

GR_GERICHTE ZK2 2009 2 vom 18. Mai 2009

GR Gerichte, 2009-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2009_2

FR: GR_GERICHTE ZK2 2009 2 du 18 mai 2009

IT: GR_GERICHTE ZK2 2009 2 del 18 maggio 2009

Regeste

Forderung aus Internet-Geschäft (AGB, Gerichtsstand, Rücktritt vom Vertrag) |
Beschwerde Prozessrecht ZPO/GR 232/1-8 und Prozessbeschwerde ZPO/GR 237

Erwägungen

E. 2

Am 15. November 2007, um 17.11 Uhr, erfolgte von der Absenderadresse info@xyz.com das Bestätigungsmail an die von Q. angegebene E-Mail Adresse. Mittels E-Mail an Q. stellte die WAG gleichentags der BK Rechnung über Fr. 376.60.

E. 2.1

Die Beklagte und Beschwerdeführerin rügt vorab, die Vorinstanz habe ihre örtliche Zuständigkeit zu Unrecht bejaht. Die Beklagte beziehungsweise Q. hätten der Ziffer 14 der klägerischen AGB nicht zugestimmt und die Klägerin habe nicht bewiesen, dass ihre AGB im Vertragsschlusszeitpunkt eine Klausel mit dem Gerichtsstand St. enthalten habe. Weiter wird geltend gemacht, auch die heute in den AGB der Klägerin aufscheinende Gerichtsstandsklausel genüge den gesetzlichen Anforderungen nicht. Die Gerichtsstandsklausel sei in Ziffer 14 der AGB gut versteckt. Weder durch entsprechende Positionierung noch durch Hervorhebung werde das Auge des geschäftskundigen oder -unkundigen Lesers darauf gelenkt. a. Von der Passivlegitimation beziehungsweise der materiell-rechtlichen Frage der Stellvertretungsmacht von Q. einmal abgesehen, ist das Zustandekommen des Internetvertrages an sich nicht bestritten (zur Bedeutung des Mausklicks für den Vertragsabschluss vgl. Oliver Frei, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich 2001, S. 81 ff.). Umstritten ist hingegen, ob hinsichtlich der AGB überhaupt und im Speziellen bezüglich der AGB mit einer Gerichtsstandsklausel St. eine formgenügende Zustimmungserklärung Q. erfolgt und bewiesen sei. Soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, ist nach der allgemeinen Gerichtsstandsvorschrift von Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG für Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig. Der teilzwingende Konsumentengerichtsstand am Wohnsitz des beklagten Konsumenten gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. b des Gerichtsstandsgesetzes (GestG) kommt gegenständlich schon deshalb nicht zum Tragen, weil die Beklagte eine juristische Person ist und das Gesetz nur von Wohnsitz spricht (Fridolin Walther, GestG-Kommentar, Bern 2005, Art. 22 N 27). Zudem wurde hier unter Kaufleuten abgeschlossen und es liegt keine Leistung des üblichen Verbrauchs vor, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse bestimmt ist (Art. 22 Abs. 2 GestG; vgl. auch BGE 132 III 268). Möglicherweise liegt eine "Leistung des üblichen Verbrauchs" vor, weil sie banal, alltäglich ist, aber sie dient sicher nicht der Befriedigung persönlicher oder familiärer Bedürfnisse, sondern beruflichen oder gewerblichen Bedürfnissen. Ein Vorausverzicht der Beklagten BK auf ihren allgemeinen Sitzgerichtsstand wäre demnach

zulässig. Vom allgemeinen Sitzgerichtsstand abweichend und soweit es das Gesetz nicht ausschliesst, können die Parteien nach Art. 9 GestG für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage

Seite 7 — 18 nur noch am vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden (Abs. 1). Eine solche Gerichtsstandsvereinbarung muss schriftlich erfolgen (Abs. 2 Ingress), wobei einer schriftlichen Vereinbarung Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und E-Mail (Abs. 2 lit. a) sowie die mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung der Parteien (Abs. 2 lit. b) gleichgestellt sind. b. Das Argument der Beschwerdeführerin, infolge der ungenügenden Darstellung und Hervorhebung der Gerichtsstandsklausel in den AGB werde selbst der Geschäftskunde nicht darauf aufmerksam, fruchtet nicht. Die so genannte "typografische" Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Gerichtsstandsklauseln in Formularverträgen und AGB unter altArt. 59 BV, welche gewisse Anforderungen an die Darstellung und Augenfälligkeit solcher Klauseln stellte, ist hinfällig geworden (Bernhard Berger, GestG-Kommentar, Bern 2005, Art. 9 N 58-63; BSK-Reetz, Art.

E. 2.2

Die stillschweigende Anwendung von Art. 9 GestG mit Bejahung der örtlichen Zuständigkeit am Sitzgerichtsstand der Klägerin durch die Vorinstanz steht auf schwachen Füßen. a. Es ist unbestritten, dass in Bezug auf die behauptete Vereinbarung von Ziffer

E. 3

In der Betreuung Nr. 2072786 des Betreuungsamtes Mc. sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen.

Seite 4 — 18

E. 4

Q.,, Tk./ZH, sei der Streit zu verkünden.

E. 4.1

zu Art. 5 IPRG, unter Hinweis auf BGE 119 II 392); darüber hinaus ist nicht textlich nachgewiesen, was er angenommen hat (dazu vgl. nachstehende Erwägung e). Das Bestätigungsmail der Klägerin kann weder eine rückwirkende Fiktion dahin erzeugen, die Beklagte habe vorher textlich dem Gerichtsstand St. zugestimmt, noch kann darin der textliche Nachweis für eine spätere Zustimmungserklärung der Beklagten und für die Übermittlung einer solchen Zustimmungserklärung liegen. Der Text, mit dem nachgewiesen werden soll, es habe die Übermittlung der zustimmenden Erklärung der Beklagten stattgefunden, stammt nicht von der Beklagten, weshalb der von Reetz, (a.a.O., Art. 9 N 13) angesprochene Beweiszweck damit nicht erfüllt werden kann. Insoweit hat das Bestätigungsmail der Klägerin nur die Wirkung einer (einseitigen) Wiederholung ihrer webseitigen Anbieterofferte in anderer Form. Um die Form des schriftlichen Austausches der Willenserklärungen beziehungsweise von dessen Ersatz im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG herzustellen, bedürfte es der (Gegen)Bestätigung durch den Besteller durch Telex, Telefax oder E-Mail, dass er den Gerichtsstand St. akzeptiere. Eine solche Erklärung ist aber gerade nicht erfolgt, sondern die Distanzierung vom ganzen Vertrag (siehe nachfolgende Erwägung 3).

Seite 11 — 18 e. Die Webseite der Anbieterin ist dynamisch, inklusive des pop-up Fensters mit den AGB, und daher kein beweis-zuverlässiger Datenträger (vgl. Reetz, a.a.O., Art. 9 N 13). Als einschlägig erweist sich daher auch der Einwand der Beklagten, dass die Klägerin nicht hinreichend überzeugend dargetan habe, dass die AGB in Bezug auf den Gerichtsstand St. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom 15. November 2007 den gleichen Inhalt aufgewiesen haben, wie er aus den im Prozess eingelegten Beweisstücken hervorgeht. Entgegen der Klägerin und der Vorinstanz trifft die Beklagte in diesem Punkt nicht die Beweislast für "diese rechtsaufhebende Behauptung". Die Klägerin beruft sich auf den vom ordentlichen Gerichtsstand abweichenden Gerichtsstand St.. Sowohl für den Inhalt von AGB Ziff. 14 als auch für die Tatsache, dass der entsprechende Hyperlink auf der Webseite im Vertragsschlusszeitpunkt funktionierte, trägt sie daher nach Art. 8 ZGB die Beweislast (Frei, a.a.O., S. 139). Die entsprechenden, im Prozess eingelegten Ausdrücke ab der Webseite der Klägerin (printscreens) datieren vom Mai, Juni und November des Jahres 2008 (act. 04.1.1.3 und 7, act. 04.1.21). Auf den AGB ist zuunterst ein Datum (Stand 09.09.2005) angegeben. Dieses Datum ist durch die Betreiberin der Webseite jederzeit frei abänderbar und daher für sich allein a priori ungeeignet zu beweisen, dass das dynamische, elektronische Dokument der AGB zu einem bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Inhalt aufgewiesen habe. Dass die Klägerin sich nicht scheut, abgeänderte AGB auf ihrer Webseite aufzuschalten, ohne das darunter stehende Datum zu ändern/aktualisieren, ergibt sich bereits aus der Aktenlage (act. 04.1.1.3 und 7, act. 04.1.21), aber auch im Vergleich der Webseite im Zeitpunkt des Urteils mit den genannten Akten. Die klägerische Behauptung, die auf ihrer Webseite über den Hyperlink aufrufbaren AGB stammten vom 09. September 2005 ist insoweit unwahr. Beweismäßig hat die Vorinstanz auf ein Urteil des Kantonsgerichtsausschusses vom 17. Oktober 2007 hingewiesen, worin das Gericht, den Klageanspruch der WAG GmbH aus einem analogen Internetgeschäft betreffend, festgehalten habe, in Ziffer 14 der AGB der Klägerin finde sich eine Gerichtsstandsvereinbarung, wonach auf das Vertragsverhältnis Schweizer Recht zur Anwendung komme und der Gerichtsstand St. sei. Übersehen wird dabei, dass jene Feststellungen des Gerichts am 17. Oktober 2007 getroffen wurden und sich auf einen Vertragsschlusszeitpunkt im Jahre 2006 bezogen (Urteil Kantonsgerichtsausschuss vom 17. Oktober 2007, ZB 07 35, in Sachen WAG GmbH c. H.G. GmbH, E. B, 3b). Beides hat sich vor dem hier relevanten Vertragsschlusszeitpunkt vom November 2007 zugetragen. Die konkludente Annahme, die AGB der Klägerin könnten sich seither nicht verändert haben, lässt sich nicht halten. Die erstinstanzliche Schlussfolgerung,

Seite 12 — 18 es sei davon auszugehen, dass "die Gerichtsstandsvereinbarung in dieser Form auch in den AGB vom 15. November 2007 aufgeführt gewesen war", erweist sich als willkürlich. Es ist nicht hinreichend dargetan, dass jene AGB, welche im hier strittigen Registrierungszeitpunkt vom 15. November 2007 über den entsprechenden Hyperlink zugänglich waren, inhaltlich den im hiesigen Prozess eingelegten act. 04.1.1.3, 04.1.1.21 entsprachen, das heisst bereits eine Gerichtsstandsklausel enthielten und sie in dieser Form und mit diesem Inhalt (St.) aufwiesen. f. Praktische Überlegungen und die Konstellation im hiesigen Verfahren erlauben es, die Frage der örtlichen Zuständigkeit letztlich offen zu lassen. Die Klägerin beruft sich auf Ziff. 14 ihrer AGB und unterzieht sich insoweit vorbehaltlos dem Sachentscheid der für ihren Sitz örtlich zuständigen Gerichte. Unter der Voraussetzung, dass ein Sachentscheid zu ihren Gunsten ausfällt, hat die Beklagte Interesse an einer res iudicata. Sie hat kein Interesse, sich an ihrem Sitzgerichtsstand nochmals auf die Sache einlassen zu müssen. 3. Eventualiter macht die Beklagte in materieller

Hinsicht unter anderem geltend, sie sei rechtswirksam vom Vertrag zurückgetreten. Geht man in der Konsequenz von vorstehender Erwägung 2.f. davon aus, dass die Ziffer 14 der AGB (Gerichtsstand St.) formgültig im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG Vertragsbestandteil geworden ist, so erstreckt sich der tatsächliche oder normative Konsens auch auf die übrigen Bestimmungen der AGB. Dies um so mehr, als es sich bei der in Frage stehenden Vereinbarung über die entgeltliche Nutzung von Internetdienstleistungen und Datenbankinformationen um einen formfreien Konsensualvertrag handelt, weshalb sich im Unterschied zur Gerichtsstandsklausel die Frage der Zustimmungform nicht stellt. Die AGB wären integral zur Vertragsgrundlage geworden und demnach auch ihre Ziffer 8: "..... Dem Kunden wird ein Rücktrittsrecht vom geschlossenen Vertrag (Onlinevertrag) und dessen Auftragserteilung (Registrierung) gewährt. Dieses Rücktrittsrecht ist aber umgehend zu erklären, um Missbrauch von aufgeschalteten Registrierungen respektive Aufträgen und Anzeigen zu verhindern. Die Erklärung ist per Fax oder E-Mail rechtsgültig erbracht." a. Der beklagte, im E-Mail von Q., welcher leicht erkennbar der deutschen Sprache wenig mächtig ist, untechnisch verwendete Begriff "Kündigung" schadet in diesem Zusammenhang nicht. Aus dem Gesamtzusammenhang, dem übrigen Text der Erklärung und dem äussert frühen Zeitpunkt der Erklärung musste die Erklärungsempfängerin nach Treu und Glauben schliessen, dass nicht Kündigung im Sinne einer vorzeitigen Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses, sondern der Rücktritt im Sinne von Aufhebung beziehungsweise nicht wirksam werden der ge-

Seite 13 — 18 gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen ex tunc gemeint war. Dass die Klägerin dies auch tatsächlich so verstanden hat, geht mehrfach aus ihren Stellungnahmen im Prozess hervor (act. 10 S. 6, 04.1.1 S. 4, 04.1.22 S. 4). b. Die Klägerin bringt vor, wenn sie das Bestätigungsmail am 15. November 2007, um 17.11 Uhr versandt habe und die Rücktrittserklärung von Q. am 16. November 2007, um 09.18 Uhr, erfolgt sei, sei dies nicht umgehend im Sinne von Ziff. 8 der AGB. Die Beklagte hält dagegen, dass eine Reaktionszeit von 18 [recte 16] Stunden im Geschäftsgebrauch unverzüglich sei. Gemessen an den traditionellen Arbeitszeiten von 08.00-17.00 Uhr, habe sie beziehungsweise Q. jedoch bereits nach 1 Stunde und 18 Minuten den Vertragsrücktritt erklärt, was um so mehr als unverzüglich zu qualifizieren sei. Der Erstrichter hat die beklagte Auffassung ausschliesslich aus der Überlegung verworfen, die Beklagte habe auch innert 1 Stunde und 18 Minuten genügend Zeit gehabt, die angebotenen Internetdienstleistungen zu nutzen. Dies ist indessen keine Antwort auf die sich stellenden Rechtsfragen, ob sich die Beklagte mit der Rücktrittserklärung nach 16 Stunden oder nach 1 Stunde und 18 Minuten vertragskonform im Sinne von "umgehend" gemäss Ziff. 8 der AGB verhalten habe. Insoweit verletzt das angefochtene Urteil den beklagten Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs. c. Die AGB spezifizieren nicht weiter, welche maximale zeitliche Ausdehnung dem Begriff "umgehend" beizumessen ist; sie legen auch nicht fest, ab welchem Zeitpunkt die noch tolerierbare Zeitspanne laufen soll. Die Klägerin hat weder hinsichtlich der Zeitspanne noch in Bezug auf ihren Lauf eine spezifische Geschäfts-sitte behauptet oder bewiesen. Die Tragweite des unbestimmten Rechtsbegriffs ist durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Im Minutenbereich ist hier von vorneherein nicht zu rechnen. Die Bruttoreaktionszeit zwischen dem Versand des klägerischen Bestätigungsmails und dem Versand der Rücktrittserklärung von Q. beträgt 16 Stunden. Auch im E-Commerce kann nicht ohne weiteres erwartet werden, dass der Erklärungsempfänger rund um die Uhr arbeitet und seine Mailbox ohne Unterlass auf eingehende Nachrichten überwacht. Anrechenbar ist im relevanten Wirtschaftsbereich eine

normale Präsenzdauer von 8-9 Stunden zur Tageszeit (im Bereich von 7 Uhr morgens bis 18 Uhr abends). Beide Parteien operieren unter MEZ, sodass die Geschäftszeit bei beiden auch in ihrem Lauf übereinstimmt. Unter Abwesenden ist eine Nettoreaktionszeit von (\pm) 2 Stunden nach dem Vertrauensprinzip als "umgehend" zu qualifizieren. Auch unter

Seite 14 — 18 Geschäftsleuten darf der Absender einer Erklärung vom Empfänger in aller Regel kaum ein noch schnelleres Handeln erwarten. Der Versand einer Vertragsrücktrittserklärung per E-Mail zwischen dem Absenden der Daten auf der Webseite und dem Bestätigungsmail durch die Anbieterin ist faktisch ausgeschlossen, wenn – nach tatsächlicher und unwidersprochener Behauptung der Klägerin – das Bestätigungsmail jeweils postwendend, das heisst innert Sekunden generiert und versandt wird und in der Mailbox des Registrierenden eintrifft. Die Rücktrittserklärung kann also schon faktisch nur nach dem Eintreffen der Bestätigungsmails erfolgen. Umgehend im Sinne von AGB Ziff. 8 kann demnach nur heissen, umgehend seit Zugang oder Kenntnisnahme des Bestätigungsmails. Übersehen wird nun von der Klägerin, dass der Registrierende auf der Webseite selbst nicht darauf hingewiesen wird, dass er postwendend eine Bestätigungsnachricht per E-Mail erhält. Erst recht wird er dort nicht darauf hingewiesen, dass er sich dahingehend einer Kommunikationsregel unterwirft, dass er diese Nachricht abzuwarten und sofort zu kontrollieren habe. Den AGB ist wohl zu entnehmen, dass "Auftragserteilungen (Registrierungen) umgehend nach dem Vorgang automatisch bestätigt werden, damit der Kunde vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen kann" (Ziff. 6 Abs. 6 AGB). Welche konkrete Vorstellung die Gegenseite von "umgehend" hat, weiss der Besteller auch bei Konsultation von Ziff. 6 Abs. 6 AGB noch nicht; zudem wird nicht darauf hingewiesen, dass die Registrierungsbestätigung per E-Mail erfolgen wird. Mithin kann der Registrierende auch keine Vorstellung darüber haben, von welchem Moment an ihm die Zeit läuft, um "umgehend" allenfalls den Vertragsrücktritt gemäss AGB Ziff. 8 zu erklären. Dieses Risiko zeitlicher Unstimmtheit trägt der Internetanbieter und Verfasser unklarer AGB. Um so mehr muss im Licht dessen, was von einem korrekt denkenden und handelnden Partner nach dem Vertrauensprinzip erwartet werden darf, die von Q. effektiv und ab dem Zeitpunkt des Versands des Bestätigungsmails gerechnete Reaktionszeit von 16 beziehungsweise 2 Stunden als zeitgerecht angesehen werden. Die tatsächliche Behauptung der Klägerin, dass Q. das Bestätigungsmail gleichzeitig mit dem Eintreffen in seiner Mailbox zur Kenntnis genommen habe, ist im Übrigen unbewiesen. Ob im Zusammenhang des elektronischen Mailverkehrs generell fingiert werden darf, Eingang in der Mailbox bedeute gleichzeitige Kenntnisnahme, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die Rücktrittserklärung von Q. ist im einen wie im anderen Fall umgehend erfolgt. Die Klägerin argumentiert, die Anforderung, dass ein allfälliger Vertragsrücktritt umgehend erklärt werden müsse, sei zwingend und unumgänglich, um Missbräuchen vorzubeugen. Registrierende könnten ansonsten sofort in den Genuss

Seite 15 — 18 von Dienstleistungen kommen und dann, ohne Gegenleistung erbringen zu müssen, vom Vertrag zurücktreten. Das verfängt nicht. Wenn gemäss Behauptung der Klägerin das Absenden der Anmeldung und das Eintreffen des Bestätigungsmails zeitlich praktisch zusammenfallen, sind im Moment des Erhalts des Bestätigungsmails bereits beide nach Ziff. 6 Abs. 6 und nach Ziff. 8 AGB übereinstimmend als "umgehend" bezeichneten Zeitspannen abgelau- fen. Eine rechtswirksame Rücktrittserklärung wäre also nach dem Konstrukt der Klägerin bereits aus Zeitgründen theoretisch nicht zu bewerkstelligen. Wollte man der Auffassung der Klägerin folgen, liefe dies im Resultat

darauf hinaus, dass das von ihr mittels AGB offerierte und durch Übernahme der AGB gegenseitig vereinbarte Rücktrittsrecht des Bestellers nur ein Scheinrecht darstellt. Es könnte aus faktischen Gründen überhaupt nie oder bloss theoretisch im Bereich von Sekunden zum Tra- gen kommen. Die Argumentation der Klägerin erweist sich zudem als missbräuch- lich, weil sie letztlich auf eigenem Unvermögen beruht. Es läge an der Klägerin, mit einer zeitgebundenen Zugangssperre technisch dafür zu sorgen, dass es solange unmöglich ist, Informationen abzurufen und andere Dienstleistungen zu nutzen als jene Zeitspanne läuft, die sie noch als "umgehend" erachtet. e. Gegen einen Vertragsrücktritt erhob die Klägerin ferner den Einwand, die Be- klagte könne sich nicht auf Art. 9 OR berufen. Es sei in tatsächlicher Hinsicht erstellt, dass die per Internet erklärte Vertragsannahme von Q. Sekunden später bei der Klägerin eingetroffen und von dieser auch zur Kenntnis genommen worden sei. In rechtlicher Hinsicht könne ein Widerruf jedoch nur wirksam werden, wenn der Wi- derruf eingehe, bevor die andere Partei von der zu widerrufenden Willenserklärung Kenntnis genommen habe. Der Einwand geht rechtlich an der Sache vorbei. Die Beklagte beruft sich nicht auf Art. 9 OR. Diese Norm bezieht sich auf die Beseitigung respektive auf das Nichteintreten der Wirkung von Willenserklärungen, nicht auf die Beseitigung eines ganzen und bestehenden Schuldverhältnisses durch rechtsge- staltende (rechtsvernichtende) Willenserklärung. Die Vorschrift verdeutlicht, dass unter Abwesenden die Rechtswirksamkeit nicht mit der Abgabe oder dem Versen- den einer Willenserklärung, sondern erst mit deren Empfang/Kennntnisnahme beim Adressaten eintritt, indem eine abgegebene/versandte Primärerklärung durch eine sie überholende Sekundärerklärung quasi abgefangen werden kann. Das Gesetz macht diesfalls die Fiktion, dass die Primärerklärung nicht erfolgt ist. Quintessenz der Regel ist jedenfalls, dass die gegenläufige Sekundärerklärung den Eintritt der rechtserzeugenden Wirkung der Primärerklärung verhindert. Bezogen auf das Ak- zept bei einer zweiseitig übereinstimmenden Willensäusserung kommt dann der Vertrag nicht zustande. Die Beklagte beruft sich demgegenüber mit ihrem Eventu-

Seite 16 — 18 alstandpunkt nicht darauf, das Zustandekommen des Vertrages sei durch eine sol- che überholende Sekundärerklärung ihrerseits verhindert worden, sondern darauf, dass der zustande gekommene Vertrag als ganzes Schuldverhältnis rückwirkend durch ihre Ausübung des Gestaltungsrechts gemäss Ziff. 8 AGB aufgehoben wor- den sei. 4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte zeitig und rechtswirk- sam vom Vertrag zurückgetreten ist. Sie schuldet keine Abonnementsgebühr. An- gesichts dieses Resultats erübrigt sich, auf die weitere materiell-rechtliche Proble- matik der vollmachtlosen Stellvertretung durch Q. einzugehen. 5. Ist die Beschwerde gutzuheissen und die Klage der WAG AG, soweit darauf einzutreten ist, zur Gänze abzuweisen, gehen die Gerichtskosten in beiden Instan- zen zu Lasten der WAG GmbH (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Ausserdem greift die gesetz- liche Regel, wonach sie der obsiegenden Gegenpartei alle ihr durch den Rechts- streit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen hat (Art. 122 Abs. 2 ZPO). a. Die Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 950.— ist nicht selbständig gerügt worden. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwen- dung von Art. 5 lit. b und Art. 8 Abs. 1 des Kostentarifs im Zivilverfahren auf Fr. 1'504.— festzusetzen (Gerichtsgebühr Fr. 1'200.—, Schreibgebühr Fr. 304.—). b. Der Rechtsvertreter der im erstinstanzlichen Verfahren obsiegenden Klägerin hat der Vorinstanz eine Honorarnote über Fr. 6'834.85 eingereicht. Der Erstrichter hat die Entschädigung auf Fr. 3'500.— festgelegt. Diese Festsetzung der Höhe der Prozessentschädigung ist keinerseits selbständig angefochten worden. Der Rechts- vertreter der Beklagten hat im erstinstanzlichen

Verfahren zwei Honorarnoten über insgesamt Fr. 7'704.90 eingelegt. Auch dieser Aufwand ist zu hoch. Er ist zum einen der Bedeutung der rein vermögensrechtlichen Sache mit bescheidenem Streitwert von 600 Franken nicht angemessen. Zum anderen ist festzustellen, dass die Honorarabrechnung Aufwendungen enthält, welche die Widerklage betreffen, deren Beurteilung – abgesehen vom Sühnverfahren – nicht in die sachliche Kompetenz des Kreispräsidenten fiel. Es ist stattdessen der gleiche Betrag zuzusprechen, den die Vorinstanz bei umgekehrtem Verfahrensausgang der Klägerin als Verfahrensschädigung zugesprochen hat. Der Antrag des Rechtsvertreters der obsiegenden Beschwerdeführerin auf Verfahrensentschädigung für das Rechtsmittelverfahren ist unbeziffert geblieben, so dass die Zivilkammer praxisgemäss den für eine sachgerechte Interessenwahrung notwendigen Aufwand schätzungsweise festlegt. Von Umfang der Rechtsschriften, den

Seite 17 — 18 Akten, der rechtlichen Problematik und der Bedeutung der Sache ausgehend, ist eine Prozessentschädigung von 1'600 Franken (MWST eingeschlossen) angemessen.

Seite 18 — 18 III.

E. 5

Hinsichtlich der Widerklagebegehren Ziff. 3 und 4 sei das Sühnverfahren durchzuführen.

E. 6

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin." Die Beklagte schloss primär auf Nichteintreten auf die Klage, da mangels Übernahme der AGB und ihrer Ziff. 14 in den Vertragsschluss die örtliche Zuständigkeit im Kreis Fünf Dörfer nicht gegeben sei. Eventualiter machte sie in materieller Hinsicht geltend, mangels Vertretungsmacht habe Q. die Beklagte nicht verpflichten können. Sofern dies dennoch zutreffen sollte, sei Q. mit Wirkung für die Beklagte am 16. November 2007 rechtzeitig vom Vertrag zurückgetreten. 3. Nach durchgeführter mündlicher Hauptverhandlung erkannte der Einzelrichter mit Urteil vom 10. Dezember 2008: "1. Die Klage wird gutgeheissen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 669.05 zu bezahlen. 2. Der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 2072786 des Betreibungsamtes Mc. wird aufgehoben. 3. Die Beklagte wird zudem verpflichtet, die Verfahrenskosten des Kreisamtes Fünf Dörfer im Betrag von CHF 950.00 zu tragen. ... 4. Ausseramtlich hat die Beklagte die Klägerin mit CHF 3'500 zu entschädigen." D.1. Gegen das am 12. Dezember 2008 mitgeteilte und am 15. Dezember 2008 empfangene Urteil legte die Beklagte BK am 19. Januar 2009 Beschwerde beim Kantonsgericht ein. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Nichteintreten auf die Klage, eventualiter die vollumfängliche Klageabweisung – alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

Seite 5 — 18 2. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin. 3. Der Kreispräsident Fünf Dörfer verweist in seiner Vernehmlassung auf die Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung, ohne Antrag zu stellen. II. Erwägungen 1.a. Die Beschwerde gemäss Art. 232 ZPO ist zulässig. Die formellen Voraussetzungen für das Eintreten (Art. 233 ZPO: Schriftlichkeit, Fristwahrung, Begründung, Anträge) sind gegeben. b. Die Beklagte hat im Beschwerdeverfahren neue Akten eingelegt, was von der Beschwerdegegnerin zu Recht beanstandet wird. Sie bleiben ausser Betracht. Ausserdem soll mit den neu eingelegten Beweismitteln die fehlende

rechtliche Verbindung zwischen der Beklagten und Q. untermauert werden, womit ihnen auch sachlich keine entscheidende Rolle zukäme (vgl. nachstehende Erwägung Ziffer 4). c. Jede Partei, die im Falle des Unterliegens ein Rückgriffsrecht gegen einen Dritten zu haben glaubt oder den Anspruch eines Dritten befürchtet, kann diesem bis zur rechtskräftigen Erledigung des Streits durch den Gerichtspräsidenten den Streit verkünden lassen. Dem Eingerufenen stehen die gleichen prozessualen Rechte zu wie den Hauptparteien (Art. 30 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Gericht kann auch über den Rückgriffsanspruch des Streitverkünders gegenüber dem Eingerufenen entscheiden, wenn diese Parteien es beantragen (Art. 32 ZPO). Unter Vorbehalt von Art. 32 ZPO darf das Urteil nur auf die Hauptparteien lauten; es wird aber auch den Nebenparteien mitgeteilt (Art. 34 ZPO). Die Klägerin hat mit erster Rechtsschrift Q. den Streit verkündet. Der Erstrichter blieb diesbezüglich vollkommen untätig. Er hat entgegen seiner Pflicht gemäss Art. 32 Abs. 1 ZPO weder die Verkündung des Streits an den Eingerufenen erlassen, noch wurde in der Folge dem Eingerufenen gegenüber das rechtliche Gehör im Sinne von Art. 32 Abs. 2 ZPO gewahrt. Auch die Urteilsmitteilung an Q. im Sinne von Art. 34 ZPO ist unterblieben. Irgendwelche Einwände dagegen hat die Klägerin indessen weder im Vorbereitungsverfahren noch anlässlich der Hauptverhandlung erhoben; auch im Rechtsmittelverfahren wurde diesbezüglich nichts gerügt. Angesichts dieses konsequent abstinenter Verhaltens ist zu schliessen, dass die Klägerin auf ihr prozessuales Recht der Streitverkündung konkludent verzichtet hat. Da durch die fehlerhafte erstinstanzliche Verfahrensleitung Q. ferner keinerlei direkte

Seite 6 — 18 oder indirekte Beschwer aus dem Urteil erwachsen kann, hat die Mitteilung der Rechtsmittelentscheidung an den Eingerufenen unter diesen Umständen ebenfalls zu unterbleiben.

E. 9

N 28 GestG; Wirth, Komm. GestG, Zürich, Art. 9 N 9 und 48 f.).

E. 14

sei auf der Webseite zugänglich und ab derselben ausdrückbar und der Austausch der Zustimmungserklärung sei durch das Setzen des Häkchens in der Checkbox (■ * Bestätigung: Ich habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Preisliste gelesen und erkläre mich einverstanden damit) erfolgt. Im Licht des Formerfordernisses von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG ist das nicht richtig. Weder die Ziffer 14 der AGB selbst noch die Zustimmungserklärung der Beklagten wurden vor oder beim Anmeldevorgang per Telegramm, Telex, Telefax oder E-Mail übermittelt, sondern nur am Bildschirm. Es gibt keine textlich nachweisbare Verlautbarung der Beklagten beziehungsweise des für sie allenfalls wirksam handelnden Q., wonach er der Gerichtsstandsklausel zugestimmt hat. Es reicht nicht, dass man die Gerichtsstandsklausel ab der Webseite ausdrucken kann, denn damit wird der Anbieter nicht einen textlichen Nachweis der Übermittlung erbringen können, insbesondere nicht einen solchen, der sich auf die Annahmeerklärung der Gegenseite erstreckt. Neben der Bewusstmachung der Bindung durch eine Gerichtsstandsklausel und ihren Folgen beim Erklärenden dürfte der Zweck der Formvorschrift von Art. 9 Abs. 2 GestG auch in der Vermeidung derartiger Beweisprobleme (Rechtssicherheit) liegen. b. Es ist – vom genauen Inhalt der AGB einmal abgesehen – im Grunde nicht bestritten, dass im Vertragsschlusspunkt Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin über den entsprechenden Hyperlink

aufgerufen und zur Kenntnis genommen werden konnten. Als besonders augenfällig kann der Hinweis auf der Webseite der Anbieterin auf ihre AGB hier kaum bezeichnet werden. Die so genannten Hyperlinks, über welche man in die "Allgemeine Geschäftsbedingungen" und "Preisliste" verzweigen kann, sind allerdings – wie dies auf Websites heute üblich ist – anders eingefärbt und unterstrichen. Für die form- und rechtsgültige Vereinbarung eines Gerichtsstandes ist nicht notwendig, dass eine Partei die entsprechende Ziffer der AGB der Gegenpartei effektiv zur Kenntnis nimmt. Man kann niemanden zwingen, etwas tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und zu verinnerlichen. Grundsätzlich genügt daher Kennen Können der AGB mit Gerichtsstandsklausel. Es muss die Möglichkeit gegeben sein, vom AGB-Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Dass der Besteller den Link tatsächlich geöffnet und die AGB gelesen habe, ist, entgegen der scheinbaren Annahme der Beklagten, nicht erforderlich. Das bildschirmliche Anklicken der Checkbox (■ * Bestätigung: Ich habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Preisliste gelesen und erkläre mich einverstanden damit) dürfte für den Konsens genügen (vgl. zum Ganzen Frei, S. 136 ff.); insofern genügt auch das Konstrukt auf der Webseite der Klägerin. Das beseitigt aber nicht

Seite 9 — 18 das vorgehend geschilderte Form- und Beweisproblem in Bezug auf die Gerichtsstandsklausel. c. Selbst wenn die technische Einrichtung des online-Registrierungsformulars und das Beweismaterial die tatsächliche Annahme erlauben sollten, dass der Klick von Q. in die untenstehende Checkbox auf der Registrierungsseite erfolgt ist, so ist dieser zustimmende Klick nicht eine Willensbestätigung oder -äußerung, die sich als "den Nachweis durch Text ermöglichende Form der Übermittlung" qualifizieren lässt. Betreffend des Klicks (im Sinne von Akzeptieren von Ziff. 14 AGB und Zustimmung zum Gerichtsstand St.) kann nicht der Übermittlungsnachweis durch Text erbracht werden. Der Nachweis über die Äußerung des Bestellers muss sich nach gesetzlicher Vorgabe aus Text ergeben. Dieser Nachweis lässt sich gegenständlich nicht mittels Text, sondern allenfalls lediglich in Form eines Schlusses aus technischer Funktionalität (Anklicken der Checkbox) erbringen. Der optische Zustand der Checkbox (■ * Bestätigung: Ich habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Preisliste gelesen und erkläre mich einverstanden damit), beziehungsweise der Wert, den sie an das Datenbanksystem der Webseite zurückgegeben hat, ist im Übermittlungsvorgang vom Besteller zum System nicht in Text festgehalten. Die Klägerin hat jedenfalls nichts Derartiges behauptet oder zu beweisen versucht. Sie argumentiert vorab mit der These, der entsprechende Wert müsse gesetzt gewesen sein, da eine erfolgreiche Anmeldung dies voraussetze. d. Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann auch in einem nach Vertragsschluss zwischen den Parteien ausgetauschten Schriftstück enthalten sein, beispielsweise in einer Auftragsbestätigung oder Rechnung; wirksam ist sie jedoch nur dann, wenn die Partei, die das Schriftstück erhalten hat, sich unmissverständlich mit der Gerichtsstandsvereinbarung einverstanden erklärt hat. Insbesondere genügt es für die Gültigkeit der Wahl des Gerichtsstandes nicht, dass der Empfänger der Bestätigung, die die Klausel beinhaltet, nach deren Erhalt in Schweigen verweilt (Kommentar IPRG, Patocchi / Geisinger, 2000, N 4.2 zu Art. 5 IPRG, mit Hinweisen). Im hiesigen Registrierungsablauf könnte man versucht sein, "eine Form der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglicht" im Bestätigungsmail der Klägerin zu erblicken, denn dieses erwähnt tatsächlich den Gerichtsstand St.. E-Mail Kommunikation und das Ausfüllen von Webformularen ist Kommunikation unter Abwesenden (Frei, a.a.O., S. 62 f.). Der textliche Nachweis für die Übermittlung der Zustimmungserklärung kann indessen nicht allein in der einseitigen

Äusserung der Klägerin vom 15. November 2007 (Bestätigungsmail) liegen, denn diese Äusserung und ihre Übermittlung können naturgemäss nur über den Willen der Anbieterin zuverlässig Auskunft geben. Der Rest, den die Beklagte aus dem eigenen Bestätigungsmail

Seite 10 — 18 interpretiert haben will, nämlich, dass die Bestellerin dem Gerichtsstand St. vorgängig zugestimmt habe, bleibt bestreitbare Behauptung. Darüber, ob im Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages (das ist die Betätigung des Knopfes "Anmelden") der Gerichtsstand St. vom Willen der Beklagten getragen und geäussert wurde, kann das nachgehende Bestätigungsmail bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden naturgemäss nichts aussagen. Entscheidend sind die Bewusstseinslage des Bestellers bezüglich des Gerichtsstandes im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beziehungsweise seine diesbezüglichen Erklärungen und – im Falle der Gerichtsstandsklausel – ihre Form. Zur Übereinstimmung von Willensäusserungen und ihres Nachweises braucht es unter Abwesenden zwei separate Äusserungen. Zur Erfüllung der Formvorschrift bei Gerichtsstandsvereinbarungen muss zudem jede dieser erforderlichen Erklärungen, jedenfalls aber jene derjenigen Partei, die sich durch die Prorogationsabrede verpflichtet, in einer der Formen von Art. 9 Abs. 2 GestG abgegeben werden (Berger, a.a.O., Art. 9 N 25 und 26). In Bezug auf die Erklärung des Online-Bestellers, der auf seinen Wohnsitz- oder Sitzgerichtsstand verzichtet, muss also zumindest eine Form der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Telex, Telefax, E-Mail o.ä.) gegeben sein. Weder die Übermittlung der zustimmenden Äusserung von Q. als solche, noch worauf sich die Zustimmungsäusserung bezogen haben soll (AGB Inhalt), lassen sich hier in Form von Text nachweisen. Selbst wenn Q. die Klausel gekannt hat, ist sie unwirksam, weil er sie nicht textlich nachweisbar angenommen hat (Kommentar IPRG, Patocchi / Geisinger, 2000, N

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