



## Online-Partnerschaftsvermittler und automatische Vertragsverlängerung

ARNOLD F. RUSCH\*

### Frage

Muss der Kunde eines Online-Partnervermittlers für die in den AGB vorgesehene, automatisch verlängerte Dauer des Vertrags bezahlen, wenn er die Kündigung vergisst?

### Antwort

Nein, die automatische Vertragsverlängerung ist nicht durchsetzbar, doch fehlen einschlägige Gerichtsentscheide.

### Question

Le client d'une agence matrimoniale en ligne doit-il payer pour la reconduction automatique du contrat, prévue dans les CGV, lorsqu'il oublie de le résilier ?

### Réponse

Non, la prolongation automatique du contrat ne peut pas s'appliquer, mais la jurisprudence correspondante fait défaut.

## I. Sachverhalt

Ein Kunde eines Online-Partnerschaftsvermittlers hat einen Vertrag für sechs Monate abgeschlossen. Als er die Rechnung für weitere sechs Monate erhält, bemerkt er, dass sich der Vertrag gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen automatisch verlängert hat, weil er nicht mit einer Frist von sechs Wochen vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt hat.

## II. Diskussion

### A. Formnichtigkeit des Vertrags

Das gesamte Geschäftsmodell der Online-Partnerschaftsvermittler steht und fällt mit der Anwendung der Normen über den Partnerschaftsvermittlungsvertrag in Art. 406a ff. OR. Es ist deshalb angezeigt, bei jedem Problem eine *Grundsatzdebatte* zu führen, die schon bei der Gültigkeit des Vertrags ansetzt. *Weshalb?* Art. 406d OR sieht einen schriftlichen Vertragsschluss *als Gültigkeitsform* vor. Ein schriftlicher Vertragsschluss bedarf der eigenhändigen Unterschrift der verpflichteten Parteien, also des Kunden und der Online-Partnervermittlung (vgl. Art. 13 f. OR). Dies können die gängigen Online-Partnervermittler jedoch nicht vorweisen. Auch bedienen sie sich nicht der gleichwertigen digitalen Signatur (vgl. Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR). Somit sind solche Verträge formnichtig und mit ihnen die automatische Vertragsverlängerung.

Die herrschende Lehre bejaht die Anwendbarkeit der Art. 406a ff. OR auf Online-Partnervermittler, weil die Schutzbedürftigkeit der Kunden und das existierende Vertrauensverhältnis dies gebieten.<sup>1</sup> Die Anbieter stützen sich demgegenüber auf das Argument, dass nicht sie, sondern der Kunde selbst Partnervorschläge generiere – durch Abfrage der Datenbank. Sie würden somit keine «*Personen für die Ehe oder für eine feste Partnerschaft*» vermitteln, wie dies Art. 406a Abs. 1 OR als Vertragsinhalt vorsehe. Zwei der Anbieter halten dies sogar in den AGB so fest.<sup>2</sup> Dies ist unbehelflich: Die Vertragsqualifikation entzieht sich der Regelung durch die Parteien (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Interessanterweise halten dieselben Anbieter in den AGB an anderer Stelle fest, dass sie den Kunden sehr wohl Partnervorschläge unterbreiten würden.<sup>3</sup> Das

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

<sup>1</sup> BSK OR I-PIETRUSZAK, Art. 406a N 5, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-PIETRUSZAK); KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 406a N 2, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar OR*, Basel 2014; CLAIRE HUGUENIN/FRIDOLIN HUNOLD, *Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern*, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bd. I: *Private Law*, Bern 2011, 827 ff., 835 ff., 847 f.; CHK OR-PFIFFNER/JOOST, Art. 406a–h N 5, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK OR-PFIFFNER/JOOST); vgl. die Übersicht bei EVA MAISSEN, *Die automatische Vertragsverlängerung*, Diss., Zürich 2012, N 260–264; a.M. einzig ARNOLD F. RUSCH/PHILIPP KLAUS, *Online-Partnervermittlung – Vertragsinhalt, Qualifikation und Probleme*, AJP 2011, 1571 ff., 1571–1575.

<sup>2</sup> AGB von parship, Ziff. 1.2, Internet: <https://kwb.parship.ch/termsandconditions/> (Abruf 9.1.2018), und AGB von elitepartner, Ziff. 1.2, Internet: <https://www.elitepartner.ch/termsandconditions/> (Abruf 9.1.2018).

<sup>3</sup> AGB von parship (FN 2) und AGB von elitepartner (FN 2), beide Ziff. 3.1 und 7.5.

Argument der herrschenden Lehre überzeugt jedenfalls. Die Kunden bedürfen eines Schutzes, der über das nur schwierig durchsetzbare und schwammig ausgestaltete AGB-Korrektiv hinausgeht. Die real existierenden AGB der Online-Partnervermittler halten sich mit dieser Missbrauchsabsicht schon seit Jahren, ohne dass ein Gericht je entscheiden musste oder konnte. Das ist so, weil sich Prozesse in der Schweiz nicht lohnen und weil die Anbieter bei genügend resolutem Auftritt der Kunden von einer gerichtlichen Geltendmachung häufig absehen.

Die Formnichtigkeit dieser Verträge lässt sich zusätzlich dadurch begründen, dass die gängigen AGB keine Hinweise über die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit enthalten, wie dies Art. 406d Ziff. 7 OR fordert. Diesem Faktum widmen sich die nachfolgenden Überlegungen.

## B. Jederzeitige Kündbarkeit des Vertrags

Fällt der Vertrag mit dem Online-Partnervermittler unter die Regeln des Partnerschaftsvermittlungsvertrags, so gelten ein zwingendes Widerrufsrecht innert 14 Tagen nach Vertragsunterzeichnung (Art. 406e, Art. 406d Ziff. 5/6 OR) und die jederzeitige Kündbarkeit ohne Angaben von Gründen (Art. 406d Ziff. 7 OR; Art. 406a Abs. 2 i.V.m. Art. 404 Abs. 1 OR). Art. 406d OR erhebt die Information über diese Beendigungsrechte zum Gültigkeitserfordernis.<sup>4</sup> Da die AGB der gängigen Online-Partnervermittler solche Informationen nicht enthalten, sind die Verträge wiederum mitsamt der Verlängerung nichtig. Möglich ist es auch, sich direkt auf die zwingende jederzeitige Kündbarkeit zu berufen. Damit ist die automatische Vertragsverlängerung genauso vom Tisch. Die jederzeitige Kündbarkeit gestützt auf die Anwendung des Auftragsrechts bejahen auch die Stimmen in der Lehre, die die Anwendbarkeit der Art. 406a ff. OR auf Online-Partnervermittler ablehnen.<sup>5</sup>

## C. Ungewöhnlichkeit der automatischen Vertragsverlängerung in AGB

Einen Vertrag mit einer festen Laufzeit braucht man nicht zu kündigen. Das Gesetz hält dieses Prinzip an mehreren Orten fest.<sup>6</sup> Umso ungewöhnlicher ist es, wenn man bei den Online-Partnervermittlern trotz einer klar gewählten

Laufzeit von sechs Monaten ganze sechs Wochen<sup>7</sup> vor Ablauf der Vertragsdauer kündigen muss. Einziger Zweck dieser Klausel ist es, die Kunden in die Falle laufen zu lassen und so zu einer zweiten Vertragsdauer zu verpflichten. Es existieren keine seriösen Anwendungsfälle der automatischen Vertragsverlängerung: Wer wissen will, wie viele Kunden den Vertrag weiterführen möchten, kann dies mit einer *Praenumerando*-Lösung – sprich Vorauszahlung – problemlos vorgängig in Erfahrung bringen.<sup>8</sup>

Nun ist es so, dass das Bundesgericht im Rahmen des AGB-Korrektivs die Ungewöhnlichkeit der automatischen Vertragsverlängerung verneint, sofern *ein für den Kunden erkennbares Bedürfnis des Anbieters nach Planungssicherheit* besteht.<sup>9</sup> Dieser Entscheid erging zu einem Fitnessstudiovertrag und ist angesichts der wahren Absicht hinter der Verlängerungsautomatik falsch. Akzeptiert man die Erwägung aber grundsätzlich, wäre sie dennoch auf Online-Partnervermittler nicht anwendbar: Der Online-Partnervermittler hat die Infrastruktur durch Programmierung der Software und Einrichten der Datenbank längst erstellt. Er kann und muss auf Schwankungen bei den Kunden nicht reagieren. Er kann beispielsweise nirgendwo Männer bestellen, wenn sich plötzlich viele Frauen anmelden. Er kann auch nicht den Server verkleinern, wenn die Zahl der Kunden abnimmt. Somit gibt es kein für den Kunden erkennbares Interesse des Anbieters an Planungssicherheit.

Die bei der Ungewöhnlichkeit ebenfalls zu berücksichtigende Nachteiligkeit der Regelung kann sich zusätzlich durch eine im Verhältnis zur Vertragsdauer unverhältnismässig lange Kündigungsfrist ergeben.<sup>10</sup> Einzelne Online-Partnervermittler verlangen eine Kündigung von *zwölf Wochen* vor Ablauf der sechsmonatigen Dauer.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> BSK OR I-PIETRUSZAK (FN 1), Art. 406d N 3; CHK OR-PFIFNER/JOOST (FN 1), Art. 406a–h N 12.

<sup>5</sup> Vgl. RUSCH/KLAUS (FN 1), AJP 2011, 1577.

<sup>6</sup> Art. 255 Abs. 2 OR, Art. 266 Abs. 1 OR; Art. 295 Abs. 1 OR; Art. 334 Abs. 1 OR; Art. 418p Abs. 1 OR.

<sup>7</sup> AGB von eDarling.ch, Ziff. 6d, Internet: <https://www.edarling.ch/agb> (Abruf 9.1.2018); vgl. auch unten FN 11.

<sup>8</sup> EVA MAISSEN, Prolongationsklauseln im Visier des Parlaments, AJP 2017, 1333 ff., 1337; ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2012, 95 ff., 97 f., 103.

<sup>9</sup> BGer, 4A\_475/2013, 15.7.2014, E. 5.3.2; kritisch dazu JÖRG SCHMID/CHRISTINA FREYENMUTH-FREY, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014: Obligationenrecht, ZBJV 2016, 342 ff., 351 f.

<sup>10</sup> BGer, 4A\_475/2013, 15.7.2014, E. 5.3.2, unter Hinweis auf BGer, 5P.115/2005, 13.5.2005, E. 1.2; dazu MAISSEN (FN 1), N 334.

<sup>11</sup> Vgl. die Bestimmungen zur «Premium-Mitgliedschaft 6 Monatspaket» von elitepartner: «Die Premium-Mitgliedschaft verlängert sich automatisch um ein 12 Monatspaket zum Preis von CHF 77.90 pro Monat (insg. CHF 934.80), wenn Sie nicht 12 Wochen vor Ablauf des 6 Monatspakets kündigen. Dieses 12 Monatspaket verlängert sich immer wieder automatisch um jeweils den gleichen Zeitraum, wenn Sie nicht 12 Wochen vor Ablauf des Pakets kündigen.»; dazu MAISSEN (FN 1), N 337 ff.

Diese Kündigungsfrist ist definitiv zu lang – es ist praktisch die Hälfte der Vertragsdauer. Noch nachteiliger und deshalb erst recht ungewöhnlich ist es, wenn sich eine sechsmonatige Vertragsdauer automatisch *um ein ganzes Jahr* verlängert.<sup>12</sup>

Das Bundesgericht erachtet die Ungewöhnlichkeit als unproblematisch, sofern der Anbieter auf die entsprechende Klausel speziell hingewiesen hat. Dafür genügt unverständlichlicherweise auch Fettdruck in AGB.<sup>13</sup> Wie soll es aber möglich sein, *mit vorformulierten Klauseln* den Schutz *vor vorformulierten Klauseln* umgehen zu können? Die Ungewöhnlichkeitsregel gelangt nur bei der Globalübernahme zur Anwendung, bei der man die AGB gerade nicht gelesen hat. Ein Hinweis in einem ungelesenen Dokument sollte deshalb nach allen Regeln der Logik keine Wirkung entfalten<sup>14</sup> – doch hält sich diese Rechtsprechung schon lange.

#### D. Unlauterkeit der automatischen Vertragsverlängerung in AGB

Die automatische Vertragsverlängerung führt zu einem erheblichen Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten im Sinne des Art. 8 UWG, weil der Kunde für eine verlängerte Vertragsdauer zahlen sollte, obwohl er nur die ursprüngliche Vertragsdauer wollte. Er muss somit für den gewünschten Vertragsinhalt das Doppelte bezahlen. Extrem nachteilig ist dies, weil man bei befristeten Verträgen nie von der Notwendigkeit einer Kündigung ausgeht. Das Kriterium «nach Treu und Glauben» in Art. 8 UWG sowie die fehlende Rechtfertigung des Missverhältnisses weisen keine eigenständige Bedeutung auf.<sup>15</sup> Bestenfalls lässt sich gestützt darauf die Möglich-

keit einer *engen Kompensation* mit *konnexen Klauseln* vertreten.<sup>16</sup> Die gängigen AGB geben in dieser Hinsicht nichts her. Eine Kompensation über einen behaupteten günstigen Preis ist jedenfalls undenkbar.<sup>17</sup> Eine automatische Vertragsverlängerung ist höchstens dann akzeptabel, wenn der Online-Partnervermittler *erstens* den Kunden genügend früh vor Ablauf der Kündigungsfrist darüber informiert, dass sein Schweigen eine Vertragsverlängerung auslöst, und sich *zweitens* in den AGB zu dieser Information an den Kunden verpflichtet.<sup>18</sup> Solche Vorkehrungen sucht man in den AGB der gängigen Anbieter indes vergebens.

### III. Empfehlung für die Praxis

Idealerweise geht man als Kunde somit wie folgt vor:

- Mitteilung, dass der Vertrag formnichtig sei.
- Eventualiter: Erklärung der sofortigen Kündigung.
- Eventualiter: Geltendmachung der Ungewöhnlichkeit und Unlauterkeit der automatischen Vertragsverlängerung.

<sup>12</sup> Vgl. den Hinweis in FN 11.

<sup>13</sup> BGer, 4A\_475/2013, 15.7.2014, E. 5.3.1.

<sup>14</sup> Die AGB von elitepartner und parship (beide FN 2), je Ziff. 5.3, sowie eDarling (FN 7), Ziff. 6d, enthalten in den Verlängerungsklauseln (je Ziff. 5.3) keinen Fettdruck. Sollte die spätere Produktbeschreibung, die man mit der Bestellbestätigung erhält, eine Hervorhebung aufweisen, so ist dies egal. Der Vertragsschluss findet *per definitionem* vor der Bestellbestätigung statt – sonst könnte diese nichts bestätigen. Somit bildet dieser hineingeschmuggelte, aber auch völlig intransparente Text nicht mehr Bestandteil des Vertrags (vgl. dazu auch HGer Wien, 18 Cg 12/12x, 16.5.2012, 9 f.).

<sup>15</sup> Vgl. HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff., 184; JÖRG SCHMID, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 1 ff., 10–14; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, N 1154 ff.; ARNOLD F. RUSCH, Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, 439 ff., 442, m.w.H.; zu diesem Verständnis der europäischen Richtlinie, die dem Art. 8 UWG Pate gestanden hat, siehe THOMAS PFEIFFER, RL 3 N 62 und

64, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. A., München 2009.

<sup>16</sup> WOLFGANG WURMNEST, Münchener Kommentar zum BGB, 7. A., München 2016, § 307 N 36.

<sup>17</sup> FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29.10.2012, N 39.

<sup>18</sup> Vgl. dazu § 308 Nr. 5 BGB/DE und HGer Wien, 18 Cg 12/12x, 16.5.2012, 8–10; zu den Modalitäten der Mitteilung HGer Wien, 43 Cg 32/16b-8, 16.11.2016, E. 4.4; vgl. auch den Vorentwurf zu einem Art. 8a UWG und die Kritik dazu bei MAISSEN (FN 8), AJP 2017, 1333 ff.