich auf Art. 3.3, genauer auf die Unterziffern 1, 3, 6:

<sup>41</sup> Vgl. das Beispiel bei Rusch, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter 28. März 2011, N 14: „Die Bank verwies im Begleitbrief der Konto-/Depotauszüge 2009 – zugestellt per Post Ende Januar 2010 – auf die Änderung der Gebühren per 1. Januar 2010, ohne diese genauer zu erläutern. Sie verwies für die Details auf eine Internetseite: „Beachten Sie bitte unter www... auch den neuen Gebührentarif per 1.1.2010“. Dieser Satz befand sich im Brief als vierter von sechs Abschnitten zwischen Werbung für ein neues E-Banking, einem Wettbewerb für Eishockey-Fans, einem Hinweis auf eine gebührenpflichtige Beratungs-Hotline und Neujahrswünschen. Dies ist gleich mehrfach problematisch.“

<sup>42</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1137.

### 3.3 Reihenfolge und Verwendung der Flugcoupons

**3.3.1** Ihr Ticket gilt nur für den darauf angegebenen Transport, vom Abflugort über eventuell vereinbarte Zwischenstationen bis zum Zielort. Der von Ihnen bezahlte Preis basiert auf unseren Tarifen und ist ein wesentliches Element unserer Vertragsvereinbarung mit Ihnen. Der Preis gilt nur, wenn alle Flüge in der gebuchten Reihenfolge angetreten werden. Andernfalls wird der Preis auf der Grundlage der tatsächlichen Route neu berechnet. Diese Bedingung gilt nicht für Flüge von Kunden mit Wohnsitz in Österreich: Wenn nicht alle Einzelflüge angetreten oder nicht in der auf dem Ticket vorgesehenen Reihenfolge angetreten werden, sich die Reisedaten ansonsten aber nicht ändern, berechnen wir den Preis für die geänderte Route neu. Das gilt nicht, wenn Sie aufgrund von höherer Gewalt, Krankheit oder aus einem anderen Grund, für den Sie nicht verantwortlich sind, nicht alle Einzelflüge antreten können oder nicht in der auf dem Ticket vorgesehenen Reihenfolge antreten können und Sie uns unmittelbar über diese Gründe informieren, sobald Sie von ihnen Kenntnis erlangen.

**3.3.2** Wenn Sie Ihre Beförderung ändern wollen, müssen Sie uns im Voraus kontaktieren. Der Preis für Ihre neue Beförderung wird berechnet und Sie erhalten die Möglichkeit, den neuen Preis zu akzeptieren oder Ihre ursprüngliche Beförderung gemäss Flugschein beizubehalten. Sollten Sie aufgrund höherer Gewalt gezwungen sein, Ihre Beförderung zu ändern, müssen Sie uns so früh wie möglich kontaktieren. Wir bemühen uns, Sie zu den ursprünglich vereinbarten Bedingungen an Ihren nächsten Zwischenlandeort oder an Ihren Zielort zu befördern.

**3.3.3** Sollten Sie Ihre Beförderung ohne unsere Zustimmung ändern, berechnen wir den anwendbaren Preis für Ihre tatsächliche Reise. Sie müssen die Differenz zwischen dem von Ihnen bezahlten Preis und dem ganzen Preis für Ihre geänderte Beförderung entrichten. Im übrigen haben die nicht benützten Coupons Ihres Flugscheines keinen Wert.

**3.3.4** Bitte beachten Sie, dass es Änderungen gibt, die keine Preisanpassungen bewirken; andere, wie die Änderung des Abflugortes (wenn Sie zum Beispiel den ersten Coupon nicht benutzen) oder die Umkehrung Ihrer Reiserichtung können einen höheren Preis bewirken. Manche Preise gelten nur für die auf dem Flugschein angegebenen Daten und Flüge; diese dürfen nicht oder nur gegen Aufpreis geändert werden.

**3.3.5** Jeder in Ihrem Flugschein enthaltene Flugcoupon wird für die Beförderung in der Klasse, am Datum und auf dem Flug akzeptiert, für die Sie einen Platz reserviert haben. Wurde ein Flugschein ursprünglich ohne Reservation ausgestellt, kann der Platz später je nach Tarif und Verfügbarkeit auf dem gewünschten Flug reserviert werden.

**3.3.6** Erscheinen Sie für einen Flug nicht, ohne uns im Voraus darüber zu informieren, können wir Ihre Reservation für den Rück- oder Anschlussflug streichen.

Es bleibt folglich nur noch die Prüfung anhand des zwingenden Rechts. Art. 8 UWG lautet wie folgt: *„Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“*

Voraussetzungen des Art. 8 UWG

*...zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten...*

Tanner ist Konsument, denn er bucht die Reise für seine Ferien und verfolgt damit keine beruflichen oder gewerblichen Zwecke.<sup>43</sup>

*...in Treu und Glauben verletzender Weise...*

Dies ist kein eigenständige Voraussetzung, sondern ein Beurteilungsmassstab, der im Zusammenhang mit dem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis zu lesen ist. Stöckli schreibt dazu: *„Falsch wäre, die Verletzung von Treu und Glauben und das Missverhältnis als voneinander unabhängige, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale zu verstehen. Richtig ist vielmehr, dass jedes erhebliche Missverhältnis in der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten, das zum Nachteil der Konsumentin ausfällt, gegen Treu und Glauben verstösst, also unlauter ist, wenn es durch allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffen wird. Wollte man dies anders sehen, hätte man es mit einer unsinnigen Bestimmung zu tun, nach der gegen den "Grundsatz von Treu und Glauben" verstösst (= unlauter ist, siehe Art. 2 UWG), was Treu und Glauben verletzt. Bei dieser Leseart ist es auch so, dass zwar im Gesetzestext von einem "ungerechtfertigten" Missverhältnis die Rede ist, darin aber kein eigenständiges, separat abzustellendes Tatbestandsmerkmal liegt. Die Bewertung der vertraglichen Lasten-/Pflichtenverteilung, die darin zum Ausdruck kommt ("ungerechtfertigt"), ist schon im "Missverhältnis" enthalten.“*<sup>44</sup> Die Prüfung erfolgt deshalb gleich nachfolgend.

<sup>43</sup> Dazu ausführlich Stöckli, BR 2011, 186: *„Wer im Sinne des Art. 8 UWG als Konsumentin gilt, bestimmt sich demnach nicht nach einem positiven Kriterium ("üblicher Verbrauch"), sondern einzig danach, ob der Vertrag "ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann" oder nicht.“*

<sup>44</sup> Stöckli, BR 2011, 184.

...erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten...

Die Frage lautet, woran sich dieses Missverhältnis messen muss. Es bedarf eines Bezugspunkts, doch liegt dieser nicht nur im Vergleich zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten. Schmid schreibt dazu: „Mit Bezug auf Nominatverträge stellt das dispositive Gesetzesrecht indessen dann, wenn man sich nicht von blossen Billigkeitsüberlegungen leiten lassen will, die hauptsächlich und demokratisch gesetzte Messgrösse für die Bewertung eines solchen Missverhältnisses dar - zumal gerade das dispositive Gesetzesrecht die gesetzgeberischen Vorstellungen über eine faire Rechte- und Pflichtenverteilung unter den Vertragsparteien wiedergibt. Ob ein Missverhältnis vorhanden ist, lässt sich ohnehin nur durch einen Vergleich des durch die AGB-Klausel vorgegebenen Vertragsinhalts mit der Rechtslage nach Gesetz ermitteln - auch deshalb, weil bei Unwirksamkeit der fraglichen AGB-Klausel grundsätzlich das dispositive Recht an deren Stelle tritt. Mangels anderer gesetzgeberischer Anhaltspunkte lässt sich ein erhebliches Missverhältnis demnach dann bejahen, wenn die AGB-Klauseln (zum Nachteil der Konsumentinnen) fühlbar von den dispositiven Gesetzesbestimmungen abweichen.“<sup>45</sup>

Die AGB-rechtliche Diskussion knüpft an drei gesetzliche Leitbilder an, wobei auch der Vergleich der Rechte und Pflichten zum identischen Ergebnis führt. Es sind *erstens* die Möglichkeit der Beanspruchung einer Teilleistung, *zweitens* das Prinzip *pacta sunt servanda* und *drittens* die Regeln zur Konventionalstrafe.<sup>46</sup>

#### *Teilleistung und pacta sunt servanda*

Flüge mit mehreren Umsteigevorgängen sind eindeutig teilbar.<sup>47</sup> Wenn der Passagier bei den Flugreisen später zusteigt, aber dennoch den Preis für die ganze Leistung bezahlt, sind keine rechtlichen Hindernisse ersichtlich.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber sah einen Regelungsbedarf ausschliesslich bei der *Annahmepflicht* von Teilzahlungen (Art. 69 OR). Es ist bei einer voll bezahlten Flugreise nicht möglich, aus der fehlenden Beanspruchung einer Teilstrecke einen Gläubigerverzug oder gar eine verletzte Annahmepflicht zu konstruieren. Wer eine angebotene Leistung nicht beansprucht, könnte sich aus allgemeinen Prinzipien eigentlich sogar auf eine *Anrechnungspflicht* für Ersparnisse und getätigte sowie nicht getätigte Gewinne der Fluggesellschaft berufen. Die Fluggesellschaften müssten sich also anrechnen lassen, dass doch jemand den frei gebliebenen Platz entgeltlich belegt hat. Dieses Prinzip beruht auf dem Gedanken der *Schadensminderungspflicht* und kennt viele kodifizierte Anwendungsfälle (Art. 264 Abs. 3, 293 Abs. 3, 324 Abs. 2, 337c Abs. 2 OR).<sup>49</sup> Auch die Regelung im Werkvertrag, unter den sich die Flugreise subsumieren liesse (strittig),<sup>50</sup> kennt bei vorzeitiger Kündigung eine Anrechnungspflicht für Ersparnisse und Gewinne (Art. 377 OR, Abzugs- oder Additionsmethode).<sup>51</sup> Tanner beruft sich aber nicht einmal darauf, sondern fordert ohne Anrechnung lediglich eine Teilleistung und lässt den Rest verfallen. Insofern ist es nicht abwegig, von einem *Vorteil* für die Fluggesellschaften zu sprechen – sie haben die Möglichkeit, angesichts der gängigen Praxis der Überbuchung<sup>52</sup> einen Sitzplatz sogar zweimal entgeltlich zu belegen. Es kann den Fluggesellschaften egal sein, ob jemand tatsächlich mitfliegt, solange er den verabredeten Preis bezahlt.

<sup>45</sup> Schmid, ZBJV 2012, 11.

<sup>46</sup> Vgl. zum ganzen Problem eingehend Rusch, Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen, Jusletter 15. Oktober 2012: [http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121015\\_jusletter.pdf](http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121015_jusletter.pdf) sowie Arnold Rusch, Billigerer Flug mit Trick? AJP 2015, 1485 f.: [http://www.arnoldrusch.ch/pdf/151031\\_flug\\_agb\\_ajp.pdf](http://www.arnoldrusch.ch/pdf/151031_flug_agb_ajp.pdf); Rita Flubacher, Passagiere bleiben im Kleingedruckten hängen, Tages-Anzeiger vom 12. November 2012, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/10951843/print.html>

<sup>47</sup> Zum Begriff der Teilbarkeit CHK-Wullschlegler, OR 70 N 2; vgl. die Bejahung der Teilbarkeit in BGH, Urteil vom 29. April 2010, Xa ZR 101/09, BeckRS 2010, 12525, Rz. 16 f.

<sup>48</sup> Die Konstruktion einer Annahmepflicht ist nur bei Leistungen denkbar, deren Verbleib beim Veräusserer belastend wäre. Beispiele dafür sind sperrige Güter und Lagerausverkäufe, vgl. Huguenin, N 2452, 2463.

<sup>49</sup> Vgl. Rusch/Hochstrasser, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007, N 53 f. Generelle Norm der Vorteilsanrechnung, des Bereicherungsverbots und der Schadensminderungspflicht sind Art. 2 ZGB und Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR.

<sup>50</sup> BK-Koller, OR 363 N 11, 233, CHK-von Ziegler/Montanaro, OR 440 N 8, vgl. die Übersicht bei Huguenin, N 3476.

<sup>51</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.120/1999, E. 5a.

<sup>52</sup> Vgl. Führich, NJW 1997, 1044.

Der mögliche Verfall der tatsächlich gewünschten Teilleistung oder deren Verteuerung schaffen deshalb ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung, weil man *für weniger mehr bezahlen muss*.<sup>53</sup> Die Fluggesellschaft hat folglich die Teilleistung nach dem Prinzip *pacta sunt servanda* vertragsgemäss zu erbringen. Das Landgericht Frankfurt benützt dafür ein besonders anschauliches Bild: „Niemand wird bezweifeln, dass es unangemessen wäre, wenn ein Gastwirt einem Gast, der ein Menü bestellt hat, den Hauptgang verweigert oder nur gegen einen Aufpreis servieren will, weil er seine Suppe nicht aufgegessen hat.“<sup>54</sup>

### Konventionalstrafe

Weiter liegt eine in den AGB vereinbarte *Konventionalstrafe* vor. Nicht bloss der Mehrpreis für die neu kalkulierte Reise, sondern auch der Verfall eines Anspruchs kann eine Konventionalstrafe darstellen.<sup>55</sup> Die Konventionalstrafe für die blosse Beanspruchung einer Teilleistung wäre immer übermässig im Sinne des Art. 163 Abs. 3 OR, weil für die Fluggesellschaft kein Nachteil ersichtlich ist. Es stellt sich aber grundsätzlich die Frage, ob man Konventionalstrafen in AGB vereinbaren kann. Die einseitig eingeräumte Schiedsrichterstellung, die einseitige Ausrichtung der Strafen und die negativen und kontraintuitiven Folgen sind äusserst nachteilig. Sie schaffen auf diese Weise ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung. Deren Vereinbarung in AGB ist deshalb unzulässig.<sup>56</sup>

*Exkurs: Könnte die AGB-Regelung auch kartellrechtswidrig sein?* Denkbar ist es, die AGB-Regelung als *Verhinderung eines Direktimports* zu lesen. Der Flug ist für Türken bestimmt und wegen der höheren Kaufkraft in der Schweiz teurer. Die AGB verhindern, dass ein Schweizer Passagier diesen Flug in die Schweiz „direktimportiert“, indem er zwar den längeren und dennoch billigeren Flug bucht, aber erst in Zürich zusteigt. Da nahezu alle Fluggesellschaften diese AGB verwenden, kommen *horizontale Abreden* mit anderen Fluggesellschaften (Art. 5 KG) und *unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* in Betracht (Art. 7 KG).<sup>57</sup>

Publikationen und Sendungen zu diesem Thema finden Sie hier: 1. Kassensturz mit mir vom 10. November 2015: <http://www.srf.ch/konsum/themen/umwelt-und-verkehr/wie-swiss-schweizer-fluggaeste-schroepft> 2. Arnold Rusch, Billigerer Flug mit Trick? AJP 2015, 1485 f.: [http://www.arnoldrusch.ch/pdf/151031\\_flug\\_agb\\_ajp.pdf](http://www.arnoldrusch.ch/pdf/151031_flug_agb_ajp.pdf) 3. Arnold Rusch, Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen, Jusletter, 15. Oktober 2012: [http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121015\\_jusletter.pdf](http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121015_jusletter.pdf)

<sup>53</sup> Diese Philosophie verwendet der Film „Live and let die“ sogar als Witz, wenn James Bond einen Whisky *ohne Eis* wünscht, worauf ihm der Kellner in Harlem erwidert: „That’s extra, man!“

<sup>54</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 14. Dezember 2007 - 2/2 O 243/07 in NJOZ 2008, 3657 ff., 3659; vgl. auch In re NORTHWEST AIRLINES CORP., et al., United States District Court, E.D. Michigan, Southern Division, No. 96-74711., 208 F.R.D. 174, 192 f.: „Package discount pricing is commonplace in many industries - children’s meals at fast food restaurants and automobile luxury packages are two examples that come to mind - and the average consumer presumably would not perceive that his purchase of such a package would serve as an implied “representation” that he intends to use each and every part of that package, much less that he might be accused of fraud or deception if he chooses to discard a particular portion.“

<sup>55</sup> Vgl. BGE 135 III 433 ff., 439, E. 3.4. und 440, E. 4.3.

<sup>56</sup> In Deutschland fällt dies unter das Verbot des § 309 Nr. 6 BGB; vgl. zur *ratio legis* MK-Wurmnest, BGB 309 Nr. 6 N 1: „Die Bedenken gegen Strafklauseln in AGB rühren daher, dass sich hier der Verwender ungerechtfertigte Gewinne verschaffen kann und dass er sich, indem er seine Formulierunginitiative beim Aufstellen der AGB nutzt, neben der Rolle als Partei die des Schiedsrichters anmass. Hinzu kommt die Einseitigkeit solcher Klauseln, die regelmässig nur die Vertragsverletzungen des Vertragspartners, nicht die des Verwenders sanktionieren. Aus ökonomischer Sicht lässt sich ferner einwenden, dass Strafklauseln auch solche Leistungen erzwingen können, die einen gegenüber den Erwartungen bei Vertragsschluss gesteigerten und vielleicht ganz unwirtschaftlichen Aufwand in der Nähe der „Opfergrenze“ verlangen, oder auch Leistungen, die aus sonstigen Gründen bei einer Kosten-Nutzen-Analyse für alle Beteiligten besser unterblieben.“; vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 18. Dezember 2008 - 16 U 76/08 in BeckRS 2008, 26894: „Die Verfallsklausel ist als Vertragsstrafe anzusehen. Zwar gewährt § 354 BGB nur dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht, wenn der Vertrag mit dem Vorbehalt geschlossen wurde, dass der Schuldner seine Rechte aus dem Vertrag verliert, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Jedoch sind die Vertragsstrafenregelungen entsprechend anwendbar, wenn die Parteien eine echte Verwirkung der Rechte vereinbart haben und nur einzelne Rechte verlustig gehen sollen (...). Die Verfallsklausel ist insoweit ein Sonderfall der Vertragsstrafe (...). Damit verstösst die Regelung gegen § 309 Nr. 6 BGB. Ein solcher Verstoß ist auch ein Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.“

<sup>57</sup> Eine stillschweigende Abrede ohne bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ist keine Abrede im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. dazu Emch, recht 2003, 169 und RPW 2003/1, 106 ff., 134, Rz. 161; vgl. auch Zäch, N 371 ff.