

Es stellt sich die Frage, ob die AGB dieser Firma rechtsgültig sind und E sich somit auf die Nichtigkeit dieses Vertrages berufen kann, weil die AGB dieser Firma nicht den vorgegebenen Voraussetzungen entsprechen könnten (Anspruchsmethode). Zuerst ist zu prüfen, ob ein Vertrag gemäss OR 1 zustande gekommen ist. Den Antrag zum Vertrag stellt E, indem er das Formular zur Internetanzeige ausfüllt. Die Internetanzeige selbst ist gemäss OR 7 II kein Antrag sondern eine Einladung zur Offertstellung. Der Antrag von E wurde konkludent von der Firma angenommen und dadurch ist ein Vertrag zwischen E und der Firma der Internetanzeige zustande gekommen (tatsächlicher Konsens). Weiter liegen auch keine Gültigkeitsmängel (Form, Handlungsfähigkeit, etc.) vor.

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind vorformulierte Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl gleichartiger Verträge gelten (SCHWENZER, N 44.01). Die Problematik liegt darin, dass AGB häufig "eine einseitige Verteilung von Rechten und Pflichten zu Ungunsten der anderen Partei" nach sich ziehen (HUGUENIN, N 410). Mit anderen Worten wird die Vertragsfreiheit durch ein "take it or leave it" eingeschränkt (SCHWENZER, N 44.03). Um zu prüfen, ob die AGB Ziff. 9 Gültigkeit erlangt hat, muss sie sich einer dreistufigen Kontrolle unterziehen: Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle (Schwenzer, N 44.04).

Geltungskontrolle: Zuerst ist zu prüfen, ob und wie E und diese Firma die AGB in den Vertrag übernommen haben. Die AGB bedürfen zu ihrer Gültigkeit immer eines Rechtsgeschäfts. Deshalb ist eine Willensübereinstimmung der Parteien über die Annahme der AGB erforderlich. Die Übernahme kann ausdrücklich oder konkludent (OR 1 II) erfolgen (Schwenzer, N 45.01). I.c. erfolgt die Übernahme durch Verweis, indem E ein Kästchen beim Ausfüllen des Wettbewerbsformulars anzuklicken hat. Dadurch, dass dieses Kästchen beim Wettbewerbsformular auf die AGB hinwies, hat diese Firma (Verwenderin der AGB) die weitere/zusätzliche Voraussetzung gemäss BGE 100 II 200 erfüllt, bei der die AGB nicht Teil des Vertrages werden, wenn auf diese nicht hingewiesen wird und der Vertragspartner somit nicht in zumutbarer Weise die Möglichkeit hat von diesen Kenntnis zu nehmen. Zu dieser Voraussetzung gehört auch das Transparenzgebot, bei dem die "AGB verständlich und drucktechnisch lesbar" sein müssen (BK-KRAMER, Art. 1, N 207). Zudem muss beim elektronischen Vertragsabschluss speziell beachtet werden, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders die Möglichkeit hat die AGB herunterzuladen und auszudrucken (SCHWENZER, N46.06a). I.c. bestand diese Möglichkeit für E. Bei einem Wettbewerb muss auch noch beachtet werden, dass in den AGB deutlich auf die finanziellen Kosten bei einer Teilnahme hingewiesen werden muss, was i.c. nicht deutlich genug getan wurde.

Da E das Kästchen nur angeklickt und damit seinen Annahmewille der AGB bekundet hat, die Bestimmungen aber nicht gelesen und im Einzelnen zur Kenntnis genommen hat, liegt i.c. eine Globalübernahme der AGB vor. Dadurch, dass die AGB i.c. mittels einer Globalübernahme in den Vertrag übernommen wurde, ist zu prüfen, ob die Ungewöhnlichkeitsregel zum Zuge kommt. Diese besagt, dass AGB Klauseln nicht Vertragsinhalt werden, sofern der Kunde, der den AGB zustimmt, nach den Umständen und in vernünftiger Weise nicht mit dem Inhalt rechnen musste und diese deshalb ungewöhnlich sind. Gemäss BGE 109 II 452ff., 458 gilt als ungewöhnlich, wenn die zustimmende Partei geschäftsunerfahren ist sowie die AGB Klauseln einen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweisen und dadurch entweder einen anderen Vertragstyp annehmen oder den Charakter des Vertrages in einem bestimmten Mass ändern. Kann die Ungewöhnlichkeit der AGB Klausel bejaht werden, erlangt diese keine Geltung. Weiter kann auf die Rechtsprechung im Urteil BGE 119 II 443, 446 Bezug genommen werden, nach dem die Ungewöhnlichkeitsregel umso schneller greift, je stärker der Vertragspartner in seiner Rechtsstellung durch die Klausel eingeschränkt wird. Gemäss der Lehre wird die Ungewöhnlichkeit der Klausel schon bejaht, wenn die Klausel geschäftsfremden Inhalt aufweist. Die Ungültigkeitsregel erlangt keine Wirkung, wenn der Kunde ausdrücklich auf die ungewöhnlichen Bestimmungen hingewiesen wurde (SCHWENZER, N 45.07). Die Ungewöhnlichkeit der Bestimmung in Ziff. 9

kann deshalb angenommen werden, da E vernünftigerweise nicht mit einer 12-monatiger Mitgliedschaft rechnen muss, wenn in der Internetanzeige von einem eventuellen Gratisgewinn die Rede. Dadurch, dass aus einem eventuellen Gewinn ein 12-monatiger Vertrag resultiert, nimmt der Vertrag einen geschäftsfremden Inhalt an, da sich der Charakter des Vertrages in grossem Mass ändert und zudem auch einen anderen Vertragstyp annimmt. Obwohl die Lehre das Vorliegen der Geschäftsunerfahrenheit des Kunden (E) nicht voraussetzt, ist diese Voraussetzung i.c. auch erfüllt. Auch wenn von einem jungen, erwachsenen Wirtschaftsstudenten angenommen werden kann, dass dieser mit dem Internet aufgewachsen und auf die Gefahren des Internets sensibilisiert ist, öfters schon ein Internetgeschäft getätigt haben wird sowie ihm klar sein muss, dass in der heutigen Wirtschaftslage keinem mehr etwas umsonst geschenkt wird, muss trotzdem nach Treu und Glauben nicht mit einer 12-monatiger Mitgliedschaft von CHF 180.00 rechnen, wenn einem ein Gewinn in Aussicht gestellt wird. **Zwischenfazit:** Die Ungewöhnlichkeit von Ziff. 9 wird bejaht und erlangt deshalb keine Geltung.

Auslegungskontrolle: Die AGB werden unter Berücksichtigung des Einzelfalles und der Vorstellungen der Parteien ausgelegt (BK-KRAMER, Art. 1, N 218). Dies bedeutet, dass wenn "die Parteien individuell etwas vereinbart haben, das zu einer Klausel in den AGB in Widerspruch steht", die individuelle Abrede den AGB vorgeht (BGE 93 II 317, 325 ff.). Da die Auslegung von der AGB Bestimmung in Ziff. 9 zu einem eindeutigen Ergebnis führt, kommt die Unklarheitsregel, wonach die Unklarheiten zulasten des Verfassers der AGB gehen, nicht zum Zuge (SCHWENZER, N 45.10).

Inhaltskontrolle: Bei dieser Kontrolle wird der Vertragsinhalt im Hinblick auf die Schranken der Rechtsordnung geprüft (HUGUENIN, N 429). Es ist zwischen der verdeckten und der offenen Inhaltskontrolle zu unterscheiden. Bei der verdeckten wird die Inhaltskontrolle schon auf der Stufe der Geltungskontrolle (Vertragsabschluss) sowie der Auslegungskontrolle durchgeführt (BK-KRAMER, Art. 19-20 N 279 f.). Die Lehre spricht sich jedoch gegen die verdeckte Inhaltskontrolle aus, damit die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel auf ihre Kernpunkte angewendet werden können (SCHWENZER, N 45.13).

Die offene Inhaltskontrolle stützt sich auf UWG 8 und OR 19 II ab. UWG 8 regelt die "Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen", wobei jemand unlauter handelt, wenn er "AGB verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei" werden. Die Meinungen über die Rechtsfolge von UWG 8 gehen auseinander. Meiner Meinung nach ist die Nichtigkeit der Klausel, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei führt, die beste und logischste. Aufgrund der Widerrechtlichkeit der Klausel liegt ein Inhaltsmangel gemäss OR 20 vor, was die Nichtigkeit dieser widerrechtlichen Klausel zur Folge hat. Der Vertrag kann bis auf die unzulässige Klausel trotzdem Gültigkeit erhalten. Weiter ist OR 19 II bei der Inhaltskontrolle beizuziehen. Hier wird auf die Prinzipien der öffentlichen Ordnung, guten Sitten und Recht der persönlichen Freiheit abgestellt; d.h. eine von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Vereinbarung ist nur zulässig, wenn sie nicht gegen eine dieser Prinzipien verstösst oder das Gesetz keine unabänderliche Vorschrift beinhaltet (GAUCH/SCHLUEP, N 1149). I.c. kommt UWG 8 zum Zuge, da diese Firma unlauter handelt, weil sie die Internetanzeige in irreführender Weise dazu benutzt, um Leute unbewusst an eine 12-monatige Mitgliedschaft zu binden. In den genannten 7 Tagen kann nach Treu und Glauben nicht damit gerechnet werden, dass E die AGB nochmals liest und diese Kündigungsfrist zur Kenntnis nehmen würde. Zudem ist die Kündigungsfrist schon lange abgelaufen, wenn der Testzugang (30 Tage) zu Ende geht. Somit hat E keine Chance zu kündigen. Ziff. 9 verstösst deshalb gegen die guten Sitten und ist somit gemäss OR 19 II nicht zulässig. Der Vertrag selbst bleibt aber bis auf die unwirksame AGB Ziff. 9 bestehen.

Fazit: E kann sich auf die Nichtigkeit von Ziff. 9 der AGB berufen (OR 20), da diese Klausel ungewöhnlich ist und der Inhalt in irreführender Weise benutzt wird (UWG 8) und zudem gegen die guten Sitten verstösst (OR 19 II).