

SMS-Abo statt Gewinn

Was kann Emil gegen die Rechnung tun?

### 1.1. Fraglich ist, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist

Damit ein Vertrag zustande kommt, müssen *übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht* werden (Art. 1 Abs. 1 OR). Der Wille der Internetfirma ist auf den Verkauf einer Mitgliedschaft (Vertragsdauer 12 Monate, Preis/Leistung: 150 SMS für Fr. 15.- pro Monat) gerichtet, wobei sie noch 150 Gratis-SMS sowie eine Gewinnchance *offeriert*. Emils Wille ist lediglich auf den Erhalt der Gratis-SMS gerichtet und zudem hofft er auf einen allfälligen Gewinn. Mit dem Zusenden des ausgefüllten Wettbewerbsformulars akzeptiert Emil den Antrag. Die Willenserklärungen stimmen aber nur partiell überein, daher *fehlt ein natürlicher Konsens*. Nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 Abs. 1 ZGB) darf die Internetfirma jedoch davon ausgehen, dass Emil die Offerte (Antrag) so angenommen hat, wie sie von der Firma gemeint war. Zwischenfazit: Es ist ein Vertrag mit normativem Konsens zustande gekommen.

### 1.2. Fraglich ist, ob Ziff. 9 der AGB Bestandteil des Vertrags geworden ist

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind *vorformulierte* Vertragsbestimmungen, die für eine *Vielzahl* von Verträgen geschaffen worden sind und von einer Partei *einseitig* gestellt werden. In casu handelt es sich bei Ziff. 9 um eine AGB. Ziff. 9 ist keine Individual-Abrede, sondern eine standardmässig vorformulierte Bestimmung.

Obwohl die Gesetzgebung in der Schweiz bislang auf eine Regelung des Umgangs mit AGB verzichtete (abgesehen von Art. 8 UWG), können diese auf Geltung, Auslegung und Inhalt überprüft werden.

Geltungskontrolle: Damit AGB verbindlich sind, müssen sie 1. übernommen worden sein, was oft mit einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Verweis geschieht. Emil hat beim Ausfüllen des Wettbewerbsformulars mit Anklicken des Kästchens die Zustimmung zu den AGB bestätigt. Das entspricht der *Globalübernahme*, die vermutet wird, wenn eine Partei den Inhalt der AGB nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder nicht versteht. Die global zustimmende Partei - insbesondere der Konsument - muss 2. die Möglichkeit haben, die AGB in *zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen*. Beim Geschäft via Internet etwa muss es möglich sein, die AGB herunterzuladen oder zu drucken. Gemäss Sachverhalt muss Emil die AGB zwar suchen, er findet sie aber nach kurzer Zeit und er kann sie auch ausdrucken oder zumindest auszugsweise (Ziff. 9) kopieren und verschicken. AGB dürfen 3. nicht ungewöhnlich sein. Nach der *Ungewöhnlichkeitsregel* bleibt eine AGB-Bestimmung trotz Globalübernahme unverbindlich, wenn der Empfänger mit einer solchen Bestimmung vernünftigerweise nicht rechnen musste. Das ist nach BGer der Fall, 1. wenn der Zustimmung *branchenunerfahren* ist und 2. die Klausel einen objektiv *fremden Inhalt* aufweist (BGE 119 II 443). Emil ist Wirtschaftsstudent, kein Kaufmann. Als einfacher Konsument ist er *unerfahren*. Obwohl Ziff. 9 der AGB für sich alleine betrachtet verständlich ist, versteckt die Internetfirma in der Klausel den entgeltlichen Teil des Vertrags. Damit mutiert der vermeintliche Wettbewerb zu einem kostenpflichtigen Angebot, was für Emil eine böse Überraschung ist. Da die Internetfirma es unterlassen hat, Emil ausdrücklich auf Ziff. 9 der AGB (und damit auf die aus ihrer Sicht wesentliche Eigenheit des Vertrags) hinzuweisen, greift in diesem Fall die Ungewöhnlichkeitsregel.

Auslegungskontrolle: Mit der Auslegungskontrolle wird nach allgemeinen Auslegungsprinzipien überprüft, ob die AGB klar genug formuliert worden sind. Im Zweifelsfall muss sich der Verfasser die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante gefallen lassen (in dubio contra stipulatorem). In casu ist höchstens terminologisch verwirrend, dass einmal von „Mitgliedschaft“ und dann von „Kundenbeitrag“ die Rede ist. Mit den Angaben zu Kündigungsfrist, Mindestlaufzeit und Kosten ist Ziff. 9 aber eindeutig und klar formuliert. Problematisch ist vielmehr die Funktion der Klausel, weil sie eben das entgeltliche Angebot enthält.

Inhaltskontrolle: Zur Inhaltskontrolle kann Art. 8 UWG herangezogen werden, allenfalls auch Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR. Um gegen Art. 8 UWG zu verstossen, müsste die Internetfirma

allgemeine Geschäftsbedingungen „in irreführender Weise“ verwenden. Festzuhalten ist, dass die AGB in casu nicht irreführend *verwendet* werden. Irreführend ist vielmehr der Umstand, dass die Internetfirma vordergründig mit Gewinnchance und Gratisangebot lockt und hintergründig - versteckt in den AGB - den Kunden mit einem Kaufangebot überrascht. Falls dies den Tatbestand von Art. 8 UWG erfüllen sollte (was fraglich ist), wäre die Klausel widerrechtlich und Emil könnte einen Inhaltsmangel gemäss Art. 20 OR geltend machen (Gauch/Schluep, N 1156). In dieselbe Richtung zielt die Idee, einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung gemäss Art. 19 Abs. 2 OR geltend zu machen (BK-Kramer, 274, Art. 19 - 20). Demnach wäre das Verhalten der Internetfirma nicht „billig“, weil sie Emil mit Ziff. 9 „überrumpelt“ hat, da er sich nicht die Zeit genommen hat, die AGB zu studieren und allenfalls darüber zu verhandeln.

Zwischenfazit: Ziff. 9 der AGB ist nicht Bestandteil des Vertrags, denn sie ist nach der Ungewöhnlichkeitsregel unverbindlich.

### 1.3. Fraglich ist, ob Emil sich (auch) auf Irrtum und/oder Täuschung berufen kann

Damit Emil einen Irrtum geltend machen kann, muss a) ein Vertrag zustande gekommen sein und b) ein wesentlicher Irrtum (Art. 23 OR) vorliegen. Für den Vertragsschluss vgl. 1.1. Da sich Emil unklar ausgedrückt hat (er meinte ein Gratisangebot, akzeptierte aber eine Mitgliedschaft) ist von einem *Erklärungsirrtum* auszugehen. Es könnte sich in casu auch um den Sonderfall des *Übermittlungsirrtums* handeln. Dieser setzt voraus, dass Antrag oder Annahme nicht richtig übermittelt worden ist und zwar so, „dass die Übermittlung ohne Wissen des Erklärenden nicht den von ihm gewollten Sinn ausdrückt“. (Gauch/Schluep, N 817) Emil hat mit den AGB die Mitgliedschaft bzw. den Kauf von 150 SMS pro Monat akzeptiert. Da er die AGB nicht gelesen hat (Globalübernahme), weiss er aber nichts davon. Der Übermittlungsirrtum (auch Irrung genannt) wird wie der Irrtum behandelt (Art. 27 OR). Deshalb ist zu prüfen, ob es sich um einen *wesentlichen Irrtum* (Art. 24 OR) handelt. Emil hat mit den AGB eine Leistung von erheblich grösserem Umfang versprochen, als er wollte (Fr. 180.- statt Fr. 0.-), es handelt sich also um einen *error in quantitate* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3). Da Emil Student ist und er sich seit langem keinen neuen Computer leisten kann, muss er haushälterisch mit seinem Geld umgehen. Ob er Fr. 180.- mehr oder weniger zur Verfügung hat, ist für ihn erheblich. Zumal der Betrag im Voraus (!) bezahlt werden muss für eine Leistung, die er nicht zwingend benötigt. Der Umstand, dass sich Emil auf einen fahrlässig begangenen Irrtum (Art. 26 OR) berufen könnte, ist nicht missbräuchlich (Art. 25 OR). Die Frist zur Eröffnung, dass er den Vertrag nicht hält (Art. 31 OR) ist noch nicht abgelaufen.

Zwischenfazit: Der Vertrag ist nicht verbindlich, da Emil wesentlichen Irrtum geltend machen kann. Zur Täuschung: Weil er sich nicht in einem Motiv-Irrtum befindet, sondern in einem Erklärungsirrtum, wird die Prüfung von absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) hinfällig.

### 1.4. Fraglich ist, ob Emil Übervorteilung geltend machen kann

Übervorteilung (Art. 21 OR) setzt Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns bei Vertragsabschluss und ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der im Vertrag vereinbarten *Leistung* und *Gegenleistung* voraus. Emil könnte Leichtsinns oder Unerfahrenheit geltend machen, er scheitert aber am Missverhältnis. Die Leistung (150 SMS pro Monat für Fr. 15.-) ist durchaus fair.

Zwischenfazit: Für Übervorteilung sind Voraussetzungen nicht gegeben.

### 1.5. Fazit

Für eine den AGB entsprechende Kündigung ist es zu spät, denn Ziff. 9 sieht Kündigungsfrist von 7 Tagen vor, Emil hat aber erst 14 Tage nach Abschluss davon Kenntnis erhalten. Emil ist daher zu raten, die Rechnung eingeschrieben an die Internetfirma zurückzuschicken mit dem Vermerk, dass er einen allenfalls zustande gekommenen Vertrag wegen Irrtums anfechte (1.3.). Falls er die Gratis-SMS & die Gewinnchance nicht verlieren will, kann er auch „nur“ Unverbindlichkeit von Ziff. 9 der AGB geltend machen (1.2.). Oder beides, wenn er auf Nummer sicher gehen will.