

e-commerce im schweizerischen und europäischen Recht

Seminararbeit

(6. Semester)

(Prof. Marc Amstutz – Europarecht)

Universität Fribourg - Schweiz

cand. iur. Oliver M. Kunz

Stud.-Nr.: 99-205-940

37, rte. des Arsenaux

1700 Fribourg

076/336 36 01

oliver.kunz@unifr.ch

Datum der Übergabe an den Professor: 06.12.2002

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS..... IV

LITERATURVERZEICHNIS VI

1 EINFÜHRUNG 2

1.1 AUSGANGSLAGE 2

1.2 GEGENSTAND DER SEMINARARBEIT 2

2 DIE RECHTLICHEN GRUNDLAGEN..... 3

2.1 EUROPÄISCHES RECHT 3

2.2 SCHWEIZER RECHT 4

3 DEFINITIONEN 5

3.1 DIENST 5

3.2 ANBIETER EINES DIENSTES 6

3.3 NIEDERLASSUNG 6

3.4 GRENZFÄLLE (P2P-SYSTEME) 6

3.5 NUTZER UND VERBRAUCHER..... 7

3.6 FERNABSATZVERTRÄGE 7

3.7 ELEKTRONISCHE VERTRÄGE 8

4 HERKUNFTSLANDPRINZIP 9

4.1 BEDEUTUNG 9

4.2 HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS IPR-REGEL ? 10

5 GRUNDSATZ DER ZULASSUNGSFREIHEIT..... 10

6 GLEICHWERTIGKEIT VON ELEKTRONISCHEN UND HERKÖMMLICHEN VERTRÄGEN... 11

6.1 IM EUROPÄISCHEN RECHT 11

6.2 IN DER SCHWEIZ 11

7 ONLINE WERBUNG 11

7.1 DIE ‚KOMMERZIELLE KOMMUNIKATION‘ 11

7.2 TRANSPARENZANFORDERUNGEN..... 12

7.3 E-MAIL-WERBUNG..... 12

8	VERTRAGSSCHLUSS PER INTERNET	14
8.1	PROBLEMLAGE	14
8.2	ABGRENZUNGEN.....	14
8.2.1	Verträge die durch individuelle Kommunikation zustande kommen	14
8.2.2	Verträge zwischen Verbrauchern und zwischen Nicht-Verbrauchern	16
8.3	ZUSTANDEKOMMEN UND GÜLTIGKEIT DES VERTRAGES	16
8.3.1	Identifikation der Parteien	16
8.3.2	Die elektronische Willenserklärung.....	17
a)	Zur Willenserklärung im allgemeinen	17
b)	Der Klick als Willenserklärung	17
c)	Die computergenerierte Willenserklärung	17
8.3.3	Webseite als Angebot oder als <i>invitatio ad offerendum</i> ?.....	18
a)	Die Unterscheidung im allgemeinen	18
b)	ECRL	18
c)	OR und E-2001	19
d)	Kritik der schweizerischen Regelung	19
e)	Anwendung der Unterscheidung.....	20
8.3.4	Schweigen als Annahme.....	21
8.3.5	Zugang der Willenserklärung	21
8.3.6	Dauer der Bindung an die Willenserklärung	22
a)	Unter Abwesenden	22
b)	Unter Anwesenden	23
8.4	INFORMATIONSPFLICHTEN	23
8.4.1	Notwendige Angaben	24
8.4.2	Verletzung von Informationspflichten.....	24
8.5	WILLENSMÄNGEL	25
8.5.1	Irrtum	25
8.5.2	Absichtliche Täuschung	26
8.5.3	Fehlerhafte Erklärungen elektronischer Agenten und „Dialer“-Fälle	26
8.5.4	Zur Sorgfaltspflicht	27
8.5.5	Widerrufbarkeit.....	27
8.5.6	Übermittlungsfehler	27
8.6	KONSUMENTENSCHUTZ.....	27
8.6.1	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	28
a)	Übernahme	28
b)	Kenntnisnahme.....	28

aa)	Möglichkeit der Kenntnisnahme	28
bb)	Zeitpunkt der Kenntnisnahme	29
c)	Inhaltliche Kontrolle von AGB	29
d)	Reproduzierbarkeit	29
8.6.2	Widerrufsrecht	29
a)	Gemäss E-2001	30
b)	Gemäss FARL	31
c)	Gegenüberstellung und Kritik.....	31
aa)	Funktion(en) des Widerrufsrechts	31
bb)	Beginn und Dauer der Widerrufsfrist	32
cc)	Mietzinszahlungspflicht.....	33
dd)	Wirkung gegenüber Dritten	33
ee)	Ausnahmeregelungen	33
9	VERTRAGSTYPEN	35
10	ERFÜLLUNG	35
11	ZUSAMMENFASSUNG	36
11.1	DAS EUROPÄISCHE RECHT	36
11.2	DAS SCHWEIZERISCHE RECHT.....	37
12	SCHLUSSBEMERKUNGEN.....	37

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Brüssel)
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BERICHT-2001	Begleitbericht zu einem Entwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb), Verehmlassungsvorlage, Januar 2001
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BüPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6.10.2000 (SR 780.1)
CR	Computer und Recht, Forum für die Praxis des Rechts der Datenverarbeitung, Kommunikation und Automation (Köln)
Cybercrime-Konvention	Convention on Cybercrime vom 23.11.2001 (ETS 185) < http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadrelistetraites.htm >
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19.6.1992 (SR 235.1)
E-2001	Entwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb), Verehmlassungsvorlage, Januar 2001 < www.bj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ve-b-d.pdf >
ECRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), in Kraft getreten am 17.7.2000 (AbI. L 178)
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ETS	European Treaty Series (Sammlung der Verträge des Europarates) (Strassburg)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende, fortfolgende
FARL	Richtlinie über den Fernabsatz: RL 97/7/EG vom 20.5.1997, ABI EG NR. L 144/19 ff.

FMG	Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 (SR 784.10)
h.L.	Herrschende Lehre
Habil.	Habilitationsschrift
i.d.R.	In der Regel
ICQ	Abkürzung für I seek you ("ich suche dich"). Von der Firma Mirabilis entwickeltes Protokoll für das Austauschen von Kurznachrichten.
Jusletter	Jusletter. Juristische Internetzeitschrift, www.weblaw.ch/jusletter
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
Le Temps	Le Temps (Genf)
lit.	litera
m. Nachw.	Mit Nachweisen
m.a.W.	Mit anderen Worten
m.E.	Meines Erachtens
MS	Mitgliedstaat(en)
N	Note, Randziffer
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (SR 220)
P2P	Abkürzung für "Peer to Peer", eine Technik zur Vernetzung von Computern, bei denen jedes Gerät gleichzeitig als Server und Client fungiert.
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
sic !	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Zürich.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Slg.	Sammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (SR 241)
V-KOM	Vorschlag der Kommission der europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18.11.1998, KOM (1998) 586.
WAP	Abkürzung für Wireless Access Protocoll, ein Protokoll, das Zugriff auf Informationsangebote im Internet ermöglicht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
zit.	Zitiert

Literaturverzeichnis

- AHRENS Hans-Jürgen, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 16 (2000) 835-841
- BaK/OR I-BEARBEITER HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996
- FRÖHLINGER Margot, Europäisches Recht und Electronic Commerce, in: DREXL Josef/KREUZER Karl F./SCHEUING Dieter H./SIEBER Ulrich (Hrsg.), Europarecht im Informationszeitalter, IUS EUROPAEUM Band 11, Baden-Baden 2000, S. 9-22
- GRONER Roger, Wirtschaftliche Argumentation des Bundesgerichts, SJZ 98 (2002) 457-468
- G/S/S/R GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998
- GUINCHARD/HARICHAUX/DE TOURDONNET Renaud, Internet pour le Droit, 2. Aufl., Paris 2001
- HÄRTING Niko, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 17 (2001) 271-277
- HOEREN Thomas, Der virtuelle Yeti – Probleme eines europäischen Internet-Verbraucherschutzrechts, in: WEBER Rolf H./HILTY Reto M./AUF DER MAUR Rolf (Hrsg.) Geschäftsplattform Internet, Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich 2000, S. 275-294
- JACCARD, contrats JACCARD Michel, La formation des contrats en ligne et la vente aux enchères sur Internet, in: TISSOT Nathalie (Hrsg.), Quelques facettes de droit de l'Internet, Neuchâtel 2001, 51-74
- JACCARD, information JACCARD Michel, Les devoirs d'information précontractuelle et la vente à distance dans l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique, in: Koller Thomas/ Muralto Müller Hanna

(Hrsg.), Tagung 2001 für Informatikrecht, Bern 2002, 17-35

- JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN JULIA-BARCELO Rosa/MONTERO Étienne/SALAÜN Anne, La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies, in: Commerce électronique : le temps des certitudes, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et droit (C.R.I.D. 17)
- KAMANABROU KAMANABROU Sudabeh, Vorgaben der E-Commerce-RL für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften, in: CR 17 (2001) 421- 425
- LUHMANN LUHMANN Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993
- MEILI MEILI F., Das Telephonrecht, Leipzig 1885
- MORITZ MORITZ Hans-Werner, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, in: CR 16 (2000) 61-72
- NIGGLI NIGGLI Marcel Alexander, Menschliche Ordnung: zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Strafrechtstheorie, in: Bindung und Norm, Recht, Verhaltenssteuerung und Postmoderne 1, Habil. Zürich 1998, Basel/Genf/München 2000.
- PIETRUSZAK, Spiegel PIETRUSZAK Thomas, E-Commerce im Spiegel der Gesetzgebung, in: Jusletter 1. Oktober 2001.
- PIETRUSZAK, Vorentwurf PIETRUSZAK Thomas, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, in: Jusletter 25. Juni 2001
- POULLET POULLET Yves, La conclusion du contrat par un agent électronique, in: Commerce électronique : le temps des certitudes, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et droit (C.R.I.D. 17)
- ROSENTHAL, M-Commerce ROSENTHAL David, Rechtliche Fussangeln im M-Commerce, in: Jusletter 3. Juli 2000.

- ROSENTHAL, Projekt ROSENTHAL David, Projekt Internet, Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen, Zürich 1997.
- SCHÖBI SCHÖBI Felix, Bundesgesetz über die elektronische Signatur und Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, in: Jusletter 22. Januar 2001
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI SCHÖNENBERGER Wilhelm/JÄGGI Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1a, 3. Aufl., Zürich 1973
- SEMUHIRE SEMUHIRE Innocent, Quelle législation pour le commerce électronique?, in : Jusletter 22. April 2002
- SENN SENN Mischa Charles, Werbung mit E-Mails, sic! 2/2002, 85-95
- SPAHR SPAHR Christoph, Internet und Recht, 2. Aufl., Zürich 2001
- STAUDER STAUDER Bernd, Der Schutz der Konsumenten im E-Commerce, in: TRÜEB Hans Rudolf (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001.
- WALTHER WALTHER Fridolin M. R., E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution, AJP 2001, 755-766.
- WEBER WEBER Rolf H., E-Commerce und Recht, Zürich 2001
- WEBER/JÖHRI WEBER Rolf H./JÖHRI Yvonne, Vertragsabschluss im Internet, in : WEBER Rolf H./HILTY Reto M./AUF DER MAUR Rolf (Hrsg.) Geschäftsplattform Internet, Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich 2000, 39-57
- WIDMER/BÄHLER WIDMER Ursula/BÄHLER Konrad, Rechtsfragen beim Electronic Commerce: Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, 2. Aufl., Zürich 2000
- WIEGAND/MARTI WIEGAND Wolfgang/MARTI Mario, Das Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr – Die rechtliche Erfassung des E-Commerce, in: KOLLER Thomas/ MURALT MÜLLER Hanna (Hrsg.), Tagung 2001 für Informatikrecht, Bern 2002, 37-62

- WILDEMANN Daniela, Vertragsschluss im Netz in: LEHMANN Michael (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 642, Diss. München 2000
- ZÜST Markus, E-Commerce im Schweizer Recht, in: DACH, Europäische Anwaltsvereinigung e.V. (Hrsg.), Rechtsprobleme des E-Commerce, Köln/Zürich 2001

1 Einführung

1.1 Ausgangslage

Über die Hälfte der Deutschschweizer Bevölkerung ist online. Am meisten genutzt wird die elektronische Post (E-Mail), auf dem zweiten Rang befinden sich die Suchmaschinen. Die wenigsten der Surfer haben jemals für einen Internetdienst bezahlt, die Zahlungsbereitschaft ist nur für ausgewählte Bereiche wie Archivzugriff oder Software-Download vorhanden. Mehr als die Hälfte der Nutzer sind für die Mehrheit der Dienste nicht bereit, zu bezahlen, befürchten jedoch, dass die Angebote zunehmend kostenpflichtig werden.¹

Allein in der Schweiz tätigen rund 800'000 Nutzer Einkäufe über das Internet, was in etwa 40 % der Personen darstellt, welche Zugang zum Internet haben. Hingegen ist der Anteil der regelmässigen Käufer (mehrere Internet-Einkäufe pro Monat) lediglich bei 13.5%.²

Obwohl die Entwicklung des e-commerce den (übertrieben) hohen Erwartungen nicht entsprochen hat, stellt der elektronische Handel eine bestehende Realität dar, vor welcher auch das Recht seine Augen nicht verschliessen kann.

1.2 Gegenstand der Seminararbeit

Die vorliegende Seminararbeit beschränkt sich auf Fragen rund um die gemeinschaftsrechtliche und schweizerische Regulierung des Vertragsschlusses mit Hilfe von elektronischen Diensten. Sie umfasst weder die Problematik des anwendbaren Rechts noch diejenige des Gerichtsstandes. Nur am Rande berührt wird die Fragestellung rund um die elektronische Signatur. Ebenfalls nicht behandelt wird die Vergabe von Domainnamen.

Nach einem Überblick über die Grundlagen des europäischen und schweizerischen Rechts (2) sollen zuerst die hier verwendeten Begriffe klargestellt werden (3).

Danach werden die Grundsätze der europäischen Regulierung – Herkunftslandprinzip (4), Zulassungsfreiheit (5), Gleichwertigkeit elektronischer und herkömmlicher Verträge (6) – sowie die rechtliche Regulierung von der Vertragsanbahnung mittels Werbung (7) bis zum Vertragsschluss (8) detailliert dargestellt.

Zum Schluss wird noch kurz auf die Typisierung von elektronischen Verträgen (9) und auf deren Erfüllung (10) eingegangen.

Die vorliegende Darstellung versucht, jeweils das europäische (geltende) Recht darzustellen und anhand der dort gewonnenen Erkenntnis die schweizerische Vorgehensweise kritisch zu beleuchten.

¹ NZZ vom 10.9.2002, 15.

² Le Temps vom 3.10.2000, 25; WALTHER, N 3.

2 Die rechtlichen Grundlagen

Der elektronische Geschäftsverkehr im **europäischen Raum** (insbesondere in Kombination mit der einheitlichen Währung) schafft für Konsumenten wie v.a. auch für Kleinunternehmen die Möglichkeit, europaweit ein- bzw. zu verkaufen. Durch diese „virtuelle Mobilität“³ und die gesteigerte Informationsmöglichkeit kann der Europäische Binnenmarkt insbesondere für Klein- und Kleinstverkäufe tatsächlich vorangetrieben werden.⁴

Was angestrebt wird, ist also die Regulierung des „elektronischen“ Binnenmarktes, damit die Wirtschaftsakteure sicher sein können - unabhängig von allen Binnengrenzen und in der ganzen Gemeinschaft – Dienste der Informationsgesellschaft (nachfolgend „Dienste“ genannt) ohne unnötige oder übermässige Hindernisse in Anspruch nehmen und anbieten zu können.⁵

Als Probleme erkannte die Kommission erstens die unterschiedlichen Rechtsvorschriften, welche gemäss der Rspr. des EuGH den freien Dienstleistungsverkehr erlaubterweise einschränken, zweitens die Rechtsunsicherheit, insbesondere bezüglich der Anordnung von Massnahmen gegenüber in anderen MS niedergelassenen Diensteanbietern, und drittens den Binnenmarkt bedrohende einzelstaatliche Gesetzgebungsprojekte.⁶

In der europäischen Internet-Gesetzgebung ist – anders als in den USA – zusätzlich zu beobachten, dass eine starke Gewichtung des Konsumentenschutzes für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts als notwendig empfunden wird.⁷ Nur durch Stärkung des Vertrauens der Konsumenten in die neue Technologie kann der Binnenmarkt effektiv verwirklicht werden.⁸

Auch in der **Schweiz** lassen sich – wenn auch noch nicht so weit vorgeschrittene – Ansätze zu einer Regulierung des elektronischen Geschäftsverkehrs erkennen. Hier liegt der Schwerpunkt auf der Beseitigung von Problemen in der Anwendung bestehender Gesetze auf Online-Sachverhalte und auf Verbraucherschutzbelangen.

2.1 Europäisches Recht

Die Europäische Gemeinschaft ist darauf ausgelegt, einen Binnenmarkt – d.h. einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem die vier Grundfreiheiten⁹ gewährleistet sind - zu verwirklichen (Art. 14 EGV).

Das Zivilrecht der MS befindet sich grundsätzlich nicht im Kernbereich der europäischen Harmonisierungsbemühungen. Art. 94 EGV ermächtigt¹⁰ jedoch die Gemeinschaft, Richtlinien über die Angleichung von Rechtsvorschriften zu erlassen, die „sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.“¹¹

³ FRÖHLINGER, 10; man vergleiche auch MEILI, 203, gemäss welchem „die hohe Bedeutung der Telephonie gerade darin zu liegen [scheint], dass für den jetzigen Verkehr die Distanzen als beseitigt angesehen werden dürfen.“

⁴ FRÖHLINGER, 10.

⁵ V-KOM, 6.

⁶ V-KOM, 7 f.

⁷ PIETRUSZAK, Spiegel, Rz. 3.

⁸ PIETRUSZAK, Spiegel, Rz. 4.

⁹ Art. 39, 43, 49 und 56 EGV.

¹⁰ Im Sinne einer begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EGV).

¹¹ Art. 94 EGV.

Gemäss dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EGV) muss die europäische Gesetzgebung dabei versuchen, den Eingriff in die innerstaatlichen Rechtsvorschriften so klein wie nötig zu halten und nur dort Regelungen einzuführen, wo es für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes unbedingt erforderlich ist.¹²

Bereits Mitte der neunziger Jahre, begann die EU, den e-commerce durch die Schaffung eines einheitlichen rechtlichen Rahmens zu fördern.¹³ Ausgangspunkt für die systematische Regulierung des e-commerce war die „Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr“ der Kommission,¹⁴ aufgrund welcher die E-Commerce-Richtlinie vom 8. Juni 2000 (nachfolgend ECRL) erlassen wurde. Die ECRL nimmt eine zentrale Stellung ein, darf jedoch nicht ohne Berücksichtigung anderer Richtlinien betrachtet werden.¹⁵

2.2 Schweizer Recht

Der schweizerische Gesetzgeber will bei der Ausarbeitung neuer Gesetze von den Vorgaben durch das europäische Recht „nicht ohne Not“ abweichen.¹⁶ Ausserdem wird befürchtet, dass das niedrigere Schutzniveau der schweizerischen Regulierung durch unseriöse Anbieter ausgenützt wird.¹⁷ Aus diesen Gründen wurde am 17. Januar 2001 vom Bundesrat ein Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (nachfolgend E-2001) in die Vernehmlassung geschickt. Deren Ergebnisse werden derzeit ausgewertet.

Beim E-2001 handelt es sich um einen Mantelerlass, welcher nicht nur eine Anpassung von OR und UWG auf elektronische Verträge sondern auch allgemeine Änderungen im Kaufrecht vorschlägt. Ziel ist die Verbesserung des Konsumentenschutzes – und zwar nicht nur für Internetbenutzer.¹⁸

Beim E-2001 handelt es sich in erster Linie um einen autonomen Nachvollzug der einschlägigen europäischen Richtlinien.¹⁹ Entgegen der europäischen Entwicklung wird jedoch kein Handlungsbedarf bzgl. der Verantwortlichkeit der Provider oder des Immaterialgüterrechts konstatiert.²⁰

¹² V-KOM, 16.

¹³ Z.B. durch die FARL.

¹⁴ KOM (97) 157 endg. vom 16.4.1997

¹⁵ für einen Überblick über die „verwandten“ Richtlinien: Erwägung 11 ECRL.

¹⁶ BERICHT-2001, 5.

¹⁷ BERICHT-2001, 8.

¹⁸ SCHÖBI, Rz. 5; PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 1, welcher eine grundlegende Überarbeitung des Entwurfs fordert: Rz. 8; vgl. zu den allgemeinen Kaufrechtsänderungen JACCARD, Information, 19 f.

¹⁹ PIETRUSZAK, Spiegel, Rz. 8.

²⁰ BERICHT-2001, 9.

3 Definitionen

Anders als der E-2001 nimmt die ECRL in Art. 2 eine umfassende Definierung der verwendeten Begriffe vor. Diesem Vorgehen wird auch hier aus Klarheitsgründen gefolgt.

3.1 Dienst

Als „Dienste der Informationsgesellschaft“ (nachfolgend: „Dienste“) gelten Dienstleistungen, welche in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf des Empfängers erbracht werden.²¹

Vorerst ist anzumerken, dass es sich bei den Diensten um **Dienstleistungen** i.S.v. Art. 49 f. EGV handelt. Diese werden in erster Linie als Gegenbegriff zu ‚Ware‘ betrachtet. Die Zuordnung zum einen oder anderen Begriff erfolgt gemäss einer ‚Schwerpunktstheorie‘.²² Der Begriff der Dienstleistung ist nicht restriktiv auszulegen, da er sich aus dem englischen bzw. französischen „service“ ableitet, welcher einen weiteren Bereich als der deutsche Begriff umfasst.²³ Erfasst wird u.U. auch der Online-Verkauf von Waren.²⁴

Als Dienst kommt nur in Frage, was in der Regel **gegen Entgelt** erbracht wird. Entgeltlichkeit wird jedoch - analog zur Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff²⁵ - auch bejaht, wenn der Dienst durch einen Dritten, z.B. durch Werbung, finanziert wird. Entgeltlichkeit meint mithin, dass der Dienst einen kommerziellen Charakter aufweisen muss.²⁶

Elektronisch erbracht wird eine Dienstleistung, wenn sie „mittels Geräten für Speicherung und Verarbeitung von Daten gesendet und empfangen wird, wobei die Übermittlung ausschliesslich auf elektronischem Wege erfolgt.“²⁷ Nicht elektronisch erbracht werden somit Echtzeitübertragungen, welche ohne Zwischenspeicherung und Verarbeitung von Daten auskommen (wie z.B. Telephondienste). Leider ist diese Abgrenzung zu Telephondiensten nicht wirklich geglückt, da z.B. auch bei ISDN-Telephonverbindungen eine Umwandlung und somit Verarbeitung von Daten stattfindet.

Der Dienst muss des weiteren **auf individuellen Abruf** erbracht werden. Dieses Kriterium soll herkömmliche Fernsehdienste und damit den Anwendungsbereich der Fernseh-RL²⁸ von den Diensten i.S. der ECRL abgrenzen. Es handelt sich mithin um die Notwendigkeit einer vom Nutzer abgegebenen Willenserklärung, in welcher er erklärt, welche Dienste er zu empfangen wünscht. Er wirkt aktiv bei der „Programmgestaltung“ mit und ist nicht blosser Empfänger.²⁹ Das Kriterium des individuellen

²¹ Vgl. Art. 2 lit. a ECRL; Art. 1 Nr. 2 der RL 98/34/EG in der Fassung der RL 98/48/EG; WILDEMANN, 93.

²² WILDEMANN, 94.

²³ WILDEMANN, 94.

²⁴ Erwägung 18 ECRL.

²⁵ EuGH, Urteil vom 7.12.1993, RS C-109/92, Slg. 1993, I-06447, Ziffer 15: „Gegenleistung in der Regel zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Leistung“; EuGH, Urteil vom 26.4.1988, Rs. C-352/85, Slg. 1988, 2085, Ziffer 16.

²⁶ WILDEMANN, 94.

²⁷ WILDEMANN, 94.

²⁸ RL 89/552/EWG.

²⁹ A.A. WILDEMANN, 98; vgl. ebenfalls die merkwürdig anmutende Erwägung 18 ECRL zu Diensten, die „von Punkt zu Punkt erbacht werden“.

Abrufs ist insofern zu stark eingrenzend als auch (und gerade) die unaufgeforderte Zusendung von Daten (i.S.v. Spamming) zum Anwendungsbereich der RL gehört.³⁰

Unerheblich ist, mit welcher Art von Gerät der Dienst in Anspruch genommen werden kann. So fallen auch Dienstleistungen unter den Begriff, welche mittels Telephonen (sog. „M-Commerce“, z.B. SMS-Informationendienste, WAP-Abrufdienste u.dgl.) oder anderen Geräten (z.B. Kühlschränke, welche Produkte nachbestellen; Nähmaschinen, die Nähmuster downloaden) in Anspruch genommen werden.

3.2 Anbieter eines Dienstes

Diensteanbieter ist eine natürliche oder juristische Person die einen Dienst anbietet (Art. 2 lit. b ECRL). Auch diese Definition ist wiederum im Lichte der Rechtsprechung über den Dienstleistungsverkehr zu beurteilen.³¹

3.3 Niederlassung

Ein Diensteanbieter ist dort niedergelassen, wo er mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit tatsächlich eine **Wirtschaftstätigkeit** ausübt.³² Die ECRL stellt des weiteren klar, dass das bloße Vorhandensein technischer Mittel (wie z.B. Server) keine Niederlassung des Anbieters begründet (analog zur Registrierung eines Schiffes³³).

Zentral sind mithin die Kriterien der **Tatsächlichkeit** und der **Dauerhaftigkeit**.³⁴ Bei mehreren Niederlassungen ist davon auszugehen, dass - wiederum analog zur Rspr. zu Art. 49 f. EGV - auf den wirtschaftlichen Mittelpunkt der Tätigkeit des Anbieters abzustellen ist.³⁵

Die Niederlassung wird folglich **nicht** begründet durch die Ausrichtung auf eine bestimmte Zielgruppe, durch das schlichte Zugänglichsein oder durch Vorhandensein von technischen Einrichtungen.³⁶

3.4 Grenzfälle (P2P-Systeme)

Spezifische Fragen stellen sich bei sog. peer-to-peer (P2P) Systemen, welche netzwerkartig dezentralisiert funktionieren und bei welchen keine Verbindung der Nutzer zu einem zentralen Server sondern nur Verbindungen untereinander erstellt werden. Zu denken ist in erster Linie an Tauschbörsen wie Napster, e-donkey u.v.m.³⁷ Sofern die Software, welche ermöglicht, die P2P-Verbindung aufzubauen, ohne wirtschaftlichen Beweggrund zur Verfügung gestellt wird, liegt mangels Entgeltlichkeit kein Dienst i.S. der ECRL vor. Wird jedoch - was typischerweise der Fall ist - das System durch Einblendung von Werbung bei den Nutzern finanziert, liegt ein Dienst vor. Als Anbieter hätte dann diejenige Person zu gelten, welche die Softwarelösung zur Verfügung stellt, als Niederlassung derjenige

³⁰ Art. 7 ECRL; dazu unten 6.3.

³¹ WILDEMANN, 98.

³² Art. 2 lit. c ECRL; EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-221/89, Slg. 1991, S. I-3905, Ziffer 20.

³³ Urteil des EuGH vom 25.7.1991, Rs. C-221/89, Slg. 1991, S. I-3905, Ziffer 21.

³⁴ WILDEMANN, 99.

³⁵ EuGH, Urteil vom 5.6.1997, Rs. C-56/96, Slg. 1997, S. I-3143, Ziffer 19.

³⁶ V-Kom, 22; erstaunlicherweise a.A.: GUINCHARD/HARICHAUX/DE TOURDONNET, 224.

³⁷ vgl. www.napster.com; www.edonkey2000.com.

Ort, an dem sich deren tatsächliche Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit befindet (z.B. Verwaltung der Werbeeinnahmen).

3.5 *Nutzer und Verbraucher*

Als **Nutzer** wird in der ECRL jede natürliche oder juristische Person bezeichnet, die einen Dienst in Anspruch nimmt, sei dies zu beruflichen oder zu sonstigen Zwecken.³⁸

Als **Verbraucher** gelten hingegen nur natürliche Personen, die zu Zwecken handelt, die weder zu ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören.³⁹

3.6 *Fernabsatzverträge*

Sowohl der E-2001 als auch die FARL verwenden den Begriff der Fernabsatzverträge. Die beiden Definitionen sind identisch.⁴⁰ Als Fernabsatzverträge werden Verträge bezeichnet, die ohne physische Begegnung der Vertragsparteien, mittels eines Fernkommunikationsmittels zwischen einem Verbraucher und einem (gewerblichen) Anbieter geschlossen wurden, sofern sich der Anbieter ausschliesslich eines (oder mehrerer) Fernabsatzsystems bedient.⁴¹

Die Qualifizierung als Fernabsatzvertrag ist insbesondere für das Bestehen des Widerrufsrechts massgebend.⁴²

Der BERICHT-2001 erläutert, dass kein Fernabsatzvertrag vorliegt, wenn ein Kaufmann nur ausnahmsweise derartige Aufträge entgegennimmt. M.E. sollte darauf abgestellt werden, ob das Vertriebssystem, das der Anbieter benützt, darauf ausgelegt („organisiert“ i.S.v. Art. 2 Ziff. 1 FARL) ist, eine Vielzahl von Geschäften abzuwickeln, denn es kann auch andere Gründe für nur ausnahmsweisen Bestelleingang geben.⁴³ Unglücklicherweise wurden auch Versteigerungen durch Art. 40c Abs. 2 E-2001 aus dem Anwendungsbereich ausgenommen, obwohl gerade solche Angebote äusserst missbrauchs anfällig sind.⁴⁴

Ebenfalls nicht als Fernabsatzverträge gelten (1) Verträge, die unter Verwendung von Warenautomaten oder (2) „automatisierten Geschäftsräumen“ des Anbieters abgeschlossen werden, sowie (3) Verträge, die mit Betreibern von Fernmeldeanlagen durch Benützung öffentlicher Telephone abgeschlossen werden.

Zu (1): Dem Kontakt zwischen Kunden und Anbieter wird der Kontakt mit dem Warenautomaten gleichgestellt. Dies erscheint bei herkömmlichen Warenautomaten nicht problematisch, wohl hingegen bei Warenautomaten, welche z.B. eigentliche Internetterminals darstellen, die Musikdateien herunterladen und auf CD brennen können, genau so, wie dies auch auf dem Computer zuhause möglich ist. In solchen Fällen ist m.E. zweifelhaft, ob sich eine Ausnahme rechtfertigen lässt.

³⁸ Art. 2 Abs. 2 lit. d. ECRL

³⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. e. ECRL

⁴⁰ BERICHT-2001, 12.

⁴¹ Art. 2 Abs. 1 FARL; Art. 40c E-2001; SEMUHIRE, Rz. 16.

⁴² vgl. unten 8.6.2.

⁴³ JACCARD, Information, 27.

⁴⁴ JACCARD, Information, 27 und in extenso JACCARD, Contrats, 66 ff.

Zu (2): „Automatisierte Geschäftsräume“ werden den herkömmlichen Geschäftsräumen gleichgestellt.⁴⁵ Wenn ein Anbieter in seinen Geschäftslokalitäten einen Warenautomaten anstelle von Kundenbetreuungspersonal verwendet (z.B. Verpflegungs- oder Ticketautomaten), erscheint es einleuchtend, dass die gleichen Regeln zur Anwendung kommen, wie wenn diese Automatisierung nicht stattgefunden hätte. Wiederum problematisch wird es aber, wenn ein Anbieter in seinen Geschäftsräumen ausschliesslich Internet-Terminals zur Verfügung stellt, damit die Kunden selbständig auf sein online-Angebot – wie von zuhause aus – zugreifen können. Rechtfertigt sich hier eine unterschiedliche Behandlung, je nachdem wo der Computer steht? Zu hoffen ist, dass die Ausnahme der „automatisierten Geschäftsräumen“ nicht zu weit interpretiert wird, damit nicht auch interaktive, virtuelle Geschäftsumgebungen (online-shops) darunter fallen.

Zu (3): Sollten Verträge mit einem Betreiber von Fernmeldeanlagen, die ich durch Benützung eines fremden – jedoch nicht öffentlichen – Telefons abschliesse, nicht gleich behandelt werden? Verzichte ich durch die Wahl eines Betreibers von Fernmeldeanlagen als meinen Vertragspartner auf die Rechte, welche ich sonst bei Fernabsatzverträgen hätte? Hier sind weitere Präzisierungen unumgänglich.

Sollte es bei obgenannten Ausnahmebestimmungen ausschliesslich um das Widerrufsrecht gehen⁴⁶, so ist darauf hinzuweisen, dass dieses bei sofort zu erbringenden Dienstleistungen sowieso ausgeschlossen ist. Ausserdem hätte man diesfalls nur eine Ausnahme vom Widerrufsrecht vorsehen, und so die Definition der Fernabsatzverträge griffiger halten können.

3.7 Elektronische Verträge

Als „elektronische Verträge“ werden nachfolgend Verträge bezeichnet, die auf elektronischem Wege angebahnt oder abgeschlossen werden.

⁴⁵ BERICHT-2001, 13.

⁴⁶ So jedenfalls ausdrücklich BERICHT-2001, 13 zu der Ausnahme von Versteigerungen und zur Ausnahme (3).

4 Herkunftslandprinzip

Die gleichzeitige Beachtung mehrerer Rechtsordnungen stellt für Diensteanbieter eine besonders aufwendige und kostspielige Hürde für die Ausübung ihrer Tätigkeit dar.

Durch die europaweite Regulierung soll die Geschäftstätigkeit von Unternehmen, die auf elektronischem Wege Kunden in anderen MS mit ihrem Angebot erreichen wollen, nicht unnötig erschwert werden, indem z.B. von ihnen verlangt wird, dass sie die Reglementierungen aller MS respektieren, in denen ihre Geschäftstätigkeit wahrgenommen wird. Andererseits soll durch den europäischen Binnenmarkt auch nicht jegliche Reglementierung aufgehoben werden.

Zur „Kanalisation“ auf ein einziges materielles Recht stehen grundsätzlich drei Methoden zur Verfügung: Erstens die Vereinheitlichung der materiellen Regelung, zweitens die Steuerung durch das internationale Privatrecht und drittens die jeweils ausschliessliche Anwendung des Rechts des Ursprungsorts.⁴⁷ Der europäische Gesetzgeber hat sich im Bereich des e-commerce für letztere Methode entschieden.

4.1 Bedeutung

Das Herkunftslandprinzip (Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL) verpflichtet die MS dafür zu sorgen, dass jeder bei ihnen **niedergelassene** Diensteanbieter die innerstaatlichen Vorschriften erfüllt. Handkerum dürfen sie den freien Verkehr der Dienste von in anderen MS niedergelassenen Anbietern nur aus gewissen, eng definierten Gründen einschränken. Diese Rechtslage entspricht weitgehend dem Prinzip der **Dienstleistungsfreiheit** nach Art. 49 und 50 EGV. Es stellt mithin ein „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“⁴⁸ dar, welches wesentlich auf das gegenseitige Vertrauen der MS angewiesen ist.

Hat der Niederlassungsstaat den Aufforderungen des betroffenen MS nicht (ausreichend) Folge geleistet, so kann letzterer Massnahmen gegenüber einem Dienst treffen. Diese **Einschränkungen** sind jedoch nur zulässig, sofern öffentliche Ordnung, Gesundheit Sicherheit oder Ziele des Verbraucherschutzes verletzt oder schwerwiegend bedroht sind. Ausserdem ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.⁴⁹

Damit die **Rechtsdurchsetzung** tatsächlich zustande kommt, müssen die Behörden des Niederlassungsstaates ein ausreichendes Interesse am Normvollzug aufweisen, was kaum der Fall sein wird bei Diensteanbietern, welche sich zwar im MS A niedergelassen, ihr (u.U. fremdsprachiges) Angebot jedoch ausschliesslich auf den MS B (oder alle anderen) ausgerichtet haben.⁵⁰ Ausserdem dürfen nicht allzu grosse Differenzen zwischen den Regulierungen der einzelnen MS bestehen, damit es nicht zu einem sog. ‚race to the bottom‘ (Delaware-Effekt) kommt.⁵¹

⁴⁷ AHRENS, 836 ausführlich zu Vor- und Nachteilen dieser drei Ansätzen.

⁴⁸ so V-KOM, 16.

⁴⁹ Art. 3 Abs. 4 lit. b ECRL; vgl. HÄRTING, 273, der eine (zu) weite Auslegung des Vorbehalts bzgl. des Verbraucherschutzes befürchtet.

⁵⁰ AHRENS, 837.

⁵¹ AHRENS, 837.

Für den Diensteanbieter bedeutet das Herkunftslandprinzip, dass er grundsätzlich nur das Recht desjenigen MS zu berücksichtigen hat, in welchem er niedergelassen ist. Genügt er diesen Anforderungen, so wird er davon befreit, die strengeren Vorschriften anderer MS zu beachten.⁵²

Ausnahmen zum Herkunftslandprinzip sind für die im Anhang der ECRL aufgeführten Bereiche vorgesehen.⁵³

4.2 Herkunftslandprinzip als IPR-Regel ?

Die ECRL zielt nicht darauf ab, zusätzliche Regeln hinsichtlich des anwendbaren Rechts oder der Zuständigkeit der Gerichte zu schaffen.⁵⁴ Art. 3 ECRL stellt somit keine Kollisionsnorm des internationalen Privatrechts dar.⁵⁵ Das Herkunftslandprinzip nimmt auch nur auf das Sachrecht des Herkunftslands Bezug, nicht jedoch auf dessen Kollisionsrecht (denn dies könnte u.U. zu einer Rück- oder Weiterverweisung und somit zu einer wiederauflebenden Rechtsunsicherheit führen).⁵⁶

Selbstredend können Diensteanbieter aus Drittländern (extra-EU) sich nicht auf das Herkunftslandprinzip berufen, um sich der Regulierung bzw. den Sanktionen der MS zu entziehen; sie können nicht erwarten, wie in einem MS niedergelassene Anbieter behandelt zu werden.⁵⁷

Im Prozess muss also – nach der Feststellung der anzuwendenden Rechtsordnung gemäss den IPR-Normen der lex fori – der Nachweis eines niedrigeren Schutzstandards im behaupteten Herkunftsland offen stehen.⁵⁸ Das Herkunftslandprinzip korrigiert somit das gemäss IPR-Regeln ermittelte Recht. Dies jedoch nur im Verhältnis zu MS (und nicht zu Drittstaaten).

5 Grundsatz der Zulassungsfreiheit

Die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Diensteanbieters darf nicht einer Zulassungspflicht oder einer Massnahme gleicher Wirkung unterstellt werden.⁵⁹ Durch die ECRL wurde eine Art neue Grundfreiheit geschaffen, welche jeder in der EU niedergelassenen Person erlaubt, Dienste i.S.d. ECRL in anderen MS anzubieten. Erst die Praxis der Gerichte wird jedoch zeigen, wie gross die Auswirkung dieser Regelung konkret sein wird.⁶⁰

⁵² HÄRTING, 272.

⁵³ Vgl. Insbesondere unten 6.3 zu Spamming.

⁵⁴ Art. 1 Abs. 4 ECRL.

⁵⁵ FRÖHLINGER, 14; AHRENS, 837.

⁵⁶ HÄRTING, 27; AHRENS, 837.

⁵⁷ AHRENS, 838.

⁵⁸ AHRENS, 838; vgl. auch HÄRTING, 273 der vor einem „Maximalstandard“ warnt.

⁵⁹ Art. 4 Abs. 1 ECRL; zu den Ausnahmen vgl. Abs. 2.

⁶⁰ AHRENS, 835.

6 Gleichwertigkeit von elektronischen und herkömmlichen Verträgen

6.1 Im europäischen Recht

Art. 9 ECRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, elektronische Verträge den ‚herkömmlichen‘ rechtlich gleichzustellen und bildet somit das „Herzstück“ des Abschnitts über die elektronischen Verträge.⁶¹

Die Verwendung von elektronischen Verträgen darf nicht durch innerstaatliche Vorschriften behindert, beschränkt oder uninteressant gemacht werden.⁶² Dabei fallen sämtliche Vertragsphasen – von der vorvertraglichen bis zur Erfüllung – darunter.⁶³

Angepasst werden müssen insbesondere **Formvorschriften**, welche auf elektronischem Weg nicht oder nur umständlich erfüllt werden können, namentlich Formvorschriften bzgl. des Trägers des Vertrags oder Anwesenheitserfordernisse der Vertragsparteien oder Dritter.⁶⁴

Ausnahmen werden vorgesehen für spezifische Bereiche wie das Familien- oder Erbrecht, für gewisse Bürgschaftsverträge sowie für Verträge über Sicherheiten und Immobilien (mit Ausnahme von Mietsachen). MS können für weitere Verträge gesetzlich vorsehen, dass die Mitwirkung von Gerichten, Behörden o.ä. nötig ist, müssen der Kommission aber diesbezüglich ihre Gründe darlegen. Leider könnte diese Ermächtigung der MS dazu führen, dass Verträge unter einen solchen Mitwirkungs-zwang gestellt werden, ohne dass dies an sich sachlich geboten wäre. Es ist bedauerlich, dass keine allgemeinen Kriterien für die Zulässigkeit solcher Ausnahmen statuiert wurden.⁶⁵

6.2 In der Schweiz

In der **Schweiz** ist die faktische Gleichstellung elektronischer mit herkömmlichen Verträgen weitgehend erreicht. Eine formelle und grundsätzliche Gleichstellung hat aber nicht erfolgt. Mit der Regulierung durch das Bundesgesetz über die elektronische Signatur und durch die ECRL wird jedoch noch ein wichtiger Schritt getan.

7 Online Werbung

Die ECRL stellt einige Vorschriften über die ‚kommerzielle Kommunikation‘ auf. Im schweizerischen Recht fehlen bislang spezifisch auf Internetsachverhalte zugeschnittene Normen. Das herkömmliche Werberecht ist jedoch selbstredend auch auf Internetsachverhalte anwendbar, wobei u.U. gewisse Besonderheiten des Internets berücksichtigt werden müssen.

7.1 Die ‚kommerzielle Kommunikation‘

Als ‚kommerzielle Kommunikation‘ i.S.v. Art. 2 ECRL gelten alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes oder des Images eines Marktteilnehmers

⁶¹ WILDEMANN, 101 f.

⁶² V-KOM, 27.

⁶³ JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 18; Insbesondere bildet m.E. Art. 9 ECRL eine Schranke für die Kompetenz der MS zur Beschränkung von kommerzieller Kommunikation.

⁶⁴ V-KOM, 28 f.

⁶⁵ Ähnlich auch JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 20.

dienen, wobei sowohl unabhängige Drittbeobachtung (wie z.B. Warentests) als auch Angaben, die ausschliesslich den Zugang zum Marktteilnehmer ermöglichen (wie z.B. Domain-Name, E-Mail-Adresse o.ä.) explizit ausgeschlossen wurden (Art. 2 lit. f ECRL). Bedeutsam sind diese Ausnahmen v.a. bei Produkten für welche Werbeverbote in gewissen MS gelten.⁶⁶

Der Begriff der kommerziellen Kommunikation ist äusserst weit gefasst.⁶⁷ Diese weite Umschreibung wurde gewählt, damit ein Grossteil der Informationen, die von einem Unternehmen ausgehen, den Transparenzanforderungen unterworfen werden konnten.⁶⁸

7.2 *Transparenzanforderungen*

Kommerzielle Kommunikation muss klar als solche erkennbar (Kennzeichnungspflicht) und deren Auftraggeber klar identifizierbar (Identifizierungspflicht) sein.⁶⁹

Die **Kennzeichnungspflicht** ist im elektronischen Umfeld äusserst wichtig, da Informationen praktisch unbegrenzt vielfältige Form annehmen können. Es soll möglich sein, kommerzielle Kommunikation einerseits von anderen Informationen und andererseits vom Bestellvorgang zu unterscheiden.⁷⁰

Die **Identifizierungspflicht** soll die Zuordnung von Kommunikation zu einer Person erlauben. Ausreichen ist, wenn die entsprechenden Angaben über einen Link erreicht werden können.⁷¹

7.3 *E-Mail-Werbung*

E-Mail-Werbung birgt im Gegensatz zu Briefkastenwerbung ein grösseres Missbrauchspotential in sich, da kostengünstiger, gezielter und häufiger Personen angeschrieben werden können.⁷² Der Eingriff in die Individualsphäre ist jedoch weniger stark als bei Werbung per Telephon, die Belästigung erstreckt sich auf die Mühe und Arbeit, Werbe-E-Mails herunterzuladen, zu identifizieren und zu löschen.⁷³ Zu beachten ist jedoch, dass durch die „Verstopfung“ des elektronischen Briefkastens und durch längere Verbindungsdauern mit dem Mail-Server typischerweise Kosten für den Beworbenen anfallen.⁷⁴

Problematisch sind unangeforderte Zusendungen von kommerzieller Kommunikation (sog. „**Spamming**“ oder „Junk-Mail“). Man geht davon aus, dass mittlerweile über 20% aller E-Mails in diese Kategorie einzuordnen ist.⁷⁵

MS können unangeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post verbieten.⁷⁶ Tun sie dies nicht, so haben sie sicher zu stellen, dass die elektronische Post klar und unzweideutig als kommerzielle Kommunikation erkennbar ist.⁷⁷

⁶⁶ FRÖHLINGER, 16.

⁶⁷ Insbesondere im Vergleich zur RL 84/450/EWG des Rates vom 10.9.1984 über irreführende und vergleichende Werbung.

⁶⁸ JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 8.

⁶⁹ Art. 6 ECRL; spezielle Bestimmungen bzgl. Gewinnspielen, Verkaufsförderungsmassnahmen etc. finden sich in Art. 6 lit. c und d ECRL.

⁷⁰ JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 9; vgl. weiter WEBER, 284.

⁷¹ V-KOM, 25 f.

⁷² WEBER, 275.

⁷³ WEBER, 275.

⁷⁴ SENN, 86.

⁷⁵ SENN, 88.

Sie müssen ebenfalls Massnahmen ergreifen um sicherzustellen, dass die sog. Robinson-Listen (auch „opt-out-Listen“ genannt) beachtet werden, in denen sich Personen eintragen können, die keine unangeforderten E-Mails erhalten wollen.⁷⁸ Dieser Bereich wurde zudem vom Herkunftslandprinzip⁷⁹ ausgenommen, so dass MS künftig die Kompetenz behalten, weitergehende Regelungen und somit auch Einschränkungen für E-Mail-Werbung aufzustellen.

Schwierig ist es, den **Zeitpunkt** zu bestimmen, in dem die Kennzeichnung für den Empfänger erkennbar sein soll. Der Empfänger muss gemäss Art. 7 ECRL die Möglichkeit haben, Spam schon vor dem Öffnen der E-Mail („bei Eingang beim Nutzer“) zu erkennen bzw. Spam automatisch herausfiltern zu lassen.⁸⁰ Deshalb ist zu fordern, dass die Kennzeichnung im Text einer E-Mail nicht ausreicht, sondern dass bereits im Header (Betreff-Feld) eine entsprechende Angabe zu erfolgen hat.⁸¹ Interessant ist der Ansatz eines kalifornischen Gesetzes, gemäss welchem das Betreff-Feld jeder Spam-Nachricht mit den Buchstaben „ADV“ (Abkürzung für „advertising“) zu beginnen hat.⁸²

Doch auch diese Regelung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass bereits durch das Herunterladen und durch die Gefahr der „Verstopfung“ des Mailservers dem Nutzer u.U. Unannehmlichkeiten und Kosten entstehen.⁸³ Eine frühere Ausfiltrierung erscheint jedoch technisch kaum machbar, ohne dass die Gefahr besteht, dass auch erwünschte Kommunikation herausgefiltert wird.⁸⁴

Im **E-2001** wurden leider keine Vorschriften über Spamming aufgenommen. Möglich sind die herkömmlichen Klagen aus Eigentumsverletzung (Art. 641 Abs. 2 ZGB) wie auch aus Besitzesstörung (Art. 928 ZGB); ausserdem wird Spamming häufig als unlauterer Tatbestand gemäss Art. 2 UWG oder als aggressive Verkaufsmethode i.S.v. Art. 3 lit. h UWG betrachtet. U.U. kommt auch ein Schadenersatzanspruch aus Art. 41 OR oder aus *culpa in contrahendo-Haftung* in Frage.

⁷⁶ Art. 7 Abs. 1 ECRL e contrario; vgl. auch Art. 10 FARL i.V.m. Art. 14 FARL, welche ermöglichen dass MS auch die Verwendung von anderen Fernkommunikationsmitteln als Telefax und Voice-Mail-Systemen von der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers abhängig machen.

⁷⁷ Art. 7 Abs. 1 ECRL, wobei sich diese Erfordernisse eigentlich bereits aus Art. 6 ECRL ergeben.

⁷⁸ Art. 7 Abs. 2 ECRL; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 FARL.

⁷⁹ Art. 3 ECRL

⁸⁰ JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 13.

⁸¹ So auch die Kommission in V-KOM, 26.

⁸² An Act to Amend Section 17538.4 of the Business and Professions Code, relating to advertising, Chapter 865, Statutes of 1998 (54th legislature), zit. nach JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 11, Fn. 14.

⁸³ SENN, 94.

⁸⁴ SENN, 94.

8 Vertragsschluss per Internet

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen (Konsens) der Parteien zustande. Der Konsens muss alle wesentlichen Vertragspunkte umfassen.

8.1 Problemlage

Der wichtigste Unterschied zwischen per Internet geschlossenen und herkömmlichen (nicht aber Fernabsatzverträgen) besteht darin, dass der reelle persönliche Kontakt zwischen den Parteien fehlt, dass oft (mangels Anwesenheit des Vertragsobjekts) nur eine beschränkte Möglichkeit besteht, Informationen über das Produkt zu erlangen, und dass es im elektronischen Umfeld – aufgrund der Leichtigkeit und Schnelligkeit der Kommunikation – zu übereilten Entscheiden kommt.⁸⁵

Diese Probleme sind aber an sich nicht neu, sie stellten sich in ähnlichem Masse bereits bei anderen Fernabsatzsystemen (z.B. klassischem Versandhandel) wie auch bei der Verwendung von Telephon, Telegramm oder Telefax: „das Telephon ist recht geeignet dazu, um durch Stimmennachahmung zu täuschen“⁸⁶ oder „dem Telephon haftet von Hause aus eine grosse Schwäche an: das Gespräch hinterlässt keine bleibenden und sichtbaren Spuren.“⁸⁷

Bis dato kennt das schweizerische Recht hingegen nur bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR) einen spezifischen Schutz vor unüberlegten Vertragsabschlüssen, und selbst dort sind die Schutzbestimmungen nicht anwendbar, wenn die Initiative zum Vertragsschluss vom Kunden ausgeht, oder wenn anstelle des persönlichen Kontakts ein Fernkommunikationsmittel benützt wird.⁸⁸ Diese Reglementierungsdefizite sollen durch den E-2001 beseitigt werden.

Um die Vertraulichkeit, die Integrität der übermittelten Daten und die korrekte Identifizierung des Gegenübers zu gewährleisten, gibt es digitale Signaturen, auf welche hier nicht näher eingegangen wird.⁸⁹

8.2 Abgrenzungen

8.2.1 Verträge die durch individuelle Kommunikation zustande kommen

Gemäss Art. 10 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 3 ECRL sind gewisse Bestimmungen der ECRL nicht anwendbar auf Verträge, die „ausschliesslich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch vergleichbare **individuelle Kommunikation** geschlossen werden.“⁹⁰ In diesen Fällen treffen den

⁸⁵ BERICHT-2001, 6.

⁸⁶ MEILI, 203.

⁸⁷ MEILI, 203; die gleichen Bedenken wirft SEMUHIRE, Rz. 10 bzgl. elektronischen Geschäften auf; beide jedoch in Verkennung der Tatsache, dass auch mündliche Kommunikation keine „Spuren“ hinterlässt und dass auch schriftliche Dokumente gefälscht werden können, insbesondere mit modernen Reproduziertechniken.

⁸⁸ BERICHT-2001, 6; WEBER, 335 ff.; G/S/S/R, N 476; a.A. jedoch ZÜST, 29, der von der Anwendbarkeit von Art. 40a ff. OR auch bei Benützung von Fernkommunikationsmitteln ausgeht.

⁸⁹ vgl. dazu SPAHR, 45 ff.

⁹⁰ Art. 10 Abs. 4; Art. 11 Abs. 3.

Diensteanbieter keine vorgängigen Informationspflichten (Ausnahme: AGB), keine Bestätigungspflicht und auch keine Pflicht, die Möglichkeit zu gewähren, Eingabefehler zu erkennen.

Die **elektronische Post** ist eine zeitverzögerte und spontane Kommunikationsart: die Mitteilung muss weder persönlich und unverzüglich empfangen werden, noch muss der Empfänger vorgängig informiert werden.⁹¹ Ausserdem richten sich E-Mails immer an (eine) bestimmte Person(en).

Webseiten hingegen werden vom Betrachtenden angefordert. Er ist an der Versendung der Daten massgeblich beteiligt. Die Webseite als solche richtet sich i.d.R. an einen unbestimmten Adressatenkreis.

„**Ausschliesslich**“ i.S. obgenannter Bestimmungen bedeutet, dass beide Parteien sich keiner anderen Kommunikationsform bedienen. So darf insbesondere die E-Mail Bestellung durch den Kunden nicht durch eine Aufforderung auf einer Webseite veranlasst worden sein. Auch der Umstand, dass ein online ausgefülltes Formular per E-Mail zum Anbieter gelangt, kann nicht zur Anwendung obgenannter Bestimmungen führen.

M.E. ist die getroffene Unterscheidung nicht zweckmässig. Der Gesetzgeber dachte wahrscheinlich ausschliesslich an den E-Mail-Verkehr und übersah die Abgrenzungsproblematik wie z.B. bei Offerten in E-Mails, welche durch Anklicken eines Links auf eine Website angenommen werden können oder bei in die E-Mail eingebetteten Applets, welche eine ähnliche Funktionalität wie eine Webseite aufweisen.

Zu verwerfen ist m.E. auch die Auffassung von JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, die davon ausgehen, dass die Ausnahme Verträge zwischen Verbrauchern betreffe.⁹² Diese Meinung beruht m.E. auf einer zu weiten Auslegung der Erwägung 39 ECRL und ist nicht vereinbar mit dem Wortlaut der Bestimmungen.

Da die Anwendung der Ausnahmebestimmungen für die individuelle Kommunikation zu einer Einschränkung der Rechte des Nutzers führt, ist die Bestimmung m.E. restriktiv auszulegen: sie ist ausschliesslich auf Verträge anzuwenden, bei denen keine der Parteien sich einer automatisierten Angebotsannahme bedient und bei denen das Angebot personalisiert gemacht wurde (d.h. kein Massenversand, der zu stark Webseiten ähnelt).

M.a.W. sollte die Ausnahme nur zur Anwendung kommen, wenn der Offerent einen **eigenhändig formulierten** (nicht standardisierten) Antrag einer bewusst **ausgewählten Person** (kein Massenversand) stellt, und diese (nicht automatisiert) den Antrag annimmt.

So ist davon auszugehen, dass von dieser Ausnahmeregelung i.d.R. erfasst werden:

- Verträge die zustande kommen durch Austausch von SMS, Video- oder Sprachaufzeichnungen, ICQ-Nachrichten, E-Mails, Chatnachrichten o.ä.

Regelmässig nicht erfasst werden hingegen:

- Verträge, die via WAP zustande kommen (weil der Antrag typischerweise standardisiert ist).
- Anträge, welche mittels Formularen gestellt wurden.
- Verträge welche durch Massen-E-Mails oder durch E-Mails mit webseiten-ähnlichen eingebetteten Objekten ausgestattet sind, oder die den Empfänger auf eine Webseite verweisen.

⁹¹ ROSENTHAL, Projekt, 59.

⁹² JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 22, Fn. 27

- Anträge, welche automatisch (z.B. eigenständig nachbestellender Kühlschrank) oder technisch vorbereitet und vorbestimmt (z.B. Knopf auf Nähmaschine, um Stichmuster herunterzuladen) abgegeben werden.

8.2.2 Verträge zwischen Verbrauchern und zwischen Nicht-Verbrauchern

Verträge zwischen Verbrauchern fallen nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 40a ff. OR, da der Anbieter nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.⁹³

Der Anwendungsbereich der ECRL ist - anders als die FARL – nicht beschränkt auf Verträge mit Verbrauchern. M.E. abzulehnen ist die Position von JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, welche davon ausgehen, dass mit der Ausnahme von Verträgen, die durch individuelle Kommunikation zustande gekommen sind, eigentlich die Ausnahme von Verträgen zwischen Verbrauchern gemeint sei.⁹⁴

8.3 Zustandekommen und Gültigkeit des Vertrages

8.3.1 Identifikation der Parteien

Durch die Etablierung der elektronischen Signatur wird die Problematik der Identifikation des Gegenübers entschärft werden. Was bleibt, ist die Problematik der Verwendung des privaten Schlüssels durch Dritte und Probleme beim Vertragsschluss durch handlungsunfähige Personen.

„Der telefonische Verkehr bringt nicht zum Bewusstsein, ob der Antragsteller oder Kontrahent minderjährig, ob er mehr oder weniger verrückt oder gar wahnsinnig, oder ob er betrunken sei, oder ob er sich nur einen Scherz erlauben wolle.“⁹⁵ Diese Problematik stellt sich analog auch im elektronischen Verkehr. Wie soll man Handlungen „derartig beschaffener Personen, die in der Jurisprudenz Unheil stiften können“, rechtlich beurteilen?⁹⁶ M.E. ist es nicht praktikabel, die Anbieter zu verpflichten „de vérifier cette capacité par un filtrage que permettrait la technologie du moment“.⁹⁷ Vielmehr ist i.d.R. von einer allgemeinen – durch die Zurverfügungstellung von Computer, Passwort oder Schlüssel erteilten – Ermächtigung auszugehen.⁹⁸

Bei eigenmächtigem Gebrauch wird die andere Partei typischerweise durch das Vertrauensprinzip geschützt und es bleibt nur Raum für einen Rückgriff auf die unerlaubterweise agierende Person.

⁹³ Art. 40a OR; ebenso Art. 40a E-2001.

⁹⁴ vgl. oben 8.2.1; JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 16 f.

⁹⁵ MEILI, 210.

⁹⁶ Vgl. dazu auch SEMUHIRE, Rz. 18 ff.

⁹⁷ SEMUHIRE, Rz. 20.

⁹⁸ Vgl. dazu JACCARD, Contrats, 58 f; zu speziellen Fragen bei M-Commerce: ROSENTHAL, M-Commerce, Rz. 10.

8.3.2 Die elektronische Willenserklärung

a) Zur Willenserklärung im allgemeinen

Die „Willenserklärung besteht in der Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses“. ⁹⁹ Die Willenserklärung kann grundsätzlich in jeder **Form** gültig abgegeben werden ¹⁰⁰, u.a. auch in elektronischer.

Einmal abgegeben können Willenserklärungen grundsätzlich nicht mehr widerrufen werden. ¹⁰¹

Sofern feststeht, dass sich die Parteien nicht richtig verstanden haben (andernfalls gilt deren **wirklicher Wille**), sind Willenserklärungen so **auszulegen** „wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten“ (sog. **Vertrauensprinzip**). ¹⁰²

b) Der Klick als Willenserklärung

Grundsätzlich gestaltet sich die Zurechnung als Willenserklärung von Mausklicks nicht anders als diejenige von jeder beliebigen menschlichen Handlung (wie zum Beispiel das „Händeschütteln“). Der Willensbildungsprozess findet auf die herkömmliche Art und Weise statt. Nur zur Kundgebung dieses Willens wird eine andere Form gewählt.

Eine äusserlich wahrnehmbare Zustandsveränderung gilt als Handlung, wenn sie einer üblicherweise als Akteur identifizierten Einheit (typischerweise einer Person) **zugeschrieben** wird, indem davon ausgegangen wird, dass sie von seinem Körper und seinem Bewusstsein ausgehe. ¹⁰³ Diese Zuschreibung stellt m.a.W. eine Wertung dar und ist nicht im strengen Sinne beweis- oder erklärbar. ¹⁰⁴

Am klarsten tritt diese Zuschreibung zu Tage, wenn aufgrund des Vertrauensprinzips eine Äusserung dem Erklärenden mit dem Sinn zugerechnet wird, der vom Empfänger (nach Treu und Glauben) verstanden werden durfte, selbst wenn der Erklärende sich nicht einmal bewusst war, dass er eine Willenserklärung abgab.

Wenn WEBER glaubt, dass die (bei elektronischen Geschäften erhöhte) Schwierigkeit der Zurechnung der Willenserklärung zum Erklärenden (in Abweichung zu herkömmlichen Geschäften) mit einem „hypothetischen Zurechnungskonzept“ überwunden werden muss ¹⁰⁵, so verkennt er die grundsätzliche Schwierigkeit, bestimmte Handlungen einer bestimmten Person zuschreiben zu können.

c) Die computergenerierte Willenserklärung

Auch **automatisierte Erklärungen** von elektronischen Agenten (electronic agents) – d.h. Erklärungen, die von Datenverarbeitungsanlagen ausgehen und die durch (mehr oder weniger ausführliche) vom

⁹⁹ G/S/S/R, N 168.

¹⁰⁰ Art. 11 Abs. 1 OR.

¹⁰¹ Vgl. Art. 9 OR bzgl. der Ausnahmen; dazu WIEGAND/MARTI, 48f. welche jedoch fälschlicherweise übersehen, dass E-Mails typischerweise in gewissen Zeitabständen abgerufen werden, was dazu führen kann, dass zwei nacheinander abgeschickte E-Mails sehr wohl gleichzeitig beim Empfänger eintreffen.

¹⁰² BGE 119 II 449, 451; 122 III 106, 109; 123 III 165, 168; 125 III 435, 436 f.; 126 III 119, 120.

¹⁰³ NIGGLI, 262 ff.

¹⁰⁴ NIGGLI, 267.

¹⁰⁵ WEBER, 312 f.; WEBER/JÖHRI, 44.

Programmierer definierte Parameter bestimmt sind (wie z.B. Erklärungen von Warenautomaten) – können als Handlungen einer Person zugeschrieben und dadurch rechtserheblich werden.¹⁰⁶

Deren Installation und Inbetriebhaltung drückt einen bestehenden (menschlichen) Willen aus, sich die automatisierten Erklärungen – jeweils so wie sie verstanden werden durften – zurechnen zu lassen.¹⁰⁷

Nicht zurechnen lassen muss sich der Betreiber der Anlage hingegen Computererklärungen, die unter den konkreten Umständen als nicht plausibel erscheinen, oder wenn der Empfänger erkennen konnte, dass die Erklärung keineswegs dem Willen des Betreibers entspricht.¹⁰⁸ Dies ist m.E. nicht als Ausnahme zu verstehen: In diesen Fällen hat der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden – d.h. den mangelnden Willen erkannt – oder er durfte die Erklärung in guten Treuen gemäss dem Vertrauensprinzip gar nicht so verstehen („gemäss den Umständen nicht plausibel“). Mangels natürlichem und rechtlichem Konsens kommt so gar kein Vertrag zustande. Zur Berufung auf Willensmängel bei der Verwendung elektronischer Agenten, vgl. unten 8.5.3.

8.3.3 Webseite als Angebot oder als *invitatio ad offerendum* ?

a) Die Unterscheidung im allgemeinen

Bei Verträgen stellt sich vorab die Frage, wann eine Willenserklärung als rechtserhebliches Angebot zu beurteilen ist. Vom Angebot wird die Einladung zur Offertstellung (Art. 7 OR) unterschieden. Letztere ist nicht darauf ausgerichtet, dass die Gegenpartei den Vertrag durch einseitige Willenserklärung zustandekommen lassen kann. Es wird nur eine grundsätzliche Bereitschaft – und nicht der endgültige Wille – einen Vertrag abzuschliessen zum Ausdruck gebracht. Das Zustandekommen des Vertrages wird von einer weiteren Erklärung abhängig gemacht. An der Relevanz der als *invitatio ad offerendum* abgegebenen Informationen für den Vertragsinhalt ändert dies selbstverständlich nichts.¹⁰⁹

Sofern feststeht, dass sich die Parteien nicht richtig verstanden haben (andernfalls gilt deren **wirklicher Wille**), sind Willenserklärungen so auszulegen „wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten“ (**Vertrauensprinzip**).¹¹⁰ Dem Erklärenden ist folglich zu empfehlen, seine Absicht so klar wie möglich zum Ausdruck zu bringen und nötigenfalls eine die Behaftung ablehnende Erklärung beizufügen.¹¹¹

b) ECRL

Art. 11 Abs. 1 ECRL legt fest, dass der Anbieter den Bestellungseingang des Kunden unverzüglich bestätigen muss. Die elektronische Anpreisung mit Bestellmöglichkeit gilt mithin als **Einladung zur Offertenstellung**. Das Angebot wird vom Nutzer unterbreitet und mit dem Bestätigungsschreiben des

¹⁰⁶ JACCARD, Contrats, 52; zu den verschiedenen theoretischen Ansätzen, mit welchen die Verbindlichkeit begründet wird vgl. POULLET.

¹⁰⁷ WIEGAND/MARTI, 44 f.; WEBER/JÖHRI, 51; JACCARD, Contrats, 53 ff. mit Beispielen aus der Rspr. von Frankreich, Australien, USA.

¹⁰⁸ WEBER, 319.

¹⁰⁹ WIEGAND/MARTI, 48.

¹¹⁰ BGE 119 II 449, 451; 122 III 106, 109; 123 III 165, 168; 125 III 435, 436 F.; 126 III 119, 120.

¹¹¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 OR; WIDMER/BÄHLER, 149; JACCARD, Contrats, 55; gemäss PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 4 ist dies bereits heute Standard.

Anbieters akzeptiert. Diese klare Regelung ist zu begrüßen und eine ähnlich klare Bestimmung wäre für das Schweizer Recht wünschenswert. Problematischer ist, dass die Folgen der Nichtbestätigung nicht positivrechtlich geregelt wurden. Es ist diesbezüglich von einer Kompetenz der MS auszugehen.¹¹²

c) OR und E-2001

Art. 7 OR bestimmt, dass die Versendung von Prospekten, Tarifen u. dgl. an sich keinen Antrag bedeutet (d.h. nur eine Einladung zur Offertstellung ist), dass hingegen die Warenauslage mit Angabe des Preises i.d.R. als Antrag gilt. Zu beachten in diesem Zusammenhang ist, dass der aktuelle Art. 7 Abs. 3 OR nur auf Verträge, die Waren zum Gegenstand haben, anwendbar ist.¹¹³ Art. 7 E-2001 wird dessen Anwendungsbereich jedoch auch auf Dienstleistungen ausdehnen.

Hinsichtlich **Videotext und Teleshopping** hat die Lehre mehrheitlich angenommen, dass es sich nicht um eine Warenauslage i.S.v. Art. 7 Abs. 3 OR handelt, mithin also – analog der Versendung von Katalogen und Prospekten – nur um eine Einladung zur Offertenstellung.¹¹⁴ In diesen Fällen ist es somit regelmässig der Kunde, der dem Anbieter ein (Kauf-)Angebot unterbreitet.

In Anlehnung an Videotext und Teleshopping geht die **h.L.** davon aus, dass es sich auch bei der Online-Präsentation von Waren oder Diensten um eine Einladung zur Offertenstellung handelt.¹¹⁵

Art. 7 E-2001 klärt die Rechtslage leider nicht: als *invitatio ad offerendum* gilt zwar die (elektronische) Veröffentlichung von Tarifen, Preislisten u. dgl. (Art. 7 Abs. 2 E-2001), gemäss Abs. 3 soll jedoch die Präsentation von „individualisierten Waren oder Dienstleistungen“ unter Angabe des Preises „**in der Regel**“ einen Antrag darstellen.

d) Kritik der schweizerischen Regelung

Auf den ersten Blick erscheint die Differenz von *invitatio ad offerendum* zum Antrag gemäss dem Gesetzeswortlaut dem Unterschied zwischen „Versendung“ und „Auslage“ zu entsprechen.¹¹⁶ Dem ist aber nicht so: wie der Randtitel besagt, geht es um eine „Auskündigung“ („offres publiques“) und nicht nur um die Versendung.¹¹⁷ Somit wird bereits heute die Veröffentlichung von Preislisten etc. deren Versendung (i.S.v. Art. 7 Abs. 2 OR) gleichgestellt.

Wenn der **BERICHT-2001** erklärt, dass der E-2001 „die Präsentation von [individualisierten !] Waren mit Angabe des Preises auf elektronischem Weg behandelt [...] wie deren Auslage, mit der Folge dass sie in der Regel als Antrag gilt“¹¹⁸, so geht das schlicht an der Abgrenzung zu Preislisten vorbei, denn genau letztere präsentieren Waren unter Angabe des Preises. Auch wenn der BERICHT-2001 weiter präzisiert, dass ein Produkt als veröffentlicht¹¹⁹ gelte, „wenn sich aus seiner Darstellung ergibt, dass

¹¹² JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 31; WILDEMANN, 114.

¹¹³ BGE 80 II 35 f.

¹¹⁴ WEBER, 314 f.

¹¹⁵ WEBER, 314 m. Nachw.; a.A. Züst, 20.

¹¹⁶ JACCARD, Contrats, 56.

¹¹⁷ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 7 N 15.

¹¹⁸ BERICHT-2001, 10.

¹¹⁹ Indes sind es nicht die Produkte, die „auf elektronischem Weg veröffentlicht“ werden. Nur Informationen (Bilder, Sprache,...), nicht aber Gegenstände können überhaupt veröffentlicht werden.

es im Stock des Anbieters vorhanden ist“, wird die Abgrenzung nicht viel klarer: Ein Verkäufer kann sehr wohl ein Angebot machen, auch wenn er die Ware noch nicht besitzt; im Gegenteil: in der „just in time-Produktion“ ist dies sogar üblich („zero-stocks“).¹²⁰

Die Regelung von Art. 7 OR stellt eine **Hilfe zur Auslegung** von Willenserklärungen im Konsensstreit dar: es geht mithin um eine Konkretisierung des Vertrauensprinzips. Es werden normative Erwartungen (contrafaktisch) stabilisiert und damit klargestellt, welche Erwartungen sozialen Rückhalt erhoffen lassen.¹²¹ Es geht darum, ob der Kunde erwarten darf, dass er alleine durch seine Annahme einen Vertrag entstehen lassen kann oder ob er erwarten muss, dass der Anbieter sich noch einmal entscheiden darf. Ersteres wird in der Tat der Fall sein, wenn der Anbieter durch die Darstellung kundgibt, dass die Ware in seinem Stock vorhanden und für den Kunden sofort erhältlich ist, doch eben nicht nur dann.

Durch die Verbindlicherklärung der Auslage „soll verhindert werden, dass das Publikum durch Waren- auslagen angelockt wird, um es dann für die Erwerbung anderer als der ausgestellten Waren zu gewinnen“¹²². Zu beachten ist ausserdem, dass eine absichtliche Angabe von Tiefpreisen ohne Lieferbereitschaft bereits nach der Preisbekanntgabeverordnung¹²³ unzulässig ist.¹²⁴

e) Anwendung der Unterscheidung

Bei elektronisch getätigten Geschäften kann unterschieden werden zwischen Rechtsgeschäften, welche auf elektronischem Wege zustande kommen, bei denen jedoch die **Leistung herkömmlich erbracht** wird und solchen, bei denen auch die **Leistung „online“ erbracht** wird.¹²⁵ Bei letzteren kann die Leistung typischerweise vom Nutzer selbständig bezogen werden, und wird durch den Bezug auch nicht verbraucht (z.B. Software-Download, automatischer Übersetzungsdienst).¹²⁶ In diesen Fällen ist es m.E. nicht sachgerecht, zusätzlich zur Gewährung der Inanspruchnahme des Dienstes eine Auftragsbestätigung zu fordern.¹²⁷ Mit den Gesetzestexten lässt sich diese Auffassung vereinbaren, wenn man bei der ECRL das Anfordern des Downloads als Antrag, das Gewähren des selbständigen Bezugs als konkludente Auftragsbestätigung auslegt bzw. beim E-2001 die Downloadmöglichkeit als Präsentation einer individualisierten Dienstleistung und somit als Antrag versteht, welcher durch die Anforderung des Downloads angenommen wird.

Bei herkömmlich erbrachten Leistungen muss die Präsentation im Einzelfall – sofern sich die Parteien nicht richtig verstanden haben – gemäss dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden.

¹²⁰ JACCARD, Contrats, 57.

¹²¹ LUHMANN, 131 f.

¹²² BGE 80 II 26, 36.

¹²³ SR 942.211.

¹²⁴ PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 4.

¹²⁵ Vgl. MORITZ, 62.

¹²⁶ vgl. SPAHR, 49.

¹²⁷ So auch WEBER/JÖHRI, 43.

8.3.4 Schweigen als Annahme

Art. 6 OR bestimmt, dass ein Vertrag auch ohne ausdrückliche Annahme zustandekommen kann, sofern diese nach den **Umständen** oder wegen der besonderen **Natur des Geschäfts** nicht zu erwarten ist. Die Einladung zur Offertstellung durch Auskündigung kann diese Rechtsfolge nach sich ziehen.¹²⁸

Diese Bestimmungen dienen dazu, den Vertragsabschluss effizienter zu gestalten, da in solchen Situationen davon ausgegangen wird, dass die Offerte normalerweise angenommen wird.¹²⁹ In diesem Sinne soll derjenige die Kosten des für ihn nachteiligen Vertrages tragen, welcher am leichtesten (kostengünstigsten) das Zustandekommen verhindern konnte.¹³⁰

Bei der Anwendung von Art. 6 OR ist zu beachten, dass der Besteller, welcher keinen Akzept erhält, in einer gewissen Unsicherheit belassen wird. WIEGAND/MARTI schlagen deshalb vor, auch im schweizerischen Recht eine Zugangsbestätigung zu fordern.¹³¹

Die **Zusendung einer unbestellten Sache** hingegen gilt (oder gemäss E-2001 das unbestellte Erbringen einer Dienstleistung¹³²) nicht als Antrag (Art. 6a OR). Ausser bei offensichtlichen Irrtümern trägt der Empfänger nicht einmal eine Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Absender.

8.3.5 Zugang der Willenserklärung

Sowohl Antrag als auch Annahme müssen dem Empfänger **zugegangen** sein, damit sie ihre Wirkungen entfalten können.

Bei „mittelbaren Erklärungen“ fallen Erklärungsabgabe und deren Kenntnisnahme zeitlich auseinander.¹³³ Mittelbare Erklärungen gelten als zugegangen, sobald sie in den **Machtbereich/Herrschaftsbereich** des Empfängers gelangen.¹³⁴ Der Machtbereich umfasst denjenigen Bereich, in dem der Empfänger Nachrichten zur Kenntnis nehmen kann ohne von jemand anderem daran gehindert werden zu können.¹³⁵

Bei **E-Mails** wird also – nicht anders als bei einem Brief im Postfach bei der Post¹³⁶ – auf den Eingang der elektronischen Botschaft auf dem Mailserver des Empfängers abzustellen sein (so auch Art. 11 Abs. 1 ECRL). Dabei ist es unerheblich, ob es sich um einen vom Empfänger selber betriebenen Mailserver oder um den Mailserver eines anderen handelt, mit dem der Empfänger in vertraglicher Beziehung steht¹³⁷, sofern der Empfänger eine Abrufmöglichkeit der Nachrichten hat und nur er über diese

¹²⁸ G/S/S/R, N 457; vgl. auch Art. 395 OR, der für den Auftrag teils eine sofortige Ablehnungspflicht statuiert.

¹²⁹ vgl. GRONER, 461.

¹³⁰ GRONER, 481 m. Nachw.

¹³¹ WIEGAND/MARTI, 48.

¹³² Art. 6a Abs. 4 E-2001.

¹³³ G/S/S/R, N 186.

¹³⁴ G/S/S/R, N 199; WIEGAND/MARTI, 46; WEBER, 316.

¹³⁵ Ähnlich WEBER 316.

¹³⁶ ROSENTHAL, Projekt, 327, welcher auf den falschen Vergleich mit einem Briefkasten aufmerksam macht; vgl. zum Briefkasten auch BGE 118 II 42, 44; G/S/S/R, N 200; WIEGAND/MARTI, 46.

¹³⁷ vgl. dazu ROSENTHAL, Projekt, 61 ff., der einen Vertrag sui generis ausmacht mit Elementen eines Auftrags, eines Transports- und eines Lizenzvertrags. Der Serverbetreiber hat die Vertraulichkeit der E-Mails zu respektieren (Art. 43 FMG; Art. 179 ff.

Nachrichten verfügen kann.¹³⁸ Nicht erforderlich ist m.E., dass er den ausschliesslichen (passwortgeschützten) Lesezugriff hat: es reicht aus, dass nur er (bzw. mit ihm vertraglich verbundene Dritte) die gespeicherten Nachrichten löschen oder abändern kann.¹³⁹

Bei **Formularen** wird ebenfalls auf das Eintreffen der Felddaten auf dem dafür vorgesehenen Server abzustellen sein.

8.3.6 Dauer der Bindung an die Willenserklärung

Bei der Dauer der Bindung an eine Willenserklärung wird unterschieden zwischen Verträgen, die „unter Anwesenden“ und solchen die „unter Abwesenden“ zustandekommen. Ausschlaggebend ist, ob es sich um eine Situation handelt, welche eine „**interaktive Kommunikation zu Echtzeitbedingungen**“ ermöglicht;¹⁴⁰ der E-2001 stellt darauf ab, ob ein „Dialog“ möglich ist.¹⁴¹ Es geht um die Frage, inwiefern eine Vertragspartei sofort auf das Verhalten der anderen **reagieren** kann.¹⁴² Die räumliche Entfernung der Gesprächspartner spielt (wie auch beim Telefonverkehr¹⁴³) keine Rolle (vgl. bereits MEILI, welcher die telephonische Kommunikation mit dem Dialog zwischen Blinden mittels eines grossen Sprachrohrs verglich).¹⁴⁴ Auch mit einer Maschine ist Kommunikation zu Echtzeitbedingungen möglich; soweit Art. 4 Abs. 2 E-2001 einen Dialog unter den Parteien verlangt, ist er diesbezüglich zu stark einschränkend.¹⁴⁵

Während der Abschluss von Verträgen über Internettelephonie¹⁴⁶ oder in Chatrooms sachgerechter von der Regelung von Vertragsabschlüssen unter Anwesenden erfasst wird, ist in aller Regel davon auszugehen, dass elektronische Verträge unter **Abwesenden** geschlossen werden.¹⁴⁷

a) Unter Abwesenden

Die Dauer der Bindung an die Willenserklärung, welche unter Abwesenden abgegeben worden ist, bestimmt sich nach einer den Umständen angemessenen Frist. Die Annahmefrist setzt sich aus den beiden Übermittlungszeiten sowie einer Überlegungsfrist zusammen.¹⁴⁸ Da die Übermittlungszeiten im

StGB; ROSENTHAL, Projekt, 22; vgl. auch BGE 126 I 50, 65 f. zur behördlichen Überwachung des E-Mail-Verkehrs). Teilweise erfolgt auch eine Qualifikation als Empfangsbote (WIDMER/BÄHLER, 155 mit Verweis auf G/S/S/R, N 203), vgl. dazu SCHÖNBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 403 und BaK/OR 1-SCHWENZER, Art. 27 N 2.

¹³⁸ ROSENTHAL, Projekt, 327.

¹³⁹ anders wohl ROSENTHAL, Projekt, 327; WIEGAND/MARTI, 46; WEBER/JÖHRI, 45.

¹⁴⁰ WIDMER/BÄHLER, 153 f.; WEBER/JÖHRI, 45 f.

¹⁴¹ E-2001 Art. 4 Abs. 2; BERICHT-2001, 10; so auch WEBER, 317.

¹⁴² G/S/S/R, N 407; JACCARD, Contrats, 61.

¹⁴³ Art. 4 Abs. 2 OR.

¹⁴⁴ MEILI, 202.

¹⁴⁵ JACCARD, Contrats, 61; a.A. ZÜST, 23 ff., der eine – m.E. ungeeignete – Unterscheidung zwischen „aktiven“ und „inaktiven“ Homepages einführt und nur bei ersteren die Regelung unter Anwesenden anwenden lassen will.

¹⁴⁶ vgl. dazu auch BERICHT-2001, 9 f.

¹⁴⁷ WEBER, 316 f.; WEBER/JÖHRI, 46; WIDMER/BÄHLER, 154; WIEGAND/MARTI, 47; JACCARD, Contrats, 61; a.A. wohl SEMUHIRE, Rz. 11.

¹⁴⁸ G/S/S/R, N 411.

elektronischen Verkehr sehr kurz sind, kommt es wesentlich darauf an, wie viel Zeit man dem Empfänger zum Überlegen gewährt.

Die ECRL hält fest, dass die Empfangsbestätigung **unverzüglich** (nach der Abrufmöglichkeit) abzusenden ist.¹⁴⁹ Zu beachten ist, dass die Empfangsbestätigung wahrscheinlich automatisiert abgegeben werden muss, damit das Kriterium der Unverzüglichkeit erfüllt werden kann. Dies erfordert in erster Linie eine mit der Lagerbewirtschaftung verknüpfte Auftragsabwicklungs-Software, damit nicht unerfüllbare Leistungsversprechen abgegeben werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Pflicht zur „Leerung des elektronischen Briefkastens“ besteht.¹⁵⁰ Durch das Nichtabrufen der E-Mails muss der Empfänger gewärtigen, dass er (A) infolge Zeitablauf die Möglichkeit verpasst, ein an ihn gestelltes Angebot anzunehmen. Ruft er (B) die Annahme nicht ab, so hindert dies das Eintreten der Rechtswirkungen des Vertrages nicht, da nicht deren Kenntnisnahme sondern nur deren Zugang dazu nötig ist. Durch das Nichtabrufen verschlechtert er in diesen Fällen nur (aber immerhin) seine Rechtsposition.

Anders sieht die Situation aus, wenn ausnahmsweise das Schweigen auf einen Antrag als Annahme gedeutet wird.¹⁵¹ Wer sich so verhält, dass ein Schweigen auf eine E-Mail „nach den Umständen“ als Annahme verstanden werden kann (so z.B. beim öffentlichen Anpreisen der E-Mail-Adresse zu Geschäftszwecken), muss sich das Nichtabrufen seiner E-Mails anrechnen lassen.

b) Unter Anwesenden

Ohne Bestimmung einer Annahmefrist muss ein unter Anwesenden gestellter Antrag „sogleich angenommen“ werden (Art. 4 Abs. 1 OR). Der Antragssteller ist sonst nicht weiter gebunden.

8.4 Informationspflichten

Informationspflichten des Diensteanbieters ergeben sich aus zweierlei Quellen: einerseits aus dem vorvertraglichen Sonderverhältnis zum Nutzer (sog. Vertrauensverhältnis, welches aufgrund des Gebots von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB wechselseitige Verhaltenspflichten entstehen lässt¹⁵²) und andererseits aus positivrechtlicher Anordnung (wie z.B. UWG oder FARL).

Der Diensteanbieter hat dem Nutzer des Dienstes gewisse Informationen klar, verständlich und unmissverständlich mitzuteilen, bevor dieser die Bestellung abgibt.¹⁵³ Diese Informationspflichten sollen dazu dienen, Missverständnisse, Unklarheiten und letztlich somit eine ungewollte rechtliche Bindung zu verhindern.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Art. 11 Abs. 1 lit. b.

¹⁵⁰ vgl. G/S/S/R, N 202.

¹⁵¹ Vgl. oben 8.3.4.

¹⁵² BGE 125 III 86; 121 III 350, 354 ff.; 105 II 75, 79 ff.

¹⁵³ Art. 10 ECRL.

¹⁵⁴ JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 21 ff; vgl. auch STAUDER, 141, welcher von der Gewährleistung der „Vertragsentschlussfreiheit“ spricht.

Die Informationen müssen rechtzeitig und tatsächlich zur Kenntnis genommen werden können.¹⁵⁵ Ausserdem muss der Nutzer spätestens mit der Lieferung „schriftlich oder auf einem anderen für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger“ eine Bestätigung der Informationen erhalten.¹⁵⁶

Mittlerweile ergeben sich aus den einschlägigen RL mehr als dreissig Angaben, welche dem Verbraucher bekanntgegeben werden müssen.¹⁵⁷ Hier droht eine Überinformation, welche den Verbraucher selektiver wahrnehmen lässt und so u.U. ihr Ziel verfehlt.¹⁵⁸ Ausserdem besteht die Gefahr, dass durch zu umfassende Informationspflichten die Gleichstellung von elektronischen mit herkömmlichen Verträgen faktisch verunmöglicht wird.¹⁵⁹

8.4.1 Notwendige Angaben

Die notwendigen Angaben können gegliedert werden in:¹⁶⁰

- a) Unternehmensspezifische Daten
- b) Produktspezifische Daten
- c) Einzelheiten bzgl. Zahlung und Lieferung
- d) Informationen über das Widerrufsrecht

Auf eine vollständige Auflistung der notwendigen Angaben wird hier verzichtet, und es wird nur auf einzelne Spezialfragen eingegangen.¹⁶¹

Gemäss dem BERICHT-2001, 14 ist es ausreichend, entweder die Post- oder die elektronische Adresse anzugeben, während Art. 5 Abs. 1 lit. b und c ECRL sowohl die geographische Anschrift als auch eine Angabe der E-Mail-Adresse verlangt. Dies ist umso erstaunlicher, als im Bericht-2001, 8 die bestehende Gefahr des Wechsels von Postfachadressen als Motiv für die Regelung angegeben wird und elektronische Adressen typischerweise noch schneller und einfacher gewechselt werden können. Die Identifizierungspflicht wird v.a. Umstellungen erfordern bei Anbietern, welche ihre Produkte über regionale (rechtlich eigenständige) Firmen ausliefern lassen, und bei welchen oftmals ein Vertrag mit diesem Vertriebspartner abgeschlossen wird (wie z.B. beim Schweizerischen Buchzentrum).¹⁶²

Der E-2001 hat auch nicht die Pflicht übernommen, wonach die „wesentlichen Eigenschaften“ der Ware oder der Dienstleistung mitgeteilt werden müssen.¹⁶³

8.4.2 Verletzung von Informationspflichten

Gemäss dem E-2001 handelt unlauter, wer es unterlässt, eine notwendige Angabe zu machen. Die Missachtung dieser Lauterkeitstatbestände kann zivilrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (vgl. Art. 9 und 23 UWG).

¹⁵⁵ WIEGAND/MARTI, 40.

¹⁵⁶ Art. 5 Abs. 1 FARL; vgl. hierzu die Kritik von HOEREN, 287 f; ähnlich: Art. 40d E-2001.

¹⁵⁷ HOEREN, 285.

¹⁵⁸ Vgl. auch HOEREN, 285; WEBER, 335.

¹⁵⁹ Vgl. zur Gleichstellung oben 7.

¹⁶⁰ Einteilung nach HOEREN, 284.

¹⁶¹ Für eine Auflistung vgl. zum E-2001: SEMUHIRE, Rz. 47ff. und JACCARD, Information; zu ECRL und FARL: JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO /SALAÜN, 3 ff.

¹⁶² www.sbz.ch; vgl. auch HOEREN, 287.

¹⁶³ Art. 4 Abs. 1 lit. b FARL.

Durch den E-2001 wird somit die Unterlassung von Informationspflichten der Irreführung gleichgestellt. Wertungsmässig ist dies mindestens diskutabel.¹⁶⁴

Leider wurden die Folgen für den elektronischen Vertrag, der unter Verletzung der Informationspflichten zustande gekommen ist, nicht geregelt.¹⁶⁵ Denkbar wäre die Nichtigkeit des so zustande gekommenen Vertrags, dessen vollständige Wirksamkeit oder eine Zwischenlösung. Im deutschen Recht vor dem 1.1.2002 statuierte § 305b Abs. 5 BGB vollständige Wirksamkeit des Vertrags auch bei Verletzung von Informationspflichten. Diese Regelung wurde aber mit der Schuldrechtsmodernisierung aufgehoben. Heute geht in Deutschland die wohl h.L. davon aus, dass die Nichtinformation eine Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten darstelle und die dafür vorgesehenen Rechtsfolgen greifen: *culpa in contrahendo* falls kein Vertrag zustande kam, nichtgehörige Erfüllung falls der Vertrag zustande kam.¹⁶⁶ Gemäss WIEGAND/MARTI sei diese Auffassung auch für die Schweiz heranzuziehen.¹⁶⁷ Wird den Informationspflichten nicht genüge getan, beginnt die Widerrufsfrist nicht zu laufen.¹⁶⁸

8.5 Willensmängel

Ist ein Vertrag zustande gekommen (Art. 1 OR), stellt sich die Frage, ob der Vertrag infolge eines Willensmangels unverbindlich erklärt werden kann. Als **Willensmängel** kommen 1) Irrtum, 2) absichtliche Täuschung und 3) Furchterregung in Frage. Stets zu beachten ist bei den Willensmängeln, dass das **Zustandekommen des Vertrags** stets *conditio sine qua non* ist für die Anwendung der Willensmängelvorschriften.

Die vorliegende Darstellung beschränkt sich auf das schweizerische Recht und auf die für den e-commerce spezifischen Fragen.

8.5.1 Irrtum

Ein Erklärungsirrtum kommt zustande, wenn eine Erklärung gemäss dem **Vertrauensprinzip** so ausgelegt wird, dass sie nicht dem **wirklichen Willen** des Erklärenden entspricht.¹⁶⁹ Ein „unwesentlicher Irrtum“ hindert die Verbindlichkeit des Vertrags nicht, während ein „wesentlicher Irrtum“ den Vertrag einseitig unverbindlich macht und den Irrtenden (bei schuldhaftem Irrtum) zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet. Damit ein Irrtum „**wesentlich**“ ist, muss der irrig vorgestellte Sachverhalt a) *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss und b) die Diskrepanz zwischen Wille und objektivem Sinn der Erklärung nicht so geringfügig sein, „dass das Nicht-Gewollte dem Gewollten praktisch gleichsteht.“¹⁷⁰ Erklärungsirrtümer entstehen z.B. wenn der Nutzer Formularfelder verwechselt oder den falschen Button drückt (z.B. Absenden statt Abbrechen).

¹⁶⁴ PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 7.

¹⁶⁵ JACCARD, Information, 25; WIEGAND/MARTI, 43; WEBER/JÖHRI, 52.

¹⁶⁶ WIEGAND/MARTI, 43 f.

¹⁶⁷ WIEGAND/MARTI, 44.

¹⁶⁸ Art. 40e Abs. 2 lit. b E-2001; Art. 6 Abs. 1 FARL.

¹⁶⁹ G/S/S/R, N 810.

¹⁷⁰ G/S/S/R, N 826 f.

Der **Nachweis** eines Irrtums wird jedoch nicht selten schwierig sein, ein „Vertippen“ lässt sich nicht ohne weiteres glaubhaft machen.¹⁷¹ Wurden vom Anbieter angemessene, wirksame und zugängliche Mechanismen zur Verfügung gestellt, um den Nutzer fehlerhafte Eingaben korrigieren zu lassen¹⁷², wird dieser Nachweis praktisch unmöglich sein.

8.5.2 Absichtliche Täuschung

Gemäss ROSENTHAL ist – anders als beim strafrechtlichen Betrug (Art. 146 StGB) – zur Anwendung von Art. 28 OR nicht erforderlich, dass eine Person getäuscht wurde, d.h. eine fehlerhafte Vorstellung der Wirklichkeit hatte; es reiche aus, wenn die (absichtliche) Täuschungshandlung zum Vertragsabschluss führte.¹⁷³

M.E. ist dem nicht zuzustimmen. Der Vertragsschliessende muss durch die Täuschungshandlung zum Vertragsabschluss **verleitet** worden sein (vgl. den Wortlaut von Art. 28 OR). M.a.W. geht es um die bewusste „Erweckung einer falschen Vorstellung im Verhandlungspartner mit dem Zweck, ihn zum Vertragsschluss zu bewegen“.¹⁷⁴

8.5.3 Fehlerhafte Erklärungen elektronischer Agenten und „Dialer“-Fälle

Wird durch eine Falschangabe des Benutzers nur das automatisierte System (der **elektronische Agent**) und nicht der Anbieter selbst „ausgetrickst“ (der Benutzer erhält beispielsweise aufgrund einer falschen Wohnsitzangabe ein Produkt zu einem geringeren Preis als dies der Anbieter will¹⁷⁵), so stellt sich zuerst die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Dies ist m.E. i.d.R. zu verneinen. Tatsächlich haben sich die Parteien nicht geeinigt und der Akzept, der durch das System des Anbieters abgegeben wurde, konnte vom „austricksenden“ Benutzer gemäss dem Vertrauensprinzip nicht so verstanden werden, dass der Anbieter den Vertrag so schliessen wollte. Der „Austricksende“ ist nicht in seinem Vertrauen zu schützen, ein sog. „rechtlicher/normativer Konsens“ existiert nicht. Damit erübrigt sich – mangels Zustandekommen des Vertrages – die Anwendung der Regeln über die Täuschung.

Ähnlich gelagert ist die Situation bei sog. **Dialer-Programmen**: diese – meist vom Anbieter als kostenlos deklarierten Programme – werden vom Nutzer heruntergeladen und bauen dann selbständig eine neue DFÜ-Verbindung zu einer erhöht kostenpflichtigen Nummer auf.¹⁷⁶ Teils wird diese Verbindung als Standard-Verbindung eingetragen und somit bei jedem künftigen Verbindungsaufbau benutzt. Wollte der Nutzer dieses Geschäft nicht eingehen (kein tatsächlicher Konsens) und waren die Vorkehrungen des Anbieters dergestalt, dass er nicht damit rechnen durfte, der Nutzer erkläre sich mit den Bedingungen einverstanden (kein normativer Konsens), so kam gar kein Vertrag zustande. Dabei ist m.E. unerheblich, ob der Hinweis auf die (erhöhte) Kostenpflichtigkeit bereits vor dem Download

¹⁷¹ WEBER, 319.

¹⁷² Vgl. dazu Art. 11 Abs. 2 ECRL.

¹⁷³ ROSENTHAL, Projekt, 332.

¹⁷⁴ BGE 123 III 165, 169.

¹⁷⁵ Beispiel gemäss ROSENTHAL, Projekt, 332.

¹⁷⁶ Diese Kosten können bis zu 4.23 CHF pro Minute betragen.

oder erst vor dem ersten Verbindungsaufbau geschieht.¹⁷⁷ Nur wenn der Anbieter davon ausgehen konnte, dass seine Hinweise auch richtig verstanden werden, können die Bestimmungen über Willensmängel zur Anwendung kommen. Diesfalls stellt sich die Frage nach der Fahrlässigkeit des Nutzers, die eine Schadenersatzpflicht des Nutzers begründen kann, und der Anbieter kann u.U. das negative Vertragsinteresse verlangen und somit seine Aufwendungen ersetzen lassen.

8.5.4 Zur Sorgfaltspflicht

Wer den Vertrag aufgrund eines Willensmangels unverbindlich erklären lässt, muss – sofern der Irrtum seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist – der anderen Partei Schadenersatz leisten (negatives Interesse).¹⁷⁸ Hier stellt sich die Frage, wie hoch der Sorgfaltsmassstab anzusetzen ist. Bei Erklärungsirrtum ist Fahrlässigkeit „praktisch immer zu bejahen“, ein Grundlagenirrtum kann jedoch auch unver schuldet sein.¹⁷⁹

8.5.5 Widerrufbarkeit

Wer sich beim Abschluss des Vertrages in einem Irrtum befunden hat, kann erklären, dass er den Vertrag nicht halte und seine Leistung zurückfordern; der Vertrag ist für ihn unverbindlich.¹⁸⁰

8.5.6 Übermittlungsfehler

Art. 27 OR erklärt die Bestimmungen über den Irrtum auch anwendbar für Übermittlungsfehler, d.h. Fehler welche beim Übermittlungsvorgang zwischen Absender und Empfänger zustande kommen. Zu beachten ist jedoch, dass die EDV-Anlagen des Absenders keine „Botenfunktion“ wahrnehmen und darum nicht dieser Regelung unterstehen.¹⁸¹

8.6 Konsumentenschutz

Durch die hohe Geschwindigkeit der elektronischen Kommunikation und das Erfordernis, dass die Bestellungsbestätigung unverzüglich zu erfolgen hat, wird regelmässig auch die Zeitspanne (ab dem Kaufentscheid), während welcher der Kunde seinen Entscheid überdenken und evtl. auf ihn zurückkommen kann, kürzer.¹⁸² Ein versehentlicher Klick auf einen « OK- Button » kann Rechtsfolgen auslösen, ohne dass der Kunde die faktische Möglichkeit hat, diese noch zu verhindern.¹⁸³

Um stossende Konsequenzen zulasten der Verbraucher zu verhindern, wurde die FARL erlassen: Die FARL gilt für die oben definierten Fernabsatzverträge (vgl. oben 3.6). Elektronische Verträge mit Verbrauchern fallen daher regelmässig ebenfalls unter die FARL.¹⁸⁴ Die in der Richtlinie vorgesehenen

¹⁷⁷ a.A. Amtsgericht Freiburg i. Br., Urteil 11 C 4381/01, 11.6.2002, abgedruckt in: *Jurius*, Ungewollte und unbewusste Verbindung mit Dialer-Software, in: *Jusletter* 23. September 2002.

¹⁷⁸ Art. 26 OR.

¹⁷⁹ BaK/OR I-SCHWENZER, Art. 26 N 2.

¹⁸⁰ Art. 23 und 31 OR.

¹⁸¹ WEBER/JÖHRI, 51; WEBER 319 m. Nachw.

¹⁸² Art. 9 OR; BERICHT-2001, 5.

¹⁸³ MORITZ, 63.

¹⁸⁴ JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, 4.

Schutzbestimmungen sind als Mindeststandard zu verstehen, welcher für den Verbraucher unverzichtbar ist.¹⁸⁵

In der vorliegenden Darstellung gehe ich nur auf die Regelung des Einbezugs von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und auf das Widerrufsrecht ein. Die ebenfalls in dieses Kapitel gehörenden vorgesehenen Änderungen des Kaufrechts werden hingegen nicht behandelt.¹⁸⁶

8.6.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

a) Übernahme

Allgemeine Geschäftsbedingungen entfalten grundsätzlich nur dann rechtliche Erheblichkeit, wenn sie – ausdrücklich oder stillschweigend – in den Vertrag einbezogen wurden.¹⁸⁷ Auch eine sog. Globalübernahme ist möglich, es ist also nicht erforderlich, dass sie zur Kenntnis genommen oder verstanden wurden.¹⁸⁸ Die Übernahme von AGB wird heute üblicherweise durch ein Anklicken eines bestimmten Feldes auf der Webseite erklärt.¹⁸⁹

b) Kenntnisnahme

aa) Möglichkeit der Kenntnisnahme

AGB entfalten keine Geltung, wenn eine global zustimmende Partei „keine Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der Allgemeinen Bedingungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen.“¹⁹⁰ Die AGB müssen insbesondere **zugänglich, lesbar und verständlich** sein.¹⁹¹

Wie hoch die Anforderungen der Zugänglichkeit im elektronischen Umfeld sind – wie stark sich z.B. ein Link zu den AGB vom restlichen Inhalt der Webseite abgrenzen muss – darüber lässt sich vortrefflich streiten. Allgemeingültige Lösungen zu formulieren wird wohl kaum möglich sein.¹⁹²

Insbesondere beim sog. „M-Commerce“ werden diese Bedingungen aufgrund der technischen Gegebenheiten schlecht erfüllbar sein (zu kleine Displays, keine Ausdruckmöglichkeit, immer umfassendere Informationspflichten etc.).¹⁹³ In diesen Fällen wird den rechtlichen Erfordernissen wohl am besten mit Rahmenvereinbarungen (welche ähnlich schon von MEILI für die „Telephonkorrespondenz“ empfohlen wurden¹⁹⁴), die auf traditionellem Weg abgeschlossen werden, Rechnung getragen.¹⁹⁵

¹⁸⁵ Art. 12 und 14 FARL; MORITZ, 66.

¹⁸⁶ Vgl. dazu BERICHT-2001, 7 f; zu den Informationspflichten vgl. oben 8.4.

¹⁸⁷ G/S/S/R, N 1128.

¹⁸⁸ WIEGAND/MARTI, 55 ff.

¹⁸⁹ WEBER, 328.

¹⁹⁰ G/S/S/R, N 1140; WIEGAND/MARTI, 56.

¹⁹¹ G/S/S/R, N 1140 ff.

¹⁹² vgl. für eine Übersicht über die Problemkreise und über die in der Lehre vertretenen Standpunkte: WEBER, 326 ff.

¹⁹³ ROSENTHAL, M-Commerce, Rz. 6; JACCARD, Contrats, 60.

¹⁹⁴ MEILI, 215.

¹⁹⁵ ROSENTHAL, M-Commerce, Rz. 11; vgl. zum Electronic Data Interchange (EDI): WEBER, 310 und 407 ff.

bb) Zeitpunkt der Kenntnisnahme

Geht der Antrag vom Nutzer aus¹⁹⁶, muss er die AGB schon in sein Angebot miteinbeziehen, da sich sonst Angebot und Annahme nicht entsprechen und somit kein Vertrag zustande kommt.¹⁹⁷ Folglich muss er – **bevor** er sein **Angebot** abgibt – mindestens die Möglichkeit gehabt haben, von den AGB Kenntnis zu nehmen.¹⁹⁸ Ausserdem muss der Anbieter ihm seinen Einbeziehungswillen der AGB bekannt gegeben haben.¹⁹⁹

c) Inhaltliche Kontrolle von AGB

Eine materielle Kontrolle des Inhalts von AGB existiert in der **Schweiz** nicht, das BGer beschränkt sich auf die Anwendung der Ungewöhnlichkeits- und der Unklarheitenregel sowie der Regel der restriktiven Auslegung.²⁰⁰ Die von Art. 8 UWG vorgeschriebene Kontrolle kommt aufgrund des Tatbestandselements der Irreführung kaum je zur Anwendung.

Anders sieht die Situation in unseren Nachbarländern²⁰¹ aus. Die **Richtlinie** über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen²⁰² sieht in Art. 3 Abs. 1 überdies vor, dass Vertragsklauseln, welche nicht im einzelnen ausgehandelt wurden, missbräuchlich und damit für den Verbraucher unverbindlich (Art. 6) sind, sofern sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zulasten des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien verursachen. M.a.W. wird eine materielle Kontrolle von AGB-Bedingungen statuiert, welche bei einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis eingreift.

d) Reproduzierbarkeit

Die **ECRL** beschränkt sich darauf, in Art. 10 Abs. 3 ECRL zusätzlich vorzusehen, dass die AGB vom Nutzer gespeichert und reproduziert (z.B. ausgedruckt) werden können. Leider wurde diese Regelung nicht in den E-2001 übernommen.²⁰³ Reproduzierbarkeit bedeutet nicht unbedingt „Ausdruckbarkeit“, der Nutzer muss nur (aber immerhin) die Möglichkeit haben, die AGB zu einem späteren Zeitpunkt wieder anzusehen.²⁰⁴ Teilweise wird in der Literatur auch vertreten, dass sich diese Anforderungen bereits aus der heutigen (schweizerischen) Rechtslage ergeben.²⁰⁵

8.6.2 Widerrufsrecht

Sowohl die FARL als auch der E-2001 sehen ein Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge²⁰⁶ vor (Art. 6 FARL; Art. 40e E-2001). Das Widerrufsrecht unterscheidet sich von anderen Behelfen wie Irrtumsan-

¹⁹⁶ Wie dies die ECRL vorsieht.

¹⁹⁷ STAUDER, 148.

¹⁹⁸ WEBER/JÖHRI, 49.

¹⁹⁹ STAUDER, 148.

²⁰⁰ vgl. dazu: BaK/OR I-BUCHER, Art. 1 N 58 ff.

²⁰¹ für einen Überblick über das deutsche und das österreichische Recht vgl. BaK/OR I-BUCHER, Art. 1 N 56 f.

²⁰² Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

²⁰³ JACCARD, Information, 24.

²⁰⁴ KAMANABROU, 425.

²⁰⁵ STAUDER, 148; WEBER, 327 m. Nachw.

²⁰⁶ vgl. oben 3.6.

fechtung oder Gewährleistung dadurch, dass **weder** eine **Mangelhaftigkeit** des Produkts **noch** ein **Willensmangel erforderlich** ist. Der Verbraucher soll in die – komfortable – Rechtsposition versetzt werden, dass er nach dem Vertragsabschluss über das Schicksal des Vertrages eine (willkürliche) Entscheidung treffen kann. Es handelt sich dabei um ein Rücktrittsrecht.²⁰⁷ Um die damit verbundene Unsicherheit auf Anbieterseite nicht allzu gross zu lassen, braucht es klare Schranken dieses Rechts.²⁰⁸

a) Gemäss E-2001

Grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Art. 40a-40h E-2001 **ausgeschlossen** sind Verträge mit einem Wert von unter 100 Franken, über Finanzdienstleistungen²⁰⁹, über Güter, die speziell für den Kunden angefertigt wurden oder nicht zurückgesendet werden können und über Dienstleistungen, welche „eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind.“²¹⁰

Der **Widerruf** ist des weiteren **ausgeschlossen** bei Dienstleistungen, die vor Ablauf der Widerrufsfrist erbracht wurden oder erbracht werden müssen, sowie bei Daten (Software, Audio- und Videoaufzeichnungen), die entsiegelt wurden, heruntergeladen werden konnten oder auf die der Kunde Zugriff nehmen konnte.²¹¹

Die **Frist** für den Widerruf beträgt 7 Tage, sie beginnt zu laufen, sobald der Kunde von den Angaben gemäss Art. 40d E-2001 Kenntnis hat und den Vertrag beantragt oder angenommen hat, i.d.R. also mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses.²¹²

Der Widerruf kann auf Papier oder in elektronischer **Form** ausgeübt werden.

Durch den Widerruf wird der Vertrag ex tunc aufgehoben, die Parteien müssen folglich bereits Empfangenes zurückerstatten, für den Gebrauch ist ein angemessener Mietzins geschuldet; bei erbrachten Dienstleistungen greift ein Auslagen- und Verwendungsersatz gemäss dem Auftragsrecht und der Kunde trägt die Kosten der Rücksendung.²¹³ Der Widerruf kann auch gegenüber einem **Dritten** geltend gemacht werden (insbesondere gegenüber dem Kreditkartenaussteller).²¹⁴

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild: Das Widerrufsrecht des E-2001 kann innert sieben Tagen nach Vertragsschluss ausgeübt werden bei Fernabsatzverträgen über **Waren** mit einem Wert von über CHF 100, sofern die Ware nicht personalisiert wurde und rücksendbar ist. M.E. bleibt für das Widerrufsrecht bei **Dienstleistungen** kein Raum, da die innert 7 Tagen zu erbringende Dienstleistungen durch Art. 40f E-2001, die später zu erbringenden durch Fristbeginn bei Vertragsschluss davon ausgeschlossen sind. Denkbar ist einzig der Fall einer Dienstleistung, die nach mehr als 7 Tagen zu erbringen ist und bei welcher kein Hinweis auf das Widerrufsrecht gemacht wurde, so dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen begann.

²⁰⁷ WIEGAND/MARTI, 51.

²⁰⁸ Sehr kritisch zum Widerrufsrecht im allgemeinen: WIEGAND/MARTI, 49 ff.

²⁰⁹ dazu BERICHT-2001, 11: Ausdehnung der Ausnahme der Versicherungsverträge auf alle Verträge über Finanzdienstleistungen [ohne jedoch auf diejenigen RL einzugehen, welche diese Verträge auf europäischer Ebene abdecken].

²¹⁰ Art. 40a E-2001.

²¹¹ Art. 40f E-2001.

²¹² Art. 40e E-2001.

²¹³ Art. 40g E-2001.

b) Gemäss FARL

Ausgeschlossen ist das Widerrufsrecht gemäss FARL u.a. bei spezifisch auf den Kunden gefertigten Waren, solchen, die nicht für eine Rücksendung geeignet sind und bei Verträgen über die Lieferung von Multimedia-Aufzeichnungen oder Software, die vom Verbraucher entsiegelt worden sind, sofern sie auf einem Datenträger geliefert wurden.²¹⁵ Bei Verträgen zur Erbringung von Dienstleistungen entfällt das Widerrufsrecht, wenn mit der Leistung schon während der siebentägigen Widerrufsfrist begonnen wurde.²¹⁶

Via Internet übermittelte Daten fallen mangels physischen Datenträger unter den Begriff der Dienstleistung und nicht unter denjenigen der Ware.²¹⁷ Typischerweise wird somit bei Leistungen, welche vollständig online erbracht werden, kein Widerrufsrecht nach Leistungserbringung bestehen, da diese als Dienstleistung gelten, welche üblicherweise sofort erbracht werden.

Art. 6 FARL gewährt dem Verbraucher das Recht, den Vertragsabschluss binnen (mindestens) **sieben Werktagen** ab Erhalt der Ware (bzw. ab Vertragsschluss bei Dienstleistungen) zu widerrufen. Dieses Recht kann er ohne Angabe von Gründen und ohne zusätzliche Kosten (ausser der Kosten der Rücksendung) ausüben.

Die **Folgen** des Widerrufs sind: vollständige Rückerstattung der vom Verbraucher geleisteten Zahlungen bis auf die Kosten der Rücksendung und entschädigungsfreie Auflösung einer Kreditfinanzierung durch einen Dritten.²¹⁸ Letztere Möglichkeit allerdings nur, wenn die Finanzierung vom Lieferer selbst oder aufgrund eines Vertrages zwischen Lieferer und dem Dritten gewährt wurde.²¹⁹

c) Gegenüberstellung und Kritik

aa) Funktion(en) des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht der **FARL** erfüllt folgende drei Funktionen: Es ermöglicht dem Kunden, (1) seinen Entscheid noch einmal in Ruhe zu überdenken, (2) durch physischen Kontakt mit der Ware ergänzende Informationen zu erlangen, (3) im Falle eines (u.U. nur als solchen empfundenen) Willens- oder Sachmangels ein einfaches Instrument zur Verfügung zu haben, mit dem er den Vertrag aufheben kann.

M.E. entsprechen alle drei Funktionen des Widerrufsrechts legitimen Bedenken gegenüber dem elektronischen Handel und dienen dazu, die Bereitschaft zu erhöhen, Fernabsatzverträge einzugehen und sie sind so auch (indirekt) im Interesse der Anbieter.

Das Widerrufsrecht des **E-2001** hingegen ist praktisch ausschliesslich auf die erste Funktion ausgerichtet, wohl in Anlehnung an das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften.²²⁰ Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich diese beiden Fälle fundamental voneinander unterscheiden: Während das Haus-

²¹⁴ Art. 40h E-2001.

²¹⁵ Art. 6 Abs. 3 FARL; MORITZ, 67; vgl. auch unten 8.6.2 c) ee).

²¹⁶ Art. 6 Abs. 3; MORITZ, 67.

²¹⁷ MORITZ, 67.

²¹⁸ Art. 6 Abs. 2 und Abs. 4.

²¹⁹ Art. 6 Abs. 4 FARL.

²²⁰ Vgl. die entsprechenden Stellen im BERICHT-2001, 6, 11, 15

türgeschäft durch besondere Nähe zum Verkaufsgegenstand und durch besonders intensiven Kontakt mit dem Verkäufer gekennzeichnet ist, fehlen diese Elemente beim Fernabsatzvertrag ganz oder sind besonders schwach ausgeprägt.²²¹

Die **grundsätzliche Problematik** von Fernabsatzverträgen und von elektronisch abgeschlossenen Verträgen im Besonderen besteht m.E. in der Verknüpfung der (abstrakten) Handlungen im virtuellen Raum mit den Konsequenzen, welche diese Handlungen in der realen Welt haben können. Die Einsicht in diese Verknüpfung kann je nach Person gar keine Schwierigkeiten bereiten, teils reicht das Verstreichen einer gewissen Zeit dazu aus und bei einem Teil der Verbraucher wird sie sich erst beim Erleben der (realen) Konsequenzen einstellen. Diese Konsequenzen erlebt man als Nutzer typischerweise bei Lieferung der Ware oder der Dienstleistung bzw. bei Einforderung des Kaufpreises durch den Verkäufer.

M.E. ist es somit nicht die Schnelligkeit, mit der elektronische Verträge abgeschlossen werden können, welche Verbrauchern Schwierigkeiten bereitet. Dies schon aus dem Grund nicht, dass auch mündliche Verträge äusserst schnell (wenn nicht schneller) abgeschlossen werden.²²²

Aus diesen Gründen erscheint mir die durch den E-2001 vorgenommene Reduktion der Funktionen des Widerrufsrechts als nicht sehr günstig. Sie hat jedoch Auswirkungen auf die inhaltliche Gestaltung dieses Rechts, welche sich in diversen Unterschieden E-2001 zur ECRL zeigen:

bb) Beginn und Dauer der Widerrufsfrist

Entgegen der FARL **beginnt** die **Widerrufsfrist** gemäss E-2001 bereits bei Vertragsschluss.²²³ Liefert der Anbieter erst nach Ablauf der Frist (d.h. nach 8 Tagen), kann er das Widerrufsrecht des Konsumenten aushebeln.²²⁴

Da der E-2001 von der – oben erwähnten – ersten Funktion des Widerrufsrechts ausgeht, misst er dem Wareneingang kaum Bedeutung zu.²²⁵ Man könne sich ja „eine Idee über die Natur der gekauften Ware machen, auch ohne sie gesehen zu haben“ und ausserdem stünden die Klagen aus Gewährleistung oder Schlechterfüllung zur Verfügung.²²⁶

Diese Rechtsbehelfe stehen jedoch nicht unbedingt zur Verfügung. Durch das Widerrufsrecht sollte eine zusätzliche Möglichkeit geschaffen werden. Es ist fraglich, ob man wirklich ein derart leicht zu umgehendes Recht schaffen will.

Leider wurde sowohl in E-2001 als auch in der FARL und der ECRL versäumt, das Problem der allfälligen **Zeitverschiebung** oder der unterschiedlichen **Feiertagen** zu regeln.²²⁷ Zu beachten ist in

²²¹ ähnlich auch PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 2.

²²² a.A. z.B. BERICHT-2001, 15.

²²³ Sofern die Informationspflicht erfüllt wurde.

²²⁴ PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 2; JACCARD, Information, 32; WIEGAND/MARTI, 51.

²²⁵ BERICHT-2001, 16.

²²⁶ BERICHT-2001, 16.

²²⁷ SEMUHIRE, Rz. 31; HOEREN, 290.

diesem Zusammenhang ausserdem, dass der E-2001 auf Tage abstellt, während bei der FARL nur Werktage zählen.²²⁸

Der dem Anbieter obliegende Beweis, wann der Nutzer die Informationen erhalten hat, wird in der Praxis (aufgrund der technischen Gegebenheiten) sehr schwer zu erbringen sein.²²⁹

cc) Mietzinsbezahlungspflicht

Erstaunlich ist, dass der E-2001 eine Mietzinsbezahlungspflicht für den Gebrauch der Sache bzw. ein Auslagenersatz für Dienstleistungen bei Ausübung des Widerrufsrechts statuiert.²³⁰ Hier zeigt sich ein weiteres Mal, dass die schweizerische Regulierung weit weniger auf eine Besserstellung des Verbrauchers ausgerichtet wird als die europäische. Ausserdem ergeben sich aus dieser Pflicht äusserst schwierige Fragen im Prozess und ein erhebliches Missbrauchspotential auf Seiten des Anbieters. M.E. wäre eine vollständige Streichung dieser Bestimmung zu fordern.

dd) Wirkung gegenüber Dritten

Im E-2001 wurde leider – anders als in der FARL – unterlassen, den Fall zu regeln, da eine betrügerische Verwendung der **Kreditkarte** des Kunden vorlag, obwohl sehr viele Verbraucher gerade durch diese Angst davon abgehalten werden, elektronische Geschäfte mittels Kreditkarte zu bezahlen, bzw. überhaupt in Anspruch zu nehmen.²³¹

Gemäss Art. 40h E-2001 entfaltet der Widerruf Wirkungen gegenüber jedem Dritten, während Art. 6 Abs. 4 FARL nur zur Anwendung kommt, wenn die Finanzierung vom Lieferer selbst oder aufgrund eines Vertrages zwischen Lieferer und dem Dritten gewährt wurde.²³² Der BERICHT-2001 geht auf diesen Unterschied nicht ein, obwohl diese Regelung durch eine Sensibilisierung der Kreditgeber m.E. erhebliche Auswirkungen auf die Kreditbedingungen für solche Geschäfte haben könnte.²³³

ee) Ausnahmeregelungen

Der – in der FARL nicht vorgesehene – **Mindestbetrag** von CHF 100 ist bedenklich: Ein Grossteil der elektronisch getätigten Geschäfte sind Klein- und Kleinstverkäufe. Ausserdem wirkt sich bei diesen Geschäften die Pflicht zur Übernahme der Rücksendekosten sowieso schon hemmend auf das Widerrufsverhalten der Nutzer aus.²³⁴

²²⁸ Inwiefern dies mit der Aussage zu vereinbaren ist, dass der schweizerische Gesetzgeber nicht „ohne Not“ von der europäischen Vorgabe abweiche (BERICHT-2001, 5), bleibe dahingestellt.

²²⁹ JACCARD, Information, 32 zu 40e Abs. 3 E-2001

²³⁰ WIEGAND/MARTI, 51.

²³¹ PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 3.

²³² JACCARD, Information, 33.

²³³ vgl. auch SEMUHIRE, Rz. 46 für verschiedene Sicherungsmöglichkeiten der Kundengelder.

²³⁴ Vgl. dazu JACCARD, Information, 28; WIEGAND/MARTI, 62.

Sehr bedenklich schätze ich die Ausnahmen des Art. 40a lit. C E-2001 ein. Dort werden speziell für den Kunden angefertigte Waren bzw. eindeutig auf seine Bedürfnisse **zugeschnittene** Dienstleistungen vom Anwendungsbereich und somit vom Widerrufsrecht ausgeschlossen.

Zur Begründung wird im BERICHT-2001 ausgeführt, dass bei solchen Verträgen kein Risiko bestehe, dass der Kunde einen übereilten Entscheid treffe, weil er ja die Ware genau bestimmt habe; zudem würde das Widerrufsrecht den Anbieter finanziell zu stark belasten.²³⁵ Nur dem letzteren Argument ist zuzustimmen: es geht um eine **Abwägung** zwischen den Interessen des Anbieters und denjenigen des Kunden. Das Risiko eines übereilten Entscheids hat hingegen nichts mit der „Massfertigung“ der Ware oder Dienstleistung zu tun. Ausserdem muss der Personalisierung des Angebots nicht notwendigerweise eine höhere finanzielle Belastung auf Anbieterseite gegenüberstehen.²³⁶

Dass **Software** und andere leicht kopierbare Produkte eines besonderen Schutzes bedürfen ist einsichtig, da sonst das Widerrufsrecht dazu führen kann, dass sehr einfach und kostenlos Raubkopien derartiger Güter hergestellt werden können.

Zu beachten ist jedoch, dass online übermittelte Software oder andere Daten regelmässig Dienstleistungen und nicht Waren darstellen.²³⁷ I.d.R. wird diese mit Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist erfüllt und das Widerrufsrecht entfällt damit. Es ist davon auszugehen, dass durch diese Ausnahme ein Grossteil der heute auf dem Netz abgeschlossenen Verträge vom Widerrufsrecht ausgeschlossen wird.

Ausserdem greift die Ausnahme von Art. 40f E-2001 bereits, wenn die Daten „heruntergeladen werden können“ oder wenn der Kunde „Zugriff nehmen kann“.²³⁸ M.E. ist dieser Zeitpunkt äusserst früh angesetzt. Zum Zeitpunkt der Zugriffsmöglichkeit besteht noch keinerlei Gefahr einer Raubkopieherstellung. M.E. sollte das Widerrufsrecht erst ausgeschlossen werden, wenn der Nutzer tatsächlich auf die Daten zugegriffen hat.²³⁹

Glücklicherweise ist im E-2001 der Ausschluss des Widerrufsrechts bei Waren, deren **Preis** von der Entwicklung der **Sätze auf den Finanzmärkten** abhängt (Art. 6 Abs. 3 FARL) nicht übernommen worden. Wie HOEREN bemerkt, hängen im internationalen Handel alle Preise von derartigen Sätzen ab, was wohl kaum eine Ausnahme vom Grundsatz der Widerrufbarkeit begründen soll.²⁴⁰

²³⁵ BERICHT-2001, 11.

²³⁶ JACCARD, Contrats, 64.

²³⁷ MORITZ, 67.

²³⁸ Kritisch dazu auch JACCARD, Information, 30.

²³⁹ Ganz anders und m.E. fragwürdig SEMUHIRE, Rz. 37 f., die auf den effektiven Gebrauch abstellen möchte, da auch nach einem versehentlichen Download oder nach einem Download nur zum Kennenlernen der technischen Spezifikationen des Programms ein Widerrufsrecht möglich sein soll. Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen, weil das erste Beispiel einem Willensmangel und das zweite einem Kauf auf Probe entspricht. Ausserdem ist nicht einsichtig, wie es nach einem effektiven Gebrauch trotzdem zu einem Widerruf kommen kann, welcher dann – systemwidrig – die Preiszahlungspflicht nicht beeinflusse.

²⁴⁰ HOEREN, 292.

9 Vertragstypen

Bei elektronischen Geschäften ist danach zu unterscheiden, ob die Leistung herkömmlich oder online erbracht wird.

Bei ersteren stellen sich die gleichen Abgrenzungsfragen der Vertragstypen wie bei herkömmlich zustande gekommenen Verträgen. Bei letzteren kann wiederum unterschieden werden, ob der Schwerpunkt der Leistung des Anbieters darin liegt, Informationen zu übermitteln, oder ob er primär für den Kunden tätig werden oder ihm Funktionen zur Verfügung stellen muss.²⁴¹

Ausserdem gibt es internetspezifische Verträge wie z.B. den Provider-Vertrag, den Hosting-Vertrag oder der E-Mail-Dienst-Vertrag auf die vorliegend nicht eingegangen wird.²⁴²

Bei den **Informationsverschaffungsverträgen** geht es typischerweise nicht darum, Rechte an der Information zu verschaffen, was eine direkte Anwendung des Kaufrechts ausschliesst.²⁴³ Es ist von einem Innominatsverhältnis auszugehen, das jedoch sehr stark an das Kaufrecht angelehnt ist.²⁴⁴

Wird der Diensteanbieter für den Kunden tätig und steht diese Tätigkeit (z.B. Übersetzung) im Vordergrund oder stellt sie die einzige Tätigkeit dar, so liegt typischerweise ein Auftrag oder ein Werkvertrag vor.²⁴⁵

10 Erfüllung

Ein Grossteil der elektronischen Verträge wird auf herkömmlichem Wege erfüllt. Dies gilt insbesondere für die Preiszahlungspflicht.²⁴⁶

Für die Festlegung des **Erfüllungsorts** ist primär der Parteiwille massgebend (Art. 74 Abs. 1 OR) erst subsidiär greifen die gesetzlichen Regelungen. Gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 E-2001 soll der Erfüllungsort bei Fernabsatzverträgen am Wohnsitz des Kunden sein. Diesbezüglich muss beachtet werden, dass dadurch aus einer Versendungsschuld – die im Zweifelsfall anzunehmen wäre²⁴⁷ – eine Bringschuld wird. Die Pflicht zur Tragung der Lieferkosten hätte wohl sachgerechter durch eine Änderung des Art. 189 Abs. 1 OR klargestellt werden können. Die Verlegung des Erfüllungsortes hätte ausserdem die unbillige Folge, dass Schweizer Unternehmen, welche im Fernabsatz liefern, ein erhöhtes Risiko eingehen, im Ausland verklagt zu werden, da durch den Erfüllungsort ein Gerichtsstand gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ begründet werden kann.²⁴⁸

Leistungsstörungen bei der Erfüllung sind grundsätzlich die gleichen möglich wie bei herkömmlichen Verträgen. Zusätzlich sind aber Leistungsstörungen aufgrund des technischen Umfelds des Vertrages denkbar wie z.B. Störungen in der Übertragung, nicht gewährleisteter Zugang zum System des An-

²⁴¹ Einteilung gemäss ROSENTHAL, Projekt, 353 ff.

²⁴² vgl. dazu WEBER, 345 ff.

²⁴³ a.A. ROSENTHAL, Projekt, 354.

²⁴⁴ WEBER, 362 m. Nachw.

²⁴⁵ ROSENTHAL, Projekt, 354.

²⁴⁶ WIEGAND/MARTI, 58.

²⁴⁷ BaK/OR I-KOLLER, Art. 185 N 27.

²⁴⁸ PIETRUSZAK, Vorentwurf, Rz. 5.

bieters, etc.²⁴⁹ Dabei ist die Tendenz festzustellen, dass Anbieter diese Risiken mittels einer Haftungsausschlussklausel auf den Nutzer zu überwälzen versuchen.²⁵⁰ Diese Risikoverteilung muss jedoch im Rahmen von Art. 100 OR bleiben, wonach der Haftungsausschluss nicht möglich ist für absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten. Ausserdem zu beachten ist Art. 199 lit. B E-2001, wonach die Aufhebung oder Beschränkung der Kaufgewährleistung ungültig ist bei Konsumentenverträgen.

11 Zusammenfassung

11.1 Das europäische Recht

Im europäischen Recht besteht mittlerweile ein dichtes Netzwerk an Regulierungen für elektronische Verträge. Die Stossrichtungen dieser Gesetzgebungen – Verbraucherschutz und Intensivierung des grenzüberschreitenden Handels – erscheinen sinnvoll.

Trotz einzelner Unzulänglichkeiten wurde durch diese Regulierungen die Rechtssicherheit im elektronischen Umfeld wesentlich erhöht:

Das **Herkunftslandprinzip** der ECRL bildet ein Mittel, welches ermöglicht, Rechtssicherheit für Diensteanbieter zu schaffen, ohne einen zu umfassenden Eingriff in die mitgliedstaatliche Rechtsetzungskompetenz hinnehmen zu müssen.

Die **Zulassungsfreiheit** schafft eine neue Grundfreiheit im Rahmen des Binnenmarkts und verhindert damit allfällige Einschränkungen des europaweiten elektronischen Handels mit Diensten.

Die Regulierung der **kommerziellen Kommunikation** und insbesondere die Transparenzerfordernisse erfüllen ein – in Zukunft u.U. noch zunehmendes – Bedürfnis der Nutzer, den Empfang von Werbung eigenverantwortlich gestalten zu können.

Die **Gleichwertigkeit** von elektronischen mit herkömmlichen Verträgen ist bereits jetzt weitgehend realisiert, doch könnte die Kompetenz der MS, bestimmte Verträge vom Anwendungsbereich auszunehmen, missbraucht werden.

Die schwierigen Fragen zum **Vertragsschluss** im elektronischen Umfeld wurden eingehend geregelt, was – im Hinblick auf die teils doch stark von einander abweichenden Vorschriften in den MS – sehr zu begrüssen ist, sowohl aus der Sicht der Konsumenten, wie auch aus Anbietersicht. Gerade beim Zustandekommen von Verträgen ist Rechtsunsicherheit dem Geschäftsverkehr äusserst abträglich.

Nutzer sollen vermehrt zu gleichwertigen Vertragspartnern gemacht werden, was nur gelingen kann, wenn sie über ausreichende **Informationen** verfügen. Diesem Anspruch versuchen die Informationspflichten genüge zu tun. Diese Pflichten sind äusserst umfassend geworden und hier ist in Zukunft das Augenmerk hauptsächlich auf die Verhinderung von Überinformation zu legen.

Noch nicht hinreichend harmonisiert sind die Probleme rund um die **Willensmängel**. In den Kinderschuhen befindet sich ebenfalls die Behandlung von **elektronischen Agenten**.

²⁴⁹ WIEGAND/MARTI, 60; WEBER, 341 f.

²⁵⁰ WIEGAND/MARTI, 61.

Die europäische (und mitgliedstaatliche) Regulierung des Einsatzes von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** ist der schweizerischen dergestalt voraus, dass Kritik aus Schweizer Sicht höchstens anmassend wirkt.

Das **Widerrufsrecht** bei Fernabsatzverträgen ist eine der grossen Errungenschaften von konsumentenorientierter Gesetzgebung. Die Ausgestaltung desselben gestaltet sich jedoch schwierig: weder im europäischen noch im schweizerischen Recht vermag sie wirklich zu überzeugen. Die Abwägung zwischen den Interessen des Anbieters und denjenigen des Kunden ist äusserst heikel und die Bedingungen und Ausnahmen des Widerrufsrechts entsprechend verschachtelt. Hier wäre eine grundlegende Überarbeitung und Konsolidierung wünschenswert.

11.2 Das schweizerische Recht

Der schweizerische Gesetzgeber geht implizit von der Annahme aus, dass die bestehenden Gesetze auch auf Online-Sacheverhalte angewendet werden können. Diese Annahme ist grundsätzlich richtig, dem Richter kann zugemutet werden, dass er bei der Rechtsanwendung innovative Lösungen sucht, wenn sich neue Fragen stellen. Daraus ergeben sich jedoch auch Schwierigkeiten: Der Meinungsstand in der Lehre ist nicht nur in Nebenpunkten nicht einheitlich und die Voraussehbarkeit von Entscheidungen ist so nur beschränkt gegeben.

Die fehlende Regulierung der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das (mit Ausnahme bei Haustürgeschäften) inexistenten Widerrufsrecht, wie auch die dürftig ausgestalteten Informationspflichten sind nur einige der Anzeichen für grosse Defizite im schweizerischen Konsumentenschutzrecht. Der E-2001 ist demgemäss in erster Linie als **Angleichung an das Schutzniveau unserer Nachbarländer** aufzufassen.

Auffallend ist beim E-2001, dass man sich zwar stark an das europäische Recht anlehnt, in gewissen Punkten jedoch – ohne oder nur mit schwachen Begründungen – Abweichungen vorsieht.²⁵¹ Ausserdem fehlt teils das Verständnis, dass man nicht nur einzelne Richtlinien (mit ihren Ausnahmen) übernehmen kann, ohne das System, in dem sich die Richtlinie befindet, hinreichend zu berücksichtigen. So entstehen Lücken und Unzulänglichkeiten, welche nur schwer zu begründen sind.

12 Schlussbemerkungen

Der elektronische Handel kann nur vorangetrieben werden, wenn sowohl Anbieter als auch Konsumenten von der Wirksamkeit und der Nützlichkeit der rechtlichen Normierung überzeugt sind. Dieses Ziel verlangt unzweideutige und spezifisch auf die Problematik zugeschnittene Bestimmungen. Da der e-commerce staatliche Grenzen schlichtweg ignoriert, können rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Handel nur auf internationaler Ebene effizient ausgestaltet werden. Das europäische Recht ist auf gutem Weg dazu, eine griffige Ordnung zu etablieren.

Es ist zu hoffen, dass der schweizerische Gesetzgeber von diesen Ansätzen zu profitieren vermag und nicht deren Unzulänglichkeiten kopiert oder gar vergrössert.

²⁵¹ Vgl. z.B. oben 8.6.2 c) zum Widerrufsrecht.

Fribourg, den 5.12.2002

Oliver M. Kunz