

Alexander Schmid / Jean-Daniel Schmid

Gerichtsstandsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen in über das Internet abgeschlossenen Verträgen im Binnenkontext

Vertragsrechtliche und zivilprozessuale Aspekte

Im Internet werden alltäglich Verträge unter Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche Gerichtsstandsklauseln enthalten, abgeschlossen. Für diese sieht die Rechtsordnung besondere Formvorschriften vor. Der Beitrag beleuchtet in diesem Zusammenhang verschiedene vertragsrechtliche und zivilprozessuale Aspekte. Namentlich wird analysiert, wie diese Formvorschriften im Binnenkontext auszulegen sind und welche Voraussetzungen für die Ausgestaltung von Internetangeboten daraus resultieren. Ausgangspunkt bildet ein Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden, welches sich explizit zu den angesprochenen Themenkomplexen äussert.

Rechtsgebiet(e): Urteilsbesprechungen; OR allgemeiner Teil; Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Alexander Schmid / Jean-Daniel Schmid, Gerichtsstandsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen in über das Internet abgeschlossenen Verträgen im Binnenkontext, in: Jusletter 6. Juni 2011

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
 1. Vorbemerkungen
 2. Vertragsrechtliche Bemerkungen zu via Internet abgeschlossenen Verträgen
 - 2.1. Willenserklärungen im Internet
 - 2.2. Qualifikation von Internetauftritten
 - 2.3. Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen in über das Internet abgeschlossene Verträge
 3. Bemerkungen zu Gerichtsstandsklauseln im Binnenkontext
 - 3.1. Überblick
 - 3.2. Zulässigkeit
 - 3.3. Form
- III. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 18. Mai 2009
 1. Zusammenfassung
 - 1.1. Sachverhalt
 - 1.2. Erwägungen
 2. Würdigung
 - 2.1. Vorbemerkungen
 - 2.2. Bemerkungen zu vertragsrechtlichen Aspekten
 - 2.3. Bemerkungen zu Formfragen im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Gerichtsstands
 - 2.3.1. Zusammenfassung der Haltung des Kantonsgerichts
 - 2.3.2. Kritik
 - a) Anzeige einer Webseite am Bildschirm als Übermittlungsform, welche den Nachweis durch Text ermöglicht
 - b) Auswählen einer Checkbox und Versand eines Online-Formulars als Übermittlungsform, welche den Nachweis durch Text ermöglicht
 - c) Notwendigkeit der Übermittlung der Gerichtsstandsklausel zur Erfüllung des Formerfordernisses?
 - d) Zum Beweiswert
 - e) Abschliessende Gedanken
- IV. Fazit
 1. Zum Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit Webshops
 2. Hinweise für die Praxis
 - 2.1. Vorbemerkung
 - 2.2. Bestätigungs-E-Mail
 - 2.3. Zwingende Darstellung der Gerichtsstandsklausel im Webshop
 - 2.4. Übermittlung der Zustimmung des Kunden zur AGB als Text sowie explizite Nennung der Gerichtsstandsklausel in der Checkbox
 - 2.5. Speicherung/Log

I. Einleitung

[Rz 1] Der Abschluss von Verträgen über das Internet mittels eines Webbrowsers gehört heute zum Alltag. Kunden sind es hierbei gewöhnt, vom Anbieter festgelegte allgemeine Geschäftsbedingungen («AGB») mittels eines Mausclicks zu akzeptieren. Auf diesem Weg einbezogene AGB enthalten regelmässig Gerichtsstandsklauseln, für welche, anders als betreffend andere üblicherweise in AGB niedergelegten Vertragsbedingungen, Formvorschriften bestehen¹. Im

¹ Im Binnenkontext ist Art. 17 ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO) [SR 272]) und im internationalen Kontext Art. 5 IPRG (Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) [SR 291]) und Art. 23 LugÜ (Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in

Folgenden soll deshalb analysiert werden, ob die gängige Praxis, wonach bei via Internet abgeschlossenen Verträgen Gerichtsstandsklauseln in AGB aufgenommen werden, zu formgültigen Gerichtsstandsvereinbarungen führt und welchen Aspekten dabei besondere Beachtung zu schenken ist.

[Rz 2] Ausgangspunkt für die Analyse bildet ein Urteil des *Kantonsgerichts von Graubünden* vom 18. Mai 2009, welches sich eingehend mit der aufgeworfenen Fragestellung befasst. Das Gericht gelangt dabei zum Schluss, dass die in AGB enthaltenen Gerichtsstandsklauseln bei via Internet abgeschlossenen Verträgen *formungültig* sind². Das Urteil stützt sich auf das inzwischen ausser Kraft getretene GestG³. Da die Regelung in der ZPO der bisherigen Regelung gemäss GestG entspricht⁴, bleibt dieses Urteil auch in Zukunft relevant.

[Rz 3] Im ersten Teil⁵ dieses Beitrags werden die vertragsrechtlichen und zivilprozessualen Grundlagen im Hinblick auf via Internet abgeschlossene Verträge und Gerichtsstandsvereinbarungen überblicksartig dargestellt. Der zweite Teil⁶ beinhaltet eine Zusammenfassung und kritische Würdigung des vorgenannten Urteils. Im dritten Teil⁷ werden ein Fazit gezogen sowie Hinweise für die Praxis angebracht.

[Rz 4] Schliesslich sei angemerkt, dass sich dieser Beitrag einzig mit der Formvorschrift von Art. 17 Abs. 2 ZPO⁸ befasst und somit ausschliesslich im Binnenkontext unmittelbar relevant ist⁹.

II. Grundlagen

1. Vorbemerkungen

[Rz 5] Vor der Besprechung des in der Einleitung angesprochenen Urteils gilt es auf einige vertragsrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss über das Internet hinzuweisen. Ferner ist überblicksartig die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen und die entsprechende Formvorschrift darzustellen. Für eine vertiefte

Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) [SR 0.275.12]) von Bedeutung.

² Vgl. Kap. III.

³ Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) (vgl. AS 2000 2355; AS 2004 2617 Anhang Ziff. 3; AS 2005 5685 Anhang Ziff. 14; AS 2006 5379 Anhang Ziff. II 2).

⁴ Vgl. Kap. II.3.

⁵ Kap. II.

⁶ Kap. III.

⁷ Kap. IV.

⁸ Bzw. den mittlerweile ausser Kraft getretenen Bestimmungen des GestG.

⁹ Die Bemerkungen zu Art. 17 Abs. 2 ZPO dürften aber wegen der weitgehenden Identität mit Art. 5 Abs. 2 IPRG (vgl. auch Kap. II.3.1.) auch im internationalen Kontext bedeutsam sein, soweit nicht das LugÜ anwendbar ist.

Auseinandersetzung mit diesen Themen wird auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen.

2. Vertragsrechtliche Bemerkungen zu via Internet abgeschlossenen Verträgen

2.1. Willenserklärungen im Internet

[Rz 6] Verträge werden durch übereinstimmende Willenserklärungen abgeschlossen (Art. 1 Abs. 1 OR¹⁰). Das Internet erlaubt vielfältige Kommunikationsmöglichkeiten, welche potentiell als Mittel zur Abgabe von Willenserklärungen dienen können. Zu denken ist u.a.¹¹ an das Versenden von E-Mails sowie das Ausfüllen und Absenden von Webformularen. Es stellt sich dabei die Frage, ob alleine aufgrund der Verwendung des Mediums Internet Besonderheiten hinsichtlich der Deutung der damit in Zusammenhang stehenden Handlungen gelten.

[Rz 7] Die Antwort fällt differenziert aus. Soweit die fragliche Handlung unmittelbar von einem Menschen ausgeht und das Medium lediglich der Übermittlung dient, gelten die gleichen Regeln wie bei anderen Kommunikationsmitteln. Bei ihrer Deutung ist somit auf die klassische Rechtsgeschäftslehre¹² abzustellen.¹³ Im Ergebnis können demnach auf diesem Weg Willenserklärungen abgegeben werden¹⁴.

[Rz 8] Andere Grundsätze gelten bei der Computererklärung, bei welcher eine Erklärung automatisch aufgrund der Programmierung der entsprechenden Infrastruktur abgegeben wird¹⁵ und welche somit die individuelle Erklärung eines Menschen ersetzt¹⁶ (z.B. automatisch generierte E-Mail eines Webshops¹⁷, welche von der Software ihres Betreibers nach Ausfüllen und Einsenden des auf der Plattform zur Verfügung gestellten Bestellformulars versandt wird; sog. «Auto-Reply»¹⁸). Derartige Erklärungen können dann Willenserklärungen darstellen, wenn der Einsatz und die konkrete Ausgestaltung der elektronischen Infrastruktur, d.h. ihre Programmierung, auf den Willen des Betreibers bzw. Inhabers dieser Infrastruktur zurückzuführen ist¹⁹.

2.2. Qualifikation von Internetauftritten

[Rz 9] Es wird im Hinblick auf die obligationenrechtliche Qualifikation von Webseiten seit längerem in der Literatur diskutiert, ob es sich bei Angaben auf Webseiten²⁰ um ein rechtlich verbindliches Angebot handelt. Die Frage ist auf dem Weg der Auslegung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu beantworten²¹, wobei jeweils zu beachten ist, wie ein Nutzer die konkrete Darstellung nach Treu und Glauben verstehen darf²². Im Regelfall dürfte es sich lediglich um eine Einladung zur Offertstellung (sog. «*invitatio ad offerendum*») handeln²³. Von einem verbindlichen Angebot dürfte immerhin

¹⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

¹¹ Daneben sind weitere von der Verwendung elektronischer Medien geprägte Vorgänge denkbar, welche eine Willenserklärung beinhalten können (z.B. Kommunikation via SMS, MMS, Text- und Videochats).

¹² Dazu statt vieler KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009, § 3 N 107 ff. und HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008, N 153 ff.

¹³ In diesem Sinne etwa die Definition bei BAUM STEFAN, Der elektronische Vertragsabschluss, Diss. Basel, Basel 2001, S. 40 f., wonach eine «elektronische Willenserklärung» die «Äusserung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens mittels elektronischer Medien» darstelle sowie HAHN ANNE-CATHERINE, Vertragsschluss im Internet: Ausgewählte Fragen, in: Thomas Hoeren/Robert Queck (Hrsg.), Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999, S. 146–167, S. 150. Vgl. ferner LEUPOLD MICHAEL/WÜGER DANIEL, 15 Jahre Internetnutzung – Der Stand der Dinge im Schuld-, Kollisions- und Datenschutzrecht, sic! 2008, S. 181–199, S. 182 und SCHÖBI FELIX, Vertragsschluss auf elektronischem Weg, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, S. 95–108, S. 98.

¹⁴ Siehe hierzu SCHWAB KARIN F., Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossenen Verträgen, Diss. Zürich, Zürich 2001, S. 49; WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, 2. Auflage, Zürich 2010, S. 339 f.; JÖRG FLORIAN S., Internet-Vertragsrecht: Eine Bestandesaufnahme, in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 9. Tagungsband, Bern 2007, S. 271–324, S. 279. Terminologisch ist dabei von «elektronischen» bzw. «digitalen» Willenserklärungen die Rede, bei welchen das digitale Medium lediglich der Übermittlung der Willenserklärung dient (dazu FREI OLIVER, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich, Zürich 2001, N 203 f. sowie auch schon SCHMIDLIN BRUNO, Kommentar zu Art. 23–31 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/2/1b, Bern 1995, Art. 27 N 39

[«EDV-unterstützte Erklärung»]).

¹⁵ SCHMIDLIN BRUNO (Fn. 14), Art. 27 N 40.

¹⁶ FREI OLIVER (Fn. 14), N 204.

¹⁷ Im Folgenden werden Plattformen, welche den Abschluss von Verträgen über eine Webseite direkt oder indirekt ermöglichen, unabhängig davon, ob der einzelne Vertrag den Kauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, kollektiv als «Webshops» bezeichnet.

¹⁸ Beispiel nach Urteil des LG Köln vom 16. April 2003 (Az. 9 S 289/02), Juris, Willenserklärung durch «Auto-Reply», in: Jusletter 16. Juni 2003.

¹⁹ WEBER ROLF H./JÖHRI YVONNE, Vertragsabschluss im Internet, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, S. 39–57, S. 49; WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 340; JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 279 f.; SCHMIDLIN BRUNO (Fn. 14), Art. 27 N 51; LANGER DIRK, Verträge mit Privatkunden im Internet, Diss. Genf, Zürich 2003, S. 264. Ausführlich FREI OLIVER (Fn. 14), N 203 ff. Siehe zur Begründung etwa SCHMIDLIN BRUNO (Fn. 14), Art. 27 N 51; HAHN ANNE-CATHERINE (Fn. 13), S. 150 und BAUM STEFAN (Fn. 13), S. 40 ff. Siehe zu Beispielen aus der (deutschen) Rechtsprechung etwa Urteil des OLG Frankfurt vom 20. November 2002 (9 U 94/02) (publ. in MMR 2003 S. 405 ff.), Urteil des LG Köln vom 16. April 2003 (Fn. 18), sowie Urteil des AG Westerburg vom 14. März 2003 (21 C 26/03) (publ. in MMR 2003 S. 609 f.).

²⁰ Z.B. Angebot von Waren und Dienstleistungen in Webshops.

²¹ SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 54 ff.; JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 280.

²² WEBER ROLF H./JÖHRI YVONNE (Fn. 19), S. 43.

²³ FREI OLIVER (Fn. 14), N 167; SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 55 f.; JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 282; HONSELL HEINRICH/PIETRUSZAK THOMAS, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, S. 771–790, S. 774; JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER, Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2002, S. 165–186, S. 169; WILLE PATRICK,

dann auszugehen sein, wenn sich die angebotene Leistung sofort elektronisch beziehen lässt²⁴. Gleiches gilt wenn der Kunde das Produkt sofort mittels Kreditkarte bezahlen muss und ein konkreter Liefertermin vereinbart wird²⁵. Hieraus folgt, dass die Bestellung von Waren und Dienstleistungen in Reaktion auf einen Internetauftritt im Regelfall nicht die Annahme, sondern lediglich das Unterbreiten eines Angebots durch den Kunden darstellen kann. Ein allfälliger Vertragsschluss hängt somit von der Annahme durch den Anbieter ab.²⁶ Daneben ist zu beachten, dass bei der Verwendung elektronischer Medien zumeist²⁷ von einer Kommunikation unter Abwesenden auszugehen ist²⁸. Soweit der Antragsteller keine Frist für die Annahme gesetzt hat, ist er an den Antrag gebunden, bis er eine Antwort erwarten darf (Art. 5 Abs. 1 OR)²⁹, wobei diese Frist hier aufgrund des verwendeten Mediums kurz ausfallen dürfte³⁰. Die Qualifikation der Internetseite des Anbieters als Einladung zur Offertstellung führt schliesslich dazu, dass der Vertrag in der Regel auch ohne explizite Annahme zu Stande kommt (Art. 6 OR)³¹.

[Rz 10] Abschliessend ist festzuhalten, dass sich vorgenannte Diskussion regelmässig erübrigen könnte, zumal die Programmierung von Webshops oft so ausgestaltet sein dürfte, dass innert Sekunden nach der Bestellung durch den Kunden automatisch eine Bestätigung seitens des Anbieters ausgelöst wird. Hierbei handelt es sich nach dem Dargelegten regelmässig um eine dem Betreiber des Webshops zuzurechnende Willenserklärung³². Werden die Handlungen des Kunden als Antrag qualifiziert, so stellt spätestens diese

Willenserklärung den Akzept des Betreibers des Webshops dar³³.

2.3. Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen in über das Internet abgeschlossene Verträge

[Rz 11] AGB sind für die Vertragsparteien nur dann verbindlich, wenn sie Vertragsbestandteil sind³⁴. Vorauszusetzen ist hierfür beim Vertragsschluss via Internet, wie bei auf andere Weise abgeschlossenen Verträgen, im Wesentlichen der genügende Hinweis auf die AGB, die Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise und die Übernahme gemäss Parteiwillen.³⁵

[Rz 12] Der *Hinweis auf die AGB* muss in zeitlicher Hinsicht vor Abgabe der (kundenseitigen) Willenserklärung erfolgen³⁶. Daneben muss er – z.B. als Hyperlink auf die AGB – klar und unübersehbar ausgestaltet sein, sodass ihn ein Durchschnittskunde selbst bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher Aufmerksamkeit nicht übersehen kann³⁷. Diesen Anforderungen dürfte etwa die Platzierung unmittelbar vor demjenigen Knopf, der vom Kunden zum Abschluss seiner Bestellung gedrückt werden muss, genügen³⁸. Das Anbringen eines Hinweises unterhalb dieses Bestellfelds oder im Hauptmenü könnte sich dagegen als problematisch erweisen³⁹.

[Rz 13] Betreffend die *Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise* sind u.a. Anforderungen an die Leserlichkeit, Übersichtlichkeit, Darstellung und den Umfang⁴⁰ der AGB zu

Vertragsabschluss im Internet, TREX 2006, S. 34–36, S. 35. In diese Richtung auch SCHÖBI FELIX (Fn. 13), S. 98. Kritisch etwa WIEGAND WOLFGANG, Kommentar zu Art. 7 OR, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2008, N 6. Siehe zur Begründung etwa FREI OLIVER (Fn. 14), N 156 ff. und HAHN ANNE-CATHERINE (Fn. 13), S. 151 f.

²⁴ Zu denken ist insbesondere an das Angebot zum direkten Bezug digitaler Inhalte aller Art (z.B. Musik, Filme und Programme). Siehe dazu WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 342; SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 54 f.; HONSELL HEINRICH/PIETRUSZAK THOMAS (Fn. 23), S. 774 f.; KOLLER ALFRED (Fn. 12), § 7 N 21. In diese Richtung auch schon ROSENTHAL DAVID, Internet – auch für meine Firma?, Zürich 1999, S. 237. Siehe zu weiteren Ausnahmen etwa FREI OLIVER (Fn. 14), N 168 ff.

²⁵ WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 342.

²⁶ WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 342; WILLE PATRICK (Fn. 23), S. 35.

²⁷ Eine Ausnahme ist bei unmittelbarer Kommunikation (beispielsweise Internet-Chat und -Telefonie) zu machen (SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 57 Fn. 300).

²⁸ WEBER ROLF H./JÖHRI YVONNE (Fn. 19), S. 45 f.; WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 343; SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 57.

²⁹ Siehe dazu etwa KOLLER ALFRED (Fn. 12), § 7 N 37 und N 40 ff.

³⁰ GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N 412.

³¹ JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 283. Siehe hierzu allgemein BUCHER EUGEN, Kommentar zu Art. 6 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N 16 sowie KOLLER ALFRED (Fn. 12), § 7 N 103 ff.

³² Vorstehend Kap. II.2.1.

³³ SCHÖBI FELIX, Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Aktuelle Fragen des E-Commerce, Zürich 2001, S. 47 ff., S. 49. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass die Bestätigung als Akzept zu verstehen ist.

³⁴ Statt vieler BUCHER EUGEN, Kommentar zu Art. 1 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N 52.

³⁵ SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 65; JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 304. Die Relevanz dieser Voraussetzungen ist nicht gänzlich unumstritten. Siehe z.T. abweichend etwa KOLLER ALFRED (Fn. 12), § 23 N 25 ff.

³⁶ SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 66.

³⁷ JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 304 f. Ähnlich etwa GASSER URS, Rechtliche Aspekte des M-Commerce, SZW 2002, S. 13-29, S. 26 im Kontext des «M-Commerce».

³⁸ FREI OLIVER (Fn. 14), N 403; ROSENTHAL DAVID (Fn. 24), S. 238. Siehe auch Urteil des BGH vom 14. Juni 2006 (I ZR 75/03) (publ. in NJW 2006 S. 2976 ff.) sowie dazu ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S., Deutscher Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. Juni 2006 (I ZR 75/03, OLG Düsseldorf; LG Mönchengladbach), AJP 2007, S. 128-130; ferner Urteil des LG Essen vom 13. Februar 2003 (16 O 416/02), Juris, Voraussetzungen zur Übernahme der AGB beim Online-Vertragsabschluss, in: Jusletter 17. November 2003.

³⁹ SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 67; JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 305.

⁴⁰ Siehe zu diesem umstrittenen Punkt JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 306 f. und SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 91 ff.

beachten⁴¹. Die AGB müssen dabei insbesondere herunterlad- und ausdrückbar sein⁴².

[Rz 14] Der Einbezug von AGB bedarf schliesslich der *Übernahme gemäss beidseitigem Parteiwillen*⁴³. Eine ausdrückliche Annahme ist nicht notwendig⁴⁴, dürfte jedoch empfehlenswert sein⁴⁵. Um dies zu gewährleisten ist etwa die Ausgestaltung mittels zwingender Bestellführung dienlich, d.h. dass eine Bestellung nur dann möglich ist, wenn der Besteller der Übernahme explizit (z.B. mittels Anklicken einer bestimmten «Checkbox»⁴⁶) zustimmt⁴⁷. Zuletzt ist erneut zu bemerken, dass die Bestellung des Kunden regelmässig einen Antrag und nicht die Annahme darstellt⁴⁸. Die Erklärung, die AGB übernehmen zu wollen, muss aus diesem Grund bereits in diesem Antrag enthalten sein. Andernfalls⁴⁹ liegt ein neuer Antrag vor.⁵⁰

3. Bemerkungen zu Gerichtsstandsklauseln im Binnenkontext

3.1. Überblick

[Rz 15] Das Institut der Gerichtsstandsvereinbarung wird als prozessrechtlicher Vertrag qualifiziert⁵¹. Ihre Zulässigkeit,

Form und Wirkungen beurteilen sich nach den Regeln der ZPO. Daneben sind die Bestimmungen des OR (analog) anzuwenden.⁵²

[Rz 16] Ob und unter welchen Umständen eine im Binnenkontext⁵³ geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gültig ist, bestimmt sich seit dem 1. Januar 2011 grundsätzlich⁵⁴ nach Art. 17 ZPO, welcher die bisherige Regelung gemäss Art. 9 GestG abgelöst hat. Der Wortlaut dieser Bestimmungen stimmt weitgehend⁵⁵ überein, Unterschiede sind rein redaktioneller Natur⁵⁶. Bei der Auslegung von Art. 17 ZPO dürfte somit auch auf die bisherige Rechtsprechung und Lehre zurückzugreifen sein. Da Art. 9 GestG gerade betreffend die Formvorschrift starke Ähnlichkeiten zu Art. 5 IPRG⁵⁷

⁴¹ WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 351. Siehe insbesondere NESTLÉ BARBARA M., Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Konsumentenschutzrecht), in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, S. 249-273, insb. S. 268 ff.; SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 80 ff.; BAUM STEFAN (Fn. 13), S. 337 ff. (zum Deutschen Recht); WIDMER URSULA/BAHLER KONRAD, Rechtsfragen beim Electronic Commerce, 2. Auflage, Zürich 2000, S. 165.

⁴² Siehe etwa JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 305; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG (Fn. 30), N 1140b; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, N 45.06a; HUGUENIN CLAIRE (Fn. 12), N 416.

⁴³ Anstelle vieler WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 350.

⁴⁴ SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 105 und S. 108 ff.; JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 308; ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Fn. 38), S. 130. A.M. FREI OLIVER (Fn. 14), N 413 für im Internet abgeschlossene Konsumentenverträge.

⁴⁵ JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 308 f.

⁴⁶ Bei einer Checkbox handelt es sich um ein Eingabeelement einer grafischen Benutzeroberfläche, bei der in einem Kästchen ein Kreuz oder ein Häkchen erscheint, wenn die daneben in Textform beschriebene Option angewählt ist und welche ein leeres Kästchen anzeigt, wenn die entsprechende Option nicht angewählt ist.

⁴⁷ ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Fn. 38), S. 130. Beispiele bei JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 309 f.; SCHWAB KARIN F. (Fn. 14), S. 106. Hierdurch würde auch die Erfüllung der teilweise in der Lehre vertretenen Ansicht gewährleistet, dass die Zustimmung zu den AGB vom eigentlichen Abschluss des Bestellvorgangs faktisch getrennt werden muss (siehe dazu WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 352).

⁴⁸ Vorstehend Kap. II.2.2.

⁴⁹ D.h. insbesondere falls die Erklärung erst durch den Betreiber der Webseite erfolgt, z.B. in einer automatisch generierten Bestätigungs-E-Mail (dazu vorstehend Kap. II.2.2.).

⁵⁰ Siehe zum Ganzen JÖRG FLORIAN S. (Fn. 14), S. 309.

⁵¹ Dies sowohl von der Rechtsprechung (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts

4C.392/2002 vom 5. März 2003, E. 2.2; grundsätzlich ständige Rechtsprechung seit BGE 87 I 73 E. 5 S. 77; abweichend jedoch etwa BGE 119 II 391 E. 3a S. 394 [im Kontext des IPRG]) als auch der Mehrheit der Lehre (siehe zur ZPO etwa SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, N 8 m.H. auf abweichende Meinungen; SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010, 3. Kapitel N 105; COURVOISIER MATTHIAS, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, N 9; FÜLLEMANN DANIEL, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar, Zürich, z.Z. der Fertigstellung dieses Beitrags noch unveröffentlicht, N 2; HAAS ULRICH/SCHLUMPF MICHAEL, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), ZPO – Kurzkomentar, Basel 2010, N 3; URBACH GUIDO E., Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2010, N 6; siehe zum GestG statt vieler etwa WIRTH MARKUS, Kommentar zu Art. 9 GestG, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N 32 f. m.w.H.; abweichend etwa STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 9 N 57).

⁵² SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 8. Ähnlich INFANGER DOMINIK, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 12.

⁵³ Im internationalen Kontext ist dagegen die Anwendung von Art. 5 IPRG bzw. Art. 23 LugÜ zu prüfen.

⁵⁴ Gerichtsstandsvereinbarungen, welche vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, werden noch von dem zum damaligen Zeitpunkt geltenden Recht beherrscht (Art. 406 ZPO).

⁵⁵ Art. 17 Abs. 1 ZPO entspricht wörtlich Art. 9 Abs. 1 GestG. Redaktionelle Unterschiede sind einzig betreffend Abs. 2 der jeweiligen Bestimmungen auszumachen. Auf diese Unterschiede wird nachfolgend, soweit notwendig, eingegangen. Art. 9 Abs. 3 GestG (Ablehnungsrecht des Gerichts bei fehlendem örtlichen oder sachlichen Bezug zum Gericht; siehe dazu statt vieler WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 115 ff.) wurde hingegen ersatzlos gestrichen (siehe dazu SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 1 m.w.H.).

⁵⁶ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBI 2006 7221 ff., S. 7264. A.M. STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (Fn. 51), § 9 N 57.

⁵⁷ Daneben ist auch auf Art. 178 Abs. 1 IPRG und Art. 358 ZPO (Schiedsvereinbarung im internationalen bzw. nationalen Kontext) hinzuweisen, welche einen ähnlichen Wortlaut aufweisen. Auf diese Bestimmungen wird

aufweist⁵⁸, dürfte es ferner angezeigt sein, auch die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 5 IPRG nicht aus den Augen zu verlieren und adäquat zu berücksichtigen⁵⁹.

[Rz 17] Nachfolgend wird überblickartig auf die Zulässigkeits- und die Formvorschriften im Zusammenhang mit Gerichtsstandsvereinbarungen eingegangen.

3.2. Zulässigkeit

[Rz 18] Der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung ist nur dann möglich, wenn «das Gesetz nichts anderes bestimmt» (Art. 17 Abs. 1 ZPO). Unter Gesetz ist hierbei das gesamte Bundesrecht einschliesslich des Staatsvertragsrechts zu verstehen⁶⁰. Generell ausgeschlossen ist der Abschluss bei zwingenden Gerichtsständen (Art. 9 ZPO)⁶¹. Bei teilzwingenden Gerichtsständen (z.B. bei Konsumentenverträgen; Art. 32 ZPO), ist der Abschluss lediglich im Voraus unzulässig (Art. 35 ZPO)⁶². Fehlt ein Vorbehalt des Gesetzes, ist die Prorogation ohne Einschränkung zulässig⁶³.

3.3. Form

[Rz 19] Grundsätzlich bedarf eine Gerichtsstandsvereinbarung zu ihrer Gültigkeit der Schriftform (Art. 17 Abs. 2 ZPO)⁶⁴. Gleichgestellt und damit ohne Unterzeichnung zulässig⁶⁵ sind andere Formen, die den Nachweis durch Text ermöglichen. Art. 17 ZPO ist auch in diesem Punkt Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG nachgebildet⁶⁶, welcher noch explizit (beispielhaft) Telex, Telefax und E-Mail als derartige Übermittlungsformen

genannt hat⁶⁷. Die Gerichtsstandsvereinbarung ist nach dem Vorgesagten⁶⁸ ein prozessrechtlicher Vertrag, dessen Zustandekommen vom Austausch übereinstimmender Willenserklärungen abhängt⁶⁹. Daraus ergibt sich, dass ein formgültiger Abschluss mittels vorerwählter Übermittlungsformen möglich ist. Dabei muss sowohl die Gerichtsstandsklausel selbst als auch die Zustimmung bzw. der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen durch Text nachweisbar sein.⁷⁰ Diese Form muss von den Willenserklärungen beider Parteien gewahrt werden⁷¹. Welche formtechnischen Anforderungen damit an den Vertragsschluss über das Internet konkret zu stellen sind, ist – mit Ausnahme von weitgehend offensichtlichen Hinweisen⁷² – in der Literatur nicht eingehend geklärt. Soweit sich die Lehre dieses Problemkreises überhaupt annimmt, wird zumeist ohne weitergehende Bemerkungen und Differenzierungen darauf hingewiesen, dass ein Abschluss über Internetplattformen formgültig möglich ist⁷³. Klarheit besteht dagegen immerhin darin, dass

⁶⁷ Wie erwähnt (Kap. II.3.1.) handelt es sich bei der Weglassung dieser Beispiele in Art. 17 ZPO lediglich um eine redaktionelle Anpassung (ebenso SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 13).

⁶⁸ Vorstehend Kap. II.3.1.

⁶⁹ SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 17 m.V. auf BGE 122 III 439 E. 3c S. 443.

⁷⁰ Siehe dazu insbesondere WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 94; BERGER BERNHARD, Kommentar zu Art. 9 GestG, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Auflage, Bern 2005, N 26 (GestG); STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (Fn. 51), § 9 N 57; COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 15 (ZPO). Ähnlich ferner GROLIMUND PASCAL, Kommentar zu Art. 5 IPRG, in: Heinrich Honsel/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007, N 22 f. und N 32.

⁷¹ Statt vieler etwa FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 14. In der Literatur wird die Möglichkeit diskutiert, dass Art. 13 OR analog anzuwenden sei und demnach lediglich diejenige Partei die Formvorschrift gemäss Art. 9 GestG bzw. Art. 17 ZPO einzuhalten habe, deren Gerichtsstand eingeschränkt werde (siehe etwa WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 91 sowie COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 15 und HAAS ULRICH/SCHLUMPF MICHAEL (Fn. 51), N 18 m.w.H.). Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass beide Parteien die Formvorschrift zu beachten haben.

⁷² Namentlich etwa die Zulässigkeit von mittels E-Mail abgeschlossener Gerichtsstandsvereinbarungen (siehe etwa LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 2.72) bzw. die Unzulässigkeit des Abschlusses im Rahmen einer Videokonferenz (SPÜHLER KARL, Gerichtsstandsvereinbarungen überprüfen!? – Zum neuen Gerichtsstandsgesetz, SZW 2000, S. 238-241, S. 239).

⁷³ Siehe in diese Richtung etwa COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 16; INFANGER DOMINIK (Fn. 52), N 26. Ausführlicher dagegen etwa FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 18 f.; GROLIMUND PASCAL (Fn. 70), N 22 f. und N 33. Vgl. ferner etwa WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 84. Siehe zudem – im Zusammenhang mit den ähnlichen Formvorschriften, welche im Rahmen der ZPO und des IPRG an Schiedsvereinbarungen gestellt werden – FRICK JOACHIM, Kommentar zu Art. 358 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, N 1; MAIBACH OLIVER YVES, Formvorschriften und Online-Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Bern, Norderstedt 2009, S. 81 f.; BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, S. 136 Fn. 186. Diesbezüglich gilt es zu bemerken, dass vorstehende Literatur teilweise

nachfolgend lediglich punktuell eingegangen.

⁵⁸ Der Gesetzgeber hat sich explizit stark an das IPRG angelehnt (Botschaft vom 18. November 1998 zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG), BBl 1999 III 2829 ff., S. 2850). S.a. REETZ PETER, Kommentar zu Art. 9 GestG, in: Karl Spühler/Luca Tencio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001, N 10.

⁵⁹ Siehe zu diesem Aspekt (im Verhältnis von GestG zu IPRG) WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 3 und REETZ PETER (Fn. 58), N 10 sowie ausführlich REETZ PETER, Die allgemeinen Bestimmungen des Gerichtsstandsgesetzes, Diss. Zürich, Zürich 2001, S. 149 f.

⁶⁰ INFANGER DOMINIK (Fn. 52), N 3. Ähnlich SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 12.

⁶¹ Siehe zu einer Aufstellung dieser zwingenden Gerichtsstände COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 5.

⁶² Im Hinblick auf die Einschränkung bei Konsumentenverträgen ist zu bemerken, dass der Abschluss von Verträgen über das Internet bei weitem nicht nur Konsumenten bzw. Konsumgüter betrifft.

⁶³ Es besteht im Gegensatz zur Regelung im IPRG insbesondere keine Beschränkung im Hinblick auf den Gegenstand des Vertrags, auf welchen sich die Gerichtsstandsklausel bezieht. Siehe SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 13.

⁶⁴ Siehe zu den Eigenheiten der Schriftlichkeit ausführlich SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 17 und zu Art. 9 Abs. 2 GestG insbesondere WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 90 ff.

⁶⁵ Siehe statt vieler etwa FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 14 (ZPO) und REETZ PETER (Fn. 58), N 13 (GestG).

⁶⁶ Vorstehend Kap. II.3.1.

Gerichtsstandsklauseln in rechtsgültig einbezogenen AGB⁷⁴ enthalten sein können⁷⁵, wobei keine typographische Hervorhebung stattfinden muss⁷⁶.

[Rz 20] Das im Folgenden besprochene Urteil setzt sich u.a. mit der oben angedeuteten Frage auseinander, ob die – im Rechtsverkehr übliche⁷⁷ – über Webseiten erfolgende Inklusion von AGB, welche eine Gerichtsstandsklausel enthalten, eine formgültige Vereinbarung eines Gerichtsstands im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG darstellt. Da die Formvorschriften gemäss Art. 17 ZPO denjenigen von Art. 9 GestG entsprechen⁷⁸, dürfte dieses Urteil auch in Zukunft von massgeblicher Bedeutung sein. Soweit erkennbar handelt es sich hierbei um den in der Schweiz einzigen zu diesem Fragekomplex ergangenen publizierten Entscheid.

III. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 18. Mai 2009⁷⁹

1. Zusammenfassung

1.1. Sachverhalt

[Rz 21] Die WAG GmbH (nachfolgend «WAG») mit Sitz in St.. ist Betreiberin eines internetbasierten Stellenmarkts im Bereich Gastronomie/Hotellerie. Auf ihrer Internetseite können sich Stellenanbieter kostenpflichtig registrieren lassen. Damit die von der WAG angebotenen Dienstleistungen genutzt werden können, müssen Stellenanbieter gleichzeitig mit ihrer Registrierung ein kostenpflichtiges Nutzungsabonnement abschliessen.⁸⁰

[Rz 22] Zur Registrierung ist ein Online-Formular auszufüllen, welches Angaben zum Stellenanbieter enthält. Im Bereich zum Abschluss der Registrierung befindet sich eine Checkbox, in welcher per Mausclick ein Häkchen gesetzt werden kann. Soweit das Häkchen gesetzt wurde, wird dem

System bei Registrierung der Wert ja/wahr/aktiv, bei fehlender Setzung der Wert nein/unwahr/inaktiv übermittelt⁸¹. Hinter der Checkbox folgt der Text «* Bestätigung: Ich habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen [...] gelesen und erkläre mich einverstanden damit». Der Begriff «Allgemeine Geschäftsbedingungen» ist als Link auf das entsprechende Dokument ausgestaltet und damit durch Andersfarbigkeit und Unterstreichung hervorgehoben. Durch das Anklicken des Links öffnet sich ein neues Browserfenster, in welchem entsprechende Informationen ersichtlich sind. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der WAG legen u.a. folgendes fest: «Gerichtsstand ist St.. ». Der Abschluss der Registrierung erfolgt durch Betätigung der Schaltfläche «Anmelden», welche sich unterhalb der Checkbox befindet. Der Abschluss ist nur möglich, soweit die Checkbox angewählt wurde. Nach einer vollständigen, erfolgreichen Registrierung wird vom Webserver automatisch eine E-Mail generiert und an diejenige Adresse versandt, die der Stellenanbieter bei der Registrierung angegeben hat. In dieser E-Mail wird u.a. auf den in den AGB enthaltenen Gerichtsstand hingewiesen.⁸²

[Rz 23] Am 15. November 2007 füllte Q unter Nennung der BK AG (nachfolgend «BK») das vorgenannte Registrierungsformular auf der Webseite der WAG aus und schickte es ab⁸³. Gleichtags erfolgte eine automatisch generierte Bestätigung an die von Q angegebene E-Mail-Adresse. Ebenso wurde gleichentags eine an die BK AG gerichtete Rechnung an die genannte E-Mail-Adresse versandt.⁸⁴

[Rz 24] Q teilte WAG am Folgetag via E-Mail mit, dass gekündigt werde, da nicht klar gewesen sei, dass die Dienstleistungen kostenpflichtig seien und er hierfür keinen Bedarf habe.⁸⁵

[Rz 25] In der Folge leitete die WAG am 10. Juli 2008 nach erfolgloser Mahnung und Betreibung beim Kreispräsidenten Fünf Dörfer Klage gegen die BK ein. Die WAG beantragte hierbei u.a., dass die BK zu verpflichten sei, der WAG einen bestimmten Betrag zu bezahlen.⁸⁶ Die BK beantragte in der Klageantwort im Wesentlichen, dass auf die Klage nicht einzutreten, diese eventualiter vollumfänglich abzuweisen sei. Die BK stellte sich hierbei auf den Standpunkt, dass die AGB der WAG nicht gültig in den abgeschlossenen Vertrag

zusätzlich auf die vorliegend zu behandelnde besondere Konstellation der Verwendung von AGB Bezug nimmt.

⁷⁴ Siehe zu den vertragsrechtlichen Voraussetzungen vorstehend Kap. II.2.3.

⁷⁵ Siehe etwa SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 22; COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 20; FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 18; WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 46 f.

⁷⁶ INFANGER DOMINIK (Fn. 52), N 31; COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 20; STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (Fn. 51), § 9 N 59; FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 18. Siehe zur Herkunft und zur Bedeutung der typographischen Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 48 f. und BERGER BERNHARD (Fn. 70), N 58 ff.

⁷⁷ Vorstehend Kap. I.

⁷⁸ Vorstehend Kap. II.3.1.

⁷⁹ Das Urteil lässt sich unter folgender Internetadresse als PDF-Datei herunterladen: http://tools.kg-gr.ch/dynamic/deepentscheide/uploads/doc/1250692173_ZK2-09-2.pdf (besucht am 24. Mai 2011). Im Folgenden wird es als «Urteil» abgekürzt.

⁸⁰ Urteil, Ziff. I./A.1.

⁸¹ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass dieses Verständnis des Gerichts nicht ganz korrekt ist: Bei fehlender Setzung des Häkchens wird dem System vom Browser des Kunden für die entsprechende Variable *kein* Wert übermittelt. Die Interpretation, dass eine Variable bei fehlender Übermittlung eines Werts den booleschen Wert *falsch* hat, wird dann erst vom System vorgenommen. Ferner ist es dem Entwickler des Webshops überlassen, welchen Wert die Checkbox im gesetzten Zustand an das System übermittelt.

⁸² Urteil, Ziff. I./A.2.

⁸³ Die Rechtsstellung von Q betreffend die BK AG galt im Verfahren als unstritten. Hierauf wird aufgrund des Gegenstands des vorliegenden Beitrags nicht eingegangen.

⁸⁴ Urteil, Ziff. I./B.1. f.

⁸⁵ Urteil, Ziff. I./B.3.

⁸⁶ Urteil, Ziff. I./C.1.

übernommen worden seien und die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts daher nicht bestehe.⁸⁷

[Rz 26] Mit Urteil vom 10. Dezember 2008 wurde die Klage erstinstanzlich gutgeheissen⁸⁸, wobei die örtliche Zuständigkeit gestützt auf die AGB der WAG ohne weitergehende Bemerkungen bejaht wurde⁸⁹.

[Rz 27] Am 19. Januar 2009 legte die BK Beschwerde beim Kantonsgericht ein. Sie beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Nichteintreten auf die Klage, eventualiter die vollumfängliche Klageabweisung.⁹⁰

1.2. Erwägungen⁹¹

[Rz 28] Aus den Erwägungen ist zu erkennen, dass sich die BK auf den Standpunkt stellte, dass die Vorinstanz ihre örtliche Zuständigkeit zu Unrecht bejaht habe. Der fraglichen Ziffer der AGB sei nicht zugestimmt worden. Ferner habe die WAG nicht bewiesen, dass die AGB im Vertragsschlusszeitpunkt eine Gerichtsstandsklausel enthalten habe. Des Weiteren genüge die in den AGB allenfalls enthaltene Gerichtsstandsklausel nicht den gesetzlichen Anforderungen, da sie gut versteckt sei. Schliesslich werde das Auge des Lesers weder durch entsprechende Positionierung noch Hervorhebung auf die Klausel gelenkt.⁹²

[Rz 29] Das Zustandekommen eines Vertrages an und für sich sei nicht umstritten. Umstritten sei hingegen ob hinsichtlich der AGB überhaupt und im Speziellen bzgl. der AGB mit einer Gerichtsstandsklausel eine formgenügende Zustimmungserklärung erfolgt und bewiesen sei. Das Gericht erwägt anschliessend, dass, soweit das GestG keine andere Bestimmung vorsehe, das Gericht am Sitz der beklagten juristischen Person zuständig sei (Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG). Der Konsumentengerichtsstand (Art. 22 GestG) sei vorliegend nicht von Bedeutung. Im Anschluss werden die allgemeinen Voraussetzungen betreffend Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 9 GestG dargelegt.⁹³

[Rz 30] Das Argument der BK, dass die Gerichtsstandsklausel ungenügend dargestellt und hervorgehoben sei, wird vom Gericht unter Berücksichtigung der Literatur mit der Begründung verworfen, die typographische Rechtsprechung des Bundesgerichts sei hinfällig geworden.⁹⁴

⁸⁷ Urteil, Ziff. I./C.2.

⁸⁸ Urteil, Ziff. I./C.3.

⁸⁹ Unpubliziertes Urteil des Kreispräsidiums Fünf Dörfer vom 10. Dezember 2008, Ziff. II./2. Streitgegenstand bildete jedoch immerhin der Inhalt der AGB (vgl. genanntes Urteil, Ziff. II./3.), worauf an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen wird.

⁹⁰ Urteil, Ziff. I./D.1.

⁹¹ Es wird nachfolgend lediglich auf diejenigen Erwägungen eingegangen, welche im Kontext des vorliegenden Beitrags von Relevanz sind.

⁹² Urteil, Ziff. II./2.1.

⁹³ Urteil, Ziff. II./2.1.a.

⁹⁴ Urteil, Ziff. II./2.1.b.

[Rz 31] Dem Urteil ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz stillschweigend bejaht hat, dass eine gemäss Art. 9 GestG gültige Gerichtsstandsvereinbarung zustande gekommen ist. Das Gericht kommt in der Folge zur Überzeugung, dass die Anwendung von Art. 9 GestG durch die Vorinstanz auf schwachen Füßen stehe.⁹⁵

[Rz 32] Vorliegend komme von den gesetzlich vorgesehenen Formen lediglich die Anwendung von Art. 9 Abs. 2 lit. b GestG in Frage, d.h. die «*Form der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglicht*». Das Gericht erwägt, dass die AGB vorliegend am Bildschirm angesehen, gespeichert und ausgedruckt werden können. Die AGB liessen sich somit in schriftlichem Text manifestieren. Dies sei jedoch nicht das, was das Gesetz mit «*Übermittlung*» meine. In jedem Fall müsse nicht nur die Gerichtsstandsklausel selbst, sondern auch die Tatsache eines Austausches diesbezüglich übereinstimmender Willenserklärungen bzw. die Zustimmung zu einer Gerichtsstandsklausel durch Text nachweisbar sein. Die mögliche Argumentation, dass die fragliche AGB-Klausel auf der Webseite zugänglich und ab derselben ausdrückbar sei und dass der Austausch der Zustimmungserklärung durch das Setzen des Häkchens bei der Checkbox erfolge, sei im Lichte der Formerfordernisse nicht richtig. Weder die fragliche Klausel noch die Zustimmungserklärung der BK würden vor oder beim Registrierungsvorgang per Telegramm, Telex, Telefax oder E-Mail übermittelt, sondern nur am Bildschirm. Es gebe keine textlich nachweisbare Verlautbarung der BK, wonach diese der Gerichtsstandsklausel zugestimmt habe. Die Möglichkeit, die Gerichtsstandsklausel von der Webseite ausdrucken zu können, genüge nicht, da der Anbieter hierdurch einen textlichen Nachweis der Übermittlung nicht erbringen könne, insbesondere nicht einen solchen, der sich auf eine Annahmeerklärung der Gegenseite erstrecke. Der Zweck der Formvorschrift umfasse auch die Vermeidung derartiger Beweisprobleme.⁹⁶

[Rz 33] Im Grunde sei es nicht bestritten, dass die AGB der WAG im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über den entsprechenden Link hätten abgerufen und zur Kenntnis genommen werden können. Die Links seien nicht besonders auffällig. Für die form- und rechtsgültige Vereinbarung eines Gerichtsstands sei es nicht notwendig, dass eine Partei die entsprechenden Klauseln der AGB effektiv zur Kenntnis nehme. Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme genüge. Das Anklicken der Checkbox genüge, soweit es um den Konsens gehe. Dies beseitige aber nicht das geschilderte Form- und Beweisproblem in Bezug auf die Gerichtsstandsklausel.⁹⁷

[Rz 34] Selbst wenn der Klick auf die Checkbox erfolgt sei, so handle es sich bei diesem Klick nicht um eine Willensbestätigung oder -äusserung, welche sich als «*den Nachweis*

⁹⁵ Urteil, Ziff. II./2.2.

⁹⁶ Urteil, Ziff. II./2.2.a.

⁹⁷ Urteil, Ziff. II./2.2.b.

durch Text ermöglichende Form der Übermittlung» qualifizieren lasse. Betreffend den Klick könne kein Übermittlungsnachweis durch Text erbracht werden. Es lasse sich höchstens ein Nachweis in Form eines Schlusses aus technischer Funktionalität erbringen. Der optische Zustand der Checkbox bzw. der Wert, der an das Datenbanksystem der Webseite zurückgegeben werde, sei im Übermittlungsvorgang vom Besteller zum System nicht in Text festgehalten, bzw. dies sei nicht behauptet bzw. zu beweisen versucht worden.⁹⁸

[Rz 35] Eine Gerichtsstandsvereinbarung könne auch in einem nach Vertragsschluss zwischen den Parteien ausgetauschten Schriftstück enthalten sein. Wirksam sei sie jedoch nur, wenn die Partei, die das Schriftstück erhalten habe, sich unmissverständlich mit der Gerichtsstandsvereinbarung einverstanden erklärt habe. Vorliegend sei die Argumentation denkbar, in der Bestätigungs-E-Mail der WAG «eine Form der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglicht» zu erblicken, da diese E-Mail den Gerichtsstand St.. tatsächlich nenne. Die E-Mail könne nur über den Willen der WAG zuverlässig Auskunft geben, nicht dagegen über denjenigen der Gegenpartei. Dieses Argument sei daher zu verwerfen. Zur Übereinstimmung von Willensäusserungen und ihres Nachweises brauche es unter Abwesenden, um was es sich bei E-Mail-Kommunikation und dem Ausfüllen von Webformularen handle, zwei separate Äusserungen. Zur Erfüllung der Formvorschriften bei Gerichtsstandsvereinbarungen müsse jede dieser Erklärungen, jedenfalls aber jene derjenigen Partei, die sich durch die Prorogationsabrede verpflichte, in einer der Formen gemäss Art. 9 Abs. 2 GestG abgegeben werden. Vorliegend lasse sich weder die Übermittlung der zustimmenden Äusserung, noch worauf sich die Zustimmungsäusserung bezogen habe, in Form von Text nachweisen. Selbst wenn die für die BK (möglicherweise) handelnde Person die fragliche Klausel der AGB gekannt habe, sei sie unwirksam, weil keine textlich nachweisbare Annahme vorliege. In der Bestätigungs-E-Mail könne weder eine rückwirkende Fiktion erblickt werden, die BK habe zuvor dem Gerichtsstand zugestimmt, noch könne darin der textliche Nachweis für eine spätere Zustimmungserklärung der BK und für die Übermittlung einer solchen Zustimmungserklärung liegen. Der Text, mit dem nachgewiesen werden solle, es habe die Übermittlung der zustimmenden Erklärung stattgefunden, stamme nicht von der BK, weshalb der Beweiszweck der fraglichen Bestimmung nicht erfüllt werden könne. Die Bestätigungs-E-Mail habe lediglich die Wirkung einer Wiederholung der webseitigen Anbieterofferte der WAG in anderer Form. Um die Form des schriftlichen Austausches der Willenserklärungen bzw. dessen Ersatz i.S.v. Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG herzustellen, bedürfte es der (nicht erfolgten) formgebundenen Gegenbestätigung durch die BK.⁹⁹

[Rz 36] Weiter sei die Webseite der WAG dynamisch. Es

handle sich dabei um keinen beweiszurelässigen Datenträger. Die BK habe daher richtigerweise eingewandt, dass die WAG nicht hinreichend überzeugend dargetan habe, dass die AGB hinsichtlich des Gerichtsstands im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den gleichen Inhalt aufgewiesen hätten wie aus den im Prozess eingelegten Beweisstücken hervorgehe. Die Beweislast für die Gerichtsstandsvereinbarung als auch die Tatsache, dass der entsprechende Link auf der Webseite im Vertragsschlusszeitpunkt funktioniert habe, treffe daher die WAG. In den AGB finde sich am Ende ein jederzeit änderbares Datum, weshalb dieses ungeeignet sei, zu beweisen, welchen Inhalt die AGB zu einem bestimmten Zeitpunkt gehabt hätten. Des Weiteren habe die Beschwerdegegnerin veränderte AGB auf ihrer Webseite aufgeschaltet, ohne das Datum zu ändern. Die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise unter Bezugnahme auf ein anderes Urteil betreffend ein analoges Internetgeschäft der WAG darauf geschlossen, dass die AGB den von der WAG behaupteten Inhalt aufgewiesen hätten. Es sei nicht hinreichend dargetan, dass die AGB, welche im Vertragsschlusszeitpunkt über den entsprechenden Link zugänglich gewesen seien, den selben Inhalt aufgewiesen hätten, wie die in den Prozess eingebrachten AGB.¹⁰⁰

[Rz 37] Trotz vorgenannter Argumente kommt das Gericht im Ergebnis zum Schluss, dass «[p]raktische Überlegungen und die Konstellation im hiesigen Verfahren [es] erlauben [...], die Frage der örtlichen Zuständigkeit letztlich offen zu lassen». Die WAG berufe sich auf die massgebliche Bestimmung ihrer AGB und unterziehe sich insoweit vorbehaltlos dem Sachentscheid der für ihren Sitz örtlich zuständigen Gerichte. Unter der Voraussetzung, dass ein Sachentscheid zu ihren Gunsten ausfalle, habe die BK ein Interesse an einer Beurteilung des Sachverhalts. Sie habe kein Interesse, sich an ihrem Sitzgerichtsstand nochmals auf die Sache einlassen zu müssen.¹⁰¹ Das Gericht ist daher auf die materiellen Aspekte der Beschwerde eingegangen.

2. Würdigung

2.1. Vorbemerkungen

[Rz 38] Das Gericht hat die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz in Frage gestellt um am Schluss zum Ergebnis zu gelangen, dass die Frage offen gelassen werden könne¹⁰². Damit handelt es sich um obiter dicta¹⁰³, welche grundsätzlich von

⁹⁸ Urteil, Ziff. II./2.2.e.

⁹⁹ Urteil, Ziff. II./2.2.f.

¹⁰² Es ist nicht der Ort, um die Zulässigkeit dieses Vorgehens zu behandeln. Aus formaljuristischer Sicht entstehen immerhin dadurch gewisse Bedenken, dass die Beschwerdeführerin explizit das Begehren stellte, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten. Lediglich das Eventualbegehren sprach sich für die Abweisung der Klage aus (Urteil, Ziff. I./D.1.).

¹⁰³ Statt vieler MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar, Band I – Einleitung und Personenrecht, Bern 1966, Art. 1 N 537.

⁹⁸ Urteil, Ziff. II./2.2.c.

⁹⁹ Urteil, Ziff. II./2.2.d.

verminderter Bedeutung sind¹⁰⁴. Die Relevanz des Urteils darf gleichwohl nicht unterschätzt werden, da im vorliegenden Themenbereich bislang keine (öffentlich zugänglichen) Urteile ergangen zu sein scheinen¹⁰⁵.

2.2. Bemerkungen zu vertragsrechtlichen Aspekten

[Rz 39] Das Urteil geht auf allgemeine vertragsrechtliche Aspekte lediglich vereinzelt ein, zumal das Zustandekommen eines Vertrages an und für sich unumstritten¹⁰⁶ und damit nicht mehr Prozessthema war.

[Rz 40] Am Rande hält das Gericht fest, dass die Bestätigungs-E-Mail, welche nach der Registrierung durch den Anbieter versandt wurde, eine «Wiederholung [...] der wesentlichen Anbieterofferte» darstelle¹⁰⁷. Damit bringt das Gericht zum Ausdruck, dass es die Webseite des Anbieters als verbindliche Offerte qualifiziert¹⁰⁸. Die Qualifikation dürfte sich im Lichte der dargelegten Grundsätze¹⁰⁹ tendenziell¹¹⁰ als richtig erweisen, da der in Frage stehende Vertrag Leistungen betreffen dürfte, welche grundsätzlich sofort online bezogen werden können¹¹¹.

[Rz 41] In Übereinstimmung mit den dargelegten Grundsätzen¹¹² hält das Gericht ferner u.a. fest, dass E-Mail-Kommunikation und das Ausfüllen von Webformularen als Kommunikation unter Abwesenden zu qualifizieren sei¹¹³. Ebenso dürfte das Gericht davon ausgehen, dass die automatisiert erstellte Bestätigungs-E-Mail, d.h. eine Computererklärung¹¹⁴, eine Willenserklärung darstellen kann¹¹⁵. Damit entspricht das Urteil auch in diesem Punkt den dargelegten Grundsätzen¹¹⁶.

[Rz 42] Zur Einbeziehung der AGB hat das Gericht ausgeführt, dass diese voraussetze, dass die AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden können. Ohne explizite Prüfung dieser Voraussetzung wird festgehalten, dass

das Anklicken der Checkbox «für den Konsens» genüge¹¹⁷. Dabei wird auf Literatur verwiesen, welche sich mit allen Voraussetzungen des Einbezugs von AGB auseinandersetzt¹¹⁸. Demnach dürfte anzunehmen sein, dass diese Voraussetzungen nach Ansicht des Gerichts allesamt erfüllt sind. Somit ist der Hinweis auf die ausdrückbare AGB im Registrierungsformular mittels einer Checkbox sowie die entsprechende Verlinkung geeignet, die Voraussetzungen des Hinweises und die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme zu erfüllen. Ebenso ist die Übernahme gemäss Parteiwillen mittels einer zwingenden Registrationsführung, welche voraussetzt, dass der Registrierende sein Einverständnis mit den AGB mittels Anklicken der Checkbox kundtut, gewährleistet. Die Würdigung des Gerichts entspricht somit auch in diesem Punkt den dargestellten Grundsätzen¹¹⁹.

2.3. Bemerkungen zu Formfragen im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Gerichtsstands

2.3.1. Zusammenfassung der Haltung des Kantonsgerichts

[Rz 43] Reduziert man die Erwägungen des Gerichts zu den Formerfordernissen einer Gerichtsstandsvereinbarung auf das Wesentliche, so lassen sich zwei zentrale Argumentationskomplexe erkennen.

[Rz 44] *Erstens* müsse für eine formgültige Vereinbarung eines Gerichtsstands sowohl die Gerichtsstandsklausel selbst als auch die Tatsache eines Austausches diesbezüglich übereinstimmender Willenserklärungen bzw. die Zustimmung zu einer Gerichtsstandsklausel durch Text nachweisbar sein. Es sei aber weder die Gerichtsstandsklausel noch die entsprechende Annahmeerklärung des Kunden, weder vor noch während des Registrierungsprozesses, in einer Form übermittelt worden, welche den Nachweis durch Text erlaube. Insbesondere sei «[w]eder die Ziffer 14 der AGB selbst noch die Zustimmungserklärung der Beklagten [...] vor oder beim Anmeldevorgang per Telegramm, Telex, Telefax oder E-Mail übermittelt [worden], sondern nur am Bildschirm.»¹²⁰ Die Möglichkeit, die Gerichtsstandsklausel von der Webseite ausdrucken zu können, genüge nicht, da der Anbieter hierdurch einen textlichen Nachweis der Übermittlung nicht erbringen könne.

[Rz 45] *Zweitens* handle es sich beim Klick auf die Checkbox, mit welcher der Kunde die AGB akzeptiert, nicht um eine Willensäußerung, welche sich als «den Nachweis durch Text ermöglichende Form der Übermittlung» qualifizieren lasse¹²¹.

[Rz 46] Zusammenfassend stellen damit nach Meinung des

¹⁰⁴ Statt vieler BAUMANN MAX/DÜRR DAVID/LIEBER VIKTOR/MARTI ARNOLD, Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. Teilband – Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998, Art. 1 N 612 f.

¹⁰⁵ Siehe auch die Bemerkungen in Kap. II.3.3.

¹⁰⁶ Urteil, Ziff. II./2.1.a.

¹⁰⁷ Urteil, Ziff. II./2.2.d.

¹⁰⁸ In diese Richtung weist auch der Umstand, dass das Gericht festhält, dass der Vertrag im Zeitpunkt der Betätigung der Schaltfläche, welche die Registrierung abschliesst, zustande gekommen ist (Urteil, Ziff. II./2.2.d.).

¹⁰⁹ Vorstehend Kap. II.2.2.

¹¹⁰ Eine abschliessende Qualifikation dürfte jedoch von den Gesamtumständen, d.h. beispielsweise der konkreten Ausgestaltung der Webseite, abhängig sein (vorstehend Kap. II.2.2.).

¹¹¹ Aufschaltung eigener Stellenanzeigen, Unternehmenswerbung, Online-Zugriff auf die Bewerbungsunterlagen Stellensuchender, automatisierte Zustellung von Bewerbungen, Newsletter etc. (Urteil, Ziff. I./A.1.).

¹¹² Vorstehend Kap. II.2.1.

¹¹³ Urteil, Ziff. II./2.2.d.

¹¹⁴ Vorstehend Kap. II.2.1.

¹¹⁵ Urteil, Ziff. II./2.2.d.

¹¹⁶ Vorstehend Kap. II.2.1.

¹¹⁷ Urteil, Ziff. II./2.2.b.

¹¹⁸ Namentlich auf FREI OLIVER (Fn. 14), N 400 ff.

¹¹⁹ Vorstehend Kap. II.2.1.

¹²⁰ Urteil, Ziff. II./2.2.a.

¹²¹ Urteil, Ziff. II./2.2.c.

Gerichts weder die Anzeige der Webseite am Bildschirm des Kunden noch die Übermittlung des booleschen Werts¹²² einer angeklickten Checkbox¹²³ Übermittlungsformen dar, welche den Nachweis der Gerichtsstandsvereinbarung durch Text im Sinne von Art. 9 Abs. 2 GestG (und damit Art. 17 Abs. 2 ZPO) ermöglichen. Ferner stellt sich aufgrund des Urteils die Frage, ob eine in den AGB enthaltene Gerichtsstandsklausel in einer Form *übermittelt* werden muss, die den Nachweis durch Text ermöglicht, oder ob der formgerechte Austausch von Willenserklärungen, welche sich aus konsensrechtlicher Sicht rechtsgenügend auf die (in der Form von Text nachweisbaren) AGB beziehen, zur Erfüllung der Formerfordernisse ausreicht. Auf diese Aspekte soll nachfolgend vertieft eingegangen werden.

2.3.2. Kritik

a) Anzeige einer Webseite am Bildschirm als Übermittlungsform, welche den Nachweis durch Text ermöglicht

[Rz 47] Ausgangspunkt der Kritik am Urteil bildet das darin enthaltene Verständnis bezüglich elektronischer Übermittlungsformen¹²⁴. Im Urteil wird wie dargelegt ausgeführt, weder Ziffer 14 der AGB selbst noch die Zustimmungserklärung sei per Telegramm, Telex, Telefax oder E-Mail übertragen worden; die Übermittlung der Gerichtsstandsklausel sei «nur» am Bildschirm erfolgt¹²⁵. Vorliegend soll zuerst geklärt werden, ob es sich bei der Übermittlung einer Webseite und Anzeige derselben am Bildschirm des Betrachters überhaupt um eine im Hinblick auf die Formvorschrift taugliche Übermittlungsform handelt. Andere Fragen, die sich aufgrund des vorgenannten Grundverständnisses des Gerichts ergeben, werden an späterer Stelle beleuchtet¹²⁶.

¹²² Unter dem Begriff «boolesche Variable» wird eine Variable verstanden, welche zwei Werte («wahr»/ «falsch») – annehmen kann; als «boolesche Werte» werden die entsprechenden Variablenwerte bezeichnet.

¹²³ In technischer Hinsicht ist der Vollständigkeit halber folgendes festzuhalten: Die Auszeichnungssprache HTML, in welcher die Anweisungen für den Webbrowser geschrieben werden, lässt nicht zu, dass die Variable, welche mit einer Checkbox assoziiert wird, einen echten booleschen Wert (also «wahr» oder «falsch») annimmt. In der Regel werden Checkboxes deshalb so programmiert, dass die mit einer Checkbox assoziierte Variable im ausgewählten Zustand der Checkbox den Wert «1» erhält, was von der Programmlogik als «wahr», also als Zeichen dafür, dass die Checkbox sich bei der Übermittlung des Formulars im ausgewählten Zustand befunden hat, interpretiert wird. Bei nicht-ausgewähltem Zustand der Checkbox hat die entsprechende Variable dagegen keinen Wert, was von der Programmlogik gegenteilig als «falsch» interpretiert wird.

¹²⁴ Obwohl Art. 17 ZPO im Gegensatz zu Art. 9 GestG den Begriff der «*Form der Übermittlung*» nicht mehr kennt, wird im Hinblick auf die im zu besprechenden Urteil verwendete Terminologie nachfolgend noch an dieser Begrifflichkeit festgehalten.

¹²⁵ Urteil, Ziff. II./2.2.a.

¹²⁶ Namentlich ob dieses so zu verstehen ist, dass eine Gerichtsstandsklausel *selbst* in einer Form *übermittelt* werden muss, die den Nachweis durch Text erlaubt, oder ob der die Formvorschrift erfüllende Verweis auf AGB – und der diesbezügliche konsensrechtlich gültige Einbezug – insgesamt

[Rz 48] Vorab ist zu bemerken, dass es sich bei der praktisch der Aufzählung von Übermittlungsformen im Urteil entsprechenden Aufzählung in Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG¹²⁷ um eine nicht abschliessende Aufzählung handelt¹²⁸. Daneben ist festzuhalten, dass sich eine E-Mail, welche die Formvorschriften von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG bzw. Art. 17 Abs. 2 ZPO zweifellos erfüllt¹²⁹, technisch im Wesentlichen nicht von einer Webseite, welche via Internet auf den Bildschirm des Nutzers «übertragen» wird, unterscheidet. Bei beiden Übermittlungsformen wird im Wesentlichen¹³⁰ ein in einem standardisierten Format¹³¹ codierter Text von einem Computer über das Internet auf den Computer des Betrachters übertragen und anschliessend am Bildschirm angezeigt¹³².

[Rz 49] Weitere Ähnlichkeiten sind in beweistechnischer Hinsicht erkennbar. Die Webseite des Webshops, welche zur Zeit einer konkreten Vertragsanbahnung auf der Internetplattform zur Verfügung stand, kann vom Anbieter für jeden Kunden gesondert in einer Datenbank archiviert werden. Gleiches gilt für die AGB, welche als Webseite hinterlegt werden und auf welche während des Abschlussprozesses verwiesen wird. Auf diese Weise kann im Nachhinein festgestellt werden, ob und wie die Webseite des Webshops auf die AGB verwiesen hat und welche Fassung der AGB dem Kunden in diesem Zeitpunkt zur Einsicht angeboten wurde. Weiter dürfte ein Anbieter – bei entsprechender Konfiguration des Webserver – auch Dank sog. «Logs»¹³³ in der Lage sein, nachzuweisen, welche Version der Webseite zu einem bestimmten Zeitpunkt an den Kunden übermittelt wurde bzw. auf welche Version der AGB verwiesen wurde. Diese Funktionalität in der Sphäre des Anbieters unterscheidet sich in technischer Hinsicht im Wesentlichen nicht von einem Ordner mit gesendeten E-Mails in einem E-Mail-Programm. Gleiches gilt für den Einflussbereich des Kunden, da die Webseite des Webshops – sowie der AGB, soweit sie betrachtet werden – bei der Ansicht in einem Zwischenspeicher (sog. «Cache») auf dem

für die Erfüllung der Formvorschrift genügt. Siehe dazu nachfolgend Kap. III.2.3.2.c).

¹²⁷ Der fragliche Absatz lautet «*Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und E-Mail*». Diese Aufzählung findet sich in der ZPO nicht mehr. Wie dargelegt (vorstehend Kap. II.3.1.) handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Anpassung.

¹²⁸ So auch etwa Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (Fn. 56), S. 7264.

¹²⁹ Vorstehend Kap. II.3.3.

¹³⁰ Unterschiede ergeben sich in technischer Hinsicht im Wesentlichen einzig in Bezug auf die verwendete «Hülle», in welcher die Daten versandt werden.

¹³¹ Z.B. ASCII oder UTF-8.

¹³² Oft ist es gar so, dass der Text, welcher als Webseite empfangen und in einem Browser dargestellt wird, in formattechnischer Hinsicht identisch ist mit einem Text, welcher als E-Mail empfangen und in einem E-Mail-Programm dargestellt wird. So werden heute E-Mails oft im HTML-Format versendet, das eine plattformübergreifende Kompatibilität sicherstellt.

¹³³ Unter «Logs» werden automatisiert geführte Protokolle, welche Auskunft über die Tätigkeiten des Webserver-Programms geben, verstanden.

Rechner des Kunden abgelegt wird und somit grundsätzlich reproduzierbar zur Verfügung steht. Weiter hat der Kunde die Möglichkeit, diese Webseiten auszudrucken oder beständig zu sichern¹³⁴. Auch in diesen Punkten sind die behandelten Übermittlungsformen technisch weitgehend vergleichbar.

[Rz 50] Das Argument des Gerichts, die Übermittlung einer Webseite und Anzeige derselben am Bildschirm sei ein von einer E-Mail zu unterscheidender Sachverhalt ist aufgrund dieser Ähnlichkeiten nicht einfach nachvollziehbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist stattdessen vielmehr davon auszugehen, dass auch die Übermittlung sowie Anzeige einer Webseite eine Form der Übermittlung darstellt, welche den Nachweis durch Text gemäss Art. 9 GestG bzw. Art. 17 ZPO ermöglicht. Der blosse Umstand, dass ein Kunde die ihm (bei den AGB lediglich allenfalls¹³⁵) übermittelte Webseite nicht ausdrückt oder speichert, vermag den die Formvorschrift erfüllenden Charakter der Übermittlungsform nicht zu schwächen¹³⁶.

b) Auswählen einer Checkbox und Versand eines Online-Formulars als Übermittlungsform, welche den Nachweis durch Text ermöglicht

[Rz 51] Weiter stellt sich das Gericht auf den Standpunkt, das gesetzliche Formerfordernis sei durch den Klick auf die Checkbox, mit welcher der Kunde die AGB akzeptiert, nicht erfüllt¹³⁷. Somit sei nicht bloss das Angebot des Anbieters¹³⁸ sondern auch der Akzept der Gerichtsstandsvereinbarung durch den Kunden vorliegend formungültig gewesen.

[Rz 52] Vorab ist zu prüfen, ob die gesetzgeberische Formulierung darauf abstellen sollte, dass Text *übermittelt* wird. Wäre das der Fall, wäre schon beim in Art. 9 GestG noch explizit genannten Telefax einige Interpretation nötig, um bei dessen Verwendung eine Übermittlung von Text anzunehmen¹³⁹. Es ist daher vielmehr davon auszugehen, dass die

Übermittlungsform – im Einklang mit dem gesetzlichen Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG und dem Sinn von Art. 17 ZPO – nur den *Nachweis* durch Text ermöglichen muss¹⁴⁰, bzw. ein Ergebnis, das sich in Textform darstellen lässt¹⁴¹. Der blosse Umstand, dass bei Verwendung einer Checkbox nicht Text, sondern ein anderer Inhalt – z.B. ein boolescher Wert¹⁴² – übermittelt wird, kann daher nicht für sich allein entscheidend sein.

[Rz 53] Ob die gesetzliche Formvorschrift allgemein und insbesondere bei Verwendung einer Checkbox eingehalten wird, hängt letztlich davon ab, ob die entsprechende Willenserklärung¹⁴³ bzw. ihr Bedeutungsinhalt unmittelbar oder lediglich mittelbar durch Text nachweisbar sein muss¹⁴⁴. Um diese Frage zu beantworten, ist erneut¹⁴⁵ auf das formmässig zulässige Medium E-Mail abzustellen. Bei E-Mails dürfte der Inhalt der Willenserklärung regelmässig unmittelbar durch Text nachweisbar sein, d.h. sich unmittelbar aus dem Text der E-Mail selbst ergeben. Dies muss aber nicht zwingend der Fall sein¹⁴⁶. Es ist anzunehmen, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung bei strikter Verwendung von E-Mails auch bei bloss mittelbarer Nachweisbarkeit des Bedeutungsinhalts

¹³⁴ Dazu sind nicht – wie im Urteil impliziert – fortgeschrittene Kenntnisse, sondern nur sehr grundsätzliche Computerkenntnisse nötig; in der Regel genügt ein Klick auf den Menüeintrag «Speichern» im Menu «Datei».

¹³⁵ In rechtstatsächlicher Hinsicht muss davon ausgegangen werden, dass lediglich die Webseite des Webshops übermittelt wird, während der Kunde die AGB lediglich in Ausnahmefällen tatsächlich betrachten (und ggf. zur Kenntnis nehmen) dürfte.

¹³⁶ Es ist schliesslich auch denkbar, dass ein Kunde, der eine zweifellos formgültige Gerichtsstandsvereinbarung per E-Mail abschliesst, die E-Mails nach Versand bzw. Eingang löscht (oder diese von Anfang an nicht beständig auf seinem Computer speichert) ohne dass dies einen Einfluss auf die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung hat. Die Löschung hat lediglich beweisrechtliche Konsequenzen. Siehe in diese Richtung auch die Bemerkungen bei REETZ PETER (Fn. 58), N 13.

¹³⁷ Urteil, Ziff. II./2.2.c.

¹³⁸ D.h. die Übermittlung und Anzeige des Webshops. Dazu vorstehend Kap. III.2.3.2.a).

¹³⁹ Beim Telefax wird de facto ein Bild eines Texts in akustische Signale umgewandelt, diese über die Telefonleitung übermittelt und durch das andere Faxgerät wieder zu einem Bild eines Texts zusammengefügt, welches dann als Text ausgedruckt wird.

¹⁴⁰ So implizit wohl auch WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 96, welcher meint, dass eine per E-Mail geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung bereits mit der *elektronischen* Übermittlung und nicht erst mit Anzeige oder Ausdruck der E-Mail zustande kommt.

¹⁴¹ Die Übermittlung muss somit nicht in Textform erfolgen. In diese Richtung weisen auch die Bemerkungen des Bundesgerichts zur Auslegung von Art. 5 IPRG (vgl. BGE 119 II 391 E. 3a S. 394 f.), welche von der Literatur dahingehend interpretiert werden, dass der Wortlaut der Willenserklärungen eine *visuell wahrnehmbare, physisch reproduzierbare Form* aufweisen müsse (BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ (Fn. 73), § 5 N 395); vgl. in diese Richtung auch die Bemerkungen zu Art. 5 IPRG bei GROLIMUND PASCAL (Fn. 70), N 33. A.M. scheinbar COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 15 f., wobei festgehalten wird, dass die übereinstimmenden Willensäusserungen «mittels Texten» ausgetauscht werden müssen. Zugleich wird an späterer Stelle angeführt, dass der Klick auf einen Knopf, mit welchem der Nutzer einer Webseite eine Gerichtsstandsklausel auf einer Webseite annehme, den Formerfordernissen genüge. Hierbei wird übersehen, dass in einem derartigen Fall jedoch kein Text übermittelt wird.

¹⁴² Vgl. zum Begriff Fn. 122.

¹⁴³ Es wird an dieser Stelle unterstellt, dass es sich hierbei um eine Willenserklärung handelt. Es ist daran zu erinnern, dass dies in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen ist (vorstehend Kap. II.2.1.).

¹⁴⁴ In diese Richtung weisen auch die Bemerkungen im besprochenen Urteil, wonach die Verwendung einer Checkbox ungenügend sei, zumal sich der Nachweis über die Willensäusserung des Kunden aus Text ergeben müsse und sich dieser Nachweis allenfalls lediglich «in Form eines Schlusses aus technischer Funktionalität» erbringen lasse (Urteil, Ziff. II./2.2.c.).

¹⁴⁵ Ähnliches Vorgehen schon in Kap. III.2.3.2.a).

¹⁴⁶ Zu denken ist an folgende Situation: Der Anbieter versendet dem Kunden eine E-Mail, in welcher er das Angebot der Gerichtsstandsvereinbarung unterbreitet. Im Anschluss antwortet der Kunde in einer separaten E-Mail, in welcher er auf die E-Mail des Anbieters Bezug nimmt und lediglich die Annahme der Gerichtsstandsklausel erklärt («Ich nehme die Gerichtsstandsklausel gemäss Ihrer E-Mail von gestern an» oder «Ich stimme Ihrer gestrigen E-Mail zu»). In diese Richtung auch FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 14.

formgültig zustande kommt¹⁴⁷. Gleiches gilt bei weiteren formgültigen Abschlussvarianten¹⁴⁸. Bei Verwendung einer Checkbox ergibt sich der Bedeutungsinhalt dagegen mutmasslich *stets* mittelbar, d.h. aus den Umständen¹⁴⁹. Gleichwohl kann auch bei Verwendung dieses Instruments die (mittelbare) Nachweisbarkeit durch Text gewährleistet sein¹⁵⁰. Es ist unter diesen Umständen nicht leichthin einzusehen, weshalb an die Nachweisbarkeit des Bedeutungsinhalts bei der Verwendung einer Checkbox höhere Anforderungen gestellt werden sollten als bei E-Mails. Angezeigt erscheint stattdessen ein vergleichbarer Massstab, weshalb der Verwendung einer Checkbox sowie vergleichbaren technischen Funktionalitäten, welche den (mittelbaren) Nachweis durch Text zulassen können, im vorliegenden Kontext nicht zum Vornher eine jede Gültigkeit abgesprochen werden sollte¹⁵¹.

c) Notwendigkeit der Übermittlung der Gerichtsstandsklausel zur Erfüllung des Formerfordernisses?

[Rz 54] Das Urteil wirft schliesslich die Frage auf, ob für die Erfüllung des Formerfordernisses der Text der Gerichtsstandsvereinbarung an sich, d.h. die in den AGB enthaltene Gerichtsstandsklausel, von einer Partei an die andere übermittelt werden muss, oder ob es genügt, wenn sich die formgerecht übermittelten Willenserklärungen auf die AGB beziehen. Die Ausführungen des Gerichts dürften im erstgenannten Sinne zu verstehen sein¹⁵².

[Rz 55] Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Aus der Qualifikation der Gerichtsstandsvereinbarung¹⁵³ ergibt sich, dass deren Entstehung vom Austausch übereinstimmender Willenserklärungen abhängt. Im Kontext des allgemeinen Vertragsrechts steht unbestritten fest, dass der Inhalt von AGB nicht ausgetauscht werden muss, damit dieser Vertragsbestandteil wird. Aufgrund des Wesens der AGB ist vielmehr einzig erforderlich, dass die Erklärung, den Inhalt der AGB zum Vertragsgegenstand erheben zu wollen, d.h. der Verweis, zum Inhalt der Willenserklärung gemacht und übereinstimmend ausgetauscht wird¹⁵⁴. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung ist dieser konsensrechtliche Aspekt strikt von der Frage der Formvorschrift zu trennen¹⁵⁵. Inwiefern ein Austausch von Willenserklärungen zu erfolgen hat bzw. welchen Inhalt diese Willenserklärung aufzuweisen haben, beurteilt sich somit einzig nach vertragsrechtlichen Gesichtspunkten. Deshalb müssen die AGB selbst nicht übermittelt werden¹⁵⁶. Die Gerichtsstandsklausel muss jedoch ebenfalls durch Text nachweisbar sein¹⁵⁷. Diese Anforderung dürfte erfüllt sein, wenn die AGB auf einer Webseite abrufbar sind¹⁵⁸.

[w]eder die Ziffer 14 der AGB selbst noch die Zustimmungsklärung der Beklagten [...] vor oder beim Anmeldevorgang [...] übermittelt [worden sei]» (Urteil, Ziff. II./2.2.a.).

¹⁴⁷ Siehe auch die Bemerkungen bei WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 95 der hinsichtlich des Abschlusses einer Gerichtsstandsklausel via E-Mail lediglich vorauszusetzen scheint, dass die Zustimmung «*inhaltlich unmissverständlich*» ist. In eine ähnliche Richtung im Kontext von Art. 5 IPRG etwa GROLIMUND PASCAL (Fn. 70), N 38, wonach die Willenseinigung klar und eindeutig erfolgen müsse. Hierfür spricht auch der Grundsatz, dass der Austausch von Schriftstücken genügt, solange die Einigung über die Gerichtsstandsvereinbarung deutlich zum Ausdruck kommt (statt vieler SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 17 und HAAS ULRICH/SCHLUMPF MICHAEL (Fn. 51), N 17). Siehe im Kontext von Art. 178 IPRG schliesslich auch WENGER WERNER/MÜLLER CHRISTOPH, Kommentar zu Art. 178 IPRG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007, N 16.

¹⁴⁸ Zu denken ist an den Fall, in welchem ein Kunde ein Dokument unterzeichnet, in welchem eine Gerichtsstandsklausel enthalten ist. Auch in dieser Konstellation ergibt sich der Inhalt der Willenserklärung lediglich mittelbar, d.h. aus der Kombination der Unterschrift des Kunden mit der von der anderen Partei auf das Papier gedruckten Gerichtsstandsklausel.

¹⁴⁹ Kombination des bei der Checkbox platzierten Texts und des durch das Anklicken der Checkbox ausgelösten Übermittlungsvorgangs und der anschliessenden Übermittlung eines bestimmten Werts.

¹⁵⁰ Namentlich ist die Webseite, welche die Checkbox enthält, ausdrucks- und speicherbar. Überdies kann die Übermittlung des mit der Checkbox verbundenen Werts mittels sog. «*Logs*» textlich nachgewiesen werden. Siehe zu diesen Aspekten im Zusammenhang mit der Übermittlung und Anzeige von Webseiten vorstehend Kap. III.2.3.2.a).

¹⁵¹ Für die Zulässigkeit von Checkboxes bzw. vergleichbaren technischen Funktionalitäten im Kontext von Art. 5 IPRG auch etwa GROLIMUND PASCAL (Fn. 70), N 32 f.

¹⁵² Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass das Gericht festhält, dass «

¹⁵³ D.h. der Qualifikation als prozessrechtlicher Vertrag (siehe dazu vorstehend Kap. II.3.1).

¹⁵⁴ Die Abrede zwischen den Parteien, d.h. der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, bezieht sich regelmässig lediglich auf die *Verweisung* auf die AGB (siehe statt vieler GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG (Fn. 30), N 1127 ff.). Siehe zum Wesen der AGB ferner vorstehend Kap. II.2.3.

¹⁵⁵ Siehe allgemein ähnlich SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 20 und FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 2.

¹⁵⁶ In der Literatur wird dieser Aspekt, soweit erkennbar, kaum explizit angesprochen. Regelmässig wird jedoch zwischen der eigentlichen Vereinbarung, bei welcher explizit oder implizit der Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen vorausgesetzt wird, sowie den separaten (nicht auszutauschenden) AGB unterschieden. Dabei wird gelegentlich – soweit überhaupt der Internetkontext angesprochen wird – festgehalten, dass es genüge, wenn die AGB mittels Link einsehbar seien. Im Ergebnis wird damit zugleich festgehalten, dass die *tatsächliche Übermittlung* der AGB bzw. der Gerichtsstandsklausel selbst nicht notwendig ist. Siehe in diese Richtung etwa FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 18 f.; SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN (Fn. 51), N 22; COURVOISIER MATTHIAS (Fn. 51), N 16. Ähnlich im Kontext von Art. 358 ZPO etwa GIRSBERGER DANIEL, Kommentar zu Art. 358 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 16. Siehe ferner im Kontext von Art. 5 IPRG GROLIMUND PASCAL (Fn. 70), N 32 f.; WEBER ROLF H. (Fn. 14), S. 84. Siehe schliesslich zu Art. 178 IPRG BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ (Fn. 73), S. 136 Fn. 186.

¹⁵⁷ Statt aller WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 94 und im Kontext von Art. 5 IPRG GROLIMUND PASCAL (Fn. 70), N 32. Siehe zum vorliegenden Kontext so explizit FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 19.

¹⁵⁸ Dies unter der Prämisse, dass hierdurch die Nachweisbarkeit durch Text ermöglicht wird. Siehe zu diesem Aspekt vorstehend Kap. III.2.3.2.a). A.M. FÜLLEMANN DANIEL (Fn. 51), N 19.

d) Zum Beweiswert

[Rz 56] Im Urteil wird festgehalten, dass einer der Zwecke der Formvorschrift von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG in der Vermeidung von Beweisproblemen liege¹⁵⁹. Um einen weiteren Moment bei der – fraglos die Formvorschrift von Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG bzw. Art. 17 Abs. 2 ZPO erfüllenden – per E-Mail abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung zu bleiben: Ihr Beweiswert ist gegenüber einer in einfacher Schriftform abgeschlossenen Vereinbarung reduziert. Zwar liegt der Text der Vereinbarung vor. Aus einem E-Mail-Verkehr alleine lässt sich jedoch weder der tatsächliche Versand noch die Urheberschaft eruieren¹⁶⁰. Hierfür sind weitere Beweise¹⁶¹ nötig.

[Rz 57] Gleich verhält es sich mit Gerichtsstandsvereinbarungen, welche auf dem Weg geschlossen werden, welcher Gegenstand des besprochenen Urteils bildet. Der Anbieter kann den Text der Gerichtsstandsklausel und den Umstand, dass eine Person, welche sich als Kunde ausgegeben hat, der die Gerichtsstandsklausel angenommen hat, ohne weiteres aufgrund seiner Datenbank- und Server-Logs belegen. Zum Beweis der Identität der handelnden Person und der Person des Kunden sind – wie bei der Vereinbarung via E-Mail – weitere Schritte nötig. Eine unterschiedliche Behandlungsweise dieser beiden Abschlussformen ist somit auch in Anbetracht der Ähnlichkeit der sich stellenden Beweisprobleme abzulehnen.

e) Abschliessende Gedanken

[Rz 58] Wie oben dargelegt wurde, handelt es sich beim Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit Webshops durchaus um Übermittlungsformen, welche den Nachweis durch Text erlauben. Falls es sich – je nach Art des Webshops und der angebotenen Waren oder Dienstleistungen – bei der Webseite des Anbieters um eine *invitatio ad offerendum* handelt, ist es nötig, dass der Akzept des Anbieters betreffend die Gerichtsstandsvereinbarung ebenfalls die Formvorschrift von Art. 17 ZPO wahr¹⁶². Im

Idealfall geschieht dies gleich in der üblichen Bestätigungs-E-Mail¹⁶³. Andernfalls – falls es sich bei der Webseite um ein Angebot handelt – dürfte die Übermittlung der Webseite beim Abschluss des Bestellprozesses durch den Kunden aufgrund der vorgenannten Gründe den Formerfordernissen von Art. 17 ZPO genügen.

IV. Fazit

1. Zum Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit Webshops

[Rz 59] Diejenigen Autoren, welche die Frage aufgreifen, ob die heute in der Praxis üblichen Formen des Abschlusses von Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit Webshops den Formvorschriften von Art. 17 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 9 Abs. 2 GestG entsprechen, bejahen dies zumeist ohne genauer auf die sich stellenden Fragen einzugehen¹⁶⁴. Das vorliegend besprochene Urteil lässt Zweifel an diesem – als selbstverständlich empfundenen – Verständnis entstehen.

[Rz 60] Aufgrund der im vorliegenden Beitrag dargelegten Gründe ist dem Verständnis des Gerichts zu widersprechen. Bei genauerer Betrachtung lässt sich erkennen, dass diese gängige Methode – Abbildung der Gerichtsstandsvereinbarung in den AGB, Inklusion der AGB mittels Checkbox, Verweis auf die Gerichtsstandsklausel in einer Bestätigungs-E-Mail¹⁶⁵ – die Formerfordernisse von Art. 17 ZPO erfüllt. Dieses Ergebnis deckt sich mit dem Willen des Gesetzgebers, neueren Kommunikationsformen Rechnung zu tragen¹⁶⁶.

2. Hinweise für die Praxis

2.1. Vorbemerkung

[Rz 61] Da es sich beim vorliegend besprochenen Urteil soweit erkennbar um das einzige publizierte Urteil handelt, welches sich mit dem oben besprochenen Thema befasst, scheint es in der Praxis angezeigt, die Methode, mit welcher Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit Webshops abgeschlossen werden, zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Nachfolgend werden daher gestützt

¹⁵⁹ Urteil, Ziff. II./2.2.a. Siehe zur Beweisfunktion auch REETZ PETER (Fn. 59), S. 151 f.

¹⁶⁰ Ebenso SPÜHLER KARL/REETZ PETER, Die allgemeinen Gerichtsstandsvorschriften des Gerichtsstandsgesetzes (GestG), in: Christoph Leuenberger/Renate Pfister-Liechti (Hrsg.), Das Gerichtsstandsgesetz, Bern 2001, S. 11-24, S. 21 f.; WIRTH MARKUS (Fn. 51), N 99; BERGER BERNHARD (Fn. 70), N 26.

¹⁶¹ Zu denken ist an die Logs der beteiligten Mail-Server, allenfalls die IP-Adresse der sendenden Partei sowie eine Zuordnung dieser eindeutigen Adresse zu einer Person, welche nur der zuständige Internet-Provider erbringen kann. Selbst wenn dieser Beweis erbracht ist, lässt sich damit nicht abschliessend und definitiv bzw. unzweideutig beweisen, welche Person tatsächlich den mittels der IP-Adresse identifizierten Internetanschluss verwendet hat. Schliesslich mindert die Tatsache, dass E-Mails i.d.R. auf einem veränderbaren Datenträger gespeichert und damit leicht nachträglich zu verändern sind, den Beweiswert von E-Mails massgeblich.

¹⁶² Zu pauschal in dieser Hinsicht INFANGER DOMINIK (Fn. 52), N 26, da in den dortigen Ausführungen nur Webshops erfasst werden, welche als Antrag zu qualifizieren sind.

¹⁶³ Wie dargelegt (vorstehend Kap. II.2.1.) erscheint diesbezüglich die Verwendung von automatisch generierten E-Mails («Auto-Reply») zulässig.

¹⁶⁴ Siehe die in Fn. 73 zitierte Literatur.

¹⁶⁵ Wie noch darzulegen sein wird (nachstehend Kap. IV.2.2.) ist hinsichtlich der Notwendigkeit der Bestätigungs-E-Mail danach zu differenzieren, ob die Webseite als Angebot oder als blosser *invitatio ad offerendum* zu qualifizieren ist.

¹⁶⁶ Hierbei handelt es sich um ein Ziel, welches bei der Entstehung des GestG eine Rolle gespielt hat. Siehe Botschaft vom 18. November 1998 zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) (Fn. 58), S. 2850.

auf die obige Analyse einige entsprechende Hinweise für die Praxis angebracht¹⁶⁷.

2.2. Bestätigungs-E-Mail

[Rz 62] Je nach angebotener Ware oder Dienstleistung und Aufbau eines Webshops ist dieser als rechtlich verbindliches Angebot oder als *invitatio ad offerendum* zu qualifizieren¹⁶⁸. Um sicherzustellen, dass die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht an der Übertragung der Willenserklärung des Anbieters in einer Form, welche den Nachweis durch Text ermöglicht, scheitert, falls der fragliche Webshop als *invitatio ad offerendum* zu qualifizieren ist, sollte der Anbieter in jedem Fall eine Bestätigungs-E-Mail an den Kunden versenden. In dieser E-Mail sollte, um der problematisch anmutenden (scheinbaren) Ansicht des Gerichts, wonach die Gerichtsstandsklausel selbst übermittelt werden müsse¹⁶⁹, zu begegnen, die Gerichtsstandsklausel selbst enthalten sein. Schliesslich erscheint es empfehlenswert, auch nochmals mit einem Link auf die AGB zu verweisen. Zur Erleichterung der Beweisführung sollte dabei auf die Version der geltenden AGB hingewiesen werden.

2.3. Zwingende Darstellung der Gerichtsstandsklausel im Webshop

[Rz 63] Im Hinblick darauf, dass das vorliegend besprochene Urteil anklingen lässt, der Text der Gerichtsstandsklausel müsse übermittelt werden¹⁷⁰, damit die Formvorschrift erfüllt sei, sollten Webshops die Übermittlung der AGB an den Kunden¹⁷¹ und deren Darstellung erzwingen. Dies lässt sich bewerkstelligen, indem die AGB in einem der Registrierungs- bzw. Abschlusschritte in einem in der Grösse limitierten, aber scrollbaren Bereich¹⁷² angezeigt werden. Weiter muss dem Kunden gleichzeitig die Möglichkeit gegeben werden, die AGB vollständig anzuzeigen und diese auszudrucken und zu speichern¹⁷³. Alternativ könnte sich diese zwingende Übermittlung auf die eigentliche Gerichtsstandsklausel beschränken¹⁷⁴. Der problematischen Meinung des Gerichts,

wonach die Übermittlung und Anzeige einer Webseite keine Form der Übermittlung sei, die einen Nachweis durch Text ermögliche¹⁷⁵, vermögen jedoch beide Varianten nichts entgegenzusetzen.

2.4. Übermittlung der Zustimmung des Kunden zur AGB als Text sowie explizite Nennung der Gerichtsstandsklausel in der Checkbox

[Rz 64] Das Gericht argumentiert, beim Klick auf die Checkbox, mit welcher die AGB angenommen werden, handle es sich nicht um eine den Nachweis durch Text ermöglichende Form der Übermittlung, da kein Nachweis durch Text, sondern wenn überhaupt lediglich ein Nachweis mittels technischer Funktionalität möglich sei¹⁷⁶. Diesem Argument lässt sich tendenziell damit begegnen, dass im Anschluss an die Bestätigung durch den Kunden eine Textfolge an den Anbieter übermittelt wird¹⁷⁷. Der Nachweis durch Text ist auch in diesem Fall lediglich mittelbar möglich. Der Grad der Mittelbarkeit dürfte hierdurch jedoch vermindert werden.

[Rz 65] Um der weiteren problematischen Ansicht des Gerichts zu begegnen, wonach die Gerichtsstandsklausel selbst übermittelt werden müsse¹⁷⁸, dürfte es ferner ratsam sein, den Text der Checkbox¹⁷⁹ und die Zeichenfolge, welche bei Betätigung an den Anbieter übermittelt wird, dahingehend anzupassen, dass die Gerichtsstandsklausel explizit angeführt wird¹⁸⁰. Alternativ könnten für die AGB und die Gerichtsstandsklausel auch separate Checkboxes eingeführt werden¹⁸¹.

2.5. Speicherung/Log

[Rz 66] Aus Beweisgründen sollte der Anbieter alle erfassbaren Daten des Kunden inkl. IP-Adresse und genauem Zeitpunkt der Bestellung speichern. Mit diesen Datensätzen sollte die dem Kunden angezeigte AGB-Version gespeichert oder zumindest referenziert werden. Weiter scheint es beweisrechtlich ratsam, jeweils die gesamte übermittelte Webseite, mit welcher die AGB bzw. der Verweis auf die AGB an den Kunden übermittelt werden, in Logs dauerhaft zu

¹⁶⁷ Auf die allgemeinen Anforderungen an den vertragsrechtlich gültigen Einbezug von AGB wird dabei nicht mehr eingegangen. Siehe dazu vorstehend Kap. II.2.3.

¹⁶⁸ Siehe dazu vorstehend Kap. II.2.2.

¹⁶⁹ Siehe dazu vorstehend Kap. III.2.3.2.c).

¹⁷⁰ Siehe dazu vorstehend Kap. III.2.3.2.c).

¹⁷¹ Hinsichtlich der Übermittlung der Klausel vom Kunden an den Anbieter nachstehend Kap. IV.2.4.

¹⁷² Denkbar ist beispielsweise ein DIV-Container, welcher bei voller Breite z.B. 150 Pixel hoch ist und bei welchem die Eigenschaft «*overflow*» auf «*scroll*» eingestellt ist.

¹⁷³ Es ist deshalb von Popup-Fenstern ohne Menübalken abzusehen. Des Weiteren erleichtert dies zu einem späteren Zeitpunkt die Beweisführung, da aufgrund der Logs erstellt werden kann, welche Version der AGB dem Kunden übermittelt worden sind.

¹⁷⁴ Beispielsweise könnte neben dem Verweis auf die AGB folgender Text angebracht sein: «*Gemäss Ziff. 12 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

unterliegen alle Streitigkeiten aus dem zu schliessenden Vertrag dem ausschliesslichen Gerichtsstand Zürich.».

¹⁷⁵ Siehe dazu vorstehend Kap. III.2.3.2.a).

¹⁷⁶ Vorstehend Kap. III.2.3.2.b).

¹⁷⁷ Beispielsweise könnte an Stelle von «1» oder «void» folgende Zeichenfolge übermittelt werden: «*Der Kunde nimmt die AGB an.*».

¹⁷⁸ Vorstehend Kap. III.2.3.2.c).

¹⁷⁹ Hierdurch wird zugleich die in Kap. IV.2.3. dargelegte Empfehlung umgesetzt.

¹⁸⁰ Beispielsweise könnte der Text neben der Checkbox (und die Zeichenfolge, welche bei Betätigung an den Anbieter übermittelt wird) wie folgt lauten: «*Der Kunde akzeptiert die AGB und erklärt insbesondere, dass er die folgende Gerichtsstandsklausel akzeptiert: «Ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag ist Zürich.»*»

¹⁸¹ Diesfalls betrifft eine Checkbox den Einbezug der AGB während die andere Checkbox lediglich die Gerichtsstandsklausel behandelt.

speichern. Schliesslich sollten auch die vom Kunden übermittelten Daten sowohl in der Datenbank als auch – als Rohdaten – in den Logs dauerhaft gespeichert werden. Gleiches gilt schliesslich für allfällige Bestätigungs-E-Mails.

Alexander Schmid, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), Unterengstringen, Rechtsanwalt bei EPartners Rechtsanwälte in Zürich (www.epartners.ch) und Jean-Daniel Schmid, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), Fischbach-Göslikon.

Die Arbeiten am vorliegenden Beitrag wurden im Wesentlichen Ende Dezember 2010 abgeschlossen. Literatur und Rechtsprechung wurden daher bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Die Autoren danken Herrn Dr. Daniel Füllemann für das Zurverfügungstellen seines Manuskripts zur Kommentierung von Art. 17 ZPO (vgl. Bemerkungen in Fn. 51).

* * *