

GR_GERICHTE ZB 2004 55 vom 31. Januar 2005

GR Gerichte, 2005-01-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZB_2004_55

FR: GR_GERICHTE ZB 2004 55 du 31 janvier 2005

IT: GR_GERICHTE ZB 2004 55 del 31 gennaio 2005

Regeste

Forderung | OR Übrige Fälle

Erwägungen

E. 2

A. Am 23. Juni 2004 loggte sich die Z. AG auf dem Online-Stellenportal www.?????.??? der A. GmbH ein, um von deren kostenpflichtigen Dienstleistungen Gebrauch zu machen. Ihr auf Grund dessen erfolgter Eintrag in www.?????.??? wurde gleichentags von Seiten der A. GmbH per E-Mail bestätigt. Mit diesem Bestätigungsmail wies die A. GmbH ihre Neukundin zugleich auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen hin, die die Z. AG mit ihrer Registrierung anerkannt haben sollte, andernfalls die A. GmbH von der Z. AG umgehend Rückmeldung über E-Mail/Fax erwarten würde. Die Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der A. GmbH lautet wie folgt: „Rechnungen von www.?????.??? haben eine Fälligkeit von 10 Tagen. Der Verzugszins beträgt 6%. Befindet sich der Kunde mit der Bezahlung von Rechnungen von www.?????.??? in Verzug, ist www.?????.??? berechtigt, ihre Leistungen ohne vorgängige Mitteilung einzustellen. Beim Verzug ausstehender Rechnungen ist www.?????.??? berechtigt, ein Inkassobüro einzuschalten. Betriebs-, Gerichts-, Anwalts- und sonstige Fremdkosten gehen zu Lasten des Bestellers bez. Auftraggebers. -Inkassospesen CHF 200.00 (bei Beauftragung eines Inkassobüros) -Mahnspesen CHF 100.00“ B. Die der Z. AG von der A. GmbH am 24. Juni 2004 gestellte Rechnung für deren Eintrag in www.?????.???, bestehend aus Fr. 250.00 für 1 Monat Anmeldung Internetportal www.?????.??? zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer im Betrage von Fr. 19.00, total Fr. 269.00, wurde innert der gewährten Zahlungsfrist von 10 Tagen nicht beglichen. Mit Fax vom 12. Juli 2004 mahnte die [www.?????.??? \(A. GmbH\)](http://www.?????.???) die Z. AG und gewährte dieser zugleich eine weitere Zahlungsfrist von 5 Tagen. Neu stellte sie Fr. 250.00 für 1 Monat Anmeldung Internetportal www.?????.???, Fr. 100.00 für Mehrkosten gemäss angeblich anerkannten AGB und Fr. 26.60 für 7.6% Mehrwertsteuer, total Fr. 376.00, in Rechnung. Bereits am 14. Juli 2004, d.h. ohne Abwarten der zweiten 5-tägigen Zahlungsfrist, übergab die [www.?????.??? die Angelegenheit dem Inkassobüro B., das gleichentags die Z. AG nochmals mahnte. Das Inkassobüro forderte die Z. AG auf, den Betrag von Fr. 376.60 für die Gläubigerforderung und Fr. 200.00 für Verzugsfolgekosten nach Art. 106 OR, total Fr. 576.60, bis am 23. Juli 2004 zu bezahlen. Mit Valuta vom 15. Juli 2004 überwies die Z. AG der A. GmbH den Betrag von Fr. 269.00, der der von \[www.?????.??? ursprünglich gestellten Rechnung vom 24. Juni 2004, 1 Monat Anmeldung Internetportal \\[www.?????.??? zuzüglich 7,6% MWSt, entsprach. Die infolge nicht fristgerecht bezahlter Rechnung vom 24. Juni 2004 gestützt auf die angeblich anerkannten AGB der A. GmbH erhobenen Mahn- und Verzugsfolgekosten in der Höhe von total Fr. 307.60, beglich die Z. AG hingegen nicht.\\]\\(http://www.?????.???\\)\]\(http://www.?????.???\)](http://www.?????.???)

E. 3

C. Mit Brief vom 20. Juli 2004 forderte das Inkassobüro B. die Z. AG erfolglos zur Zahlung der Restforderung von Fr. 307.60, bestehend aus Mahnkosten in der Höhe von Fr. 107.60 (inkl. MWSt) und externe Inkassokosten im Betrage von Fr. 200.00, auf. Auf Begehren des Inkassobüros B. erliess das Betreibungsamt C. am 04. August 2004 in der Betreuung D. einen Zahlungsbefehl gegen die Z. AG für eine Forderung in der Höhe von Fr. 307.60 nebst Zins zu 5.0% seit dem 01. August 2004. Die Kosten des Zahlungsbefehls wurden mit Fr. 46.00 veranschlagt. Als Grund der Forderung wurden aufgelaufene Verzugsfolgekosten auf Grund nicht fristgerechter Bezahlung der Rechnung für den Eintrag in www.?????.??? geltend gemacht. Gegen den ihr gleichentags zugestellten Zahlungsbefehl erhob die Z. AG am 04. August 2004 Rechtsvorschlag, woraufhin die A. GmbH mit Eingabe vom 9. August 2004 Forderungsklage beim Kreisamt Chur erhob. Ihre Rechtsbegehren lauteten wie folgt: „Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 307.60 nebst Zins zu 5% p.a. seit 01. August 2004 daraus, sowie die Kosten des Zahlungsbefehls von CHF 46.00, zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung D. des Betreibungsamtes C. in Sachen der Partei sei in voller Höhe zu beseitigen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“ Zur Begründung machte die Klägerin geltend, mit dem beklagten Einloggen am 23. Juni 2004 auf dem klägerischen Online-Stellenportal www.?????.??? habe diese die entgeltlichen Dienstleistungen der Klägerin in Anspruch genommen und zugleich die von der Klägerin verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert. Die von der Beklagten genutzten Dienstleistungen seien denn auch in Rechnung gestellt worden, seien aber von der Beklagten innerhalb der gewährten 10-tägigen Zahlungsfrist nicht bezahlt worden. Nachdem die Beklagte gemahnt worden sei, und ihr eine weitere Zahlungsfrist von 5 Tagen gewährt worden sei, habe diese unter anderem erklärt, die Rechnung dann zahlen zu wollen, wann es ihr beliebe. Daraufhin hätten sie sich gezwungen gesehen, die Angelegenheit ohne Abwarten der zweiten Zahlungsfrist an das Inkassobüro B. zwecks Eintreibung ihrer Forderung weiter zu leiten. Am 14. Juli 2004 sei die Beklagte vom eingeschalteten Inkassobüro nochmals gemahnt worden, wodurch wiederum Kosten in der Höhe von Fr. 200.00 entstanden seien. Mit Valuta vom 15. Juli 2004 habe die Z. AG zwar den Rechnungsbetrag von Fr. 256.00 bezahlt. Hingegen die von ihr verursachten Verzugsfolgekosten (Mahnspesen von Fr. 107.60 inkl. MWSt und Inkassokosten von Fr. 200.00, total Fr. 307.60), die auf Grund der anwendbaren AGB geschuldet seien, habe sie trotz Betreuung immer noch nicht bezahlt.

E. 4

(Mitteilungen).“ Zur Begründung führte der Einzelrichter des Kreisamtes Chur an, es sei bereits fraglich, ob die Beklagte die klägerischen AGB in ihrer Gesamtheit überhaupt übernommen habe. Ein ausdrückliches Akzept der Beklagten, das durch ein aktives Tun ihrerseits erklärt worden wäre, sei mit der Internetanmeldung nämlich nicht erfolgt. Die Beklagte habe von der Anwendbarkeit der AGB erst erfahren, als das Vertragsverhältnis bereits zustande gekommen sei. Selbst wenn jedoch von einem Konsens in Bezug auf die Globalübernahme der AGB ausgegangen werden könne, sei die im normalen Geschäftsverkehr als sehr ungewöhnlich zu bezeichnende Ziffer 9 der AGB in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nicht anwendbar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlange eine AGB-Klausel trotz Globalübernahme dann nicht Geltung, wenn sie so ungewöhnlich sei, dass mit ihr nicht gerechnet werden müsse, es sei denn, auf

die ungewöhnliche ABG-Klausel sei ausdrücklich hingewiesen worden. In diesem Sinne sei die Klage abzuweisen. F. Gegen das Kontumazurteil vom 14. Dezember 2004 erhob die A. GmbH am 20. Dezember 2004 Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss Graubünden mit folgenden Rechtsbegehren: „Es sei das Kontumazurteil vom 14. Dezember 2004, mitgeteilt am 15. Dezember 2004, aufzuheben und die Sache an das Kreisamt Chur zur erneuten

E. 5

Entscheidung zurückzuweisen oder selbst eine Entscheidung zu treffen, dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und/oder des Kreisamtes. Sollte dem Antrag auf Befangenheit des Einzelrichters stattgegeben werden, so ist die Sache an eine geeignete Instanz zur Entscheidung vorzulegen, dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und/oder des Kreisamtes. Die im Kontumazurteil ausgesprochene Kostenfolge zu unseren Lasten sei aufzuheben, dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und/oder des Kreisamtes.“ In ihrer Begründung verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Klageeinreichung vom 09. August 2004 beim Kreispräsidium Chur und auf die Abweisung dieser Klage am 14. Dezember 2004 mit Kontumazurteil. Sinngemäss macht sie im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe die von der Beschwerdeführerin verwendeten AGB willkürlich gewürdigt. Die AGB seien entgegen der Feststellung der Vorinstanz für jedermann gut lesbar und verständlich. Zudem sei ihre Homepage [www.?????.??? so aufgebaut](http://www.?????.???), dass ein potentieller Kunde die Möglichkeit habe, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Vertragsabschluss zur Kenntnis zu nehmen. Demnach seien vorliegend die AGB Vertragsbestandteil geworden, so dass, in Anwendung der Ziffer 9, die von der Beschwerdegegnerin verursachten Verzugskosten von dieser auch zu bezahlen seien. Des Weiteren sei der urteilende vorinstanzliche Einzelrichter, Kreisvizepräsident E., befangen bzw. befangen gewesen. Auf Grund der Tatsache, dass E. Präsident des Hotelverbandes des Kantons Graubünden sei, könne er in dieser Funktion nicht über einen Fall urteilen, der gegen einen „Berufskollegen“ abziele. G. Mit Vernehmlassung vom 13. Januar 2004 beantragt die Z. AG, vertreten durch Dr. iur. Hans-Jürg Tarnutzer, die Beschwerde, soweit auf sie überhaupt einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdeführerin, abzuweisen. Zur Begründung machte sie geltend, das Hauptbegehren der Beschwerdeführerin, Aufheben des Kontumazurteils und Rückweisung zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz, sei auf Grund des Vorliegens einer spruchreifen Sache, die einen Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses in der Sache selbst erlauben würde, abzuweisen. Auf das Eventualbegehren sei mangels genügender Substantiierung der Begründung nicht einzutreten. Sollte hingegen der Kantonsgerichtsausschuss zum Schluss gelangen, aus der Beschwerdeschrift gehe mit genügender Klarheit hervor, was die Beschwerdeführerin beantrage, sei das Rechtsmittel aus

E. 6

den nachfolgenden Gründen abzuweisen. Nach Aktenlage habe die Beschwerdegegnerin erst von der Anwendbarkeit der AGB erfahren, als das Vertragsverhältnis bereits zustande gekommen sei, so dass, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, keine Globalübernahme der AGB vorliege. Zudem sei die Ziffer 9 der verwendeten AGB bezüglich der unangemessen hohen Mahn- und Inkassospesen derart ungewöhnlich, dass mit ihr nicht gerechnet werden müsse, so dass sie keine Wirkung erlangt habe. In diesem

Sinne schulde die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin weder Mahnspesen in der Höhe von Fr. 107.00 noch externe Inkassospesen im Betrage von Fr. 200.00. Des Weiteren macht die Beschwerdegegnerin geltend, der urteilende Einzelrichter der Vorinstanz, E., sei nicht, wie es die Beschwerdeführerin annehme, Präsident des Hotelverbands des Kantons Graubünden, sondern dessen Geschäftsführer. Auf Grund dessen sei er durchaus in der Lage gewesen, ein objektives Urteil zu fällen. Im Übrigen hätte die Ausstandseinsrede spätestens an der Hauptverhandlung vor dem Kreisamt erhoben werden müssen. H. Mit Schreiben vom 17. Januar 2005 verzichtet die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zu den Einwendungen der Beschwerdeführerin und beantragt, unter Verweis auf die Erwägungen im angefochtenen Kontumazurteil, die Beschwerde abzuweisen. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Kontumazurteil, wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Der Kantonsgerichtsausschuss zieht in Erwägung: 1. Gemäss Art. 232 ZPO kann beim Kantonsgerichtsausschuss wegen Gesetzesverletzung Beschwerde geführt werden gegen nicht berufungsfähige Urteile sowie prozesserledigende Entscheide der Einzelrichter, des Bezirksgerichtsausschusses und des Bezirksgerichtes ferner gegen Entscheide dieser Instanzen im Sinne von Art. 232 Ziff. 1 bis 8 ZPO. Demnach ist gegen das am 14. Dezember 2004 vom Kreisvizepräsidenten als Einzelrichter gefällte Kontumazurteil die Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss gegeben. 2. Die Beschwerde ist gemäss Art. 233 ZPO schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheides und der der Beschwerdeführerin schon erstatteten Beweisurkunden innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen einzureichen. In der

E. 7

Beschwerde ist mit kurzer Begründung anzugeben, welche Punkte des Entscheides angefochten und welche Abänderungen beantragt werden (Abs. 2). An das Erfordernis der Begründetheit darf aber mit Blick auf den Zweck von Prozessbestimmungen, Verwirklichung des materiellen Rechts, und mit Blick auf das Gebot, gegenüber Laien hinsichtlich der Einhaltung von Formvorschriften Nachsicht zu üben, nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Es darf kein überspitzter, mit keinen schutzwürdigen Interessen zu rechtfertigender Formalismus befolgt werden (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 52/53; BGE 116 II 219). Demnach ist für den Inhalt des Rechtsbegehrens nicht der eigentliche Wortlaut, sondern vielmehr der Wille der Partei, der sich durch Auslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben aus den Rechtsschriften ergibt, entscheidend (vgl. PKG 1991 Nr. 11; PKG 1988 Nr. 4). Vorliegend kann aus der Beschwerdeschrift durchaus mit genügender Klarheit entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Gutheissung der Klage und die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des strittigen Betrages beantragt. Somit ist dem Begründetheitserfordernis genüge getan und auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. 3. Der Kantonsgerichtsausschuss überprüft im Rahmen der Beschwerdeanträge, ob der angefochtene Entscheid oder das diesem vorangegangene Verfahren Gesetzesbestimmungen verletzt, die für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich sind (Art. 235 Abs. 1 ZPO). Die Feststellungen der Vorinstanz über tatsächliche Verhältnisse sind für die Beschwerdeinstanz bindend, es sei denn, sie seien unter Verletzung von Beweisvorschriften zustande gekommen, erwiesen sich als willkürlich oder beruhten auf offensichtlichen Versehen (Art. 235 Abs. 2 ZPO). Willkürlich ist eine Beweismwürdigung nur dann, wenn eine offensichtlich unhaltbare Wertung der Beweise vorliegt, die sich mit sachlichen Gründen nicht mehr vertreten lässt (vgl. PKG 1981 Nr. 18).

Dabei liegt Willkür nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Der angefochtene Entscheid muss vielmehr offensichtlich unhaltbar sein, mit der tatsächlichen Situation in Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen (BGE 125 II 10 mit Hinweisen). Folglich kann nicht jede Beweiswürdigung auf ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit überprüft werden. Ist die Sache spruchreif, das heisst, wenn keine zusätzlichen Beweiserhebungen nötig sind und von Amtes wegen allfällige Richtigstellungen von auf Versehen beruhenden vorinstanzlichen tatsächlichen Feststellungen ohne deren Hilfe vorgenommen werden können, fällt der Kantonsgerichtsausschuss gemäss Art. 235

E. 8

Abs. 3 ZPO ohne weiteres den Entscheid selbst; andernfalls weist er die Sache an die Vorinstanz zurück. Demnach fällt der Kantonsgerichtsausschuss selbst einen Entscheid und prüft die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der oben aufgeführten beschränkten Kognition (vgl. PKG 1987 Nr. 17). 4. Die Beschwerdeführerin macht zunächst Befangenheit des urteilenden vorinstanzlichen Einzelrichters, E., geltend. E. sei Präsident des Hotelverbandes des Kantons Graubünden und könne daher nicht objektiv über einen Fall urteilen, der gegen einen „Berufskollegen“ abziele. Wie noch zu zeigen sein wird, ist dem nicht beizupflichten. Befangenheit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu wecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung eines Richters nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (vgl. BGE 114 Ia 54 f.). Ausserdem sind als befangen angesehene Richter so früh als möglich abzulehnen. Wer dies nicht unverzüglich tut, nachdem er vom Ausstandsgrund und der Zusammensetzung der entscheidenden Behörde Kenntnis erlangt hat, sondern damit zuwartet und Einwände dieser Art erst später, etwa im Rechtsmittelverfahren, vorbringt, verstösst gegen Treu und Glauben und verwirkt seinen Anspruch (vgl. BGE 117 Ia 323; PKG 1998 Nr. 15). Art. 20 GVG sieht denn auch vor, dass Ausstandsgründe innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes vorzubringen sind. Es stellt sich somit die Frage, wann die Beschwerdeführerin vom vermeintlichen oder tatsächlichen Ausstandsgrund und von der Zusammensetzung der entscheidenden Behörde Kenntnis erlangt hatte. Aus den Akten geht hervor, dass die Vorladung und der Beweisbeschluss, unterzeichnet von E., in Sachen A. GmbH gegen Z. AG vom Kreisamt Chur bereits am 30. September/19. Oktober 2004 erlassen wurde. Aus der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin termingerecht zur Hauptverhandlung vor dem Kreisamt erschienen war, darf geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin von deren Inhalt Kenntnis genommen hatte. Folglich hätte die Beschwerdeführerin schon zu diesem Zeitpunkt in Betracht ziehen sollen, dass E. in der Sache selbst urteilen würde, zumal dieser schon die Vorladung und den Beweisbeschluss erlassen hatte. Zudem ist aus den Akten nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin erst zu einem späteren Zeitpunkt vom vermeintlichen oder tatsächlichen Ausstandsgrund Kenntnis erlangt hat. Gemäss Art. 20 GVG hätte sie also bereits ab diesem Zeitpunkt die Ausstandseinrede innerhalb der 10-Tagesfrist geltend machen müssen. Einwände

E. 9

dieser Art hat sie aber erst mit Beschwerde am 20. Dezember 2004, d.h. ca. zwei Monate später, vorgebracht. Ihre Einwände sind somit offensichtlich verspätet, und können nicht berücksichtigt werden. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich umso mehr, als die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben bereits im Vorfeld verschiedentlich Klagen beim Kreisamt Chur anhängig gemacht hatte, die vom Kreisvizepräsidenten, E., beurteilt wurden. Sie hätte die Möglichkeit einer erneuten Beurteilung durch E. in Betracht ziehen sollen und hätte schon mit der Klageeinreichung E. ablehnen können. Selbst wenn man aber von der rechtzeitigen Erhebung der Ausstandseinwände ausgehen würde, könnte man das Begehren der Beschwerdeführerin aus den nachfolgenden Gründen nicht gutheissen. Die Beschwerdeführerin vermochte keine überzeugenden Umstände dar zu tun, die geeignet gewesen wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit des urteilenden Einzelrichters zu wecken. Eher rechtfertigt sich auf Grund der Tatsache, dass sich der Sitz der Z. AG in Watt- C. befindet, und nicht etwa im Kanton Graubünden, und dass E. Sekretär - nicht Präsident - des Hotelverbandes des Kantons Graubündens ist, die Annahme der Wahrung der Objektivität und der Unparteilichkeit des urteilenden Kreisvizepräsidenten. Im übrigen rechtfertigt der Hinweis, dass ein „Berufskollege“ über eine Klage befände, noch lange nicht die Annahme einer Befangenheit. 5.a) Des Weiteren wendet die Beschwerdeführerin ein, ihre Homepage [www.?????.??? sei so aufgebaut](http://www.?????.???), dass ein potentieller Kunde die Möglichkeit habe, die AGB vor Vertragsabschluss zur Kenntnis zu nehmen. Demzufolge habe die Z. AG, entgegen der vorinstanzlichen Feststellung, bereits vor Vertragsabschluss die Möglichkeit gehabt, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Zudem sei die Beschwerdegegnerin nach Vertragsabschluss von Seiten der Beschwerdeführerin verschiedentlich auf die akzeptierten AGB hingewiesen worden, so dass diese immer noch die akzeptierten AGB widerrufen hätte können. Weil aber von Seiten der Z. AG keine ausdrückliche Widerrufserklärung eingegangen sei, liege automatisch eine Anerkennung der AGB vor. Mit dieser Betrachtungsweise übersieht aber die Beschwerdeführerin, dass ein blosser Hinweis auf die AGB nach Vertragsabschluss keinesfalls den Schluss auf eine Zustimmung zur Anwendbarkeit der AGB von Seiten der Geschäftspartnerin zulässt; insoweit handelt es sich lediglich um eine Offerte zur Vertragsänderung, die von der anderen Partei auch nicht durch Stillschweigen nach Art. 6 OR angenommen wird (vgl. Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, § 45 N 45.02 mit weiteren Hinweisen). Zudem hat die Vorinstanz im angefochtenen Urteil zu Recht festgestellt, dass gemäss Aktenlage ein ausdrückliches Akzept der Beklagten vor Vertragsabschluss, das durch ein aktives Tun ihrerseits erklärt worden wäre, nicht erfolgt sei. Vielmehr habe

E. 10

sich die Klägerin nach Erhalt der Internetanmeldung lediglich darauf beschränkt, mit Bestätigungsmail am darauf folgenden Tag auf die angeblich anwendbaren klägerischen AGB und Preise hinzuweisen, anstatt, wie es erforderlich gewesen wäre, die AGB der Vertragspartnerin vor Vertragsabschluss vor zu legen, so dass diese die Möglichkeit gehabt hätte, die AGB durch ein Akzept ihrerseits Vertragsbestandteil werden zu lassen. Es verhalte sich derart, dass die Beklagte von der Anwendbarkeit der AGB erst nach Vertragsabschluss erfahren habe. b) Steht nun fest, dass die Beschwerdegegnerin erst nach Vertragsabschluss die Möglichkeit gehabt hatte, die klägerischen AGB zur Kenntnis zu nehmen, liegt kein Konsens bezüglich der Anwendbarkeit der Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen vor, so dass diese in ihrer Gesamtheit nicht Vertragsbestandteil wurden. Es verhält sich nämlich derart, dass die AGB keine Rechtsnormen, sondern vorformulierte Vertragsbedingungen sind, die von den Parteien nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden. Ihre Geltung beruht dementsprechend auf Rechtsgeschäft, d.h. die AGB werden nur Vertragsinhalt, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine dementsprechende Willensübereinstimmung der Parteien vorliegt (vgl. Bucher, in: Basler Kommentar zum OR, 3. Auflage, 2003, N 52 zu Art. 1 OR). Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze, namentlich gilt das Vertrauensprinzip, doch hat die Rechtsprechung daraus gewisse AGB-spezifische Regeln entwickelt. AGB werden nur Vertragsbestandteil, wenn der Verwender einerseits den Vertragspartner bei oder vor Vertragsabschluss auf die AGB hingewiesen hat und dieser andererseits die Möglichkeit hatte, diese zur Kenntnis zu nehmen (vgl. Schwenger, a. a. O., § 45 N 45.02). Wie bereits oben ausgeführt wurde, hatte die Beschwerdeführerin als Verwenderin der AGB die Beschwerdegegnerin jedoch erst nach Abschluss des Vertrages mit E-Mail vom 23. Juni 2004 auf die AGB hingewiesen, so dass es dieser nicht möglich war, vor Vertragsschluss die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Demnach liegt kein übereinstimmender Wille bezüglich Anwendbarkeit der AGB vor. Ist somit festgestellt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit nicht Vertragsbestandteil wurden, können aus Ziffer 9 auch keine Verzugsfolgekosten abgeleitet werden. Selbst wenn man aber von einer Globalübernahme der AGB ausgehen würde, was vorliegend jedoch klar verneint wurde, wäre die Ziffer 9 der AGB in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel trotzdem nicht Vertragsinhalt geworden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden bei einer Globalübernahme seitens eines geschäftsunerfahrenen Kunden solche Klauseln nicht Vertragsinhalt, die ungewöhnlich sind, und auf die der Kunde nicht besonders hingewiesen wurde

E. 11

(vgl. Weber, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 5. Teilband, Bern 2000, N 79 zu Art. 100). Welche Klauseln ungewöhnlich sind, beurteilt sich in erster Linie danach, ob sie einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen, so dass mit ihnen nach Treu und Glauben nicht gerechnet werden muss (vgl. BGE 109 II 452, 458). Darüber hinaus lässt das Bundesgericht aber auch Kriterien der Inhaltskontrolle einfließen, indem es die Ungewöhnlichkeit um so eher bejaht, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt (BGE 119 II 443, 446). Unter dem Gesichtspunkt, dass man im üblichen Geschäftsverkehr von einer Zahlungsfrist von 30 Tagen seit Fälligkeit der Forderung ausgehen kann, und dass die Mahnkosten in der Ziffer 9 der AGB unverhältnismässig hoch angesetzt wurden, würde diese AGB-Klausel selbst erfahrenen Geschäftsleuten besonders hart treffen, so dass sie als ungewöhnlich qualifiziert werden müsste. An dieser Rechtslage würde denn auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die Beklagte müsse sich als erfahrener Hotelier anrechnen lassen, dass sie AGB lesen und verstehen könne, nichts ändern. Wohl kann sich „in der Regel“ gemäss BGE 109 II 457 nur eine „unerfahrene Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen“. Unter Umständen kann aber auch für eine erfahrene Partei, wie nach Aussage der Beschwerdeführerin die Z. AG eine sein soll, eine AGB-Klausel ungewöhnlich sein. Aus analogen Überlegungen darf deshalb die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nicht auf schwache Parteien beschränkt werden (vgl. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, N 51 S. 118). Auf Grund des Umstandes, dass die Ziffer 9 als ungewöhnlich

zu qualifizieren wäre, und der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin auf die ungewöhnliche Ziffer 9 nicht besonders hingewiesen hatte, wäre die Ziffer 9 trotz Globalübernahme nicht Vertragsbestandteil geworden, so dass aus ihr keine Verzugsfolgekosten abgeleitet werden könnten. Im Übrigen ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass sich die Schuldnerin im Zeitpunkt des Einschaltens des Inkassobüros am 14. Juli 2004 mit ihrer Zahlung noch gar nicht in Verzug befand. Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner einer fälligen Verbindlichkeit erst durch Mahnung seitens des Gläubigers in Verzug gesetzt. Der Verzug tritt grundsätzlich mit Zugang der Mahnung ein, es sei denn, der Gläubiger habe dem Schuldner mit der Mahnung eine weitere Zahlungsfrist gesetzt, so dass in der Nachfristgewährung ein Verzicht des Gläubigers auf sofortige Leistung zu erblicken ist (vgl. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, § 20/IV S. 358). In diesen Fällen tritt der Verzug

E. 12

erst nach Ablauf der Nachfrist ein. Vorliegend hatte zwar die A. GmbH die Schuldnerin am 12. Juli 2004 gemahnt, der Verzug als Folge der Mahnung trat aber erst mit Ablauf der gewährten 5-tägigen Zahlungsfrist, gerechnet ab Zugang der Mahnung, ein. Wenn vorliegend von einer Zustellung am der Mahnung folgenden Tag ausgegangen würde, wäre der Verzug frühestens am 18. Juli 2004 eingetreten. Steht jedoch unbestrittenermassen fest, dass die Schuldnerin den Rechnungsbeitrag von Fr. 269.00 mit Valuta vom 15. Juli 2004 überwiesen hatte, hätte sie sich im Zeitpunkt des Einschaltens des Inkassobüros am 14. Juli 2004 noch nicht in Verzug befunden, so dass die A. GmbH nicht berechtigt gewesen wäre, das Inkassobüro B. einzuschalten. Demnach wären die erhobenen Inkassospesen in der Höhe von Fr. 200.00 auch unter diesem Gesichtspunkt ungerechtfertigt erhoben gewesen. Zusammenfassend ist fest zu halten, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit mangels Konsens der Vertragsparteien nicht Vertragsbestandteil wurden, so dass die Beschwerdeführerin daraus keine Verzugskosten geltend machen kann. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. 6. Gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO gehen bei diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Beschwerdeführerin. Zudem hat die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO ausseramtlich mit Fr. 500.00 zu entschädigen.

E. 13

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.