

Online-Partnervermittlung – Vertragsinhalt, Qualifikation und Probleme

1571



ARNOLD F. RUSCH
PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



PHILIPP KLAUS
MLaw, Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Vertragsleistungen und Qualifikation
 - 1. Persönlichkeitstest und -gutachten
 - 2. Partnervorschläge?
 - a. Schutzzweck
 - b. Mäkelvertrag
 - c. Werkvertragsrecht
 - d. Auftragsrecht
- III. Ausgewählte Fragen und Folgen
 - 1. Mangelhafte Partnervorschläge und Haftungsfreizeichnung
 - a. Mangelhafte Partnervorschläge
 - b. Haftungsgrundlage und Verantwortlichkeit
 - c. Haftungsfreizeichnung über AGB
 - 2. Vertragsdauer und automatische Vertragsverlängerung
 - 3. Wiederverwendung von Kreditkartendaten
- IV. Schlusswort

I. Problemstellung

Die gängigen Online-Partnervermittlungen stehen und fallen mit der Anwendung der Normen über den Partnerschaftsvermittlungsvertrag. Diese sehen einen schriftlichen Vertragschluss als Gültigkeitsform (Art. 406d OR) und ein zwingendes Widerrufsrecht innert sieben Tagen vor (Art. 406e OR, Art. 406d Ziff. 5/6 OR). Die Partnerschaftsvermittlung mit Personen im Ausland bedarf einer kantonalen Bewilligung (Art. 406c OR)¹. Die Marktführer Parship, Be2 und

ElitePartner erfüllen diese Voraussetzungen nicht – deren Verträge wären alle nichtig. Folgen der Anwendbarkeit der Art. 406a ff. OR bei *gültigen Verträgen* wären insbesondere die freie Widerruflichkeit (Art. 406a Abs. 2 OR, Art. 404 OR, Art. 406f Ziff. 7 OR) und die damit verbundene Hinfälligkeit der Verlängerungsklauseln². Es stellt sich indes die Frage, ob die Tätigkeit von Parship & Co. überhaupt in den Anwendungsbereich der Art. 406a ff. OR fällt. Die genaue Qualifikation der erbrachten Leistungen soll diese Frage klären. Auf den ersten Blick sind zwei Argumentationen denkbar. *Die eine Meinung* orientiert sich daran, dass Parship & Co. bloss die Online-Version der ursprünglichen Partnerschaftsvermittlungen darstellen, mithin das Schutzbedürfnis und die Qualifikation dieselben geblieben sind. *Die andere Meinung* stützt sich darauf, dass die Partnersuchenden nicht mehr Partnerschaftsvorschläge erhalten, sondern diese mit ihren Suchabfragen selber generieren. Es geht für den Vertragspartner dabei lediglich noch um die Nutzung der Datenbank, welche typischerweise aus der Datenbasis, d.h. der gespeicherten Informationen und einer inhaltsverwaltenden Datenbanksoftware besteht³.

II. Vertragsleistungen und Qualifikation

Die Leistungen der Online-Partnervermittlungen bestehen im Wesentlichen in einem so genannten «Persönlichkeitstest», einer Datenbank, einer Software, die Übereinstimmungen

Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bd. I: Private Law, Bern 2011, 827 ff., 843 f., verneinen die Anwendbarkeit von Art. 406c OR auf Online-Partnervermittlungen.

² Vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, *Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, recht 2010, 95 ff., 100; es ist allerdings strittig, ob ein paritätisches Kündigungsrecht besteht bzw. ob das Kündigungsrecht gestützt auf Art. 406d Ziff. 7 OR oder Art. 404 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 406a Abs. 2 OR basiert; vgl. dazu CHK-JOOST, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich 2007, OR 406a-h N 17 und PIERRE TERCIER, *Le point sur la partie spéciale du droit des obligations*, SJZ 2000, 322 ff., 323.

³ Sog. *information retrieval system*, vgl. etwa die Definition in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 96/9/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den Schutz von Datenbanken oder auch ROLF H. WEBER, *E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2010, 288; CAROLINE CICHON, *Internet-Verträge*, 2. A., Köln 2005, N 683 m.w.H.

¹ Vgl. die Liste des EJPD der Institute mit Bewilligung (Internet: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/partnervermittlung/ehevermittlungsstellen.pdf>, 18. November 2011); CLAIRE HUGUENIN/FRIDOLIN HUNOLD, Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern, in:

entdeckt und einem Kontakt-Dienst, der auf Emails basiert. Parship und die anderen Anbieter schliessen mit Kunden immer zwei Verträge ab. Der kostenlose Vertrag enthält den Persönlichkeitstest und die Zusendung von anonymisierten Partnervorschlägen. Wer die konkreten Vorschläge ansehen und darauf reagieren möchte, muss den kostenpflichtigen Vertrag abschliessen. Diese Aufteilung ist bar jeglicher Relevanz, weil die Dienste nur dann etwas wert sind, wenn man mit den vorgeschlagenen Personen in Kontakt treten kann⁴. Es drängt sich vielmehr der Eindruck auf, dass der kostenlose Vertrag lediglich ein Mittel zur Kundengewinnung ist. Im entscheidenden Moment der Kontaktaufnahme erhält der Kunde die Aufforderung, den kostenpflichtigen Vertrag abzuschliessen⁵.

1. Persönlichkeitstest und -gutachten

«Persönlichkeitstest» und «Persönlichkeitsgutachten» versprechen viel. Es dürfte sich jedoch bloss um dick aufgetragene Begriffe handeln. Anhand von mehreren Fragen über Freizeitaktivitäten, Essgewohnheiten, Beruf und andere Vorlieben entsteht ein bestenfalls oberflächliches, nicht hinterfragtes Bild einer Person und ihrer Eigenschaften⁶. Es

⁴ Die Aufteilung hatte in Deutschland mit der Kündigung etwas zu tun. Bei der Kündigung der kostenpflichtigen Premium-Dienste musste man für das Persönlichkeitsgutachten in Deutschland 120 € bezahlen. So konnte Parship wenigstens $\frac{2}{3}$ der Kosten der Premium-Dienstleistung von 180 € behalten und dadurch das Widerrufsrecht teilweise unterlaufen. Die deutsche Verbraucherschutzzentrale mahnte Parship bezüglich dieses Vorgehens ab, worauf Parship Ende 2010 eine Unterlassungserklärung abgab (MMR-Aktuell 2011, 313185); vgl. dazu auch die Meldung der Verbraucherzentrale Hamburg (Internet: <http://www.vzhh.de/recht/113654/elitaerer-preis.aspx>, 18. November 2011); vgl. HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 833 zum Verhältnis des kostenlosen zum entgeltlichen Vertrag: «Es handelt sich in der Sache auch nach der Modifikation noch immer um denselben Vertrag.».

⁵ Die Leistungen des ersten Vertrages zielen wie bei einer TV-Serie auf die Erzeugung eines Spannungsbogens («cliffhanger») und schaffen so eine psychische Drucksituation, die die Partnersuchenden zum Abschluss des kostenpflichtigen Vertrages bewegen soll; vgl. dazu generell KLAUS JONAS/CARMEN TANNER, Psychologischer Kaufzwang, in: Alexander Brunner (Hrsg.), Konsumentenverhalten, Bern 2009, 105 ff., 115 ff. Ob dieses Verhalten eine aggressive Verkaufs- bzw. Werbemethode i.S.v. Art. 3 lit. h bzw. Art. 2 UWG darstellt, sei dahingestellt.

⁶ Dass eine unkritische und nicht hinterfragte Schnellbefragung psychologischen Standards nur bedingt genügt, zeigt ein Blick in die eindrückliche Übersicht zu den gebräuchlichsten Fragebögen zur Persönlichkeit und deren Bewertung bei MANFRED AMELANG/LOTHAR SCHMIDT-ATZERT, Psychologische Diagnostik und Intervention, 4. A., Heidelberg 2006, 240 ff.; vgl. die Einschätzung und Hinweise bei HANS W. MICKLITZ, Sind die computergesteuerten Eheanbahnungs- und Partnervermittlungsverträge auf eine unmögliche Leistung gerichtet? NJW 1985, 2005 ff., 2006, THOMAS BECKMANN, Ehevermittlung

handelt sich bei genauer Betrachtung nicht um eine Vertragsleistung der Anbieter, sondern um eine automatisch anhand der eigenen Angaben erstellte Selbsteinschätzung⁷. Die Eingabe der Daten dient dazu, diese für die Datenbank und die Suchsoftware überhaupt nutzbar zu machen⁸. Zugleich ist die Eingabe der eigenen Daten bereits eine eigene erste Suchabfrage, da sich die Ergebnisse auf eine möglichst hohe Übereinstimmung richten. Das Gewicht des Tests als Vertragsleistung ist folglich nebenschließlich, obwohl er eine notwendige Voraussetzung für die Vertragsabwicklung darstellt⁹.

2. Partnervorschläge?

Auch wenn die AGB von Parship klar festhalten, dass der Gegenstand des Vertrags «ausdrücklich nicht die Ehevermitt-

und sonstige Partnervorschlagsleistungen, Bielefeld 1988, 47 ff., MANFRED EBERWEIN, Persönlichkeitstests: mehrdimensionale Persönlichkeitstests zum Sozialverhalten, zur Angst, zur Aggression und zum «Locus of Control»: eine Spezialbibliographie psychologischer Testverfahren, Trier 1995, 3 ff., insbesondere 201; vgl. PATRICK MEIER, Vergütungspflicht und Widerruf bei der Online-Partnerschaftsvermittlung, NJW 2011, 2396 ff., 2399: «Der objektive Wert dürfte aber als sehr gering zu bewerten sein, da die Analyse automatisch erstellt wurde, wobei schon grundsätzlich zu bezweifeln ist, ob sich eine derartig komplexe Struktur wie die menschliche Psyche und Persönlichkeit überhaupt mittels einiger vorgefertigter Fragen erschliessen lässt.»; vgl. HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 832 f. und 840, die den Persönlichkeitstest als Leistung erfassen.

⁷ Vgl. zur Validität von Selbsteinschätzungen AMELANG/SCHMIDT-ATZERT (FN 6), 245 f.

⁸ Das gibt Parship bei der Beschreibung des Gutachtens und dessen Funktionsweise auch zu, vgl. Ziff. 3.1.: «Aus dessen Ergebnissen und umfangreichen statistischen Vergleichsdaten erarbeitet PARSHIP automatisiert ein individuelles Persönlichkeitsprofil des Kunden. Das mit Hilfe des PARSHIP-Tests erstellte Persönlichkeitsprofil des Kunden wird in die PARSHIP-Datenbank aufgenommen. Das Persönlichkeitsprofil des Kunden wird automatisiert mit denen anderer PARSHIP-Kunden abgeglichen, und zwar auf der Grundlage statistischer Vergleichsdaten, welche Aussagen über die Kompatibilität (...) der mit dem PARSHIP-Test ermittelten Merkmalsausprägungen einzelner Kunden ermöglichen. Auf dieser Grundlage erhält der Kunde kostenlose Partnervorschläge in einer Online-Vorschlagsliste, die ihm jeweils in einem anonymisierten Kurzprofil (...) vorgestellt werden.» (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011), vgl. auch MEIER (FN 6), 2397.

⁹ Vgl. MEIER (FN 6), 2397: «Sie [d.h. die Persönlichkeitsanalyse] ist daher entscheidende Vorbedingung für die Erbringung der gewünschten Leistung. Ohne die Persönlichkeitsanalyse kann ein Vergleich mit den Profilen und Angaben der anderen Teilnehmer nicht erfolgen. Daher ist der Hauptzweck der Datenerhebung und -verarbeitung die Ermöglichung der Vermittlung, so dass die Übermittlung im Anschluss demgegenüber in den Hintergrund tritt. Die Persönlichkeitsanalyse selbst dürfte für die Kunden keine entscheidende Bedeutung haben, sondern wird lediglich im Zusammenhang mit dem Angebot der Partnerschaftsvermittlung wahrgenommen.».

lung oder Eheanbahnung» sei¹⁰, ist dies für die Qualifikation des Vertrages ohne Bedeutung. Die Bezeichnung und rechtliche Einordnung des Vertrages im Vertragstext sind nicht relevant (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Die Beschreibung der Leistungen in den AGB – Parship und Elitepartner sprechen selbst von Partnervorschlägen – lässt sich indes nicht so einfach beiseiteschieben: «*Auf dieser Grundlage erhält der Kunde kostenlose Partnervorschläge in einer Online-Vorschlagsliste, die ihm jeweils in einem anonymisierten Kurzprofil (Steckbrief und Matching-Ergebnis) vorgestellt werden. Die Vorschlagsliste wird unter Berücksichtigung zwischenzeitlich neu hinzugekommener Kunden laufend aktualisiert.*»¹¹ Machen Parship und die anderen Anbieter wirklich Vorschläge, was für die Qualifikation als Vermittlung relevant ist¹²? Sind es nicht bloss die Ergebnisse, die der Kunde durch seine Eingabe mit Hilfe des Suchprogramms *selber generiert*?

a. Schutzzweck

Analysiert man die Tätigkeit herkömmlicher Partnerschaftsvermittlungen, so sind diese grundsätzlich gleich vorgegangen wie Parship & Co. Die Online-Partnervermittlungen bedienen dieselbe Nachfrage und sind auf dasselbe Ergebnis ausgerichtet. Der Unterschied besteht darin, dass die partnersuchenden Personen heute ihre Daten selber in die Datenbank eingeben und Abfragen selber vornehmen¹³. Dies würde dafür sprechen, die in Art. 406a ff. OR enthaltenen Schutzvorschriften *erst recht* anzuwenden. Indem sie der Partnerschaftsvermittlung Arbeit abnehmen, sollen sie nicht schlechter behandelt werden. Dafür spricht auch, dass Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über die berufsmässige Vermittlung von Personen aus dem Ausland oder ins Ausland zu Ehe oder fester Partnerschaft¹⁴ auch die Versendung von Namen oder Katalogen *als Vermittlung* für bewilligungs-

pflichtig erklärt. Fraglich ist allerdings, ob für den dadurch gewährten Schutz wirklich ein Bedürfnis besteht. PIETRUSZAK will Art. 406a ff. OR auf die Online-Partnervermittlung dann anwenden, wenn die Vorschläge bei der Datenbankabfrage nach einem auf Persönlichkeitsprofilen basierenden Passensgrad erfolgen, den der Kunde nicht im Detail nachvollziehen kann – dies begründe ein Vertrauensverhältnis¹⁵. Richtigerweise ist es hier die *Offenlegung intimer Daten*, die das Vertrauensverhältnis begründet¹⁶. Dieses Vertrauensverhältnis bleibt auch bestehen, wenn man den ganzen Vorgang nachvollziehen kann – was man ohnehin tut, denn es geht um Übereinstimmung anhand mehrerer Faktoren. Den Vertrauensaspekt erfasst aber das Auftragsrecht alleine auch heute schon optimal, wie später noch zu zeigen ist. Die *ratio legis* der neu geschaffenen Art. 406a ff. OR liegt in der Missbrauchsbekämpfung. Die Institute verlangten früher aufgrund der fehlenden Klagbarkeit des Ehemäklertohnes hohe Vorschüsse und blieben oft untätig. Sie veröffentlichten überdies Lockvogelannoncen von vermeintlichen Privatinserrenten, um danach partnersuchenden Personen einen Vertrag aufzuschwatzen¹⁷. Diese Probleme sind für die heute übliche Online-Partnervermittlung kaum relevant. Die heutige Geissel ist eher AGB-rechtlicher Natur. Diesem Phänomen haben die Art. 406a ff. OR nur wenig entgegenzusetzen, was nicht schon aufgrund der Anwendung des Auftragsrechts und der bald möglichen AGB-Inhaltskontrolle gilt. Dass Schutzbedürfnis spricht deshalb gegen die Anwendung der Art. 406a ff. OR.

b. Mäklervertrag

Der Vergleich mit ähnlichen Plattformen wie Auto- oder Immoscout¹⁸ zeigt überdies, dass die primäre Leistung nicht in der Erbringung von Vorschlägen besteht, sondern in der Nutzung einer Datenbank mittels einer Software. Niemand würde ernsthaft behaupten, dass Autoscout wie bei einem Mäklervertrag passende Fahrzeuge und Verkäufer für einen Fahrzeugkauf vorschlägt. Die passenden Fahrzeuge findet man als Nutzer selber, indem man die relevanten Kriterien in die Suchmaske eingibt. Dass die verwendete Software der Online-Partnervermittlungen in ihrer Suchfunktion komplexer aufgebaut ist als diejenige von Auto- oder Immoscout, ändert nichts an der simplen Grundstruktur der Datenbankabfrage¹⁹. Darin liegt keine *Vermittlung* i.S.v. Art. 406a Abs. 1

¹⁰ Ziff. 1.2. der AGB von Parship (Internet: <http://www.parship.ch//agb/index.htm>, 18. November 2011).

¹¹ Ziff. 3.1. der AGB von Parship (Internet: <http://www.parship.ch//agb/index.htm>, 18. November 2011); vgl. auch die ähnlichen AGB von ElitePartner: «*Nutzer erhalten Vorschläge zu passenden Partnern*» (Ziff. 2a.cc, Internet: <http://www.elitepartner.ch/km/agb.do#>, 18. November 2011).

¹² Gemäss BSK-PIETRUSZAK, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011, OR 406a N 5 muss sich der Anbieter stets verpflichten, «*dem Auftraggeber auf diesen individuell zugeschnittene Partnervorschläge zu unterbreiten.*» Er präzisiert nach wenigen Zeilen, dass das Bereitstellen einer Online-Datenbank, «*in die sich Interessenten eintragen und nach bestimmten Kriterien Abfragen durchführen können,*» keine Vermittlung darstelle (a.a.O, N 5).

¹³ Vgl. die frühere Vorgehensweise, z.T. auch mit Computer, beschrieben bei HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 844 f. und im Urteil des AG Köln vom 22. Januar 1990–138 C 416/89 in NJW-RR 1990, 633 f.

¹⁴ SR 221.218.2.

¹⁵ Vgl. BSK-PIETRUSZAK (FN 12), OR 406a N 5 (als einziges Argument); vgl. HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 840 f. (als zweites Argument, neben der Vertraulichkeit der Daten).

¹⁶ Vgl. die Hinweise bei FN 66.

¹⁷ Vgl. die Angaben in der Botschaft, BBl 1996 I 173.

¹⁸ Vgl. die Fahrzeug- und Immobilienplattformen Auto- und Immoscout24 (Internet: <http://www.autoscout24.ch>, <http://www.immoscout24.ch>, 18. November 2011).

¹⁹ A.M. HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 845 f.

OR²⁰. Die Terminologie der Online-Partnervermittlung ist daher verfehlt. Der Begriff der Partnerbörsen erfasst das Handeln der einschlägigen Anbieter treffender. Da sich jedoch in der Lehre der Terminus der Online-Partnervermittlung etabliert hat²¹, findet dieser auch hier weiterhin Gebrauch. Der Mäklervertrag als Grundtypus für Partnervermittlungen ist auch deshalb nicht einschlägig, weil es nicht um den Nachweis der Gelegenheit oder die Vermittlung eines *Vertragsabschlusses* geht (vgl. Art. 412 Abs. 1 OR). Eine Partnerschaft ist kein Vertragsschluss.

c. Werkvertragsrecht

Die aufgrund der eigenen Angaben generierten «Vorschläge» lassen sich ebenso wenig als *Werk* im Sinne des Art. 363 OR erfassen. Das Werk hat der Kunde selbst erschaffen, dank der Hilfe des Suchprogramms und der Nutzung der Datenbank mittels Abfragen. Ob eine Partnerschaft entsteht, ist als Erfolg ähnlich wie die Heilung bei der ärztlichen Behandlung unsicher²². Sieht man darin dennoch Vorschläge im Sinne der Partnervermittlung, so wäre der Erfolg des Vorschlags nicht objektiv garantiefähig²³, es sei denn, man versteht darunter die anfragebezogene Richtigkeit im Sinne der Übereinstimmung der Frage mit der Antwort, was nur noch entfernt einem Partnervorschlag entspricht²⁴. Es wäre denkbar, die funktionsfähige Datenbank sowie der funktionierende Email-Kontaktservice als relevantes Werk während der gan-

zen Vertragsdauer zu erfassen. Auch die Veröffentlichung der eigenen Daten wäre als Insertionsvertrag dem Werkvertrag zuzuordnen²⁵. Der Werkvertrag ist zwar kein Dauervertrag. Die Regeln des Werkvertrags bleiben bei einem auf Dauer ausgestalteten Werkvertrag zumindest analog anwendbar – es ist dann ein *werkvertragsähnlicher Innominatekontrakt*²⁶. Gegen die werkvertraglichen Regeln spricht jedoch, dass der Anbieter den Datenbankinhalt auch sorgfältig pflegen muss (siehe hinten, III.1.b.), diesbezüglich jedoch keinen garantiefähigen Erfolg versprechen kann. Richtig ist deshalb eine *prozess-, nicht eine erfolgsbezogene* Betrachtung des Suchvorgangs und der Bereitstellung der Datenbank als Dienstleistung²⁷.

d. Auftragsrecht

Die Nutzung einer Online-Datenbank würde unter den Lizenzvertrag als Innominatevertrag fallen. Dieser erfasst auch nicht schutzhafte, bloss faktisch monopolisierte Datenbanken ausserhalb des urheberrechtlichen Werkbegriffes²⁸. Die Nutzung einer Datenbank könnte man mit der Pacht oder der Miete – dies war beim Lizenzvertrag früher gängig²⁹ – vergleichen, doch passen diese Normen auf die Online-Partnervermittlung wegen der fehlenden Körperlichkeit des Vertragsobjekts und der fehlenden alleinigen und kommerziellen Nutzung nicht richtig. Dasselbe gilt für den Vorschlag HONSELLS, der Kaufrecht analog anwenden will³⁰. Diese Meinungen berücksichtigen nicht, dass die partnersuchende Person sich selber ebenso darbietet – es geht nicht nur um den Konsum von Daten. Wäre die partnersuchende Person eine Käuferin von Daten, so bezahlt sie auch zum Teil mit der Veröffentlichung ihrer eigenen Daten. Der *Auftrag* im Sinne des Art. 394 Abs. 1 OR als Tätigwerden im fremden Interesse erfasst deshalb den Schwerpunkt der prozessorientierten Dienstleistungen des Anbieters exakter – es ist eine *Hilfestellung bei der Partnersuche*. Die Online-Partnervermittlungen müssen die Datenbank und die Suchsoftware nicht bloss zur Nutzung bereithalten, sondern auch mit den richtigen Mitteln Daten der Nutzer sammeln, veröffentlichen

²⁰ Vgl. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 360; BSK-PIETRUSZAK (FN 12), OR 406a N 5; a.M. HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 839 f.

²¹ Vgl. MEIER (FN 6), 2396 ff. («*Online-Partnerschaftsvermittlung*») und HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 828 f.

²² ABRAHAM P. BUUNK/PIETERNEL DIJKSTRA, Affiliation, zwischenmenschliche Anziehung und enge Beziehungen, in: Klaus Jonas/Wolfgang Stroebe/Miles Hewstone (Hrsg.), Sozialpsychologie, Eine Einführung, 5. A., Heidelberg 2007, 330 ff., 341, 348; zwar besteht die Vermutung, dass Liebesbeziehungen durch ähnliche Einstellungen, nach denen Parship & Co. in ihren Tests fragen, begünstigt werden (vgl. BUUNK/DIJKSTRA, 338 ff.). Ob Personen mit einem hohen Übereinstimmungsgrad tatsächlich zueinander finden, entscheidet sich jedoch anhand vieler zusätzlichen Faktoren (bspw. individueller Bindungsstil, evolutionär bedingte Partnerwahlverfahren, Biographie, Zufall etc.), die bei den Online-Partnervermittlungen keine Berücksichtigung finden können (vgl. BUUNK/DIJKSTRA, 343, 348).

²³ Vgl. zu diesem Kriterium Urteil BGer 4C.28/2001, Erw. 2; kritisch dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 46a.

²⁴ Für die Anwendung von Werkvertragsrecht FRANK A. KOCH, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. A., München 2010, N 150, HELMUT REDEKER, IT-Recht, 4. A., München 2007, N 1003: «*Geschuldet ist nur eine korrekte Antwort auf die Suchanfrage, nicht eine Antwort, die die Erwartung des Benutzers an die Suchanfrage befriedigt. Die Suchfrage ist sozusagen die Leistungsbeschreibung. Ist die Suchanfrage falsch gestellt, aber korrekt beantwortet, ist der geschuldete Erfolg eingetreten.*» und CICHON (FN 3), N 733 ff.

²⁵ Vgl. BGE 59 II 260 ff., 262 f.

²⁶ Aus dieser unterschiedlichen Qualifikation ergeben sich nicht allzu grosse Unterschiede zum Auftragsrecht, das weiter hinten dargelegt wird. Der Hauptunterschied dürfte in der Beendigung liegen, die einerseits nach dem paritätisch ausgestalteten Art. 404 OR und dem einseitigen Art. 377 OR analog erfolgen würde. Die Anwendbarkeit des Art. 377 OR auf den Werk-Dauervertrag ist allerdings umstritten, vgl. GAUCH (FN 23), N 597.

²⁷ Dieser Gedanke und diese Unterscheidung bei RAHEL EGGER, Vertragliche Pflichten der Betreiber von unentgeltlichen Web-Suchmaschinen, AJP/PJA 2008, 1339 ff., 1348, 1353.

²⁸ Vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Habil. Zürich 2001, Bern 2002, 55 ff., 58, 260.

²⁹ Vgl. CHK-ZENHÄUSERN (FN 2), vor OR 184 ff./Lizenz- und Know-how-Vertrag N 12 f.

³⁰ Vgl. HONSELL (FN 20), 360.

und pflegen³¹. Hinzu kommen weitere Dienstleistungen wie der Email-Service zur Kontaktanbahnung. Tatsächlich bietet das Auftragsrecht passende Lösungen für die Alltagsprobleme der Online-Partnervermittlungen und schützt mit der gesetzlichen Ausgestaltung der geschuldeten Sorgfalt und der jederzeitigen Widerruflichkeit die Interessen beider Parteien in diesem äußerst sensiblen Bereich³² adäquat.

III. Ausgewählte Fragen und Folgen

1. Mangelhafte Partnervorschläge und Haftungsfreizeichnung

a. Mangelhafte Partnervorschläge

Das Fehlen der Erfolgsbezogenheit der Suchabfragen richtet den Fokus der Mängel auf den Prozess des Suchens. Ein mangelhafter Partnervorschlag aufgrund mangelhafter Suchleistung liegt vor, wenn die gemachten Vorschläge gänzlich ungeeignet sind, d.h. für eine Partnerschaft objektiv nicht in Frage kommen und nicht nur punktuell von den Wunschvorstellungen des Kunden abweichen³³. Jeder gemachte Vorschlag ist mit einem prozentualen *Matching*-Ergebnis versehen, das eine vollständige Übereinstimmung bereits ausschliesst. Ergibt sich ein Übereinstimmungsgrad von beispielsweise 76%, so gehören gewisse Abweichungen unvermeidlich dazu³⁴.

³¹ Vgl. diesbezüglich auch den anschaulichen Entscheid des deutschen BGH vom 8. Oktober 2009, III ZR 93/09 in NJW 2010, 150 ff., 151, N 17 zu einem Video-Partnerportal: «Darin liegt der eigentliche Sinn der Fertigung des Videos, das für sich genommen für den Vertragspartner keinen eigenständigen Wert hat. Gleichzeitig erwirbt der Kunde mit Vertragsschluss das Recht, das Partnerportal für seine Suche zu nutzen und sich andere Videos anzusehen. Die dauerhafte Bereitstellung und Pflege des Partnerportals ist insoweit eine Leistung mit Dienstvertragscharakter. Zu Recht hat das BerGer. auch den Inhalt der AGB zur vertragstypischen Einordnung des Rechtsverhältnisses der Parteien herangezogen und darauf verwiesen, dass danach eine andauernde Vertragsbeziehung der Bekl. zum Kunden gewünscht wird.»; vgl. ebenso das Urteil des AG Berlin-Schöneberg vom 27. Januar 2010–104a C 413/09 in BeckRS 2010, 03707, der einen Online-Partnervermittlerdienst als Dienstvertrag erfasst; vgl. auch REDEKER (FN 24), N 1003, der die Anwendung des Dienstvertragsrechts bei nicht geschuldetem Erfolg erwägt; vgl. LOEWENHEIM-KOCH (FN 24), N 145, zur Bereithaltung der Suchsoftware.

³² Die Notwendigkeit des Schutzes des Vertrauensverhältnisses betonen auch HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 840 und BSK-PIETRUSZAK (FN 12), OR 406a N 5. Die Anwendung der Art. 406a ff. OR schießt dabei aber übers Ziel hinaus, vgl. vorne, ob FN 15.

³³ Vgl. BSK-PIETRUSZAK (FN 12), OR 406a N 16 f.

³⁴ JOACHIM WICHERT, Schlechterfüllung bei der Partnerschaftsvermittlung, ZMR 2007, 241 ff., 243; ähnlich EGGER (FN 27), 1362 f.

Objektiv ungeeignete Partnervorschläge liegen hingegen insbesondere dann vor, wenn sich herausstellt, dass sich hinter einem Partnervorschlag Scherzprofile, Prostituierte auf der Suche nach Freiern, Minderjährige, glücklich Verheiratete, Perverse oder gar ein Werbeangebot einer anderen Partnervermittlung oder eines dritten Werbeanbieters verbergen. In diese Kategorie fallen auch so genannte Profilleichen von Personen, die nicht mehr als Interessenten für eine Partnerschaft zur Verfügung stehen möchten, aber trotzdem noch in den Vorschlagslisten auftauchen. Zu denken ist insbesondere an den Fall, in welchem nach Abschluss des Vertrags eine Beziehung zustande kommt oder der Kunde bzw. die Kundin die Beziehungssuche definitiv aufgibt, das Profil aber nicht löscht.

b. Haftungsgrundlage und Verantwortlichkeit

Es stellt sich die Frage, wie die Online-Partnervermittlung für solche Umstände verantwortlich und haftbar gemacht werden kann. Diese muss sich als Datenbankbetreiberin für das richtige Funktionieren der Datenbanksoftware und die Verlässlichkeit der Datenbasis einsetzen³⁵. Die Pflege der Datenbank hat aufgrund der vorne beschriebenen Prozessorientierung Dienstleistungs- und somit auftragsrechtlichen Charakter³⁶. Dabei bietet sich Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR als Haftungsgrundlage an.

Mangelhafte Partnervorschläge haben ihren Entstehungsgrund entweder im Verhalten der Online-Partnervermittlung selbst³⁷ oder im Verhalten Dritter, die über ihre wahre Identität lügen³⁸. Ein solches Verhalten von Dritten stellt seinerseits eine – hier nicht weiter interessierende – Vertragsverletzung gegenüber der Online-Partnervermittlung dar, weil diese in ihren AGB der Kundschaft regelmäßig eine Wahrheitspflicht auferlegt³⁹. Die Pflege der Datenbasis gehört zur sorgfältigen Tätigkeit i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR. Um

³⁵ Vgl. EGGER (FN 27), 1355 f.

³⁶ Vgl. EGGER (FN 27), 1353.

³⁷ Wenn z.B. ein Programmierfehler in der Datenbanksoftware dazu führt, dass einem heterosexuellen Mann nur andere Männer als Partnervorschläge zur Verfügung stehen, oder nur Personen in der Vorschlagsliste auftauchen, die über 100 Kilometer vom Partnersuchenden entfernt wohnen, obwohl dieser solche Vorschläge explizit ausgeschlossen haben wollte.

³⁸ Wenn sich z.B. Männer als Frauen ausgeben oder wenn Prostituierte den Dienst der Partnervermittlung nur zur Anwerbung von Freiern nutzen; sich aber als reguläre Partnersuchende registrieren. Flunkert jedoch eine Kundin bzw. ein Kunde über persönliche Eigenschaften (bspw. über den Grad der Fitness), um attraktiver zu wirken, so stellt dies noch keinen mangelhaften Partnervorschlag dar.

³⁹ Vgl. z.B. die AGB von ElitePartner, Ziff. 8: «Das Mitglied ist für den Inhalt seiner Registrierung und damit für die Informationen, die er über sich bereitstellt, allein verantwortlich. Er versichert, dass die angegebenen Daten der Wahrheit entsprechen und ihn persönlich beschreiben.» (Internet: <http://www.elitepartner.ch/km/agb.do>, 18. November 2011).

eine verlässliche Datenbasis zu gewährleisten, sind jedoch nur diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die der Online-Partnervermittlung zugemutet werden können. Eine akribische Prüfung sämtlicher Anmeldungen auf Richtigkeit und Ernsthaftigkeit ist zwar bei einem kleinen Kundenkreis noch möglich. Fasst die Datenbank jedoch mehrere hunderttausend Einträge⁴⁰, ist eine individuelle Überprüfung faktisch und wirtschaftlich undenkbar. Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht ausgerechnet die Partnervermittlungen selber dies versprechen, wenn sie von lückenlosen Qualitäts- und Seriositätskontrollen und «handgeprüften Mitgliederprofilen» reden⁴¹. Realistischerweise bietet sich eine Lösung an, die sich an europäischen Grundsätzen orientiert: Art. 14 der europäischen E-Commerce-Richtlinie⁴² sieht in Abs. 1 auch für den Internet-Provider⁴³ keine allgemeine Überwachungspflicht der durch ihn bereitgestellten Informationen von Dritten vor. Der Provider wird aber haftbar, sobald er vom rechtswidrigen Verhalten eines seiner Kunden erfährt und in Kenntnis eines solchen Verhaltens untätig bleibt (Art. 14 Abs. 1 lit. a und b E-Commerce-Richtlinie)⁴⁴. Ähnlich muss es sich in Bezug auf die Online-Partnervermittlung verhalten: Wird durch Meldung von anderen Kunden oder mittels eigener, technischer Hilfsmittel in Erfahrung gebracht, dass sich ein Kunde vertragswidrig verhält, so hat die Online-Partnervermittlung sofort die geeigneten Massnahmen (Abmahnung, Löschung des Profils etc.) zu treffen, um wieder einen vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Bleibt sie untätig, so verletzt sie damit ihre Sorgfaltspflicht und setzt somit schulhaft einen Haftungsgrund. Es bleiben indes Bedenken, die Institute an diesem eher weichen Massstab zu messen, da sie in ihrer Werbung kaum erfüllbare Qualitätserwartungen wecken. Gestützt darauf könnte man *im konkreten Fall* den Online-Partnerschaftsvermittlungen die Berufung auf die Haftung wie ein Internet-Provider je nach Interessenlage als rechtsmissbräuchlich verweigern.

Durch mangelhafte Partnervorschläge entsteht dem Kunden meist kein ersatzfähiger Schaden im Sinne der Differenztheorie. Die Kunden wenden lediglich Geld für einen Vertrag auf, der die Erwartungen an die Qualität der Leistung nicht erfüllt. Das Auftragsrecht kennt kein besonderes

Gewährleistungsrecht. Herrschende Lehre⁴⁵ und Rechtsprechung⁴⁶ anerkennen jedoch ein Kürzungsrecht des Auftragslohns, wenn der Grad der Unsorgfältigkeit noch nicht so schwerwiegend ist, dass Nichterfüllung und damit ein Vorgehen nach den Verzugsregeln angezeigt ist. Erhält der Kunde bzw. die Kundin also einen Grossteil an mangelhaften Partnervorschlägen im vorne genannten Sinn, so kann der geschuldete Entgelt anteilmässig gekürzt und entsprechend zurückverlangt werden.

c. Haftungsfreizeichnung über AGB

Mit vollmundiger Werbung locken die Online-Partnervermittlungen Kunden an: «Handgeprüfte Mitgliederprofile», «Kontaktgarantie»⁴⁷ und «exklusive Erfolgsgarantie»⁴⁸. Das Kontrastprogramm dazu bieten die AGB, die diese Versprechen wieder zurücknehmen⁴⁹. Kontaktgarantie? «PARSHIP haftet demzufolge nicht, falls innerhalb der Vertragsdauer kein Kontakt zustande kommt.»⁵⁰ Handgeprüfte Mitgliederprofile? «PARSHIP kann nicht für falsche Angaben in den Anmeldungen und/oder Fragebögen der Kunden verantwortlich gemacht werden.»⁵¹ Bezuglich der Mitgliederprofile und der Kontakte zeichnen sich die Anbieter *volumfähig*⁵², für den Rest *teilweise* frei, d.h. beschränkt auf vorsätzliches

⁴⁰ Vgl. CHK-GEHRER/GIGER (FN 2), OR 394 N 30, m.w.H., WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Bern 1992, OR 394 N 496 ff., BSK-WEBER (FN 12), OR 394 N 43 m.w.H.

⁴¹ Vgl. BGE 124 III 423 ff., 425 ff., m.w.H., BGE 117 II 563 ff., 567, BGE 87 II 290 ff., 292 f.

⁴² Vgl. die direkt neben dem TÜV-Siegel platzierte Aussage auf der Internetseite von Elitepartner: «Partnersuche mit Erfolg: Kultivierte, niveauvolle Singles – Handgeprüfte Mitgliederprofile – Kontaktgarantie» (Internet: <http://www.elitepartner.ch>, Titelseite, 18. November 2011); vgl. die Werbung von Parship: «Wir tun alles, damit Ihr Vergnügen bei der Partnersuche ungetrübt bleibt. So prüft unser Kundenservice alle Profile per Hand. Sämtliche Fotos und Texte, die unsere Mitglieder in ihre Profile einstellen, werden auf Qualität und Seriosität kontrolliert und freigeschaltet. Zudem können Sie uns auffällige Profile ganz einfach mit einem Klick melden.» (Internet: <http://www.parship.ch/das-ist-parship/pqv/index.htm>, 18. November 2011).

⁴³ Werbung von Be2 (Internet: <http://www.be2.ch/tourpage/page2>, 18. November 2011).

⁴⁴ Vgl. die AGB von Parship, Ziff. 6.1.-4. (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011).

⁴⁵ Vgl. die AGB von Parship, Ziff. 6.2. (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011).

⁴⁶ Vgl. die AGB von Parship, Ziff. 6.1./6.3. (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011).

⁴⁷ Vgl. die AGB von Parship, Ziff. 6.3: «PARSHIP übernimmt überdies keine Haftung für den eventuellen Missbrauch von Informationen. Es ist möglich, dass Kunden den PARSHIP-Service trotz Verbot in unzulässiger oder gesetzwidriger Weise nutzen. Für eine solche unzulässige oder gesetzwidrige Nutzung ist jede Haftung von PARSHIP ausgeschlossen. (...)» (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011).

⁴⁰ Vgl. die Angaben im Internet (<http://www.singleboersen-vergleich.ch/partnervermittlung-partnervermittlungen.htm>, 18. November 2011); MEIER (FN 6), 2396.

⁴¹ Vgl. die Angaben zur Werbung in FN 47.

⁴² Richtlinie 2000/31/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl. 2000 L 178/1 vom 17. Juli 2000.

⁴³ Vgl. zum Begriff des Providers PHILIPP FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internetprovidern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Diss. St. Gallen 2009, 8.

⁴⁴ Diese sogenannte Providerhaftung ist in der Schweiz bislang noch nicht gesetzlich vorgesehen, vgl. FRECH (FN 43), 120 f.

oder grobfahrlässiges Handeln oder auf Körperschäden⁵³. Dies macht die nachfolgende, differenzierte Betrachtung notwendig.

Die *volumfängliche Freizeichnung* umfasst auch die Freizeichnung, die über Art. 100 Abs. 1 OR hinausgeht und deshalb je nach Lehrmeinung ganz- oder teilnichtig ist. Das Bundesgericht scheint bei AGB in einem neueren Urteil zur Ganznichtigkeit zu tendieren⁵⁴. Auch unter dem Blickwinkel des neuen, ab Juli 2012 geltenden Art. 8 UWG⁵⁵ erscheinen volumfängliche Freizeichnungen als problematisch, da die Anbieter durch die Werbeversprechungen Erwartungen wecken, die sie über die AGB in erwartungskonträrer Weise wieder zurücknehmen. Folglich ist auch auf dem Wege einer offenen Inhaltskontrolle solchen Freizeichnungsklauseln die Anwendung zu versagen. Bemerkenswert ist, dass sich die Partnervermittlungen selber in diese Situation bringen, indem sie überrissene Versprechen abgeben. Die Handprüfung der Profile, Niveau und Kultur der Teilnehmer und die Kontaktgarantie stellen nicht etwa marktschreierische Anpreisungen dar. Sie prägen vielmehr den Erwartungshorizont des Auftraggebers und definieren damit den massgeblichen Sorgfaltsmassstab⁵⁶. Es sind objektiv überprüfbare Angaben über Eigenschaften und Qualitätsanspruch der Dienstleistung, die berechtigte Erwartungen wecken und keineswegs als offenkundig masslos übertrieben erscheinen⁵⁷. Hätten die Anbieter dies nicht versprochen, müssten sie sich auch nicht freizeichnen. Die Abgabe eines Versprechens oder einer Zusicherung und die gleichzeitige Freizeichnung stellen aber widersprüchliches Verhalten dar, dem das Rechtsmissbrauchsverbot einen Riegel schiebt (Art. 2 Abs. 2 ZGB)⁵⁸.

Gegen eine *teilweise Freizeichnung* würde sprechen, dass der ganze Vertrag mit den Online-Partnervermittlungen unabhängig von den einzelnen Versprechen zur Hauptsache dem Auftragsrecht untersteht, das sich aufgrund der gesetzlich geschuldeten Sorgfalt als Vertragsinhalt mit Freizeichnungsklauseln nur schlecht verträgt. Diese nicht einhellig anerkannte Einschränkung haben Parship und Elitepartner in den AGB *vorbildlich* umgesetzt, indem sie die Verletzung von *Kardinalpflichten* von der Freizeichnung ausnehmen⁵⁹.

⁵³ Vgl. die AGB von Parship, Ziff. 6.5. und 6.6. (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011).

⁵⁴ Vgl. Urteil BGer 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1; vgl. zum Theoriestreit auch ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP/PJA 2010, 1228 ff., 1238.

⁵⁵ Vgl. hinten, FN 79.

⁵⁶ Die relevanten Normen sind Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 321e Abs. 2 OR; zum Erwartungshorizont des Beauftragten bei der Bestimmung der massgeblichen Sorgfalt BK-FELLMANN (FN 45), OR 398 N 493 f.

⁵⁷ Vgl. dazu die vergleichbare Diskussion im Kaufrecht zur Abgrenzung zwischen der Zusicherung und der Anpreisung Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.1.

⁵⁸ Vgl. BSK-HONSELL (FN 12), OR 199 N 3, m.w.H.

⁵⁹ Vgl. Ziff. 6.6. der AGB von Parship, und Ziff. 9.1 der AGB von ElitePartner (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>,

2. Vertragsdauer und automatische Vertragsverlängerung

Verträge mit Online-Partnervermittlungen haben meist eine Laufzeit von drei, sechs oder zwölf Monaten. Dabei sind nicht unerhebliche «Mitgliederbeiträge» in der Höhe von bis zu 100 Franken pro Monat zu leisten⁶⁰. Regelmässig sehen die AGB vor, dass sich der Vertrag automatisch um die ursprünglich vereinbarte Vertragsdauer verlängert, falls der Kunde den Vertrag nicht vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ausdrücklich kündigt⁶¹. Aufgrund der normalen Globalübernahme der AGB weiss der Kunde meist gar nicht, dass er den Vertrag kündigen muss – schliesslich endet ein befristeter Vertrag aufgrund des Zeitablaufs ohne Kündigung⁶². Das Korrektiv zur automatischen Vertragsverlängerung liegt vorliegend in der möglicherweise zwingenden Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR und in der AGB-Kontrolle.

Bei der herkömmlichen Partnervermittlung setzt Art. 406d Ziff. 7 OR das zwingende jederzeitige und entschädigungslose Widerrufsrecht voraus⁶³. Da das Auftragsrecht die wesentlichen Leistungen der Online-Partnervermittlung erfasst (siehe vorne, Ziff. II.2.d), kommt Art. 404 OR in Frage. Art. 404 OR ist gemäss Bundesgericht zwingend anwendbar, auch auf gemischte Aufträge⁶⁴, auch wenn grosse Teile der Lehre die zwingende Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR vehement ablehnen⁶⁵. Dessen Anwendung passt aber vorliegend insbesondere aufgrund des Vertrauensver-

<http://www.elitepartner.ch/km/agb.do>, 18. November 2011). Die Notwendigkeit dieser Einschränkung hat das Bundesgericht offen gelassen, vgl. BGE 124 III 155 ff., 165, mit weiteren Hinweisen; vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, N 24.07.

⁶⁰ Vgl. HUGUENIN/HUNOLD (FN 1), 828.

⁶¹ Vgl. die AGB von be2, Ziff. 8.2: «Der Vertrag über eine kostenpflichtige Leistung verlängert sich automatisch um die bei der Bestellung vereinbarte Laufzeit (z.B. 3, 6 oder 12 Monate), sofern der Kunde seinen Vertrag nicht mindestens 14 Kalendertage vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit (...) schriftlich kündigt.» (Internet: <http://www.be2.ch/guest/agbPage.jsp?tcv=undefined>, 18. November 2011); vgl. auch die AGB von Parship, Ziff. 5.3 (Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011); vgl. auch die AGB von ElitePartner, Ziff. 7: «Das Mitglied hat das Recht, den Vertrag – insbesondere zur Abwendung der automatischen Verlängerung – unter Beachtung der vereinbarten Kündigungsfrist (Rubrik „Preise und Leistungen“) mit Wirkung zu dem vereinbarten Vertragsende zu kündigen.» (Internet: <http://www.elitepartner.ch/km/agb.do>, 18. November 2011).

⁶² Vgl. die Angaben bei RUSCH/MAISSEN (FN 2), 99.

⁶³ Art. 406d Ziff. 7 OR bzw. Art. 404 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 406a Abs. 2 OR; vgl. CHK-JOOST (FN 2), OR 406a–h N 17 f.

⁶⁴ Vgl. Urteil BGer 4A_141/2011, Erw. 2.2., mit weiteren Hinweisen.

⁶⁵ Vgl. statt vieler die Übersicht bei BSK-WEBER (FN 12), OR 404 N 9 ff.

hältnisses durch Offenbarung privater Daten⁶⁶. Dies bedeutet, dass der Kunde jederzeit ohne Angaben von Gründen kündigen kann. Die Online-Partnervermittlung muss in diesem Falle das bereits bezahlte Honorar *pro rata temporis* oder *pro rata laboris* zurückerstatten⁶⁷. Die grundlose Kündigung steht aufgrund der paritätischen Ausgestaltung des Art. 404 OR auch dem Anbieter offen, was auf den ersten Blick ein wenig irritiert. Doch auch der Anbieter hat ein Interesse, grundlos den Vertrag zu beenden. Nicht immer dürfte ein wichtiger Grund vorliegen, häufig dürfte er schwer beweisbar sein. Im Interesse der Funktionsfähigkeit der Datenbank in diesem äußerst sensiblen Bereich ist es gerechtfertigt, dass man verdächtige Kunden aus der Datenbank einfach so entfernen kann. Verneint man den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR, verbleibt immerhin noch das AGB-Korrektiv, auf das sich der Fokus nachfolgend richtet.

Den Vorrang einer Individualvereinbarung könnte man mit der Wahl einer drei-, sechs- oder zwölfmonatigen Vertragsdauer begründen, die der entgegenstehenden Verlängerung in den AGB vorgeht. Das blosse Ankreuzen oder Anklicken einer vorformulierten Wahlmöglichkeit verleiht dem Formular indes noch keinen individuellen Charakter⁶⁸. Da die Prolongationsklauseln in den AGB klar definiert sind⁶⁹, greift auch die *Unklarheitenregel* im Rahmen der Auslegungskontrolle nicht.

Die *Ungewöhnlichkeitsregel* erfasst die automatische Vertragsverlängerung jedoch klar: Wer einen befristeten Vertrag schliesst, muss und darf davon ausgehen, dass dieser

aufgrund des Zeitablaufs ohne Kündigung endet⁷⁰. Überraschend und nachteilig ist es, wenn die AGB, die man aufgrund der vermuteten Globalübernahme ohnehin nicht liest, eine erwartungskonträre Kündigung und bei deren Ausbleiben eine Vertragsverlängerung vorsehen⁷¹. Die Folge der Ungewöhnlichkeit ist die Geltung des Vertrages ohne Verlängerungsklausel. Die Ungewöhnlichkeit lässt sich aber gemäss Rechtsprechung durch einen besonderen Hinweis bei Vertragsschluss⁷² vermeiden oder – besonderes unverständlich – durch optische Hervorhebung der (vermutungsweise ungelesenen) AGB-Klausel⁷³. Bei der automatischen Vertragsverlängerung zeigt sich die Utauglichkeit dieses Hinweises doppelt: Nicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses benötigt man einen Hinweis, den man ohnehin vergisst, sondern im Zeitpunkt, in dem man kündigen müsste⁷⁴.

Die automatische Vertragsverlängerungen misst dem Stillschweigen des Kunden (Ausbleiben der Kündigung) unabhängig von dessen wirklichem Willen einen Erklärungswert bei: Wer nicht kündet, wünscht die Verlängerung der Vertragsdauer. Dies stellt eine *Erklärungsfiktion* dar⁷⁵. Das Bundesgericht hat die Berufung auf Erklärungsfiktionen zur Genehmigung von Bankauszügen in speziellen Fällen als rechtsmissbräuchlich erachtet⁷⁶. Vergleichbare Konstellationen liegen vor, wenn dem Anbieter beispielsweise klar ist, dass der Kunde die Verlängerung nicht wünscht oder es von

⁶⁶ Vgl. vorne FN 62.

⁷¹ Vgl. RUSCH/MAISSEN (FN 2), 99 f.

⁷² Parship benützt keinen Fettdruck, erwähnt jedoch einen Hinweis, der allerdings erst bei «Erhalt der Bestellbestätigung», also erst nach Vertragsschluss erfolgt (Ziff. 5.3. Parship-AGB, Internet: <http://www.parship.ch/agb/index.htm>, 18. November 2011).

⁷³ Zur optischen Hervorhebung als besonderem Hinweis vgl. BGE 119 II 443 ff., 446 f. und kritisch dazu CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Rechtsprechungschronik 2009/2010, Teil 1, recht 2011, 82 ff., 83.

⁷⁴ Vgl. RUSCH/MAISSEN (FN 2), 100.

⁷⁵ Vgl. dazu umfassend HANS BEAT MATHYS, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich, Zürich 1997, 112 ff. und RUSCH/MAISSEN (FN 2), 96. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung verneinen eine Erklärungsfiktion, wenn die Verlängerung bereits im Erstvertrag für den Fall des Schweigens vereinbart wird, vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2010 – Xa ZR 89/09 in NJW 2010, 2942 ff., 2943, N 14, CHRISTIAN GRÜNEBERG, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. A., München 2011, BGB 308 N 28 und ALEXANDER SCHNEEHAIN/SEBASTIAN STÜTZE, Verlängerung von Gewerberaummietverträgen infolge «Optionsautomatik» – Hürden des AGB-Rechts? NZM 2010, 881 ff., 885. Derartige Haarspaltereien bei der Interpretation ungelesener AGB sind nicht zielführend. Ob ein unbefristeter Vertrag mit Kündigungsmöglichkeit oder ein befristeter Vertrag mit Verlängerungsmöglichkeit vorliegt, ist vorliegend klar. Wählt der Kunde eine dreimonatige Dauer, will er gerade keinen unbefristeten Vertrag. Er will dann aber auch nicht eine verlängerte Dauer von sechs Monaten. Nichts rechtfertigt die Verlängerung, es sei denn, sie ist explizit gewollt.

⁷⁶ Vgl. Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

⁶⁷ Vgl. Urteil des AG Berlin-Schöneberg vom 27. Januar 2010–104a C 413/09 in BeckRS 2010, 03707: «Aufgrund der fristlosen Kündigung der Beklagten steht der Klägerin nach § 628 Abs. 1 S. 1, 3 BGB nur ein ihren bisherigen Leistungen entsprechender Vergütungsanteil zu. Das bedeutet mangels Erbringung besonderer Leistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt, dass der Vergütungsanteil pro rata temporis zu berechnen ist. Ob die Beklagte die ihr angebotenen Leistungen nach Ablauf des 6-Monats-Zeitraumes noch in Anspruch genommen hat, spielt keine Rolle.».

⁶⁸ Vgl. RUSCH/MAISSEN (FN 2), 98.

⁶⁹ Vgl. vorne FN 61.

Anfang an nur darum geht, ihm eine zweite Verlängerungsdauer unterzubringen⁷⁷.

Es bleibt noch die zukünftige offene Inhaltskontrolle über den neuen Art. 8 UWG. Eine Klausel über die automatische Vertragsverlängerung verstößt gegen Treu und Glauben i.S.v. Art. 8 UWG, weil sie einen Übertölpelungseffekt⁷⁸ in sich birgt, in keiner Weise der Interessenlage der Vertragsparteien gerecht wird und den Kunden nachteilig trifft. Das Missverhältnis der Leistungen – der Massstab dafür ist das Gesetz und die Interessenlage⁷⁹ – ergibt sich insbesondere auch unter dem Blickwinkel des jederzeitigen Ausstiegsrechts von Art. 404 OR und der nicht erwünschten, entgeltlichen Verlängerungsdauer. Die Prolongationsklausel dient einzig dem Interesse der Partnervermittlung, die darauf spekuliert, dass die Kunden die Verlängerungsautomatik nicht bemerken oder vergessen. Die automatische Verlängerung lässt sich mit keinem guten Grund rechtfertigen. Es bedarf vorliegend keiner Planungssicherheit durch frühzeitige Klarheit über die Weiterführung des Vertrages, wie sie besonders kostspielige und längerfristig zu amortisierende Investitionen voraussetzen⁸⁰. Es wäre zudem ein Leichtes, den wirklichen Willen der Kunden herauszufinden. Die Anbieter könnten die Kosten der Verlängerungsdauer *prae numerando* in Rechnung stellen und die Weiterführung von der rechtzeitigen Bezahlung abhängig machen⁸¹. Sie könnten aufgrund des häufigen Kontakts auch kurz vor Ablauf der vereinbarten Frist die Kunden direkt fragen, ob sie eine Verlängerung des Vertrages wünschen⁸². Diese Gründe und mehr haben den Bundesrat dazu bewogen, automatische Vertragsverlängerungen explizit durch die Revision des Art. 8 UWG zu erfassen⁸³. Automatische Vertragsverlängerungen stellen deshalb

auch nach der hier vertretenen Ansicht eine Verletzung des künftigen Art. 8 UWG dar und sind nichtig.

3. Wiederverwendung von Kreditkartendaten

Im Zusammenhang mit der automatischen Vertragsverlängerung hat sich bei einzelnen Online-Partnervermittlungen die unschöne Praxis eingebürgert, die Kreditkarte des Kunden nach erfolgter Vertragsverlängerung automatisch nochmals zu belasten. Die Online-Partnervermittlungen verwenden dabei die vom ersten Abschluss bekannt gegebenen Kreditkartendaten einfach nochmals⁸⁴.

Das klassische Kreditkartenverhältnis stellt ein vertragrechtliches Dreiecksverhältnis dar, wobei die Kreditkartenorganisation im Rahmen eines auftragsähnlichen, so genannten Emissionsvertrags eine Kreditkarte an den Karteninhaber abgibt. Dieser setzt die Karte als Zahlungsmittel bei einem ausgesuchten Vertragsunternehmen ein, das wiederum mit der Kreditkartenorganisation vertraglich verbunden ist⁸⁵. Benutzt der Kunde die Kreditkarte, gibt die Kreditkartenorganisation im Sinne einer uneigentlichen Schuldübernahme ein Befreiungsversprechen ab (Art. 175 Abs. 1 OR). Nach Begleichung der Schuld fordert sie diese anschliessend wieder vom Kunden als Aufwendungsersatz ein (Art. 402 Abs. 1 OR)⁸⁶. Für jede Transaktion ist eine konkretisierende Einzelweisung i.S.v. Art. 397 Abs. 1 OR des Karteninhabers an die Kreditkartenorganisation notwendig, die dieser durch Unterschrift auf dem Beleg oder die Bekanntgabe der Kreditkartendaten im beleglosen Zahlungsverkehr erteilt⁸⁷. Liegt keine rechtsgültige Weisung des Karteninhabers vor, so kann die Kreditkartenorganisation aus dem Emissionsvertrag keinen Verwendungsersatz i.S.v. Art. 402 OR für die erbrachte Leistung verlangen⁸⁸.

⁷⁷ Vgl. RUSCH/MAISSEN (FN 2), 101 f.

⁷⁸ Vgl. ob FN 70.

⁷⁹ Vgl. Art. 8 UWG (in Kraft ab Juli 2012): «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. 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.» Der Wortlaut von Art. 8 UWG lehnt sich gewollt an denjenigen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 an – dessen Auslegung ist deshalb einschlägig, vgl. zur entsprechenden Analyse des Missverhältnisses THOMAS PFEIFFER, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), *Das Recht der europäischen Union*, Kommentar, Bd. IV, 40. A., München 2009, A5, RL 3 N 55.

⁸⁰ Bspw. bei der Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten, vgl. auch RUSCH/MAISSEN (FN 2), 97.

⁸¹ Vgl. RUSCH/MAISSEN (FN 2), 97 f.

⁸² In Deutschland ist dies gesetzlich so vorgesehen, vgl. § 308 Nr. 5 BGB, vgl. die Forderungen der Lehre in der Schweiz, dargestellt bei RUSCH/MAISSEN (FN 2), 102 und MATHYS (FN 75), 115 ff.

⁸³ Votum von Bundesrat Johann Schneider-Ammann, Amtl. Bull. NR 2011, 229.

⁸⁴ Vgl. ANDREA FISCHER, Am besten das Abo sofort wieder kündigen, *Tages-Anzeiger*, 18. April 2011, 40; vgl. das Vorgehen im Sachverhalt des Urteils des AG Berlin-Schöneberg vom 27. Januar 2010–104a C 413/09 in BeckRS 2010, 03707: «Nach Ablauf der sechs Monate wollte die Klägerin 478.80 € für den Zeitraum vom 25. Juli 2009 bis zum 24. Juli 2010 vom Kreditkartenkonto der Beklagten einzahlen. Die Beklagte widersprach dem am 29. Juli 2009.».

⁸⁵ Vgl. statt vieler: HONSELL (FN 20), 468, OLIVER ARTER/FLORIAN S. JÖRG, *Kreditkartenverträge – unter besonderer Berücksichtigung von Rückbelastungsklauseln*, AJP/PJA 2004, 425 ff., 426.

⁸⁶ Vgl. ARTER/JÖRG (FN 85), 428 f. mit zahlreichen Hinweisen.

⁸⁷ Vgl. ARTER/JÖRG (FN 85), 428, HONSELL (FN 20), 468, OLIVER ARTER, *Kreditkartenzahlungen im Fernabsatz*, in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Internet-Recht und Electronic Commerce Law*, 2. Tagungsband, Bern 2003, 267 ff., 291, m.w.H., BGE 126 III 20 ff., 22.

⁸⁸ BGE 110 II 283 ff., 284 ff.; ARTER (FN 87), 291; vgl. auch das Urteil des AG Hamburg-Altona vom 28. Juni 2000, 314A C 98/00 (zit. in WM 2001, 507).

Es fragt sich, woher die Partnervermittlung die vom Karteninhaber erteilte Weisung hat, um sich bei der Kreditkartenorganisation als Bezugsberechtigte der *Verlängerungsdauer* auszuweisen. In den AGB findet sich bei keinem Anbieter eine ausdrückliche Grundlage für eine solche Belastungsermächtigung⁸⁹.

Ist schon die automatische Vertragsverlängerung nicht gültig, ist die erneute Belastung ohne Zweifel nicht rechtens. Spiegelbildlich dazu lässt sich die Weisung aber nicht implizit aus einer automatischen Prolongationsklausel ableiten. Selbst wenn man von der Gültigkeit der Prolongationsklausel ausgeinge, rechtfertigt dies noch nicht eine Belastung der Kreditkarte des Kunden. Die automatische Vertragsverlängerung begründet höchstens einen *Anspruch* auf die Abonnementskosten. Die Ermächtigung, das Geld beim Kreditkartenunternehmen gleich einzufordern, ist unseres Erachtens darin nach Treu und Glauben nicht enthalten. Es ist ein relevanter Unterschied, ob man die Kreditkartendaten wie bei der Fahrzeugmiete als Sicherheit hinterlegt oder im Sinne einer Einzelweisung mitteilt⁹⁰. Für die Annahme einer Hinterlegungsabsicht zur Begleichung variabler oder wiederkehrender Zahlungen bedarf es *eines spezifischen Bewusstseins*, das nichtgelesene AGB nicht herbeizaubern können. Die Partnervermittlung ist durch die Bekanntgabe der Kreditkartendaten anlässlich der ersten Zahlung zur Wiederverwendung dieser Daten im Falle der automatischen Verlängerung nicht ermächtigt⁹¹. Darin ist keine Weisung für künftige Zahlungen zu sehen. Denn die Bekanntgabe der Kreditkar-

tendaten erfolgte lediglich in Bezug auf dieses erste, konkrete Einzelgeschäft – und nur auf dieses. Entdeckt ein Kunde in der Kreditkartenabrechnung eine weisungslose Belastung, steht ihm unseres Erachtens der Widerspruch offen.

IV. Schlusswort

Die Online-Partnervermittlungen fallen nicht unter Art. 406a ff. OR. Die Partnervermittlungen haben dieses für sie günstige Fazit indes nicht wirklich «verdient». Der gegenteilige Schluss ist nämlich ebenfalls vertretbar, wenn man die eigenen Angaben der Institute für bare Münze nimmt. Die Online-Partnervermittlungen reden sich selbst um Kopf und Kragen. Sie versprechen ein Persönlichkeitsgutachten, das lediglich eine automatisierte Zusammenfassung der vom Kunden selbst erfassten Daten und damit Grundlage der Datenbankabfragen darstellt. Sie versprechen handgeprüfte Mitgliederprofile und Kontakterfolge, von denen sie sich in den AGB mühsam lossagen. Sie versprechen Partenvorschläge, die in Tat und Wahrheit der Kunde mit seinen Abfragen selbst generiert. Dieser Aufsatz wäre viel kürzer, wenn die Institute einfach nur versprechen würden, was sie tatsächlich tun: Sie bieten eine Datenbank mit Suchsoftware an, die sie im Rahmen ihrer Möglichkeiten überprüfen und die den Kunden bei der Partnersuche unter Partnersuchenden dient. So einfach ist das! Auch das Verhalten bei der Vertragsabwicklung verdient nur eingeschränkt Lob. Sie verwenden in ihren AGB automatische Prolongationsklauseln, die oft für böse Überraschungen sorgen. Solche Klauseln sind unter dem Blickwinkel des vom Bundesgericht zwingend anwendbaren Art. 404 OR und des schweizerischen AGB-Korrektivs ungewöhnlich oder nichtig. Auch ist die damit zusammenhängende Wiederverwendung von Kreditkartendaten der Kunden unzulässig. «*Drum prüfe, wer sich (ewig) bindet*» hat somit nicht nur Gültigkeit bei der Partnerwahl, sondern gilt ganz besonders auch beim Abschluss eines Vertrages mit Online-Partnervermittlungen.

⁸⁹ Einzig bei Swissfriends, einer genuinen Partnerbörsse, findet sich eine solche Bestimmung, vgl. die AGB von Swissfriends, Ziff. V.4., die als allgemeine Geschäftsbedingung aber noch kein Bewusstsein über die Belastungsmöglichkeit schafft: «*Beim Ablauf eines Abonnements, das per Kreditkarte bezahlt wurde, wird dieses automatisch für den Zeitraum eines Monats verlängert. Der Verlängerungszeitraum wird der Kreditkarte des Mitglieds zum Monatstarif des ursprünglich durch das Mitglied abgeschlossenen Abonnements belastet. Durch Akzeptieren dieser Allgemeinen Nutzungsbedingungen autorisiert das Mitglied Comfriends SA zu dieser Transaktion. (...).*

⁹⁰ Vgl. dazu AG Krefeld, Urteil vom 25. Mai 2007 – 3 C 299/06 in NJW-RR 2007, 1540 f., 1541, das klar zwischen Einzelnutzung und Hinterlegung unterscheidet: «*Die Nutzung der Kreditkarte durch Unterschreiben eines Belegs, auf dem die Kartendaten übertragen sind, ist nicht festgestellt. Allein mit der Unterschrift auf dem Anmeldeformular ist die von der Bekl. behauptete Vereinbarung zwischen dem Kl. und dem Hotel über eine Sicherheitsleistung (in Form der Kreditkarte) nicht nachgewiesen. Dass der Kl. schliesslich die Kreditkarte in der Form genutzt hat, dass er nach vorheriger Abstimmung mit dem Hotel darauf verzichtet hat, den Beleg zu unterzeichnen und stattdessen lediglich seine MasterCard Nummer angegeben hat (vgl. Nr. 3 MasterCard Kundenbedingungen) wird weder von der Bekl. noch vom Kl. behauptet.*».

⁹¹ Vgl. dazu das Urteil des AG Hamburg-Altona vom 28. Juni 2000, 314AC 98/00 (zit. in WM 2001, 507).

Les agences de rencontres en ligne risquent de se voir appliquer les dispositions sur les mandats en mariage ou en partenariat des art. 406a ss CO. Si celles-ci sont applicables, tous les contrats seraient nuls pour plusieurs raisons ou au moins révocables en tout temps. Ces contrats très demandés ont-ils vraiment pour objet la conclusion de partenariats au sens de la loi ou s'agit-il juste d'avoir accès à une banque de données – comme lors d'une « bourse aux partenaires » ? Les auteurs examinent cette question en qualifiant les prestations du contrat.

(trad. LT LAW TANK, Berne)