

# 11 E-Commerce – Eine Einführung in juristische Grundprobleme der Informationswirtschaft

Thomas Hoeren, Münster

## 11.1 Vertrags- und Verbraucherschutzrechtliche Probleme

Der elektronische Handel wirft eine Reihe schwieriger juristischer Fragen auf, die im Folgenden kaum in der nötigen Breite dargestellt werden können. Im Weiteren werden – bedingt durch die herausgeberische Seitenbeschränkung – nur einige wenige Probleme angedeutet. Ausser Acht müssen vor allem urheber-, wettbewerbs- und markenrechtliche Fragen bleiben; auch zum Internationalen Zivilverfahrensrecht enthält der Beitrag keine Hinweise. Vielmehr sollen Fragen des Vertragschlusses im Internet und die daran anknüpfenden verbraucherschutzrechtlichen Fragen im Vordergrund stehen.

### 11.1.1 Kollisionsrechtliche Vorfragen

Im Internet werden eine Reihe von Verträgen mit grenzüberschreitendem Charakter geschlossen. Dabei fragt sich, welches Vertragsrecht auf solche Verträge zur Anwendung kommt.<sup>1</sup> Dies richtet sich nach dem allgemeinen Vertragsstatut, d.h. den Regelungen des IPR, die für alle Schuldverträge Anwendung finden. Die einschlägigen Regelungen sind Art. 27 - 37 EGBGB zu entnehmen, die ein EU-einheitliches Regime von Anknüpfungen für Schuldverhältnisse enthalten.

Nach Art. 27 EGBGB unterliegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht. Treffen die Parteien demnach eine Vereinbarung darüber, welches Recht Anwendung finden soll, ist diese immer vorrangig zu beachten. Dabei kommt sogar die Annahme einer konkludenten Rechtswahl in Betracht; insbesondere die Vereinbarung eines Gerichtsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein<sup>2</sup>. Abseits des Ordre Public (Art. 6 EGBGB) enthält Art. 34 EGBGB einen speziellen Vorbehalt zugunsten zwingenden deutschen Rechts; die Anwendung dieser Regelungen kann nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgeschlossen werden. Dieser Vorbehalt ist besonders wichtig für die Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts, des deutschen und europäischen Aussenwirtschaftsrechts, der Regelung des Produktpirateriegesetzes, des Datenschutzrechts sowie des Steuerrechts.

Vereinbaren die Parteien deutsches Recht ohne weiteren Zusatz, kommt sehr häufig nicht das BG, sondern das UN-Kaufrecht zur Anwendung. Gleiches gilt,

<sup>1</sup> Einführend siehe Birgit Bachmann, Internet und IPR, in: Michael Lehmann (Hg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997; Peter Mankowski, Internet und besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrechts, in: CR 1999, S. 512 ff. und S. 581 ff.

<sup>2</sup> BGH, JZ 1961, 261; WM 1969, 1140, 1141; OLG Hamburg, VersR 1982, 236.

wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, ihre Niederlassungen aber in Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts liegen. Insofern wird entweder der Ort der Niederlassung oder das jeweilige Schuldvertragsrecht des gewählten Forums herangezogen (Art. 1 Abs. 1 des CISG). Sachlich kommt das UN-Kaufrecht zum Tragen, wenn Waren im gewerblichen Kontext verkauft werden. Software zählt zu diesen Waren, unabhängig, ob sie per Datenträger oder über Datenfernübertragung geliefert wird.<sup>3</sup> Nicht erfasst sind Datenbankverträge, da es sich hierbei meist nicht um Kaufverträge handelt. Wollen die Parteien die Anwendung des UN-Kaufrechts vermeiden, sollten sie als Rechtswahl auf das deutsche Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts verweisen.

Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, gilt nach Art. 28 Abs. 1 EGBGB das Recht desjenigen Staates, mit dem der Vertrag von seinem Inhalt her die engsten Verbindungen hat. Dabei wird darauf abgestellt, wessen Leistung den Vertrag rechtlich und wirtschaftlich entscheidend prägt. Nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort bzw. ihren Unternehmenssitz hat.<sup>4</sup> Allerdings findet diese Vermutung wiederum dann keine Anwendung, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt oder der Vertrag auf engere Beziehungen zu einem anderen Staat hindeutet (Art. 28 Abs. 2 S. 3 und Abs. 5 EGBGB). Auch im Rahmen des Art. 28 sind allerdings immer die Grenzen der Anknüpfung nach Art. 6 und 34 EGBGB zu beachten.

Bei Kaufverträgen erbringt regelmäßig der Verkäufer die charakteristische Leistung; dessen Sitz entscheidet daher über das anwendbare Recht. Bei Lizenzverträgen (etwa über die Übertragung von Rechten an Software) soll nach herrschender Meinung der Sitz des Lizenznehmers ausschlaggebend sein, sofern diesen bestimmte Ausübungs- und Verwertungspflichten treffen<sup>5</sup>. Der Lizenznehmer ist nach dieser Auffassung derjenige, der für den Vertrieb und Handel mit den Werkkopien verantwortlich ist; insofern soll er auch die den Vertrag prägende Leistung erbringen. Eine Ausnahme wird nur bejaht, wenn die Leistung des Lizenznehmers in der bloßen Entrichtung einer Gebühr besteht; dann soll der Aufenthaltsort des Rechteinhabers maßgeblich sein.

Sonderregeln gelten für grenzüberschreitende Versicherungsverträge, die sich auf ein in der EU bzw. im EWR belegenes Risiko erstrecken. Nach Art. 37 Nr. 4 EGBGB ist das Gesetz nicht auf solche Versicherungsverträge anwendbar. Statt dessen gilt das Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz (EGGVG). Art. 7 - 14 EGGVG setzen die Art. 7 und 8 der Zweiten Richtlinie des Rates vom 22. Juni 1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (88/357/EWG) um. Demnach ist davon auszugehen, dass für den Bereich der Direktversicherung europaweit die gleichen Anknüpfungsregeln gelten, wie sie im EGGVG enthalten sind. Demzufolge ist das Recht des Staates

<sup>3</sup> Siehe Diedrich, *Autonome Auslegung von Internationalem Einheitsrecht*, Baden-Baden 1994, 174 ff.; ders., *RIW* 1993, 441, 452; Endler/Daub, *CR* 1993, 601, 603 f.; Hoeren, *CR* 1988, 908, 916; Mankowski, *CR* 1999, 581, 586. Anderer Ansicht Piltz, *NJW* 1994, 1101.

<sup>4</sup> Unbeachtlich ist der Ort, an dem sich der Server befindet; siehe auch Waldenberger, *BB* 1996, 2365, 2370 f.

<sup>5</sup> BGH, *GRUR* 1960, 447, 448 - Comics; OLG Hamburg, *UFITA* 26 (1958), 344, 350.

anzuwenden, in dem das Risiko belegen ist, wenn der Versicherungsnehmer bei Schließung des Vertrages seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seine Hauptverwaltung in dem Mitgliedstaat hat (Art. 8). Nur dann, wenn der Staat der Risiko-belegenheit und der Sitz des Versicherungsnehmers nicht identisch sind, besteht die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Rechtswahlklausel (Art. 9 Abs. 1). Ist trotz dieser eingeschränkten Rechtswahlmöglichkeit keine Klausel vereinbart worden, gilt das Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen hat; als solcher wird der Staat der Risikobelegenheit vermutet (Art. 11).

### 11.1.2 Vertragsschluss im Internet

Via Internet können prinzipiell Verträge genauso abgeschlossen werden wie im normalen Geschäftsleben.<sup>6</sup> Dabei ist zu beachten, dass eine Homepage regelmäßig nur als „*invitatio ad offerendum*“ anzusehen ist.<sup>7</sup> Das Angebot geht demnach vom Besteller aus; der Content-Provider entscheidet nach freiem Ermessen darüber, ob er das Angebot annimmt.

Unbill ist in die Diskussion jedoch durch den Vorschlag der EU-Kommission für eine Electronic-Commerce-Richtlinie gekommen. Art. 11 enthält eine ausführliche Regelung zum Zustandekommen von elektronischen Verträgen.<sup>8</sup> Ausgangspunkt ist die Annahme, dass der Diensteanbieter das rechtlich bindende Angebot macht. Die Kommission erläutert hierzu, dass der Artikel insoweit die besondere Situation regelt, dass der Diensteanbieter ein konkretes Angebot unterbreite; es gehe „nicht um die Situation, in der der Diensteanbieter nur zur Angebotsabgabe auffordert“ (S. 29). Damit verkennt die Kommission die tatsächlichen Gegebenheiten im Electronic Commerce. Typischerweise präsentiert ein Provider seine Waren/Dienstleistungen im WWW; insofern liegt regelmäßig eine *invitation ad offerendum* vor.<sup>9</sup> Das Angebot geht damit vom Kunden aus, der per E-Mail oder

<sup>6</sup> Siehe hierzu auch Karl-Ernst Brauner, Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen, Witterschick 1988; Brehm, Zur automatisierten Willenserklärung, in: Festschrift für Niederländer 1991, 233 ff.; Wolfgang Fritzemeyer/Sven-Erik Heun, Rechtsfragen des EDI, in: CR 1992, 129 und 198; Jörg Fritzsche/Hans M. Malzer, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, in: DNotZ 1995, 3; Hellner, Rechtsfragen des Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Bildschirmtextverfahrens, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Werner Hadding u.a., Berlin 1984, 251 ff.; Harald von Herget/Mathias Reimer, Rechtsformen und Inhalte von Verträgen im Online-Bereich, in: DStR 1996, 1288 ff.; Sven Heun, Elektronisch erstellte und übermittelte Dokumente und Schriftform, in: CR 1995, 2 ff.; Helmut Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, in: AcP 182 (1982), 126 ff.; Matthias Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991; Helmut Redeker, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, in: NJW 1984, 2390; ders., Der Abruf von Informationen im Bildschirmtextsystem als Rechtsgeschäft, in: DB 1986, 1057 ff.

<sup>7</sup> Siehe auch OLG Oldenburg, CR 1993, 558; Eckert, DB 1994, 717, 718; Wagner, WM 1995, 1129.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu zum deutschen Recht Hohenegg/Tausch, BB 1997, 1541 ff.; Mehrings, MMR 1998, 30 ff.; ders., BB 1998, 2373 ff.; Koehler, MMR 1998, 289 ff.

<sup>9</sup> Ähnlich auch Ernst, NJW-CoR 1997, 165; Ph. Koehler, MMR 1998, 289, 290; H. Köhler, NJW 1998, 185, 187; Waldenberger, BB 1996, 2365. Etwas anders ist die Gewichtung bei Mehrings, MMR 1998, 30, 32, der „in einer Reihe von Fällen“ von einem verbindlichen Angebot ausgeht.

traditioneller Briefpost bestellt und darauf die Annahmeerklärung des Providers erhält. Genau diese Situation wollte die Kommission nicht regeln, sondern die absolut seltene, dass bereits die Homepage als verbindliches Angebot anzusehen ist oder das Angebot auf andere Weise vom Provider ausgeht.

Für diese seltene Vertragskonstellation sieht der Entwurf vor, dass der Vertrag erst geschlossen ist, wenn

- der Provider ein Angebot macht,
- das Angebot dem Kunden zugeht,
- der Kunde dies annimmt,
- die Annahme dem Provider zugeht,
- der Provider eine Bestätigung des Empfangs der Annahme erstellt,
- dem Kunden diese Bestätigung zugeht,
- der Kunde den Empfang der Empfangsbestätigung bestätigt.

Der Kunde hat darüber hinaus nach Art. 6 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie die Möglichkeit, den Vertragsabschluss binnen sieben Werktagen bzw. bei fehlender Belehrung binnen drei Monaten zu widerrufen.

Diese komplizierte Regelung zeigt, wie schnell man bei der Behandlung von Fällen aus der klassischen Zivilrechtsdogmatik in die Bredouille geraten kann. So fragt sich, welche Bedeutung eigentlich der (nach dem Richtlinienentwurf zwingenden) Bestätigung zukommen soll. Was geschieht, wenn ein Kunde die Bestätigung nicht erstellt? Welche Rechtsnatur hat die Bestätigung? Absurd ist darüber hinaus das Erfordernis einer Bestätigung der Bestätigung. Dies ist allerdings keine Erfindung der GD X, sondern basiert auf Vorschlägen der GD XXIV, die darin wohl ein wichtiges Instrument des Verbraucherschutzes sah. Die Konstruktion ist nach entsprechender Kritik seitens des Europäischen Parlaments glücklicherweise wieder gestrichen worden.

Im Falle einer unverbindlichen elektronischen Anzeige des Providers kommt im übrigen Art. 11 nicht zur Anwendung; hier gilt das klassische Zivilrecht. Wenn der Kunde also auf eine Web-Anzeige etwas bestellt, kommt der Vertrag durch bloße Annahme des Providers zustande, die dieser unter Umständen noch nicht einmal dem Kunden mitteilen muss. Der Kunde steht also im gefährlicheren Falle eines eigenen Angebots schlechter, als er im seltenen und weniger problematischen Fall der Abgabe einer Annahmeerklärung stehen würde.

### **11.1.3 Anfechtung, Vollmacht und Zugang elektronischer Willenserklärungen**

#### **11.1.3.1 Rechtslage nach dem BGB**

Der Besteller kann sein Angebot nach §§ 119, 120 BGB anfechten, wenn seine Willenserklärung via Provider falsch übermittelt worden ist.<sup>10</sup> Macht der Besteller irrtümlich bei der Erstellung seiner Mail falsche Angaben, kann er nach § 119

<sup>10</sup> Siehe Heun, CR 1994, 595, 596; Waldenberger, BB 1996, 2365, 2366.

Abs. 1, 2. Var. anfechten.<sup>11</sup> Eine Anfechtung kommt dagegen nicht bei computer-generierten Erklärungen in Betracht, deren Fehler auf lange zuvor eingegebenem, falschem Datenmaterial beruht.<sup>12</sup> Insgesamt scheidet bei Verwendung fehlerhaften Datenmaterials eine Anfechtung aus, da es sich nur um einen unbeachtlichen Motivirrtum handelt.<sup>13</sup> Bei Übertragungsfehlern kommt eine Anfechtung nach § 120 BGB analog in Betracht.

Benutzt ein Fremder die Kennung des Users, kommt eine Bindung an elektronische Bestellungen nach den Grundsätzen des Handelns unter fremdem Namen in Betracht.<sup>14</sup> Dem Geschäftspartner geht es um ein Geschäft mit dem Träger des Namens; folglich bindet der Vertrag den Namensträger gem. § 177 Abs. 1 BGB nur

- bei Genehmigung,
- nach den Regeln der Duldungsvollmacht,
- nach den Regeln der Anscheinsvollmacht (str.).<sup>15</sup>

Ferner fragt sich, zu welchem Zeitpunkt ein über das Internet geschlossener Vertrag zustande kommt. Nach deutschem Recht wird zwischen den Willenserklärungen unter An- und Abwesenden unterschieden. Bei einem Vertragsschluss unter Anwesenden geht eine Willenserklärung im Zeitpunkt der akustisch richtigen Vernehmung zu (sog. Vernehmungstheorie). Bei der Abgabe einer Willenserklärung unter Abwesenden ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen auch mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.<sup>16</sup> Bei online-kommunizierenden Computern (etwa im EDI-Bereich) wird teilweise von Willenserklärungen unter Anwesenden ausgegangen.<sup>17</sup> Dies mag für den EDI-Bereich noch vertretbar sein. Im WWW-Sektor ist jedoch die Gegenmeinung überzeugender, wonach der Vertragsschluss im Wege von Willenserklärungen unter Abwesenden erfolgt, zumal § 147 Abs. 1 S. 2 BGB eine Erklärung direkt von Person zu Person voraussetzt.<sup>18</sup>

Für den Zugang von Willenserklärungen via E-Mail ist daher maßgeblich, wann mit dem Abruf einer Mail durch den Empfänger üblicherweise gerechnet werden kann. Man wird dabei wahrscheinlich davon ausgehen können, dass Geschäftsleute im Electronic-Marketing-Bereich mindestens einmal täglich zu normalen Geschäftszeiten ihre Mails lesen. Schwierig ist die Bestimmung von

<sup>11</sup> OLG Hamm, CR 1993, 688; siehe auch BGH, DB 1984, 2399.

<sup>12</sup> AG Frankfurt, CR 1990, 469 = NJW-RR 1990, 116; im Ergebnis auch LG Frankfurt, NJW-RR 1988, 1331; LG Frankfurt, CR 1997, 738.

<sup>13</sup> LG Frankfurt, CR 1997, 738.

<sup>14</sup> Siehe Borsum/Hoffmeister, NJW 1985, 1205.

<sup>15</sup> OLG Oldenburg, CR 1993, 558.

<sup>16</sup> Sog. Empfangs- oder Zugangstheorie; siehe hierzu etwa MünchKomm/Förschler, 3. Aufl. § 130 Rdnrn. 3 ff.

<sup>17</sup> So etwa Brinkmann, BB 1981, 1183, 1185; Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 3, 9 ff.; Herget/Reimer, DStR 1996, 1288, 1291.

<sup>18</sup> So auch für den EDI-Bereich Bartl, DB 1982, 1097, 1100; Fritzemeyer/Heun, CR 1992, 130; Hellner, Festschrift Werner, 1984, 251, 266; Heun, CR 1994, 595, 597; Kleier, WRP 1983, 534, 535 f.; Redeker, NJW 1984, 2390, 2391.

Zugangzeitpunkten bei Privatleuten, da sich in diesem Bereich erfahrungsgemäß noch keine Usancen für das Lesen von Mails gebildet haben. Bei der automatisierten Bestellungsannahme reicht das Passieren der Schnittstelle des Online-Unternehmens aus, sodass das in § 130 Abs. 1 S. 2 BGB verankerte Widerrufsrecht praktisch bedeutungslos ist.<sup>19</sup>

### 11.1.3.2 Die Electronic-Commerce-Richtlinie

Allerdings ergeben sich hier besondere Probleme durch den Richtlinienentwurf zum Bereich Electronic Commerce. Art. 11 Abs. 2 enthält eine Sonderregelung zur Korrektur von Eingabefehlern. Typischerweise fallen Eingabefehler in den Risikobereich des Users. Dieser kann seine Erklärung wegen eines solchen Fehlers anfechten, trägt dann den Vertrauensschaden des Providers. Hier schaltet die Kommission nun einen zusätzlichen Filter vor. Der Provider hat nach Art. 11 Abs. 2 Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung zu stellen; er muss nach Art. 10 den User hierüber auch informieren. Heute gängig sind bereits Bestätigungsfelder, die dem Kunden nach seiner elektronischen Bestellung noch einmal den Text seiner Erklärung zeigen und ihm die Chance zu einer Korrektur geben. Insofern ist die Maßnahme technisch einfach zu bewerkstelligen. Allerdings muss die Pflicht des Providers zur Einrichtung solcher Korrekturhilfen in das deutsche Recht verankert werden; bei diesem Anlass müsste auch geklärt werden, welche Konsequenzen eine Missachtung der Pflicht für den Provider hat.

### 11.1.4 Schriftform und digitale Signatur

Die deutsche Zivilrechtsordnung sieht an zahlreichen Stellen die Einhaltung einer besonderen Schriftform vor.<sup>20</sup> Elektronisch generierte und übermittelte Erklärungen genügen jedoch der Schriftformerfordernis nicht<sup>21</sup>. Denn nach § 126 BGB muss bei einer gesetzlich vorgesehenen Schriftform der Text von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Das Erfordernis der Schriftform ist zum Beispiel vorgesehen bei Verbraucherkreditverträgen einschließlich der Ratenkreditgeschäfte (§ 4 VerbrKrG), für Quittungen (§ 368 BGB) und für die Bürgschaftserklärung (§ 766 BGB).

In den frühen Entwürfen des IuKDG versuchte man diesem Problem durch Einführung einer „Testnorm“ Herr zu werden. Man sah darin die Änderung einer einzelnen, praktisch kaum relevanten Formvorschrift, nämlich der Schriftform bei Fernunterrichtsverträgen im Rahmen des Fernunterrichtsschutzgesetzes, durch eine spezielle, elektronische Form vor. Dann verzichtete man jedoch auf dieses Experiment und ließ die Frage der Schriftform vor. Das Bundesjustizministerium nahm sich dann diesem Anliegen an und verbreitete im Januar 1997 einen ersten Entwurf zur Änderung der Formvorschriften in zahlreichen zivilrechtlichen Geset-

<sup>19</sup> So auch Heun, Cr 1994, 595, 597.

<sup>20</sup> Zur Einführung siehe Fringuelli/Wallhäuser, Formerfordernisse beim Vertragsschluß im Internet, in: CR 1999, 93 ff.

<sup>21</sup> So auch grundlegend BGHZ 121, 224.

zen.<sup>22</sup> Dieser Entwurf sah die Ersetzung der Schriftform durch eine „Textform“ bei den zivilrechtlichen Bestimmungen vor, bei denen die strenge Schriftform entbehrlich ist. Der Textform sollte dabei bereits Genüge geleistet sein, wenn der Text in Schriftzeichen lesbar und die Person des Erklärenden erkennbar ist (Art. 1 Nr. 1 zu § 126a Abs. 1 S. 1 BGB). Die telekommunikative Übermittlung sollte die Textform wahren, wenn die Erklärung beim Empfänger jederzeit durch Umwandlung in Schriftzeichen lesbar gemacht werden kann (§ 126a Abs. 1 S. 2 BGB). Diese neue Formvorschrift sollte sich künftig auch in einer Reihe bankspezifischer Vorschriften finden, etwa in § 53 Abs. 2 S. 1 und Abs. 2 S. 2 BörsG und in § 19 Abs. 6 S. 2 Kapitalanlagegesetz.

Inzwischen hat sich auch Brüssel dieses Themas angenommen. In dem Entwurf für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs findet sich in Art. 9 eine ausführliche Regelung zur Frage der Schriftform. Nach Art. 9 Abs. 1 ist der Abschluss elektronischer Verträge zu ermöglichen. Insbesondere soll die Tatsache, dass ein Vertrag auf elektronischem Wege zustande gekommen ist, nicht zur Ungültigkeit oder Wirkungslosigkeit des Vertrages führen dürfen. Diese Regelung soll nicht gelten bei Notarsverträgen, Verträgen mit Registerpflicht sowie familien- und erbrechtlichen Vereinbarungen (Art. 9 Abs. 2). Nach Art. 9 Abs. 3 soll die Liste der Ausnahmefälle von der Kommission geändert werden können. Die Kommission erhält damit einen „Narrenschein“, um die soeben eingeführte Wirksamkeit elektronischer Verträge auf Zuruf einzelner Mitgliedsstaaten wieder aufzuheben. Durch diese Regelung dürften die meisten Mitgliedsstaaten jedweden Impetus verlieren, dem Gedanken von Art. 9 Abs. 1 in ihrem nationalen Recht Rechnung zu tragen. Sie werden vielmehr erst einmal versuchen, ihre nationalen Formbestimmungen durch Anrufung der Kommission zu retten. Wenn man überhaupt einen solchen Freibrief will, müssen die Bedingungen für dessen Erteilung in der Richtlinie aufgeführt sein. Nur so kann einem Missbrauch Einhalt geboten werden. Es besteht somit die Gefahr, dass sich durch die Electronic-Commerce-Richtlinie nichts an der schwierigen Problematik der Schriftform ändern wird.

Auch wenn die Electronic-Commerce-Richtlinie das Problem der Schriftform nicht hinreichend gelöst hat, dürfte von ihr ein Impuls an die nationalen Gesetzgeber zur Revision der Schriftformerfordernisse ausgehen. So sollten die mehr als 3000 Formvorschriften des deutschen Rechts einmal darauf überprüft werden, ob sie noch sinnvoll sind. Die Form hat viel von ihrer Schutzfunktion verloren. Verbraucher lesen schriftliche Informationen selten, noch lassen sie sich von der Abgabe einer Unterschrift in allen Fällen beeindrucken. Auch finden sich zahlreiche Situationen, in denen Verbraucher nicht mehr geschützt werden brauchen. Auch ist zu beachten, dass elektronische Dokumente durchaus als funktionales Äquivalent zur Schriftform angesehen werden, insbesondere, wenn durch die Verwendung der digitalen Signatur die Unverfälschtheit der Nachricht gewährleistet werden kann.

<sup>22</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze vom 31. Januar 1997 - BMJ 3414/2 (unveröff.).

### 11.1.5 Beweiswert digitaler Dokumente

Abseits der Schriftform stellt sich die Frage nach dem Beweiswert digital generierter Dokumente.

#### 11.1.5.1 Freie richterliche Beweiswürdigung

Nach herrschender Auffassung können diese Dokumente nur im Rahmen freier richterlicher Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) im Zivilprozess Berücksichtigung finden<sup>23</sup>. Eine Qualifizierung als Privaturkunde im Sinne von § 416 ZPO scheidet aus, da es an einer dauerhaften Verkörperung sowie an einer hinreichenden Unterschrift fehlt und darüber hinaus die Gedankenäußerung nicht unmittelbar aus sich heraus wahrgenommen werden kann. Der Verkäufer kann daher beim Abschluss eines Vertrages via Internet nicht darauf vertrauen, dass die elektronisch erstellten Unterlagen den vollen Beweis für den Abschluss und den Inhalt des Vertrages erbringen. Der Kunde kann sich problemlos darauf berufen, dass er den Vertrag nie oder nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hat. Sendeprotokolle erbringen nämlich nicht den Anscheinsbeweis für den Zugang einer Erklärung; sie haben allenfalls Indizwirkung.<sup>24</sup>

#### 11.1.5.2 Beweisvereinbarung

Dieses Problem lässt sich auch nicht vertraglich durch Abschluss einer Beweisvereinbarung lösen. Zwar wäre eine Klausel denkbar, wonach der Kunde den Beweiswert der elektronischen Dokumente als Urkundsbeweis akzeptieren muss. Eine solche Klausel hätte jedoch keine Bindungswirkung für die richterliche Beweiswürdigung; der Richter könnte es weiterhin ablehnen, die Dokumente als Urkunden zu qualifizieren. Auch die Bindung des Kunden an diese Klausel ist zweifelhaft<sup>25</sup>.

#### 11.1.5.3 Gesetzesänderungen

Eine Lösung lässt sich nur gesetzgeberisch finden, indem die Gesetze entsprechend geändert werden. Eine solche Regelung findet sich zum Beispiel in Großbritannien. Nach dem Civil Evidence Act 1995 ist eine Computerdatei als Beweismittel zugelassen, wenn „it forms part of the records of a business and an officer of the business provides a certificate of its authenticity“. Diese Regel ist allerdings m.E. nicht als Ausdruck eines erhöhten Beweiswertes zu verstehen. Sie entspricht vielmehr der Tatsache, dass elektronische Informationen nicht bereits per se deshalb von der Beweiswürdigung ausgeschlossen sind, weil sie elektronisch gespeichert sind. Von der Frage der generellen Zulassung elektronischer Beweismittel ist die Frage des konkreten Beweiswertes zu trennen.

<sup>23</sup> So etwa Geis, CR 1993, 653 f.; Heun, CR 1995, 2, 3; anderer Ansicht nur Kilian, DuD 1993, 607, 609.

<sup>24</sup> BGH, NJW 1995, 665.

<sup>25</sup> Hoeren, CR 1995, 513, 516 ff.

Eine eindeutige Bestimmung des Beweiswertes elektronischer Dokumente findet sich nur in Italien. Nach Art des Gesetzes Nr. 59 vom 15. März 1997 sollen elektronische Dokumente den gleichen Beweiswert wie Papierdokumente haben. Diese enorm liberale Haltung Italiens stößt allerdings auf Skepsis bei anderen europäischen Staaten, die sich fragen, wieso jedes elektronisch generierte Dokument trotz seiner beliebigen Manipulierbarkeit einen solch hohen Beweiswert haben soll.

Ursprünglich war eine Regelung des Beweiswertes im Rahmen des deutschen Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes vorgesehen. Frühe Entwürfe des in diesem Gesetzespaket enthaltenen Signaturgesetzes sahen vor, dass ein elektronisches Dokument als Urkunde anerkannt werden könne, wenn die Echtheit einer dabei verwendeten elektronischen Unterschrift mit einem öffentlichen Schlüssel überprüft werden kann, der durch ein zum Zeitpunkt der Unterschrift gültiges Zertifikat einer zugelassenen Zertifizierungsinstanz bestätigt ist. Allerdings hat den Gesetzgeber sein Mut verlassen. Zwar finden sich im IuKDG ausführliche Regelungen zur digitalen Signatur im Rahmen des Signaturgesetzes und der dazugehörigen Signaturverordnung. Doch präjudiziert die Einhaltung der komplizierten Verfahrensbestimmungen für die digitale Signatur nicht mehr deren Beweiswert; jeglicher Bezug zwischen Signaturregulierung und ZPO wurde nachträglich eliminiert. Dies schließt allerdings nicht aus, dass der digitalen Signatur im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) ein besonderer Beweiswert zukommt, auch wenn damit die Frage des Beweiswertes digitaler Dokumente weiterhin dem Ermessen und damit auch letztendlich der Willkür einzelner Richter überlassen wird.

#### **11.1.5.4 Signaturrechtlinie**

Hier wird allerdings die Europäische Union mit der Signaturrechtlinie Abhilfe schaffen.<sup>26</sup> Am 13. Mai 1998 verabschiedete die Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.<sup>27</sup>

Am 28. Juni 1999 einigte sich der Rat auf einen gemeinsamen Standpunkt für die Signaturrechtlinie.<sup>28</sup> Mit einer Verabschiedung wird bis Ende des Jahres 1999 gerechnet. Die neue Fassung unterscheidet zwischen „elektronischen Signaturen“ und „fortschrittlichen digitalen Signaturen“. Einer (einfachen) elektronischen Signatur darf nach Art. 5 Abs. 2 nicht generell die Rechtsgültigkeit und die Zulässigkeit als Beweismittel abgesprochen werden. Eine „fortschrittliche digitale Signatur“ hat darüber hinaus auch einen erhöhten Beweiswert. Dazu ist erforderlich, dass die Signatur eindeutig dem Unterzeichner zugewiesen ist, den Unterzeichner identifizieren kann, mit Mitteln im Bereich der Alleinherrschaft des Unterzeichners erstellt wird und eine nachträgliche Veränderung der Daten offenkundig

<sup>26</sup> Parallel dazu sind die Arbeiten zum UNCITRAL-Modellgesetz für den elektronischen Geschäftsverkehr zu beachten, die auch die Entwicklung einheitlicher Regeln für elektronische Signaturen umfassen (<http://www.un.or.at/uncitral/index.htm>). Auch die OECD arbeitet an einer Übersicht über Formvorschriften im Bereich elektronischer Signaturen.

<sup>27</sup> KOM (1998) 297 endg. ABl. EG Nr. C 325/5.

<sup>28</sup> Dazu Pichler, ELR 1999, 267.

wäre. „Fortschrittliche“ elektronische Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen und mit einer Signaturerstellungseinheit erzeugt worden sind, die den Anforderungen des Anhangs III genügt, sollen das rechtliche Erfordernis einer Unterschrift erfüllen (Art. 5 Abs. 1). Es dürfte damit feststehen, dass zumindest dann, wenn die hohen Sicherheitsanforderungen des deutschen Signaturgesetzes erfüllt sind, der Beweiswert eines dergestalt signierten Dokuments dem einer Privaturkunde gleichkommt. Gleiches dürfte auch für vergleichbare Signaturverfahren gelten, die in anderen Staaten gängig sind, sofern sie nur die Voraussetzungen des Anhangs II der Richtlinie erfüllen. Zertifizierungsstellen, die ein qualifiziertes Zertifikat ausstellen, müssen gegenüber jeder Person, die vernünftigerweise auf das Zertifikat vertraut, haften. Sie können den Anwendungsbereich von Zertifikaten und den Wert der Transaktionen begrenzen, für die ein Zertifikat gültig ist. Die Zertifizierungsstelle ist in diesen Fällen nicht für Schäden verantwortlich, die sich aus einer über den Anwendungsbereich oder die Höchstgrenze hinausgehenden Nutzung eines Zertifikats ergeben.

Die Signaturrechtlinie ist der richtige Weg. Sie lässt aber noch Fragen offen. Insbesondere das Verhältnis der „fortschrittlichen digitalen Signatur“ zu den Sicherheitsanforderungen einzelner nationaler Signaturregelungen ist unklar. Es sollte sehr schnell Planungssicherheit dahingehend hergestellt werden, welche Sicherheitsinfrastruktur welchen Beweiswert für ein digital signiertes Dokument mit sich bringt. Die Planungssicherheit lässt sich aber nur dadurch herstellen, dass einzelne Akteure anfangen, die Signatur einzusetzen. Gefordert ist hier der Staat, mit gutem Vorbild voranzugehen. Auch die großen Versicherer sind gefordert, den klassischen Vertrieb um einen virtuellen Distributionsweg mittels digitaler Signaturen zu ergänzen und hierzu dem Versicherungsnehmer eine entsprechende Hardware (Chipkarte und Lesegerät) kostengünstig zur Verfügung zu stellen. Ansonsten droht das spieltheoretische Dilemma, dass niemand aus Angst der erste sein will und die digitale Signatur aus diesem Grund nie zum effektiven Einsatz kommt.

### 11.1.6 Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nach § 2 Abs. 1 AGBG muss auf die Geschäftsbedingungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausdrücklich hingewiesen und dem Erwerber eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben werden.<sup>29</sup> Wird in Rahmenverträgen vorab auf die AGB hingewiesen und deren Einbeziehung vereinbart, sind die Anforderungen von § 2 AGBG erfüllt. Problematisch ist die Einbeziehung von AGB, die der Nutzer nur über den elektronischen Abruf einsehen kann. Hier soll für den Btx-Bereich das Lesen längerer Bedingungen aufgrund der langen Übertragungsdauer unzumutbar sein<sup>30</sup>. Ähnlich hält die Literatur wegen der nachträglichen Änderbarkeit eine wirksame Vereinbarung von AGB über elektronische

<sup>29</sup> Vgl. hierzu allgemein Philipp Koehler, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, in: MMR 1998, 289 ff.; Klaus-Peter Schulz, ABG der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, in: CR 1998, 213 ff.

<sup>30</sup> LG Freiburg, CR 1992, 93; ähnlich auch LG Aachen, NJW 1991, 2159, 2160; LG Wuppertal, NJW-RR 1991, 1148, 1149; AG Ansbach, 3 C 295/93 zit. n. Herget/Reimer, DstR 1996, 1288, 1293. In der Literatur wird diese Argumentation geteilt von Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl. 1993, § 2 Rdnr. 49a und Bartl, DB 1982, 1101.

Netze für unmöglich.<sup>31</sup> Diese Anforderungen erscheinen überzogen. Der Besteller ist gerade im WWW-Bereich frei, sich die AGB auf seinen Rechner oder einen Proxy-Server zu laden und in aller Ruhe, ohne zusätzliche Übertragungskosten, zu lesen. Er kann sie zusätzlich ausdrucken und hat dadurch die Gewähr, die jeweiligen AGB authentisch zur Kenntnis nehmen zu können. Eine nachträgliche Änderung der AGB wäre unter dem Gesichtspunkt des Betrugs strafbar. Von daher spricht diese eher vage Möglichkeit gegen die wirksame Vereinbarung von AGB.<sup>32</sup>

### 11.1.7 Zahlungsmittel

Internet-Banking<sup>33</sup> basiert wesentlich auf der Verwendung von Kartengeld (z.B. Mondex oder ME-Chip) oder Netzgeld (Digicash u.a.). Die Funktionsweise dieser beiden Formen elektronischen Geldes sind bereits ausführlich in der Literatur beschrieben worden.<sup>34</sup> Im Weiteren beschränkt sich dieser Beitrag auf das Netzgeld beschränken<sup>35</sup>, wobei ich hier zunächst auf den „Pionierbeitrag“ von Escher<sup>36</sup> Bezug genommen werden soll. Die entscheidende Weichenstellung besteht in der Frage, ob Netzgeld seiner Rechtsnatur nach eher als Forderung gegen die Bank oder aber als eine Art verbrieftete Inhaberschuldverschreibung (§§ 793, 797 BGB) anzusehen ist. Im ersten Fall wäre Netzgeld parallel zu den „normalen“ Guthaben bei einer Bank zu behandeln; allerdings wäre dann auch die Zirkulationsfähigkeit des Netzgeldes wegen des sehr engen Gutglaubensschutzes bei Forderungsabtretungen<sup>37</sup> gefährdet. Im zweiten Fall steht eine sachenrechtlich orientierte Sichtweise im Vordergrund, die Netzgeld als eine Art digitale, durch Übereignung nach §§ 929 ff. BGB übertragbare Münze ansieht. Allerdings scheitert diese Sichtweise daran, dass dem Netzgeld die Urkundenqualität fehlt und insofern die Annahme einer wertpapierrechtlichen Verbriefung fehlschlagen muss.<sup>38</sup> Escher schlägt daher eine analoge Anwendung der Vorschriften zur Inhaberschuldverschreibung vor

<sup>31</sup> Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl. 1994, § 2 Rdnr. 24; Bultmann/Rahn, NJW 1988, 2432, 2434 f.

<sup>32</sup> Ähnlich auch Waldenberger, BB 1996, 2365, 2368 f.; Heinrichs, NJW 1997, 1407, 1409; Löhnig, NJW 1997, 1688.

<sup>33</sup> Zur Einführung siehe Markus Escher, Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet, in: WM 1997, 1173 ff.; ders., „Elektronisches Geld“ im Recht, in: DuD 1997, 373 ff.; Carsten Fiege, Anonymer Zahlungsverkehr mit elektronischem Geld, in: CR 1998, 41 ff.; Andreas Furche/Graham Wrightson, Computer Money. Zahlungsverkehr im Internet, Heidelberg 1997; Ludwig Gramlich, Elektronisches Geld, in: CR 1997, 11 ff.; ders., „Elektronisches Geld“ im Recht, in: DuD 1997, 383; Siegfried Kümpel, Rechtliche Aspekte des elektronischen Netzgeldes (Cybergeld), in: WM 1998, 365 ff.; Rufus Pichler, Rechtsnatur, Rechtsbeziehungen und zivilrechtliche Haftung beim elektronischen Zahlungsverkehr im Internet, Münster 1998; Steffen Roßmann, Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr, in: CR 1998, 36 ff.

<sup>34</sup> Siehe dazu insbesondere Furche/Wrightson, Cybermoney, 1997; Birkelbach, WM 1996, 2099 ff.; Jaskulla, ZBB 1996, 216 ff.; Escher, WM 1997, 1163 ff.

<sup>35</sup> Zum Kartengeld siehe die ausführlichen Überlegungen von Kümpel, WM 1997, 1037 ff.

<sup>36</sup> WM 1997, 1163, insbes. 1180 ff.

<sup>37</sup> Siehe §§ 407, 409 BGB.

<sup>38</sup> Zur fehlenden Urkundenqualität digitalisierter Informationen siehe auch die Ausführungen unten.

und spricht insofern von „Inhaberschulddaten“, „digitalisierten Inhaberschuldverpflichtungen“ bzw. „Wertdaten“.<sup>39</sup> Dieser Analogieschluss ist zumindest bei offenen Systemen, die eine Nutzung von E-Cash auch ausserhalb eines auf eine Bank bezogenen Testbetriebes zulässt, gerechtfertigt. Er entspricht der von der herrschenden Meinung<sup>40</sup> vorgenommenen analogen Anwendung der Eigentumsvorschriften auf Software, die insofern nur als Spezialfall digitaler Informationen anzusehen ist. Anders ist die Sachlage jedoch für die derzeit im Testbetrieb befindlichen geschlossenen E-Cash-Systeme, bei denen eine einzelne Großbank E-Cash an ausgewählte Kunden „ausgibt“ und nachträglich über den Händler wieder „einlöst“. In Anlehnung an die rechtliche Einordnung der Geldkarte<sup>41</sup> ist das Verhältnis zwischen Kunden und Bank als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 BGB anzusehen. Die Übersendung der digitalen „Münzen“ vom Kunden an den Händler impliziert eine Einzelweisung des Kunden an die Bank gem. §§ 665, 675 BGB, das E-Cash-Konto mit einem bestimmten Betrag zu belasten und in entsprechender Höhe einem anderen Konto gutzuschreiben. Der Händler übermittelt diese Weisung als Bote an die Bank weiter, die nach einer Online-Überprüfung der eingereichten „Münzdatei“ die Einlösung gegenüber dem Händler bestätigt. Mit letzterer Erklärung geht die Bank gegenüber dem einlösenden Händler eine abstrakte Zahlungsverpflichtung ein. Im Verhältnis von Kunden und Händler ist E-Cash nur als Leistung erfüllungshalber anzusehen (§ 364 Abs. 2 BGB).

Hinsichtlich der Anwendbarkeit bankaufsichtsrechtlicher Bestimmungen auf Netzgeld ist zu beachten, dass im Rahmen der 6. KWG-Novelle<sup>42</sup> Netzgeldgeschäfte in den Katalog des § 1 KWG aufgenommen wurden und folglich nur Banken digitales Geld emittieren dürfen (§ 1 Nr. 12 KWG n.F.; in Kraft seit dem 1. Januar 1998). Allerdings fällt nur E-Cash unter den Begriff des Netzgeldes; bei Millicent fehlt es an der Verkehrsgängigkeit, während SET an Buchgeldkonten gebunden ist. Die alten Grundsätze über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute sind allerdings ebenfalls noch auf Netzgeld anzupassen, um ausreichende Liquidität bei der Netzgeldausgabe zu sichern. Währungsrechtlich ist Netzgeld nicht als gesetzliches Zahlungsmittel im Sinne von § 14 Abs. 1 S. 3 BBankG anzusehen und kollidiert damit mit dem Notenmonopol der Deutschen Bundesbank. Auch ist die Ausgabe des Netzgeldes nicht nach § 35 BBankG strafbar. Infolge der geplanten Aufhebung der Vorschriften zur Mindestreserve spielt die Frage wohl keine Rolle mehr, ob die Ausgabe von Netzgeld nicht zu einer für die Mindestreservpolitik gefährlichen Herabsenkung des Bargeldumlaufs führen wird. Das Geldwäschegesetz, das in § 2 eine „Annahme oder Abgabe von Bargeld“ voraussetzt, ist weder direkt noch analog auf Netzgeld anwendbar.

<sup>39</sup> Escher, WM 1997, 1173, 1181.

<sup>40</sup> Siehe hierzu BGH, NJW 1988, 406.

<sup>41</sup> Siehe Escher, WM 1997, 1179.

<sup>42</sup> Art. I des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften zum 22. Oktober 1997, BGBl. 1997 I Nr. 71, 2518 vom 28. Oktober 1997.

### 11.1.8 Verbraucherschutz im Internet

Eine besondere Rolle spielen Verbraucherschutzfragen bei der Nutzung des Internets.<sup>43</sup> Insbesondere fragt sich, inwieweit auf elektronische Bestellungen via E-Mail Bestimmungen des Verbraucherschutzrechts zur Anwendung kommen. Dabei ist kollisionsrechtlich zu beachten, dass nach Art. 29 Abs. 1 EGBGB eine Rechtswahlklausel nicht dazu führen darf, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird. Auch bei Vereinbarung ausländischen Rechts steht einem deutschen Verbraucher bei elektronischen Bestellungen immer der Schutz nach dem HwiG, dem VerbrKrG und dem AGBG zu.<sup>44</sup> Allerdings reicht die bloße Beteiligung eines Verbrauchers nicht aus. Vielmehr muss zusätzlich

- ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in dem Heimatstaat des Verbrauchers vorangegangen sein und der Verbraucher in diesem Staat auch die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen haben oder
- der Vertragspartner des Verbrauchers dessen Bestellung in dessen Heimatstaat entgegengenommen haben (Art. 29 Abs. 2 Nr. 1 und 2).

Sofern die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, gilt bei Verbraucherverträgen das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 29 Abs. 2 EGBGB).

#### 11.1.8.1 Haustürwiderrufsgesetz

Ein Teil der Literatur wendet das Haustürwiderrufsgesetz<sup>45</sup> in Fällen des Teleshopping an<sup>46</sup>. Zwar liegen die Voraussetzungen des § 1 HwiG nicht vor; insbesondere handelt es sich bei elektronischen Bestellungen nicht um Freizeitgeschäfte (§ 1 Abs. 1 Nr. 2). Jedoch soll dem User ein Widerrufsrecht nach § 5 Abs. 1 HwiG zustehen; denn auch beim Teleshopping sei der Kunde vor den Risiken eines übereilten und unüberlegten Vertragsschlusses zu schützen.

Diese Argumentation kann, unterstellt sie sei zutreffend, nicht auf das Internet übertragen werden. Der Kunde wählt sich hier selbst in das Netz ein und ruft die

<sup>43</sup> Einführende Literatur etwa Dirk Arnold, Verbraucherschutz im Internet, in: CR 1997, 526 ff.; Hoffmann, Die Europäische Fernabsatzrichtlinie, in: Lehmann (Hg.), Rechtsgeschäfte im Netz - Electronic Commerce, Stuttgart 1998, 76 ff.; Helmut Köhler, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), in: NJW 1998, 185 ff.; Meents, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Köln 1998; Arthur Waldenberger, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet, in: BB 1996, 2365 ff.; Herbert Damker/Günter Müller, Verbraucherschutz im Internet, in: DuD 1997, 24 ff.

<sup>44</sup> Siehe auch OLG Düsseldorf, WM 1995, 1351.

<sup>45</sup> Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HwiG) vom 16. Januar 1986 (BGBl. I, 122).

<sup>46</sup> Erman/Klingsporn, § 1 HwiG Rdnr. 13b; Eckert, DB 1994, 717, 721 f.; Gilles, NJW 1988, 2424, 2427.

von ihm gewünschte Homepage auf. Er entscheidet folglich auch frei darüber, ob er eine Bestellung aufgibt. Der in anderen Marktbereichen herrschende Überraschungseffekt fehlt daher.<sup>47</sup> Teilweise wird zwar eine Anwendung des HwiG auf Internet-Angebote für möglich gehalten, sofern der Kunde überraschenderweise beim Zugriff auf eine Homepage Werbung vorfindet.<sup>48</sup> Doch das HwiG ist kein Gesetz zum Schutz vor jedweder überraschenden oder gar irreführenden Werbung. Hier kommen vielmehr §§ 1, 3 UWG zur Anwendung. Vielmehr ist das Umgehungsverbot nur anwendbar, wenn eine dem Haustürgeschäft vergleichbare Verkaufssituation objektiv besteht.

### 11.1.8.2 Verbrauchercreditgesetz

Das Verbrauchercreditgesetz (VerbrKrG) vom 17. Dezember 1990<sup>49</sup> gilt für:

- Kreditverträge, d.h. Darlehen, Zahlungsaufschübe und sonstige Finanzierungshilfen (§ 1 Abs. 2),
- mit natürlichen Personen, es sei denn, der Kredit ist nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit bestimmt (Verbraucher im Sinne von § 1 Abs. 1),
- sofern der auszahlende Kredit oder der Barzahlungspreis 400,- DM übersteigt bzw. ein Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten eingeräumt wird (§ 3 Nr. 1 und 3).

Für das Internet kommen solche Geschäfte nur in zwei Formen in Betracht. Zum einen wäre es denkbar, Darlehensverträge via Electronic Mail abzuschließen. Dies ist nach derzeitigem Stand aber selten der Fall. Interessanter ist der Abschluss von Ratenzahlungsverträgen. In der Tat bieten elektronische Versandhäuser, etwa in Form einer Virtual Mall, auch Ratenzahlungskredite an. Würden sie sich dabei lediglich auf den Austausch von E-Mails verlassen, wären solche Vereinbarungen nichtig. Diese Geschäfte bedürfen der Schriftform, d.h. nach § 126 Abs. 1 BGB der eigenhändigen Unterschrift beider Parteien. Die elektronische Unterschrift genügt diesen Vorgaben – selbst nach Einhaltung der oben erwähnten Vorgaben für eine digitale Signatur – nicht. Von daher wäre der Versuch eines Abschlusses von Kreditverträgen bei Anwendung des VerbrKrG zum Scheitern verurteilt (§ 6 Abs. 1). Allerdings ist zu beachten, dass der Formmangel mit Übergabe der Ware bzw. Inanspruchnahme des Kredits geheilt ist (§ 6 Abs. 2 und 3). In diesen Fällen ermäßigt sich der vertraglich vereinbarte Zinssatz auf den gesetzlichen (§§ 6 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2).

Im Übrigen findet § 4 keine Anwendung, wenn es sich bei dem Internet-Angebot um

- die Lieferung einer Sache oder die Erbringung einer anderen Leistung geht,

<sup>47</sup> So in der Tendenz auch Waldenberger, BB 1996, 2365, 2367; deutlicher Köhler, NJW 1998, 185, 187.

<sup>48</sup> Waldenberger, BB 1996, 2365, 2367.

<sup>49</sup> BGBl. I, 2840.

- der Verbraucher sein Kaufangebot auf Grund eines „Verkaufsprospekts“ abgibt,
- der Prospekt Bar- und Teilzahlungspreis, Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen sowie den effektiven Jahreszins enthält und
- der Verbraucher den Verkaufsprospekt eingehend zur Kenntnis nehmen konnte (§ 8 Abs. 1).

Fraglich ist hier vor allem, ob eine Homepage als „Verkaufsprospekt“ im Sinne dieser Regelung angesehen werden kann. Für den Bildschirmtextbereich wurde eine solche Gleichstellung von elektronischen und Printmedien abgelehnt.<sup>50</sup> Andere betrachten beide Publikationsformen jedoch als gleichwertig.<sup>51</sup>

Wichtig ist auch das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Nach § 7 Abs. 1 kann der Verbraucher seine Willenserklärung binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerrufen. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Verbraucher eine gesondert zu unterschreibende Belehrung über sein Widerrufsrecht bekommen hat. Auch hier taucht wieder das Erfordernis der Schriftform auf, die im elektronischen Kontext nicht einzuhalten ist. Daher bleibt dem Kunden die Möglichkeit des Widerrufs bis zu einem Jahr nach Abgabe seiner Willenserklärung (§ 7 Abs. 2 S. 3).

Bestimmte Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes gelten neben den Kreditverträgen auch für wiederkehrende Bezugsverpflichtungen (§ 2 Nr. 3), etwa bei Zeitschriftenabonnements oder im Rahmen einer Clubmitgliedschaft. Diese müssen ebenfalls schriftlich vereinbart werden; allerdings führt der Verstoß gegen diese Formvorschrift nicht zur Nichtigkeit. Wichtig ist aber das Widerrufsrecht (§ 7) sowie das Versandhandelsprivileg (§ 8).

### 11.1.8.3 Fernabsatzrichtlinie und Fernabsatzgesetz

Seit 1992 plant die Europäische Kommission eine Richtlinie über den Verbraucherschutz im Fernabsatz.<sup>52</sup> Nach ersten Entwürfen<sup>53</sup> wurde vom Rat ein Gemeinsamer Standpunkt am 29. Juni 1995 festgelegt.<sup>54</sup> Unter Beachtung von 31 Änderungswünschen, die das Europäische Parlament vorgebracht hat<sup>55</sup>, konnte die

<sup>50</sup> Siehe zum AbzG Brinkmann, BB 1981, 1183, 1188; Micklitz, NJW 1982, 263, 267. Zum VerbrKrG MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl. 1995, § 8 VerbrKrG Rdnr. 7.

<sup>51</sup> Soergel/Hönn, 12. Aufl. 1991, § 1a AbzG Rdnr. 58; Waldenberger, BB 1996, 2365, 2369 f.

<sup>52</sup> Vgl. einführend Theo Bodewig, Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz, in: DZWiR 1997, 447 ff.; Christine Gößmann, Electronic Commerce. Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien, in: MMR 1998, 88 ff.; Ralph Kilches, Electronic-Commerce-Richtlinie, in: Medien und Recht 1/1999, 3 ff.; Herbert Kronke, Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR. Zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: RIW 1996, 985 - 993; Michael Martinek, Verbraucherschutz im Fernabsatz - Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, in: NJW 1998, 207 ff.; Micklitz, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz im Fernabsatz, in: VuR 1993, 129; Norbert Reich, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: EuZW 1997, 581 ff.

<sup>53</sup> Abl. EG Nr. C 156 vom 23. Juni 1992, 14; Abl. EG Nr. C 308 vom 15. November 1993, 18.

<sup>54</sup> Abl. EG Nr. C 288 vom 30. Oktober 1995, I = EWS 1995, 411.

<sup>55</sup> Siehe hierzu EuZW 1996, 131.

Richtlinie am 20. Mai 1997 verabschiedet werden.<sup>56</sup> Das Bundesministerium der Justiz hat inzwischen auch einen Umsetzungsentwurf für das sog. Fernabsatzgesetz mit ausführlicher Begründung veröffentlicht.<sup>57</sup>

Diese Richtlinie soll beim Abschluss von Verträgen mit Verbrauchern zur Anwendung kommen, sofern dabei aufgrund von Kommunikationsmitteln eine gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien nicht erforderlich ist (Art. 2 Nr. 1 und 4). Nach Anhang I zählen zu den Kommunikationsmitteln Videotext (Mikrocomputer, Fernsehbildschirm) und elektronische Post.

Der Verbraucher ist unter Beachtung des Lauterkeitsrechts und der Schutzbestimmungen für Minderjährige zu informieren über

- Identität des Lieferers
- wesentliche Eigenschaften sowie Preis und Lieferkosten der Ware oder Dienstleistung
- Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung (Art. 4).

Diese Informationen muss der Verbraucher bei Erfüllung des Vertrages auch schriftlich bekommen (Art. 5 Abs. 1). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Dienstleistung unmittelbar und in einem Mal durch Fernkommunikationstechnik erbracht wird und der Verbraucher zumindest die geographische Anschrift des Lieferers erfährt (Art. 5 Abs. 2). Der Verbraucher kann in jedem Fall den Vertrag binnen sieben Tagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 und 2) und ist hierüber auch aufzuklären (Art. 4 Abs. 1 lit f). Die Frist beginnt erst mit Eingang der Waren beim Verbraucher, bei Dienstleistungen mit Vertragsschluss (Art. 6 Abs. 1 S. 3). Hält der Lieferer die Schriftform nicht ein, verlängert sich die Frist auf drei Monate (Art. 6 Abs. 1 S. 4).

Ursprünglich war auch vorgesehen, dass der Lieferer E-Mails – auch zu Werbezwecken – nur mit vorheriger Zustimmung des Verbrauchers verwenden dürfe (Art. 4 des Entwurfes vom November 1993). Diese Regelung ist jedoch entfallen. Lediglich die Nutzung von Telefax und Voice-Mail-Systemen ist noch von einer gesonderten Zustimmung abhängig (Art. 10 Abs. 1). Für E-Mails gilt nun die Widerspruchslösung (Art. 10 Abs. 2).

Entschärft wurden auch die Regelungen zur Nutzung von Kreditkarten. Ursprünglich war vorgesehen, dass der Verbraucher ein Recht zum Einspruch gegen die Gültigkeit eines Zahlungsvorgangs hat, sofern dieser auf der Übermittlung einer nicht elektronisch überprüften Kartennummer beruht (Art. 12). Diese Regelung ist – wohl aus bankpolitischen Gründen – ersatzlos gestrichen worden. Nach Art. 8 ist nunmehr zu gewährleisten, dass der Verbraucher im Falle betrügerischer Verwendung der Karte die Stornierung der Zahlung verlangen kann.

<sup>56</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144/19 vom 4. Juni 1997.

<sup>57</sup> Referentenentwurf vom 31. Mai 1999, abrufbar im Internet unter [www.bmj.bund.de/download/fernag.doc](http://www.bmj.bund.de/download/fernag.doc). Siehe hierzu auch Waldenberger, K & R 1999, 345.

#### 11.1.8.4 *Finanzdienstleistungsrichtlinie*

Die Fernabsatzrichtlinie gilt nicht für Online-Banking. Dies ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 und Anhang II der Richtlinie, der Wertpapier- und Bankdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt. Der Richtlinie ist allerdings eine Protokollerklärung der Kommission beigelegt, in der sich die Kommission zu einer Prüfung darüber verpflichtet, „wie der Verbraucherschutz in die Finanzdienstleistungspolitik und in etwaige Rechtsvorschriften in diesem Bereich einbezogen werden kann“. Diese Erklärung kann als Hinweis darauf gesehen werden, dass der Ausschluss von Bankdienstleistungen aus der Richtlinie bereits vor der Verabschiedung des endgültigen Textes Gegenstand kontroverser Diskussionen war. In der Tat fragt sich, warum ein Verbraucher bei diesen Dienstleistungen nicht den gleichen Schutz wie bei sonstigen Online-Angeboten bekommen sollte. Diese Bedenken gelten um so mehr, als die Einhaltung der Vorschriften den Kreditinstituten nicht sonderlich schwer gefallen wäre.

Die EU hat aus diesen Bedenken die notwendigen Konsequenzen gezogen. Sie plant inzwischen eine eigenständige Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Finanzdienstleistungen im Internet; der jüngste Vorschlag datiert vom 23. Juli 1999.<sup>58</sup>

#### 11.1.8.5 *Anwendungsbereich und Informationsmodell*

Als Fernabsatzvereinbarung gilt jeder Vertrag, für den das Anbieten, Aushandeln und das Abschließen mittels Fernkommunikationstechniken erfolgt<sup>59</sup>. Ist nur die Vertragsanbahnung über das Internet erfolgt, fällt der anschließend traditionell abgeschlossene Versicherungsvertrag nicht unter die geplante Richtlinie. Wesentliches Element der Richtlinie wird das Informationsmodell sein. Der Verbraucher soll etwa auf der Homepage eines Versicherers eine Vielzahl von Informationen über das Unternehmen und seine Produkte vorfinden (Art. 3). Nimmt man die geplante Electronic-Commerce-Richtlinie hinzu, kommt man auf eine Zahl von mehr als 50 Informationen, die als Zwangsangaben auf jeder WebSite zu finden sein müssen. Fraglich ist, ob dem Verbraucher wirklich mit der Fülle von Informationen gedient ist, ist doch auch eine Informationsüberflutung für den effektiven Schutz des Verbrauchers kontraproduktiv. Auch scheinen manche Informationspflichten falsch formuliert, etwa wenn von der Angabe „Dauer der Gültigkeit des Angebots oder des Preises“ die Rede ist (Art. 3 Abs. 1 lit. e). Im Falle eines freibleibenden Angebotes oder einer unverbindlichen invitation ad offerendum sind solche Hinweispflichten sinnlos.

#### 11.1.8.6 *Der „dauerhafte Datenträger“*

Probleme macht auch der Hinweis auf die „dauerhaften Datenträger“. Ähnlich wie andere Richtlinien verlangt auch der Entwurf zur Finanzdienstleistungsrichtlinie,

<sup>58</sup> KOM (1999) 385 endg. Für die erste Fassung siehe den Vorschlag für eine Richtlinie für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher vom 14.10.1998, KOM (1998), 468 fin., Abl. C 385 vom 11. Dezember 1998, S. 10.

<sup>59</sup> Siehe Erwägungsgrund 12.

dass die Vertragsbedingungen und sonstige relevanten Informationen „auf einem dauerhaften Datenträger“ (on a durable medium) an den Verbraucher übermittelt werden (Art. 3a Abs. 1 und 2). Fraglich ist, wie viel Dauerhaftigkeit von dem Datenträger verlangt werden kann. So bleibt unklar, ob zum Beispiel die Übermittlung via E-Mail ausreicht. Eine Bereitstellung der Informationen scheint nicht auszureichen, da der Entwurf ausdrücklich eine Zustellung bzw. Übermittlung an den Verbraucher verlangt. Fraglich ist dann aber, wie überhaupt noch Electronic Commerce im Versicherungsgeschäft denkbar sein soll. Das einzige Schlupfloch findet sich in Art. 3 Abs. 3, wonach die Parteien den zu benutzenden Datenträger einvernehmlich festlegen müssen. Diese Regelung klingt zwar danach, als sei die Frage des Datenträgers dispositiv. Diese Auslegung würde aber verkennen, dass Art. 3 Abs. 3 weiterhin voraussetzt, dass überhaupt ein dauerhafter Datenträger eingesetzt wird und nur die Wahl des konkreten (dauerhaften) Datenträgers den Parteien zur Disposition überlässt. Eine Lösung findet sich evtl. über den Vorschlag der Europäischen Kommission vom 26. Juli 1999 für eine Richtlinie über „Insurance intermediaries“: Hiernach sollen die zu übermittelnden Verbraucherinformationen „in writing, including by electronic means, or other means, or any other manner appropriate to the means of communication“ sein (Art. 8 Abs. 1). In einer kommissionsinternen Kommentierung hierzu heisst es, dass „information should be made in a written form, but E-Mail would also suffice“. Dies deutet darauf hin, dass europäisch ein eigener Begriff der „Schrift“-form etabliert werden könnte. In der Tat ist es nicht zwingend, den Begriff des „writing“ unbedingt mit dem Modell der Schriftform gleichzusetzen und dadurch in die Nähe des Papiers zu bringen. Vielmehr kann „writing“ sich auch auf elektronisch geschriebene Buchstaben beziehen.

†

### **11.1.8.7 Widerrufsrecht**

Nicht neu dürfte das in Art. 4 des Richtlinienentwurfs verankerte Widerrufsrecht des Kunden sein. Der Verbraucher kann jedes über das Internet abgeschlossene Finanzdienstleistungsgeschäft widerrufen; je nach nationaler Umsetzung steht ihm hierbei eine Frist von 14 - 30 Tagen ab Vertragsschluss bzw. Übergabe der notwendigen Informationen zur Verfügung. Im Bereich der Versicherungswirtschaft dürfte die Länge der Frist von der Höhe der Beiträge und der Laufzeit des Versicherungsvertrages abhängig sein. Bei unterschiedlichen Regelungen in einzelnen Mitgliedsstaaten soll der Sitz des Unternehmens entscheidend sein. Macht der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, kann der Anbieter den Preis der bis dahin tatsächlich erbrachten Finanzdienstleistungen ersetzt bekommen (Art. 4 Abs. 1), es sei denn, er ist nicht hinreichend über sein Widerrufsrecht informiert worden (Art. 4 Abs. 2). Diese Regelung entspricht den gesetzlichen Vorgaben etwa im Bereich der Versicherungswirtschaft. Problematisch ist allerdings die Formulierung „Widerrufsrecht“, legt sie doch den (falschen) Eindruck nahe, es handele sich bei dem hier eingefügten Gestaltungsrecht nicht um ein Kündigungsrecht, sondern um ein Widerrufsrecht etwa im Sinne der Bestimmungen des Haustürwiderrufsrechts.

## 11.2 Resumee

Das Internet schafft – wider Erwarten – keine neuen Rechtsprobleme. Gerade die bisherigen Überlegungen zeigen, dass die Rechtsprobleme des Informationsrechts so neu nicht sind. Und doch tauchen gerade bei der juristischen Auseinandersetzung mit Sachverhalten, die einen Bezug zum Internet haben, eine Reihe von interessanten Topoi auf, die zwar schon früher latent vorhanden waren, erst jetzt aber ihre besondere Brisanz und Vielfältigkeit erweisen. Das Internet führt insbesondere zu einer Dematerialisierung, Deterritorialisierung und Extemporalisierung des Rechts, das damit seine aus dem 19. Jahrhundert ererbten Substrate (Sache, Raum, Zeit) verliert. An deren Stelle tritt der virtuelle „Raum“ und die Entdeckung der Langsamkeit. Der Jurist ist aufgefordert, die neuen Instrumente eines virtuellen Handelsrechts zu entwickeln und zu implementieren. Hierzu bedarf es der langsamen, vorsichtigen Reflexion; denn Juristen sind niemals Pioniere, sondern Legastheniker des Fortschritts.