

THOMAS HOEREN
ELECTRONIC COMMERCE –
MYTHOS ODER KRAMPF?
ÜBERLEGUNGEN AUS
JURISTISCHER PERSPEKTIVE



Thomas Hoeren

Jahrgang 1961

1980 bis 1987 Studium
der Theologie und Rechts-
wissenschaften in Münster,
Tübingen und London.

1986 Erwerb des Grades
eines kirchlichen Lizentiaten
der Theologie. 1989 Promo-
tion und 1994 Habilitation
an der Universität Münster.

1995 bis 1997 Universitäts-
professor an der Juristischen
Fakultät der Heinrich-Heine
Universität. Seit April 1996
Richter am OLG Düsseldorf.
Seit April 1997 Universitäts-
professor an der Juristischen
Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität
Münster; Direktor des
Instituts für Informations-,
Telekommunikations- u.
Medienrecht (ITM). Seit 1998
Mitherausgeber der Zeit-
schrift *MultiMedia und Recht*
sowie Mitglied des Beirats
der DENIC Genossenschaft.
E-Mail:

hoeren@uni-muenster.de

Überall schallt es aus den Löchern und Ritzen: Electronic Commerce. Die Börse reagiert auf das Wort wie ein Pawlowscher Hund. Sobald ein Unternehmen auch nur andeutet, dass es elektronischen Handel betreiben wolle, steigen die Aktienwerte ins Bodenlose. Dennoch fragt man sich, was hinter dieser Euphorie steckt. Zunächst einmal nichts, heiße Luft. Denn kaum ein deutsches Unternehmen verdient im Internet wirklich eine Mark; die meisten schreiben rote Zahlen. Offensichtlich setzen viele auf eine glorreiche Zukunft, deren Existenz aber noch in den digitalen Sternen steht. Dies hat vor allem auch mit der verhaltenden Reaktion der Juristen auf dieses Phänomen zu tun. Die Skepsis der Jurisprudenz ist jedoch nicht Ausdruck antiquierter Borniertheit; sie hat ihre Ursache im elektronischen Handel selbst.

1. Was heißt hier bestellt? Der Beweiswert digitaler Dokumente

Das rechtliche Hauptproblem des elektronischen Handels besteht in der Frage des Beweiswertes. Wie kann man nachweisen, dass jemand wirklich etwas bestellt hat? Elektronische Bestellungen haben nicht den Beweiswert wie Papierdokumente, die nach § 416 der Zivilprozessordnung als Vertragsurkunden die Vermutung für die Vollständigkeit

und Richtigkeit des Vertragsinhaltes mit sich bringen. Übertragungsprotokolle, E-Mails, Screenshots werden der freien richterlichen Beweiswürdigung unterzogen. Daran ändert sich auch durch das hochgelobte und als Rettung in der Not gepriesene Signaturgesetz nichts. Das im Juli 1997 verabschiedete Gesetz regelt zwar die Voraussetzungen für eine technisch sichere Zertifizierungsinfrastuktur, schweigt sich aber über den Beweiswert digital signierter Dokumente aus. Der Richter am Amtsgericht wird also künftig – notfalls mit Hilfe von Sachverständigen – in jedem Einzelfall darüber entscheiden müssen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine digitale Signatur den Beweiswert eines Textes erhöht.

Eine Änderung der Rechtslage ist allenfalls auf Brüsseler Druck hin zu erwarten. Die Europäische Kommission veröffentlichte im Sommer dieses Jahres ihren zweiten Entwurf für eine Signaturrechtlinie. Hiernach sind digitale Signaturen weitgehend der handschriftlichen Unterschrift gleich zu setzen. Der Beweiswert digital signierter Dokumente erhöht sich damit deutlich, sofern die digitale Signatur im konkreten Fall aufgrund der Beachtung eines technischen Sicherheitskatalogs als besonders sicher eingestuft werden kann. Damit ist die Tür für eine breite An-

wendung asymmetrischer Verschlüsselungstechniken in allen Sparten des elektronischen Handels weit aufgestoßen. Sofern diese Verschlüsselungstechniken den deutschen Anforderungen an eine Sicherheitsinfrastruktur entsprechen, wie sie im Signaturgesetz verankert ist, kann der Richter ihnen einen hohen Beweiswert nicht mehr absprechen.

Trotzdem steht die deutsche Industrie vor einem spieltheoretischen Dilemma. Es muss sich ein Unternehmen finden, das den Beweiswert eines entsprechend signierten digitalen Dokumentes einmal forensisch klären lässt. Erst wenn der Bundesgerichtshof seinerseits über den Beweiswert digital signierter Dokumente entschieden hat, besteht auch für die unteren Instanzen Rechtsklarheit. Es muss sich also ein Spieler finden, der den ersten Spielzug macht. Dieser Spieler müsste zunächst seine Infrastruktur auf die digitale Signatur umstellen, um dann im Streitfalle das volle Prozessrisiko zu tragen. Am besten eignet sich als solcher Spieler der Staat selbst, der insoweit mit gutem Beispiel vorangehen sollte. Wirksamer als jede Politikererklärung zum elektronischen Handel ist die Implementation von Signaturverfahren im Bereich der öffentlichen Verwaltung, da dadurch zum einen das Verständnis in der Bevölkerung für diese doch zunächst komplizierten Signaturverfahren wächst und gleichzeitig der Beweiswert der Signatur durch den Staat selbst in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren beispielhaft ermittelt werden kann. Insofern sind Initiativen wie die des Innenministeriums Baden-Württemberg zu loben, die weitgehend ihren »Geschäftsverkehr« auf die digitale Signatur umstellen.

2. What's love gotta do with it – Das Ursprungslandprinzip und die Liebe zum Ort der Niederlassung

Eine weitere mutige Entscheidung kommt ebenfalls aus Brüssel. Die Europäische Kommission hat in ihrem im November 1998 veröffentlichten Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs das Ursprungslandprinzip verankert. Dieses Prinzip wird revolutionäre Auswirkungen für den elektronischen Handel in allen Sektoren haben. Die Formu-

lierung des Richtlinienentwurfes klingt zunächst juristisch verschnörkelt. Nach Artikel 3 des Entwurfes soll jeder Mitgliedsstaat dafür Sorge tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die den durch die Richtlinie koordinierten Bereich betreffen. Gleichzeitig soll jede Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft verboten sein. Übersetzt ins Deutsche heißt dies: Ein Provider, der seine Dienste entsprechend den Vorgaben seines »Heimatrechtes« erbringt, hat zusätzliche Restriktionen im Abrufstaat nicht zu befürchten. Wenn sich z. B. ein Provider in Portugal niederlässt und dort seinen Geschäftssitz hat, muss er nur portugiesisches Internetrecht beachten. An deutsches Lauterkeits- oder schwedisches Verbraucherschutzrecht ist er nicht gebunden.

Die Konsequenzen sind gerade für das deutsche Recht harsch. Insbesondere das deutsche Werberecht ist vom Recht anderer EU-Staaten sehr unterschiedlich, wenn man nur an die Zugabeverordnung, an das Rabattgesetz oder an die Regelungen zu Sonderverkaufsveranstaltungen denkt. Wenn nun der Sitz eines Providers über das relevante Recht entscheidet, wird das gesamte deutsche Werbe- und Verbraucherschutzrecht tendentiell unterlaufen. Dies hat nicht nur Auswirkungen für die Konkurrenz zwischen portugiesischen und deutschen Internetanbietern. Vielmehr wird langfristig das gesamte deutsche Werberecht fallen. Denn es ist nicht mehr einzusehen, warum zwischen zwei deutschen Internet Providern das deutsche Werberecht gelten soll, während der portugiesische Provider nicht mehr daran gebunden ist. In Europa wird sich langfristig das geringste Schutzniveau durchsetzen. Jeder EU-Mitgliedstaat wird Federn lassen müssen zugunsten des Staates, der die wenigsten rechtlichen Restriktionen des Electronic Commerce kennt. Nur für einige wenige Rechtsgebiete, wie das Urheberrecht, das Strafrecht oder einige Teilbereiche des Verbraucherschutzrechtes, können die Mitgliedstaaten weiterhin darauf abstellen, wo ein Internet-

angebot abgerufen werden kann. Ansonsten ist das nationale Recht am Ort des Abrufs irrelevant.

3. Wenn die eine Hand nicht weiß, was die andere tut – Die Europäische Kommission und das Haftungsrecht

Und doch gibt es noch viele ungeklärte Fragen, auch bei einem Blick auf europäische Entwicklungen. Besonders gefährlich wird es in Brüssel, wenn selbst innerhalb einer Generaldirektion unterschiedliche Abteilungen unterschiedliche Auffassungen vertreten. Genau diese unerfreuliche Situation trat im Bereich der Haftung von Internet Providern ein. So kam es zu der eigenartigen Situation, dass das Europäische Parlament die von der Generaldirektion XV ausgearbeitete Richtlinie zu urheberrechtlichen Fragen der Informationsgesellschaft kritisierte, weil sie zu weitgehende Beschränkungen beinhaltete.

Der Hintergrund für diese kompliziert formulierte Kritik ist einfach zu erklären: Im Urheberrecht taucht sehr häufig die Frage auf, ob man nicht statt der Contentprovider auch die Accessprovider wegen Urheberrechtsverletzungen in Anspruch nehmen kann. Dies würde sich insofern anbieten, als die Accessprovider, etwa AOL oder CompuServe über mehr Geld verfügen als die oft unterkapitalisierten Contentprovider. Allerdings kann man die Accessprovider nur in Anspruch nehmen, wenn deren Verhalten auch urheberrechtlich als Rechtsverstoß angesehen werden kann. Dies wäre sogar möglich, wenn man die Speicherung von Informationen im Proxyserver als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung ansieht. In einem solchen Fall müsste der Accessprovider jedweden Download-Vorgang mitverantworten, der sich auf z. B. urheberrechtswidrig gespeicherte Musikdateien zieht.

Die Kommission hatte in der Zwischenspeicherung solcher Dateien kein urheberrechtliches Problem gesehen, da die Zwischenspeicherung automatisch, technisch bedingt und nur von vorübergehender Dauer sei. Das Parlament gab der Kommission auf, auch die Proxyspeicherung als solches als rechtswidrige Vervielfältigung anzusehen. Dies allerdings brachte die Kommission in

große Schwierigkeiten, hatte doch die Generaldirektion XV im gleichen Hause den Richtlinienentwurf über elektronischen Handel auf den Weg gebracht. In dieser bereits erwähnten Richtlinie soll ausdrücklich verankert werden, dass Accessprovider keinerlei Verantwortung für die Zugangsvermittlung und die Proxy-Speicherung tragen. Insofern stand die Generaldirektion XV vor einem Dilemma: Sollte sie im Urheberrecht eine weitgehende Haftung der Accessprovider zulassen, die sie aber ansonsten stets strikt abgelehnt hatte?

Die Antwort fiel einfach und schwer. In einem neuen Entwurf für eine Richtlinie zu urheberrechtlichen Fragen der Informationsgesellschaft lehnte die Kommission die Wünsche des Parlaments ab und trug damit den Gedanken Rechnung, dass auch im Urheberrecht eine Verantwortung für Accessprovider bloß wegen der technischen Zwischenspeicherung evtl. urheberrechtswidrig transportierter Inhalte ausgeschlossen sein muss. Damit ist eine einheitliche Linie zementiert, die auch für manche bayerische Strafverfolgungsbehörden zu einem bösen Erwachen führen wird. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte für eine zivil- oder strafrechtliche Verantwortung für Accessprovider. Egal was passiert, Accessprovider sind soweit von jedem Geschehen entfernt, dass ihre Verantwortung rechtlich nicht zu begründen ist. Wir werden allerdings sehen müssen, was passiert. Wird sich das Parlament gegen die Kommission durchsetzen? Wird es zumindest im Urheberrecht eine Verantwortung von Access Providern geben?

4. Carbohc smoke ball – Was ist eigentlich eine Homepage?

Weniger Probleme sind im allgemeinen Vertragsrecht hinsichtlich des elektronischen Handels zu erwarten. Auch wenn manche Rechtsanwälte dies nicht gerne hören (weil es an ihr Honorar geht): Für den elektronischen Handel gelten die normalen Regeln des Zivilrechts – und sie gelten gut. Das gute alte BGB hat keine Schwierigkeiten mit der Qualifizierung solch schwieriger Dinge wie elektronischer Agenten, automated response systems oder Electronic Data Interchange. So ist eine Homepage als Werbung einzustufen,

die noch keinen rechtlich bindenden Charakter hat. Das eigentliche Angebot zum elektronischen Handel geht vom Kunden aus. Der Provider selbst nimmt dieses Angebot an, wobei er die Annahme noch nicht einmal gegenüber dem Kunden selbst erklären muss. Schon die Absendung der bestellten Ware reicht als solches aus, um konkludent den Bestätigungswillen des Providers deutlich zu machen. Im übrigen gelten für Fehler bei der Abgabe einer Willenserklärung seitens des Kunden die normalen Regelungen des BGB für die Anfechtung von Geschäftserklärungen. Insofern kann der Kunde einen elektronischen Vertrag wegen evtl. Tippfehler ebenso anfechten wie aufgrund eines nachgewiesenen Übertragungsfehlers.

Unbill droht nur durch Brüssel. In dem bereits erwähnten Entwurf für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Fragen des elektronischen Handels soll ein neues System des Vertragsrechts europaweit installiert werden. Anders als in Deutschland geht die Kommission hierin davon aus, dass der Diensteanbieter das rechtliche bindende Angebot macht. Damit greift sich die Kommission eine Vertragssituation heraus, die im elektronischen Handel wohl kaum auftritt. Gerade der Fall, dass eine Homepage nur als Werbung anzusehen ist, wird in der Richtlinie nicht geregelt. Nur für die seltene Vertragskonstellation eines bindenden Angebots in einer Homepage gelten die Sonderregelungen der Kommission, die insgesamt sehr problematisch sind. So soll ein solcher Vertrag erst dann geschlossen sein, wenn der Kunde das bindende Angebot des Providers in der Homepage annimmt, die Annahme dem Provider zugeht, der Provider den Empfang bestätigt, dem Kunden die Bestätigung zugeht und der Kunde den Empfang der Empfangsbestätigung bestätigt.

Die Kommission kreiert hier ein Horror-szenario. Es bedarf nicht nur einer Bestätigung, sondern noch eine Bestätigung der Bestätigung. Zum Glück ist diese Regelung aufgrund einer gesonderten Intervention des Europäischen Parlaments in der Zwischenzeit weggefallen. Nichts desto weniger stellt sich heute die Frage, welche Bedeutung eigentlich der immer noch erforderlichen Bestätigung

durch den Provider zukommen soll. Was geschieht z. B., wenn der Provider die Bestätigung nicht erstellt? Welche Rechtsnatur hat überhaupt die Bestätigung?

5. Der Global Business Dialog und die Angst der Juristen vor dem Elfmeter

Insgesamt zeigen die bisher erwähnten Regelungen, dass sich zwar die Juristen sehr breit und mit großer Energie um die Zukunft des elektronischen Handels Gedanken machen. Es stellen sich aber immer stärker Sorgen darüber ein, ob nicht durch die Fülle neuer Sonderregelungen ihrerseits der elektronische Handel erstickt wird. Wer soll eigentlich noch durch die Fülle der neuen Brüsseler Richtlinien durchschauen? Was passiert mit all den neugeplanten Sondergesetzen, die derzeit für den Bereich des elektronischen Handels verabschiedet werden? Sind die Juristen nicht doch am Ende ihrer Kräfte? In der Tat wirken die derzeitigen Regulierungsversuche noch sehr unsystematisch und sprunghaft. Die Industrie hat jedenfalls – so mein Gefühl – die Juristen satt. Es mehren sich die Stimmen, die einen Abschied von der staatlichen Regulierung fordern. An die Stelle der Gesetze soll die industrielle Selbstregulierung treten. In diesem Sinne ist etwa der von Bertelsmann initiierte Global Business Dialog zu verstehen, ein Forum der weltweit führenden Medienunternehmen zur Entwicklung eigenständiger Verhaltenskodizes im elektronischen Handel. Brüssel scheint vor dieser Initiative zu zittern, werden doch Rechtswissenschaftler derzeit in Brüssel mit Hinweis auf Bertelsmann als gering erachtet und behandelt. Doch sind die Ergebnisse des Global Business Dialog eher bislang bescheiden. Auch stellt sich die Frage, wie sich Normen der Selbstregulierung durchsetzen lassen, fehlt es ihnen doch an der demokratischen Legitimität und Durchsetzungskraft. Ferner hört man in der Ferne den Warnruf des Kartellrechts, wenn sich führende Industrieunternehmen zur Verabschiedung eigener Verhaltensnormen zusammenschließen.

So wenig man sie mag, letztendlich sind die Juristen in der Informationsgesellschaft unverzichtbar. Man kann von ihnen viel erwarten, man kann sie aber nicht abschaffen.