UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Die rechtlichen Aspekte des elektronischen Handels in Bezug auf den Vertragsabschluss

Maria Drenska

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Drenska, Maria. 2006. “Die rechtlichen Aspekte des elektronischen Handels in Bezug auf den Vertragsabschluss.” Augsburg: Universität Augsburg.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Die rechtlichen Aspekte des elektronischen Handels in Bezug auf den Vertragsabschluss

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor juris

der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

Vorgelegt von
Maria Drenska

2006

Erstgutachter: **Prof. Dr. Jörg Neuner**

Zweitgutachter: **Prof. Dr. Volker Behr**

Tag der mündlichen Prüfung: **18. Juli 2006**

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsübersicht.....I
Inhaltsverzeichnis III
Verzeichnis der Abkürzungen XI
Verzeichnis der Gesetzestexte und Materialien.....XVIII
Literaturverzeichnis XXIII

Einführung 1

§ 1. Einordnung der elektronischen Willenserklärung und Computererklärung in das System des BGB 7
I. Willenserklärung im Internet 7
II. Rechtliche Betrachtung und Anerkennung 15
III. Fehlerfreie und fehlerhafte Computererklärung 18
IV. Zusammenfassung 21

§ 2. Wirksamwerden von Willenserklärungen bei der Nutzung moderner Kommunikationsmittel 23
I. Stand der Dogmatik 23
II. Zugang der elektronischen Willenserklärung nach § 130 Abs.1 S. 1 BGB.....25
III. Zusammenfassung 39

§ 3. Fehlerhafte Willenserklärungen 41
I. Problemstellung 41
II. Anfechtbarkeit fehlerhafter Willenserklärungen 41
III. Mangel des Erklärungsbewusstseins 47
IV. Korrektur der Eingabefehler 49
V. Exkurs: Haftung des Providers 53

§ 4. Allgemeine Grundlagen des elektronischen Vertragsabschlusses 59
I. Begriff des Vertrages 59
II. Anwendung der allgemeinen Regeln des BGB bei dem Vertragsabschluss im Internet 59
III. Der elektronische Geschäftsverkehr in Deutschland 84
IV. Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr 92

§ 5 Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr 106
I. Einleitung 106
II. Widerruf und Verbraucherprivatrecht.....107
III. Zusammenfassung 131

§ 6. Vertraulichkeit und Sicherheit beim Vertragsabschluss im Internet – digitale Signatur 133
I. Überblick 133
II. Bedeutung, Funktionen und Rechtsfragen elektronischer Signaturen 134
III. Eigene Stellungnahme 136
IV. Exkurs: IT – Sicherheit 142

§ 7. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 170
I. Problemstellung 170
II. Ausdrücklicher Hinweis und Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BGB) 171
III. Einbeziehung von AGB im Internet 175
IV. Rahmenvereinbarungen nach § 305 Abs. 3 BGB 187
V. Ergebnis..... 188

Zusammenfassung.....191

INHALTSVERZEICHNIS

Einführung 1

§ 1. Einordnung der elektronischen Willenserklärung und Computererklärung in das System des BGB 7

I. Willenserklärung im Internet.....7

1. Stand der Dogmatik 7

2. Unterschiedliche Erklärungstypen 8

a) Hintergrund 8

b) Kategorien von Erklärungen – Meinungsstand 9

c) Kategorien von Erklärungen – Eigene Ansicht 9

3. Elektronische Willenserklärung 10

a) Arten 10

b) Vergleich zur traditionellen Willenserklärung 11

c) Unterschiede zur traditionellen Willenserklärung.....11

4. Automatisierte Erklärung 12

5. Computererklärung 12

a) Einleitung 12

b) Differenzierung 12

c) Untersuchung der Computererklärung 13

aa) Hintergrund 13

bb) Computererklärung als Willenserklärung 14

II. Rechtliche Betrachtung und Anerkennung 15

1. Ansichten in der Literatur 15

2. Rechtliche Würdigung 15

3. Computererklärung und Blanketterklärung 16

a) Parallele 16

b) Rechtliche Würdigung 17

III. Fehlerfreie und fehlerhafte Computererklärung 18

1. Fehlerfreie Computererklärung 18

a) Handlung 18

b) Wille 18
2. Fehlerhafte Computererklärung 19
a) Handlung 19
b) Wille 20
c) Zurechnung 21
IV. Zusammenfassung 21

§ 2. Wirksamwerden von Willenserklärungen bei der Nutzung moderner Kommunikationsmittel 23
I. Stand der Dogmatik 23
1. Abgabe bei der elektronischen Willenserklärung.....23
2. Abgabe bei der Computererklärung 24
II. Zugang der elektronischen Willenserklärung nach § 130 Abs.1 S. 1 BGB.....25
1. Anwendbarkeit der Eingeschränkten Vernehmungstheorie und der Empfangstheorie.....25
2. Einweg-, Dialog- und Echtzeitkommunikation in Bezug auf den direkten Übermittlungskontakt 26
3. Kriterium der Speicherung 28
4. Machtbereich des Empfängers 29
a) Direkte Übermittlung 29
b) Abrufspeicherng-Mailboxkommunikation 30
5. Zeitpunkt des Zugangs – zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme 31
a) Hintergrund 31
b) Abrufspeicherung-Mailboxkommunikation 31
aa) Privater Nutzer.....31
bb) Geschäftlicher Nutzer 32
6. Zugangsstörungen bei der elektronischen Willenserklärung 32
a) Einleitung 32
b) Funktionsstörungen 33
c) Arten von Zugangshindernissen 33
aa) Zugangsvereitelung 34

bb) Verweigerung der Annahme 34
cc) Pflichtwidriges Verhalten 36
7. Risikoverteilung 37
a) Risikoverteilung nach der Vernehmungstheorie 37
b) Risikoverteilung nach der Empfangstheorie 37
c) Verteilung des Verlust-, Verzögerung- und Verfälschungsrisikos.....38
d) Kenntnis des Erklärenden 38
III. Zusammenfassung 39

§ 3. Fehlerhafte Willenserklärungen 41
I. Problemstellung 41
II. Anfechtbarkeit fehlerhafter Willenserklärungen 41
1. Bedienung- und Eingabefehler 42
2. Datenfehler 42
3. Systemfehler 43
a) Erheblicher Irrtum 43
b) Unerheblicher Irrtum 43
4. Übermittlungsfehler 44
5. Zwischenergebnis 46
III. Mangel des Erklärungsbewusstseins 47
1. Meinungsstand 47
a) Tatbestandliche Voraussetzungen 48
b) Rechtliche Beurteilung 48
2. „ Abhanden gekommene“ Erklärung 49
IV. Korrektur der Eingabefehler 50
1. Problemstellung 50
2. Technische Mittel zur Korrektur der Eingabefehler 50
a) Anfechtung wegen Irrtums 50
b) Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB? 51
3. Zusammenfassung 53
V. Exkurs: Haftung des Providers 54

1. Vertragliche Haftung 54
a) Acces Provider – User 54
b) Content Provider – User 55
2. Verantwortlichkeit des Providers nach §§ 8 – 11 TDG.....56

§ 4. Allgemeine Grundlagen des elektronischen Vertragsabschlusses 59
I. Begriff des Vertrages 59
II. Anwendung der allgemeinen Regeln des BGB bei dem Vertragsabschluss im Internet 59
1. Angebot und invitatio ad offerendum 60
a) Meinungsstand 60
b) Bestimmung des Angebots 62
aa) Passive Website 62
bb) Interaktive Website 62
c) Stellvertretung 64
2. Gebundenheit an den Antrag 64
a) Widerruflichkeit des Angebots 64
b) Vorbehalt des Zustandekommens 66
c) Recht zum Widerruf 66
d) Zusammenfassung 67
3. Annahme 67
a) Rechtzeitigkeit 67
b) Unterschiedliche Annahmefristen 68
aa) Problemstellung 68
bb) Einzelheiten 68
c) Bestimmung der Annahmefrist nach § 148 BGB 69
d) Schweigen als Annahme? 69
e) Verspätete Annahmeerklärung 71
4. Online – Auktionen 71
a) Mechanismen 71
b) Keine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB.....74
c) Vertragsabschluss 77

d) AGB und Internet - Auktionen 82
e) Mangel der Kaufsache 82
III. Der elektronische Geschäftsverkehr in Deutschland 84
1. Elektronischer Geschäftsverkehr – Gesetz 84
a) Hintergrund 84
b) Inhaltsbetrachtung im einzelnen 84
aa) Geltungsbereich 84
bb) Herkunftslandprinzip und seine Ausnahmen 85
cc) Informationspflichten 89
dd) Elektronischer Vertragsabschluss 90
2. Zwischenergebnis 91
IV. Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr 92
1. § 312 e BGB 92
2. Rechtliche Würdigung 95
3. Individuelle Kommunikation 100
4. Verzögerung des Beginns der Widerrufsfrist nach § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB.....101
5. Vereitelung der Beweisführung 102
6. Zusammenfassung 104

§ 5 Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr 106
I. Einleitung 106
1. Mindestschutz für den Verbraucher 106
2. Umsetzung 107
II. Widerruf und Verbraucherprivatrecht..... .107
1. Problematik 107
2. Widerruf bei Fernabsatzverträgen 108
a) Anwendungsbereich nach § 312 b Abs. 1 BGB 108
b) Widerruf nach § 312 d Abs. 1 BGB i. V. m. § 355 BGB 111
aa) Das Bestehen eines Widerrufsrechts 111
bb) Nichtbestehen und Ausschluss des Widerrufsrechts 112
3. Widerrufsfristen 116

4. Informationspflichten 118
a) Vorvertragliche Informationspflichten 118
b) Nachvertragliche Informationspflichten 120
c) Beweislast 124
d) Zwischenergebnis 124
5. Haftung aus Culpa in contrahendo....125
a) Schadensrechtlicher Aufhebungsanspruch aus c.i.c 125
b) Zum Verhältnis zwischen schadensrechtlichem Aufhebungsanspruch und den Bestimmungen über das Widerrufsrecht aus § 355 Abs. 1 BGB 126
6. Gesetzliche Rückgewährschuldverhältnisse 128
7. BGH zum Widerrufsrecht bei eBay –Transaktionen 128
III. Zusammenfassung 131

§ 6. Vertraulichkeit und Sicherheit beim Vertragsabschluss im Internet – digitale Signatur 133
I. Überblick 133
II. Bedeutung, Funktionen und Rechtsfragen elektronischer Signaturen 134
1. Grundsätze und Ziele 134
2. Bedeutung 135
III. Eigene Stellungnahme 136
1. Einleitung 136
2. Elektronische Form (§§ 126 Abs. 3, 126 a BGB) 137
3. Textform (§ 126 b BGB) 139
4. Gewillkürte Form (§ 127 BGB) 140
5. Zusammenfassung 140
IV. Exkurs: IT – Sicherheit 142
1. Grundlage 142
2. Spam 143
a) Begriff 143
b) Problematik 144
aa) Kosten 144

bb) Datenverlust 145
cc) Zeitaufwand 147
dd) Rechtswidrigkeit 148
ee) Technische Schutzmaßnahmen 150
c) Europäische Regelungen 151
aa) FARL 151
bb) ECRL 153
cc) Zwischenergebnis 156
d) Rechtliche Maßnahmen gegen Spam in der Bundesrepublik Deutschland 157
aa) Unterlassungsanspruch 157
bb) Verstoß gegen Wettbewerbsrecht 159
cc) UWG-Reform: Das neue Wettbewerbsrecht 160
dd) Ausnahme für Angebote 166
3. Zusammenfassung 167

§ 7. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 170
I. Problemstellung 170
1. Einbeziehungsvereinbarung 170
2. Anwendung der AGB für Verbraucherverträge 170
II. Ausdrücklicher Hinweis und Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BGB) 171
1. Hinweis bei Vertragsabschluss. 172
2. Möglichkeit der Kenntnisnahme 173
3. Zumutbarkeit 174
III. Einbeziehung von AGB im Internet 175
1. Bezug zu einem konkreten Vertrag 175
2. Die ausdrückliche Unterwerfungserklärung 176
3. Die stillschweigende Unterwerfungserklärung 177
4. Einverständnis des Kunden 178
a) Bestellung per E-Mail 178
b) Online-Bestellformular 180

5. Die zumutbare Kenntnisnahme 181
6. AGB für die bloße Nutzung von Websites.....183
7. Besonderheiten bei den Internet – Auktionen 184
a) Verwender.....184
b) Vertrag zwischen zwei Verbrauchern 185
8. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB 186
9. Einzelfragen 186
IV. Rahmenvereinbarungen nach § 305 Abs. 3 BGB 187
1. Hintergrund 187
2. Inhalt und Voraussetzungen 187
V. Ergebnis.....188

Zusammenfassung.....191

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

A

Abb.	Abbildung
Abl.	Amtsblatt
Abl. C	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Teil C: Mitteilungen und Bekanntmachungen
Abl. L	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Teil L.: Rechtsvorschriften
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
a.M.	andere Meinung
amtl.	Amtlich
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Anwalt	Anwalt – Das Magazin mit NJW-CoR (Zeitschrift)
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen

B

BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.; Bde.	Band, Bände
Bearb.	Bearbeiter
begr.	begründet (en)
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Bek.	Bekanntmachung
ber.	berichtigt
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesminister(ium) der Justiz
BReg.	Bundesregierung
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
Btx	Bildschirmtext
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

C

CD-ROM	Compact Disc – Read Only Memory
Cic	Culpa in cotrahendo
COM	Dokument der Europäischen Kommission
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)

D

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DENIC	Deutsches Network Information Center
DHTML	Dynamic HTML
DiskE	Diskussionsentwurf
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
DNS	Domain Name Server
Dok.	Dokument
DSWR	Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft und Recht (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

E

ECRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt – „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“ (E-Commerce Richtlinie)
EDI	Electronic Data Interchange
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EGG	Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr

EG	Europäische Gemeinschaft (en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.; einf.	Einführung, einführend
Einl.	Einleitung
E-Mail	Electronic Mail
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
EP	Europäisches Parlament
erg.	ergänzt
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht – Kurzkommentare, Beil. zu ZIP (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, seit 01.11.1993 Europäische Gemeinschaft (EG)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

F

FARL	Richtlinie 97/7/EG des Rates und des Europäischen Parlaments vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie)
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
FTP	File Transfer Protocol

G

GB	Giga-Byte
GBl.	Gesetzblatt, Gesetzblätter
gem.	gemäß
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)

H

H.	Heft
h.A.	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre

h.M.	herrschende Meinung
HPP	Hypertext Pre-Processor
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HTML	Hypertext Markup Language
HTTP	Hypertext Transport Protocol
HWiG	Haustürwiderrufsgesetz

I

i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
IP	Internet Protocol
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
ISDN	Integrated Services Digital Network
ISP	Internet Service Provider
IT	Informationstechnik
IuKDG	Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne

J

JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)

K

Kap.	Kapitel
KF	Konsolidierte Fassung
KG	Kammergericht
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)

L

LAN	Local Area Network
LG	Landgericht

M

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MR	Medien und Recht (Zeitschrift)
MDStV	Staatsvertrag über Mediendienste
MMR	Multimedia & Recht (Zeitschrift)

N

neubearb.	neubearbeitete
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-CoR	NJW-Computerreport (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer

O

o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht

P

PC	Personal Computer
PDA	Personal Digital Assistant
PDF	Portable Document Format
PIN	Persönliche Identifikationsnummer
POP	Post Office Protocol
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
PVV	positive Vertragsverletzung

R

Rn.	Randnummer
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RegBgr.	Regierungsbegründung
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rspr.	Rechtsprechung

S

S.	Seite
SigG	Gesetz zur digitalen Signatur (Signaturgesetz)
SigVO	Verordnung zur digitalen Signatur
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten

T

TAN	Transaktionsnummer
TCP/IP	Transmission Control Protocol/

	Internet Protocol
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz)
TLD	Top Level Domain
TKG	Telekommunikationsgesetz
U	
UCITA	Uniform Computer Information Transaction Act
UNCITRAL	United Nation Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Principles of International Commercial Contracts 1994, published by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome
URL	Uniform Resource Locator
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
V	
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Verf.	Verfasser
Vol.	Volume (Band)
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
W	
WAP	Wireless Application Protocol
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WIPO	World intellectual Property Organisation
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht, Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WML	Wireless Markup Language
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WWW	World Wide Web
Z	
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift)
Zit.	Zitat
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

	(Zeitschrift)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht (Zeitschrift)
zutr.	zutreffend

VERZEICHNIS DER GESETZESTEXTE UND MATERIALIEN

I. Gemeinschaftsrecht

1.Geltendes Gemeinschaftsrecht

Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EWG L 250 vom 19. September 1984, S. 17

Richtlinie 85/877/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen („Haustürgeschäfte"), ABl. EWG L 372 vom 31. Dezember 1985, S. 31

Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie - FARL), ABl. L 144 vom 4. Juni 1997, S. 19

Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. L 166 vom 11. Juni 1998, S. 51

Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und der Garantien für Verbrauchergüter, ABl. L 171 vom 7. Juli 1999, S. 12

Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. L 13 vom 19. Januar 2000, S. 12

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" - ECRL), ABl. L 178 vom 17. Juli 2000, S. 1

Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation („Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation"), Abl. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37

2. Entwürfe und Materialien

Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates und Europäischen Parlaments über den Verbraucherschutz bei Vertragabschlüssen im Fernabsatz, KOM (92) 11 endg. vom 20.05.1992, ABl. C 156 vom 23. Juni 1992, S. 14

Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (98) 586 endg. vom 18.11.1998 – 98/0325 (COD); Erwägungsgründe und Richtlinientext sind veröffentlicht im ABl. EG 1999 Nr. C 30 vom 05.02.1999, S. 4

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 17. August 1999 – KOM (1999) 427 endg., abzurufen unter: <http://www.computerundrecht.de/com427de.pdf>

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 17.08.1999, KOM (99) 427 endg., Dok. 98/0325 COD, ABl. C 248E vom 29.08.2000, S. 69

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 26.11.1999, KOM (1999) 626, abzurufen unter: <http://sunsite.rediris.es/pub/docs/security/PCA/misc/Europe/com1999_0626de01.pdf>

Bericht vom 23.04.1999 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, abzurufen unter: <http://www.europarl.europa.eu/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0248+0+DOC+XML+V0//DE&LEVEL=1&NAV=S&LSTDOC=Y>

Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss – Erster Bericht über die Anwendung der 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 vom 21.11.2003, KOM/2003/0702 endg., abzurufen unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:DE:HTML>

II. Nationales Recht

1. Geltendes Recht

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896, RGBl. S. 195, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970) m.W.v. 13.07.2005

Handelsgesetzbuch (HGB) vom 10. Mai 1897 (RGBl. 219), zuletzt geändert durch Art. 1 G vom 03.08.2005 (BGBl. I S. 2267)

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 03.07.2004 (BGBl. I S. 1414)

Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Fernunterrichtsschutzgesetz-FernUSG) vom 24.08.1976 (BGBl. I S. 2525) in der Neufassung vom 04.12.2000 (BGBl. I, S.1670); zuletzt geändert durch Art. 4 Nr. 3 Gesetz vom 23.03.2005 (BGBl. I S. 931)

Gewerbeordnung (GewO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.02.1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 2 des Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1954) und Art. 3a Gesetz zur Änderung des Gemeindereformgesetzes und anderer Gesetze vom 06.09.2005 (BGBl. I S. 2725)

Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HWiG) vom 16.01.1986 (BGBl. I S. 122) in der Fassung der Bekanntmachung vom 29.06.2000 (BGBl. I S. 955), aufgehoben durch das Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) m.W.v. 01.01.2002

Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHG) vom 15.12.1989 (BGBl. I S. 2189), zuletzt geändert durch Art. 9 Abs. 3 Gesetz vom 19.07.2002 (BGBl. I S. 2674) m.W.v. 01.08.2002

Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeitwohnrechtegesetz – TzWrG) vom 20.12.1996 (BGBl. I S. 2154)

Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2840), aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) m.W.v. 1.1.2002

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2494), berichtigt 1997 (BGBl. I S. 1061), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 15 Gesetz vom 22.09.2005 (BGBl. I S. 2809, 2811)

Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25.07.1996 (BGBl. I S. 1120), aufgehoben durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22.06.2004 (BGBl. I S. 1190)

Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste - Gesetz – IuKDG) vom 22.07.1997 (BGBl. I S. 1870)

Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstgesetz – TDG) vom 22.07.1997 (BGBl. I S. 1870), zuletzt geändert durch Art. 1 und 4 Abs. 1 des EGG vom 14.12.2001 (BGBl. I S. 3721)

Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro (Fernabsatzgesetz – FernAbsG) vom 27.06.2000 (BGBl. I S. 897), aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) m.W.v. 01.01.2002

Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr – Gesetz – EGG) vom 14.12.2001 (BGBl. I S. 3721)

Mediendienststaatsvertrag (MDStV) in der Fassung vom 01.04.2003, zuletzt geändert durch Art. 8 des Achten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 01.04.2005 (BGBl. I S. 197)

Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften (Signaturgesetz – SigG) vom 16.05.2001 (BGBl. I S. 876), geändert durch das Gesetz zur Änderung des Signaturgesetzes vom 04.01.2005 (BGBl. I S. 2)

Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.07.2001 (BGBl. I S. 1542)

Verordnung zur elektronischen Signatur („Signaturverordnung“) vom 16.11.2001 (BGBl. I S. 3074), geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Signaturgesetzes vom 04.01.2005 (BGBl. I S. 2)

Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung-BGB-InfoV) vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 342), neue Fassung durch Bekanntmachung vom 05.08.2002 (BGBl. I S. 3002), geändert durch Art. 3 Gesetz vom 02.12.2004 (BGBl. I S. 3102)

2. Entwürfe und Materialien

Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen und Entwicklungen bei den neuen Informations- und Kommunikationsdiensten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG) vom 18.06.1999, BT-Drucksache 14/1191

Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz – IuKDG), BT-Drucksache 13/8016

Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro vom 09.02.2000, BT-Drucksache 14/2658

Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 14.12.2000, BT-Drucksache 14/4987

Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz-EGG) vom 17.05.2001, BT-Drucksache 14/6098

Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 09.05.2001, BT-Drucksache 14/6040

Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 13.07.2001, BT-Drucksache 338/01 (Beschluss)

LITERATURVERZEICHNIS

Arnold, Dirk, Verbraucherschutz im Internet – Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, CR 1997, 526 – 532

Baetge, Anastasia Papathoma, Handbuch E-Business 2002, Zitiert: Baetge

Bachmann, Birgit, Internet und Internationales Privatrecht – Vertragschluss und Haftung im Internet, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Internet und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, 169 – 184, zitiert: Bachmann, Vertragsschluss und Haftung im Internet

Bamberger, Heinz / Roth, Herbert / Eckert, Jörn, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2004

Baumgärtel, Gottfried, Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln, München 1996

Bodendiek, Frank, Verbraucherschutz – Die neue Musterwiderrufsbelehrung, MDR 2003, 1

Boehme-Neßler, Volker, CyberLaw, München 2001

Borges, Georg, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr – Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht, Band 16, München 2003

Brauner, Karl-Ernst, Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen, Witterschlick/Bonn 1988, zitiert: Brauner, Erklärungsrisiko

Brinkmann, Franz-Josef, Der Zugang von Willenserklärungen, Dissertation, Münster 1984, zitiert: Brinkmann, Der Zugang von Willenserklärungen

Brinkmann, Werner, Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext, BB 1981, 1183- 1190

Brox, Hans, Allgemeiner Teil des BGB, 29. neu bearb. Aufl., Köln 2005, zitiert: Brox AT

Bülow, Peter / Artz, Markus, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts in Deutschland, NJW 2000, 2049 – 2056

Burghard, Ulrich, Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation, AcP 195, Tübingen 1995, 74 – 135

Burghard, Ulrich, Online –Marktordnung und Inhaltskontrolle, WM 2001, 2102

Burghard, Ulrich, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.11.2001, EWiR 2002, 139-140

Busche, Jan / Kraft, Hartmut, Werbung per electronic mail: Eine neue Herausforderung für das. Wettbewerbsrecht? WRP 1998, 1142

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, zitiert: Canaris, Vertrauenshaftung

Cichon, Caroline, Internetverträge – Verträge über Internet-Leistungen und E-Commerce, 2. Aufl., Köln 2000

Clemens, Rudolf, Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren, NJW 1985, 1998 – 2005

Dethloff, Nina, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596 – 1603

Dilger, Petra, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, 2002

Dörner, Heinrich, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002), 363 – 396

Eichhorn, Bert, Internet-Recht - Ein Lehrbuch für das Recht in World Wide Web, 3. Aufl., Troisdorf 2003

Eisenhardt, Ulrich, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung - Aktuelle Probleme der Rechtsgeschäftslehre, JZ 1986, 875 (880)

Emmerich, Volker, Anm. zum BGH Urteil vom 07.06.1984 – IX 66/83, JuS 1984, 971 – 972

Ende, Lothar / Klein, Alexander, Grundzüge des Vertriebsrechts im Internet: Fernabsatz und Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, München 2001, zitiert: Ende/Klein, Vertriebsrecht im Internet

Engels, Stefan / Salomon, Thomas H., Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG – Reform 2003, WRP 2004, 32 - 44

Enneccerus, Ludwig / Kipp, Theodor / Wolff, Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts

- Band I, 2. Halbband, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen, 1960, zitiert: Enneccerus/Nipperdey
- Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, zitiert: Enneccerus/Lehmann

Erman, Walter, Bürgerlichen Gesetzbuch: Handkommentar, 11 neu bearb. Aufl., Münster, Köln 2004, zitiert: Erman/Bearbeiter

- Band I, §§ 1 – 811 BGB, UKlaG

- Band II, §§ 812 – 2385 BGB, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, VAHRG, WEG

Ernst, Stefan, Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, NJW – CoR 1997, 165 – 167

Ernst, Stefan, Die Online-Versteigerung, CR 2000, 304

Fallenböck, Markus, Internet und IPR, Wien 2001

Fikentscher, Wolfgang /Möllers, Thomas, Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung, NJW 1998, S. 1337 ff.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1992, zitiert: Flume AT

Freytag, Stefan, Richtlinienentwurf zum Electronic Commerce, MMR 12/1998, S. V., zitiert: Freytag

Fritsche, Jörg / Malzer, Hans M., Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3 – 25

Fuchs, Andreas, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, 1273 – 1280

Funk, Axel, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, CR 1998, 411 ff.

Gabriel, Ulrich / Rothe, Jacqueline, Schnäppchen im Trend – Rechtsfragen der Veräußerung von Restposten in Online-Auktionen, VuR 2004, 212.

Gärtner, Reinhard / Gierschmann, Sybille, Das neue Fernabsatzgesetz, DB 2000, 1601 - 1606

Gaul, Björn, Aktuelle Fragen zu Internetversteigerungen, E-Commerce, digitale Willenserklärung, § 34b GewO, Versteigerung unter Wert, ricado.de-Entscheidung des LG Münster, WM 2000, 1783 ff.

Geis, Ivo, Die digitale Signatur, NJW 1997, 3000 – 3004

Glatt, Christoph, Vertragsschluss im Internet, Baden-Baden 2002

Glatt, Christoph, Vertragsschluss im Internet – Die Art. 9 – 11 der E-Commerce Richtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht, ZUM 2001, 390 – 398

Gößmann, Christine, Electronic Commerce – Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien, MMR 1998, 88 – 92
Grapentin, Sabine, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen GRUR 2001, 713 ff.

Grigoleit, Hans-Christoph, Besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, 1151 ff.

Haft, Fritjof, Zur strafrechtlichen Problematik des Computerbetruges, DSWR 1979, 44 – 47

Hager, Johannes, Die Versteigerung im Internet, JZ 2001, 786

Hartung, Stephanie G. / Hartmann, Alexander„Wer bietet mehr?“ – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, MMR 2001, 278

Härting, Niko, Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005

Härting, Niko, Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 2001, 37 ff.

Härting, Niko, Änderungen des Fernabsatzgesetzes durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MDR 2002, 61

Härting, Niko, Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, DB 2001, 80 ff.

Hassemer, Michael, Elektronischer Geschäftsverkehr im Regierungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2001, 635, 636

Heckmann, Dirk, E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum? – Zur Reichweite gewerberechtlicher Bindungen des Internethandels, NJW 2000, 1370

Heermann, Peter W., Die Erheblichkeitsschwelle i. S. d. § 3 UWG-E, GRUR 2004, 94 ff.

Heiderhoff, Bettina, Internetauktion als Umgehungsgeschäft, MMR 2001, 640.

Henssler, Martin / Graf von Westphalen, Friedrich: Praxis der Schuldrechtsreform, Recklinghausen 2002 (zit.: Henssler/v.Westphalen/Bearbeiter)

Herwig, Volker, Zugang und Zustellung in elektronischen Medien, MMR 2001, 145 – 147

Heun, Sven-Erik, Die elektronische Willenserklärung – Rechtliche Einordnung, Anfechtung und Zugang, CR 1994, 595 – 600

Hoeren, Thomas, Vertragsrecht, in: Kilian, Wolfgang / Heusen, Benno, Computerrechts-Handbuch – Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 9. Ergänzungslieferung, München, Stand August 1996, zitiert: Hoeren, Vertragsrecht

Hoeren, Thomas / Müglich, Andreas / Nielen, Michael, Online-Auktionen – Eine Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte, Berlin 2002

Hoeren, Thomas, Rechtsfragen des Internet, Köln 1998

Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich, Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Stand: 10. Ergänzungslieferung September 2004, München, zitiert: Bearbeiter, Multimediarecht

Hoeren, Thomas, Anm. zu OLG Hamm, Urteil v. 14.12.2000 – 2 U 58/00, EWiR § 156 BGB 1/01, 213; EWiR 2001, 213 – 214

Hoffmann, Helmut, Die Entwicklung des Internet-Rechts, Beilage zu NJW H. 14/2001, 1- 39

Hoffmann, Mario, Willenserklärungen im Internet, Hamburg 2003, Diss., Kap.2 I, 9.

Hollerbach, Tobias, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Internetauktionen, DB 2000, 2001

Hönn, Günther, Entwicklungslinien des deutschen Vertragsrechts, JuS 1990, 953 - 962

Horst, Hans Reinold, E-Commerce – Verbotenes Terrain für Rechtsanwälte?, MDR 2000, 1293 – 1304

Horster, Patrick /Fox, Dirk, Datenschutz und Datensicherheit, Braunschweig u.a. 1999

Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Berlin, New York 1996, zitiert: Hübner AT

Huppertz, Stefanie, Rechtliche Probleme von Online-Auktionen, MMR 2000, 65 – 72.

Jankowski, Rayner, Kosten beim Empfänger unverlangter E-Mails – nur ein Scheinargument?, K&R 2000, 499 ff.

Jauernig, Othmar / Schlechtriem, Peter / Stürner, Rolf, u.a., Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, 11. Aufl., München 2004, zitiert: Jauernig/Bearbeiter

John, Uwe, Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184, 385 – 412

Kamanabrou, Susabeh, Vorgaben der E-Commerce-RL für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften, CR 2001, 421 - 425

Kilian, Wolfgang / Benno, Heussen, Computerhandbuch-Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, München, 16. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2001, zitiert: Bearbeiter in: Kilian / Heussen, Computerrechtshandbuch

Koch, Frank A., Internet-Recht – Praxishandbuch mit den neuen Medien- und Teledienstrecht, Checklisten und Musterverträgen, München 1998

Koehler, Philipp, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, MMR 1998, 289 – 294, zitiert: Koehler, MMR 1998

Köhler, Helmut, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182, Tübingen 1982, 126 – 171

Köhler, Helmut, BGB; Allgemeiner Teil: ein Studienbuch, 29. völlig neu bearb. Aufl. des von Heinrich Lange begr. Werkes, München 2005, zitiert: Köhler AT

Köhler, Helmut, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, 185 – 190, zitiert: Köhler, NJW 1998

Köhler, Helmut / Lettl, Tobias, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1019 ff.

Köhler, Helmut / Piper, Henning, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Kommentar, 3. Aufl., München 2002

Köhler, Helmut, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265

Köhler, Markus / Arndt, Hans-Wolfgang, Recht des Internet, 4. völlig neu bearb. und erw. Aufl., Heidelberg 2003, zitiert: Köhler/Arndt, Recht des Internet

Kröger, Detlef / Gimmy, Marc A., Handbuch zum Internetrecht: Electronic Commerce-Informations-, Kommunikations- und Mediendienste, Berlin, Heidelberg u.a. 2000

Krugmann, Michael, „Interauktionen“ als Versteigerungen i.S.d. § 34b GewO, NVwZ 2001, 651 – 657

Krüger, Thomas / Bütter, Michael, Elektronische Willenserklärungen in Bankgeschäftsverkehr: Risiken des Online-Banking – zugleich Besprechung des Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 19.05.1999 = WM 2000, 1005 ff., WM 2001, 221, 231

Kuhn, Matthias, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation – Zurechenbarkeit und Haftung, München 1991

Kuner, Christopher, Schriftform und E-Mail, NJW-CoR 1996, 108

Lange, Knut-Werner, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Die nicht bestellten Weihnachtskarten, JuS 1997, 431 - 435

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, zitiert Larenz, Schuldrecht

Larenz, Karl / Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts – ein Lehrbuch

- 7. Aufl., München 1988, zitiert: Larenz AT (1988)
- 9. Aufl., München 2004, zitiert: Larenz AT

Lehmann, Michael, Internet und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, zitiert: Lehmann, Cyberlaw

Leible, Stefan / Sosnitza, Olaf, Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie, K&R 1998, 282 – 289

Leible, Stefan / Sosnitza, Olaf, Versteigerungen im Internet, Band 10, Heidelberg/Frankfurt 2004

Leipold, Dieter, BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil: Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 3 neubearb. Aufl.,Tübingen 2004, zitiert: Leipold, BGB

Lettl, Tobias, Versteigerung im Internet - BGH NJW 2002, 363, JuS 2002, 219 – 224

Lettl, Tobias, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449

Loacker, Leander, E-Mail-Spamming nach Änderung des § 101 TKG, Datagraph 2000, 82

Löhnig, Martin, Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, NJW 1997, 1688 – 1689

Lorenz, Stefan, Zeitschriftenabonnements im Internet – heute und morgen, Anm. zum Urteil des OLG München vom 25.01.2001 – 29 U 4113/00, NJW 2001, 2230 – 2231

Lorenz, Stephan: Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 833-843

Lütcke, Jens, Fernabsatzrecht, Kommentar, München 2002

Malzer, Hans Michael, Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, DNotZ 1998, 96 ff.

Mankowski, Peter, Fernabsatzrecht: Information über das Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung bei Internetauftritten, CR 2001, 767 – 775

Mankowski, Peter: Widerrufsrecht und Rückgaberecht, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, 357-377 (zit.: Mankowski in Schulze/Schulte-Nölke)

Martinek, Michael, Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, NJW 1998, 207 – 208

Masuch, Andreas, Musterhafte Widerrufsbelehrung des Bundesjustizministeriums?, NJW 2002, 2931

Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 20. Aufl., Köln, München, u. a. 2004, zitiert: Medicus BGB

Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg 2002, zitiert: Medicus AT

Mehrings, Josef, Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, BB 1998, 2373 - 2380

Melullis, Klaus-J., Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung, MDR 1994, 109 - 114

Mertes, Paul, Gesetz und Verordnung zur digitalen Signatur – Bewegung auf der Datenautobahn ?, CR 1996, 769 – 775

Meub, Michael, Fernabsatz und E-Commerce nach neuem Recht, DB 2002, 359 ff.

Micklitz, Hans-Wolfgang, Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, EuZW 2001, 133 – 143

Micklitz, Hans-Wolfgang / Stadler, Astrid, Unrechtsgewinnabschöpfung - Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruches im UWG, Nomos Verlag 2003, 80 f.

Miedbrodt, Anja / Mayer, Patrick, E-Commerce – Digitale Signaturen in der Praxis, MDR 2001, 432 - 436

Müller, Sebastian, Ist das Kenntnisnahmegebot des § 2 I Nr. 2 AGBG abdingbar?, MDR 1997, 608

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240, 4. Aufl., München 2001, zitiert: MüKo/Bearbeiter

Nowak, Ulrich, Der elektronische Vertrag – Zustandekommen und Wirksamkeit, MDR 2001, 841

Paefgen, Thomas Christian, Forum: Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?, JuS 1988, 592 – 598

Paefgen, Thomas Christian, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht, 1988, zitiert: Paefgen, Btx

Palandt, Otto, BürgerlichesGesetzbuch, 65. neu bearb. Aufl., München 2006, zitiert: Palandt/Bearbeiter

Pawlowski, Hans-Martin, Allgemeiner Teil des BGB. Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 7. neu bearb. Aufl., Heidelberg 2003, zitiert: Pawlowski AT

Redecker, Helmut, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984, 2390 – 2394

Redecker, Helmut, IT-Recht in der Praxis, 3. Aufl., München 2003

Riehm, Thomas, Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, Jura 2000, 505 - 513

Roßnagel, Alexander, Offene Fragen des Signaturgesetzes, MMR 1998, 75

Roßnagel, Alexander / Spindler, Gerald, Recht der Multimedia-Dienste-Kommentar, München, Stand 11/2000, Zitiert: Roßnagel-Bearbeiter, Multimedia-Dienste, § 2 TDG

Rüfner, Thomas, Virtuelle Marktordnungen und das AGBGesetz, MMR 2000, 597 - 602

Rüfner, Thomas, Verbindlicher Vertragsschluss bei Versteigerungen im Internet, JZ 2000, 715 ff.

Sack, Rolf, Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003, 1073 - 1081

Sack, Rolf, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG - Novelle, WRP 2003, 549

Schlosser, Hans, Deliktischer Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB und eigenständiger Interessenschutz des Verkehrsopfers – Anmerkung zum BGH, NJW 1980, 1792, JuS 1982, 657 ff.

Schmidt-Räntsch, Jürgen, Das neue Schuldrecht 2002

Schmitt, Hansjörg, Online-Kaufverträge über „Intangible Goods“ und der Anwendungsbereich von Verbrauchergesetzen, CR 2001, 838-845.

Schrick, Alexandra, Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung, MMR 2000, 399ff.

Schulte-Nölke, Hans, Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie, NJW 1998, 210 - 211

Schuster, Fabian, Vertragshandbuch Telemedia – Vertragspraxis im Telekommunikations-, Multimedia- und Internetrecht, München 2001, zitiert: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia

Schwerdfeger, Armin

- Kap. 6-2.3, Zustandekommen von Verträgen und Probleme der Willenserklärung, in: Schwarz, Michael, Recht im Internet – Der Rechtsberater für Online Anbieter und Nutzer, Band I, 18. Ergänzungslieferung, Stand März 2001, Augsburg, S. 1- 32, zitiert: Schwerdfeger, Vertragsschluss im Internet
- Kap. 6-3.1, Regelungen zum Schutz der Endnutzer nach nationalem und internationalem Recht, in: Schwarz, Michael, Recht im Internet – Der Rechtsberater für Online Anbieter und Nutzer, Band I, 13. Ergänzungslieferung, Stand März 2000, Augsburg, zitiert: Schwerdfeger, Verbraucherschutz

Schwörbel, Dieter Herbert, Automation als Rechtssache des bürgerlichen Rechts: Ein Beitrag zu den Rechtsfragen der Verwendung elektronischer Datenverarbeitungsanlagen und automatischer Produktionseinrichtungen in der Wirtschaft, Diss., Hamburg 1970, Automation als Rechtstatsache

Sester, Peter, Vertragschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, 98

Sieber, Ulrich, Verantwortlichkeit im Internet, München 1999

Soergel, Hans-Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil, §§ 104 – 240, 13. neubearb. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 2000 (Allgemeiner Teil – wiss. Redaktion: Wolf, Manfred), zitiert: Soergel/Wolf

Spickhoff, Andreas, Gesetzesverstoß und Haftung, Köln/Berlin/Bonn/München 1998

Spindler, Gerald, Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen, ZIP 2001, 809

Spindler, Gerald, Der Entwurf zur Umsetzung der E-Commerce Richtlinie, ZRP 2001, 203 – 207

Spindler, Gerald, E-Commerce in Europa – Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR Beilage 2000, 4 - 21

Spindler, Gerald / Wiebe, Andreas, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Aufl., Köln 2005, zitiert: Ernst/Wiebe

Spindler, Gerald, Die Inhaltskontrolle von Internet-Providerverträgen, K&R 1999, 488

Spindler, Gerald, Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl., Köln 2004

Stadler, Astrid / Micklitz, Hans Wolfgang, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559.

Staudinger, Julius von / Beitzke, Günther, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, zitiert: Staudinger/Bearbeiter

- Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90 – 240, 12. Aufl., Berlin 1980 (bearbeitet von Dilcher)
- Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 134 – 163, 13. Aufl., Berlin 1996

Susat, Werner / Stolzenburg. G., Gedanken zur Automation, MDR 1957, 146 - 154

Süßenberger, Christoph, Das Rechtsgeschäft im Internet, Frankfurt 2000

Taupitz, Jochen / Kritter, Thomas, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839 – 846

Tettenborn, Alexander, E-Commerce-Richtlinie Erste Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland, K&R 2000, 59-63.

Teuber, Hanno / Melber, Michael, Online-Auktionen – Pflichten der Anbieter durch das Fernabsatzrecht, MDR 2004, 185 ff.

Thiele, Wolfgang / Clemens, Rudolf, Form und Fristwahrung durch elektronische Übermittlung einer Textdatei, MR 1999, 7 ff.

Tonner, Klaus, Das neue Fernabsatzgesetz - oder: System statt „Flickenteppich“, BB 2000, 1413 – 1420

Trinks, Peter, Anmerkung zum Urteil des AG Bad Hersfeld, MMR 2004, 500 f.

Tschentscher, Axel, Beweis und Schriftform bei Telefaxdokumenten, CR 1991, 141- 149

Ulmer, Detlef, Vertragsschluss im Internet, CR 2002, 208 ff.

Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Aufl., Köln 2001, zitiert: Ulmer/Brandner/Hensen

Ulrici, Bernhard, Die entäuschende Internetauktion, Anmerkung zu: LG Münster, Urteil vom 21.01.2000 – 4 O 424/99, JuS 2000, 947 – 951

Ulrici, Bernhard, Zum Vertragsschluss bei Internetauktionen, NJW 2001, 1112 – 1113

Ultsch, Michael L., Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen – dargestellt am Beispiel der electronic Mail, NJW 1997, 3007 – 3009

Vehslage, Torsten, Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, DB 2000, 1801-1805

Vehslage, Torsten, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. April 2001 – 6 W 37/01, CR 2001, 782 - 783

Vehslage, Torsten, Elektronisch übermittelte Willenserklärungen, AnwBl 2002, 86 – 88

Waldenberger, Arthur, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296 - 303

Weber, Rolf H., E-Commerce und Recht – Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001, zitiert: Weber, E-Commerce

Wenzel, Henning, Internetauktion: Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes im Verhältnis Antragender/Annehmender?, DB 2001, 2233 – 2238

Wenzel, Henning, Vertragsabschluss bei Internet-Auktion – ricardo.de, NJW 2002, 1550 - 1551

Westerwelle, Kai, Anmerkung: Verbot der unaufgeforderten E-Mail-Werbung 13.10.1998, 16 O 320/98, MMR 1999, 45, 46

Wiebe, Andreas, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, MMR 2000, 323 –329

Wiebe, Andreas, Zu BGH Urteil v. 07.11.2001 VIII ZR 13/01, CR 2002, 216

Wiebe, Andreas, Die elektronische Willenserklärung, Tübingen 2002

Wildemann, Daniela, Vertragsschluss im Netz, Diss., München 2000

Wilkens, Jochen, Anmerkung zum Urteil des LG Münster – Urteil v. 21.01.2000 - Az. 4 O 424/99 (Ricardo.de) – Präsentation eines KFZ in Internet-Auktionen

nur als Aufforderung zu Vertragsangeboten und nicht als bindendes Vertragsangebot?, DB 2000, 666 - 668

Wilmer, Thomas, Rechtliche Probleme der Online-Auktion, NJW-CoR 2000, 94 - 104

Winter, Sperrung des Telefonanschlusses bei Nichtzahlung der Rechnung, Anm. zum Urteil vom 14.8.2002 AG Starnberg, CR 2003, 295

Wischmann, Tewes, Rechtsnatur des Access-Providing, MMR 2000, 461ff.

Wurster, Bettina, Der Internet-Auftritt von Rechtsanwälten in der Europäischen Union, JurPC Web-Dok. 250/2001, Abs. 1 - 16

Ziem, Claudia, Spamming - Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, MMR 2000, 129, 130

Einführung

I. Problemstellung

1. Der elektronische Handel

Die Existenz des Internets, das aus dem Alltag nicht mehr wegzudenken ist, ermöglicht eine freie Kommunikation über alle Grenzen hinweg. Anbietung, Abruf und Austausch von Erklärungen und Nachrichten im Text-, Bild- und Datenformat über große Distanzen haben sich durch die modernen Telekommunikationsmittel fest etabliert. Das Internet entwickelt sich aber immer mehr, sowohl im privaten, als auch im geschäftlichen Bereich, von einem reinen Kommunikations- und Informationsmittel zu einem globalen elektronischen Handel – dem sog. Electronic Commerce. Mittels globaler Kommunikationsnetze entsteht weltweit ein globaler Marktplatz, auf dem Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden. Durch Zugänge zum Internet ist es möglich geworden, dass sich alle potentiellen Marktteilnehmer auf den weltweiten Markt begeben und teilnehmen können. Der E - Commerce erlaubt einen weltweiten Vergleich von Produkten und Preisen und bietet die Möglichkeit, diese Produkte weltweit online zu kaufen. Der elektronische Handel wird überwiegend mit den englischen Begriffen „Business to Consumer“ (B2C) und „Business to Business“ (B2B) beschrieben.

Der Abschluss von Verträgen mittels moderner Telekommunikationsmittel wie Internet oder E-Mail unterscheidet sich von den traditionellen Formen des Vertragsabschlusses. Dabei handelt es sich aber nicht um einen neuen, eigenen Vertragstypus. Grundsätzlich können, sofern keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen, über das Internet Kauf-, Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge vorbereitet und abgeschlossen werden. Der elektronische Vertragsabschluss ist nicht gekennzeichnet durch einen charakteristischen Regelungsinhalt, sondern durch die besondere Art und Weise seines Zustandekommens:

- Da ein menschlicher Wille durch Nutzung moderner Techniken zum Ausdruck gebracht wird, besteht eine physische Anwesenheit von Käufer und Verkäufer nicht mehr. Der Austausch von Daten im Geschäftsbereich findet oft in standardisierten Formaten zwischen EDV – Anlagen statt. In diesem Fall schließen die Teilnehmer vor Beginn der Transaktion ein sog. „Interchange Agreement“ ab; eine solche Vereinbarung hält die Rahmenbedingungen und Konditionen fest, welche den Austausch von Willenserklärungen zwischen den EDV – Anlagen der beteiligten Parteien auch ohne menschliche Mitwirkung ermöglichen.

- Bei dem elektronischen Vertragsabschluss ist der direkte Kontakt der Vertragsparteien nicht mehr gegeben. Im Prozess der Erstellung und Abgabe der Erklärungen sind Computer eingeschaltet, die den Menschen ganz oder teilweise substituieren. Im Unterschied hierzu ist die

persönliche Kommunikation bei dem herkömmlichen Vertragsabschluss der Regelfall. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Parteien mündlich über das Telefon oder schriftlich oder persönlich miteinander kommunizieren.

- Der Abschluss von Verträgen über Bestellformulare auf Websites unterliegt technischen Restriktionen und ist weitgehend standardisiert.

- Eine weitere Besonderheit des elektronischen Vertragsabschlusses liegt darin, dass der Vertragsschluss durch einen Mausklick zustande kommt, so dass die Benutzer sich oft nicht über den Inhalt ihres Verhaltens im Internet bewusst sind.

2. Problemkreise

Die geschilderten Eigenarten des elektronischen Vertragsabschlusses stellen den Gesetzgeber und die Vertragsparteien vor eine Reihe neuer Herausforderungen, die sich in folgenden Problembereichen unterteilen lassen:

- Der weltweite Charakter des Internets stellt die Frage der anwendbaren Rechtsordnung - soll das Recht des Anbieters oder das Recht des Käufers anwendbares Recht sein? Wie weit entsprechen die bestehenden rechtlichen Grundsätze und Regeln den Bedingungen des Internets und welche sollen unverändert auch im „Cyberspace“ für den Vertragsschluss gelten?

- Da der elektronische Vertragsabschluss theoretisch leicht erfolgt, besteht praktisch ein höheres Risiko, im Unterschied zum traditionellen Vertragsabschluss, technischer Störungen der Sende-, Übermittlungs- und Empfangseinrichtungen, unwirksamer Verträge, fehlerhafter oder ungewollter Willenserklärungen. Der schnelle Austausch von Daten und Informationen leidet unter der Gefahr der technischen Möglichkeit Dritter, diese Daten zu lesen, zu bearbeiten und weiterzuleiten. Solche Manipulationen können angeblich den Inhalt der Nachricht genauso betreffen wie den Absender oder den bestimmungsgemäßen Empfänger. Die Störung der Integrität einer Nachricht ist zudem auch durch Manipulation ihres Inhalts durch den Empfänger und dessen Behauptung, die Erklärung so erhalten zu haben, möglich.

- Die Dynamik der Entwicklung der elektronischen Dienste hat den Gesetzgeber aufgefordert, nationale Rechtsvorschriften zu schaffen, die sämtliche Phasen bis zum Vertragsabschluss umfassen sollten. Erste Schritte zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens wurden in Deutschland 1997 mit dem Informations- und Kommunikationsdienste – Gesetz (IuKDG) unternommen. Dieses Artikelgesetz enthielt als Art. 3 das Gesetz zur digitalen Signatur. Dadurch wurden aber keine spezifischen Regelungen für den elektronischen Geschäftsverkehr geschaffen. Die schnelle Entwicklung des Internets hat in einzelnen Bereichen

Anpassungen und Erweiterungen der Normen des BGB gefordert, sowie Ergänzungen der allgemeinen Regeln des BGB durch die E – Commerce – Richtlinie und die Fernabsatzrichtlinie. Der deutsche Gesetzgeber kam seiner Verpflichtung aus der FernAbsRL bereits durch das Gesetz über Fernabsatzverträge vom 27.06.2000 nach.[1] Das FernAbsG wurde mit gewissen Anpassungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB integriert. Durch das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG)[2] wurden Teile der E – Commerce - Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt. Dies geschah durch Änderung von Regelungen des IuKDG. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sieht die am 19.01.2000 in Kraft getretene Signatur-Richtlinie[3] vor, bestimmte Mindestvoraussetzungen an Signaturverfahren einzuführen und elektronische Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift gleichzustellen. Die Umsetzung in das deutsche Recht erfolgte durch den Gesetzgeber durch die Novelle des Signaturgesetzes (2001) und durch das FormG[4], welches Änderungen des BGB beinhaltet. Zurzeit bildet sich in Deutschland aufgrund einzelner Urteile auch ein fallbezogenes Recht heraus[5], das auf die Internet-Auktionen große Anwendung findet.

Trotz des erfolgreichen Versuches des Gesetzgebers, das nationale deutsche Recht an die neuen Herausforderungen des Internet anzupassen, sind viele Fragen des Internet-Vertragsschlusses und die damit verbundenen Probleme noch nicht gelöst. Keine Klarheit besteht bei den Fragen: Wie erfolgen der Zugang, die Annahme und die Rückgängigmachung elektronisch übermittelter Willenserklärungen? Wie muss das Verlust- und Verzögerungsrisiko verteilt werden? Dieser Aufgabe widmet sich die Arbeit. Ziel der Arbeit ist es, den Zusammenhang zwischen Recht und Technik in Bezug auf den elektronischen Vertragsschluss klar zu stellen.

II. Aufbau der Untersuchung

Elektronische Vertragsabschlüsse über Computernetzwerke kommen durch individuell (elektronisch) übermittelte Willenserklärungen oder mittels einem automatisierten Willensaustausch zustande. Deshalb wird zunächst untersucht, ob die mit Hilfe eines Computers erzeugt und elektronisch übermittelten Erklärungen Willenserklärungen im Sinne des BGB sind, sowie die verschiedenen Arten und Formen der elektronischen Willenserklärung. Im Hintergrund liegt die Überlegung, dass eine Willenserklärung zu ihrer Wirksamkeit der Abgabe durch den Erklärenden und des Zugangs beim

[1] BGBl .I, S. 897; berichtigt am 21.07.2000, BGBl. I, S.1039.
[2] BGBl. I, S. 1870.
[3] Richtlinie 1999/93/EG.
[4] Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, 2001.
[5] Ende/Klein, Vertriebsrecht im Internet, S. 16.

Empfänger bedarf.

Weiter handelt es sich im Kern um das Wirksamwerden der elektronischen Willenserklärung. Entscheidend ist dabei, ob das Wirksamwerden der Willenserklärung bei Einsatz moderner Telekommunikationsmittel nach der Empfangstheorie oder nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie zu beurteilen ist. Die Unsicherheit der Vertragsparteien einerseits und die Geschwindigkeit der Übertragung der Erklärungen anderseits bedingen spezifische Mittel zum Schutz der Verbraucher.

Folgend werden fehlerhafte Erklärungen im Hinblick auf ihre mögliche Anfechtbarkeit untersucht. Umstritten ist, ob die fehlerhaften elektronischen Willenserklärungen stets als ein unbeachtlicher Motivirrtum des Anlagenbetreibers zu werten sind oder im Einzelfall auch Ausdruck einer Inkongruenz von Willen und Erklärung sein können. Eine weitere Fallgruppe der Überlegung sind die abhanden gekommenen Willenserklärungen. Dabei sind die Fehler zu untersuchen, die bis zum Zugang beim Empfänger auftreten können, sowie die technischen Mittel, die der Anbieter dem Nutzer zur Verfügung zu stellen hat, mit denen er vor Abgabe der Bestellung Eingabe- und Bedienungsfehler erkennen und korrigieren kann. Sind solche Mittel nicht vorhanden oder verstößt der Anbieter gegen vorvertragliche Schutz- und Informationspflichten, die keinen elektronischen Vertragsabschluss in Kenntnis aller wesentlichen Umstände ermöglichen, so ist zu klären, wie ein Verbraucherschutz erreicht werden kann. Daher sind die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts zu betrachten, die dem Verbraucher einen Anspruch auf Schadenersatz oder eine entschädigungsfreie Loslösung vom Vertrag erlauben.

§ 4 der Arbeit ist dem elektronischen Vertragsabschluss selbst gewidmet. Bei der Beurteilung des Zustandekommens eines elektronischen Vertrages stellt sich in der Vorphase bereits die Frage, welche Willensäußerung als rechtserhebliches „Angebot“ zu betrachten ist. Fraglich ist insbesondere die Zulässigkeit konstitutiver Befreiungsvorbehalte, die dem Antragenden auch nach Zugang der Annahmeerklärung ein Widerrufsrecht sichern. Das Fehlen einer ausdrücklichen Fristbestimmung führt zur Unklarheit bei der Frage, welcher Bearbeitungszeitraum der Bestellung angemessen ist. Fraglich ist auch, ob die Vornahme der Erfüllungshandlung nach § 151 BGB oder das Schweigen als Annahme des Angebots betrachtet werden kann. Die Bestätigung des Eingangs der Bestellung auf elektronischem Weg vom Unternehmer ist im elektronischen Geschäftsverkehr üblich. Dabei wird auch untersucht, welche Gesetzesänderungen der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf die erforderliche Gleichstellung von dem elektronischen und herkömmlichen Vertrag vorgenommen hat, wie also der Austausch von elektronischen Willenserklärungen unter Beachtung der Formvorschriften des BGB möglich sein kann. Hier werden im wesentlichen die Informationspflichten und die Regeln über die Grundsätze der elektronischen Bestellung überprüft, eingestellt in das BGB durch das Schuldrechtsreformgesetz (01.01.2002), sowie die neue

Regelung des § 312 e BGB. Im Hintergrund steht dabei die Frage, welche ausdrücklichen Sanktionen bei einem pflichtwidrigen Verhalten des Anbieters gesetzlich vorgesehen sind. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik hat zugleich zum Ziel, aufzuzeigen, in welchem Maße die neu geschaffenen Normen überhaupt in der Lage sein werden, die von dem Gesetzgeber angestrebten Ziele zu erreichen.

Die Arbeit beschäftigt sich weiter mit dem Verbraucherschutz im Internet und den Neukonzeptionen im deutschen Privatrecht. Substantielle Veränderungen ergeben sich dabei aus den neuen Regelungen des BGB. Da der grundsätzliche Zweck der Arbeit in der umfassenden Untersuchung der auf den elektronischen Vertragsabschluss anwendbaren Normen des Privatrechts besteht, werden dabei als Ausgangspunkt das Widerrufsrecht und damit § 355 BGB behandelt. Zuletzt werden hier die Absicherung der Kommunikationswege und die Sicherung der Informationsverarbeitung betrachtet.

Der Vertragsabschluss unter Einsatz digitaler Signaturen, sowie die hiermit verbundenen Fragen der rechtlichen Gleichstellung papiergebundener und elektronischer Verträge bergen eigenständige Probleme, die in dieser Arbeit angesprochen werden müssen. Im Zeitalter von Informations- und Kommunikationstechnologie ersetzen elektronische Daten die herkömmliche Schrift- und Papierform. Der Einsatz digitaler Signaturen verlangt eine Alternative für den Beweis der Authentizität, d. h. der Urheberschaft einer Willenserklärung. Für besonders risikobehaftete und beweisrelevante Rechtsgeschäfte ist durch Gesetz die Schriftform mit eigenhändiger Unterschrift vorgesehen. Diese kann grundsätzlich durch eine elektronische Signatur ersetzt werden, wobei nur eine nach dem Signaturgesetz als „sicher“ geltende einer konventionellen Unterschrift gleichwertig ist. Nun besteht die Möglichkeit der freien Wahl zwischen herkömmlicher Schriftform und neuer elektronischer Form. Ob die elektronische Signatur für die Authentifizierung, Nichtbestreitbarkeit und absolute Vertraulichkeit einer übermittelten Nachricht unentbehrlich ist, wird in dieser Arbeit herausgestellt werden.

Zuletzt befasst sich die Arbeit mit den Nebenaspekte des elektronischen Handels, nämlich mit der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Verbindlichkeit erreichen vorformulierte Online-Vertragsbestimmungen nur, wenn sie vom beiderseitigen Parteiwillen abgedeckt sind. Diese Übernahme besteht aus der Abrede der Vertragsparteien, bestimmte allgemeine Bedingungen zum Inhalt dieses Vertrages zu machen. Wer einen Vertrag unterzeichnet oder abschließt, der ausdrücklich auf allgemeine Bedingungen verweist, ist in gleicher Weise gebunden wie derjenige, der seine Unterschrift unter den Text der allgemeinen Bedingungen selbst setzt. Im Grundsatz kommt es somit nicht darauf an, ob der Unterzeichner den Text wirklich gelesen hat. Allerdings ist darauf zu achten, dass von den AGB in zumutbarer Weise Kenntnis genommen werden kann. Im Vordergrund steht die Frage, welche Anforderungen an die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme zu stellen sind. Bei elektronischen Vertragsangeboten ist die Einblendung von AGB zudem nur dann ausreichend,

wenn sie dem Kunden eine kritische Prüfung der Bedingungen erlaubt. Die neuen Regelungen des BGB sind dabei zu konkretisieren.

Es wird ferner gezeigt, ob der Electronic Commerce auf einer rechtlich gesicherten Basis die traditionellen Weisen des Vertragsschlusses ersetzen kann. Dabei wird im Hinblick auf das Vertragsrecht sowohl die Vereinbarkeit der Normen des BGB mit den Anforderungen des Internets verglichen als auch zu gesetzgeberischen Regelungen und Vorschlägen Stellung genommen. Die Arbeit fasst die rechtlichen Aspekte des elektronischen Handels zusammen, untersucht vorhandene Lösungsansätze kritisch und fügt neue Modelle zu. Dabei ist die rasante Entwicklung des Internets, bzw. der Rechtsprechung und der Legislative in diesem Bereich, zu berücksichtigen.

§ 1. Einordnung der elektronischen Willenserklärung und Computererklärung in das System des BGB

I. Willenserklärung im Internet

1. Stand der Dogmatik

Internetseiten sind eine, wenn nicht die wichtigste Präsentationsmöglichkeit im Internet. Durch sie wird das World Wide Web (WWW) definiert, welches integraler Bestandteil des Internets ist. Eine rechtliche Besonderheit elektronischer Geschäftsabwicklung liegt daran, dass die elektronische Willenserklärung einen sehr schwachen Bezug zur sich äußernden Person hat. Ein Beispiel hierfür ist der Mausklick auf der Schaltfläche "Angebot" einer Homepage.[6] Die Erklärungshandlung ist der Mausklick.[7] Sie ist eine Willenserklärung, wenn sie mit dem nötigen rechtsgeschäftlichen Willen verbunden ist. Der Nutzer eines Computers tätigt eine Vielzahl von Mausklicks, aber nur in wenigen Fällen ist eine Willenserklärung gegeben. Das Bewusstsein, welcher Mausklick ein verbindliches Angebot bedeutet, ist deshalb oft nicht deutlich.[8] Stellt hingegen ein Computer aufgrund einer Programmierung die Erklärung automatisch her, handeln nicht Menschen, sondern Maschinen. Sollten derartige Erklärungen als Willenserklärungen bezeichnet werden, muss sich das Recht mit Zurechnungsgrundsätzen behelfen. Damit ist fraglich, welche Mindestanforderungen einer Willenserklärung gegeben sein müssen.

- Sollen an Willenserklärungen Rechtsfolgen geknüpft werden, ist eine Stellungnahme zu den Mindestanforderungen einer Willenserklärung unumgänglich.[9] Nur so können die unterschiedlichen Arten und Mischformen der Erklärungen, die unter Einsatz moderner Telekommunikationsmittel wie Internet an den Empfänger übermittelt oder von einer EDV-Anlage ganz oder teilweise unter Ersetzung des Menschen erstellt wurden, rechtlich eingeordnet werden.

- Darüber hinaus spielt der Tatbestand der Willenserklärung eine besondere Rolle bei der Frage, welche Bedingungen für die Anfechtung einer fehlerhaften automatisierten Willenserklärung vorhanden sein müssen. Der Frage, ob der Erklärende eine automatisierte Erklärung unbedingt gegen sich gelten lassen muss, ist im Ergebnis zuzustimmen. Systematisch ist zunächst die Rechtsnatur der elektronischen Willenserklärung zu untersuchen und auf der Basis der Untersuchung eine rechtliche Bewertung fehlerhafter Erklärungen abzugeben. Wenn nicht feststeht, dass jedes zurechenbare Verhalten eine Willenserklärung darstellen kann, so macht die Untersuchung einer möglichen Anfechtung von fehlerhaften Willenserklärungen keinen Sinn.

---

[6] Borges, S. 163.
[7] Geis, NJW 1997, 3000; Ernst, NJW-CoR 1997, 165.
[8] Weber, E-Commerce, S. 312 f.
[9] Borges, S. 194, 195.

Die Voraussetzungen eines herkömmlichen Vertragsabschlusses unterscheiden sich von den Anforderungen an einen Online-Vertragsabschluss nicht. Auch bei dem Online-Vertragsabschluss muss Einigung über die essentialia negotii vorliegen, damit der Vertrag zustande kommen kann. Der Unterschied besteht darin, dass dabei Computer bei der Erzeugung und/oder Übermittlung der Erklärungen beteiligt sind. In der Literatur sind diese Erklärungen durch verschiedene Begriffe ausgedrückt. Während ein Teil der Literatur von den „automatisierten" Willenserklärungen spricht,[10] definiert ein anderer Teil diese als „elektronisch"[11] oder als „digital".[12] Andere Stimmen bezeichnen diese Form der Erklärung als „Computererklärung" und „automatisierte Erklärung"[13] in Abgrenzung zur „digitalen" und „elektronischen Erklärung".

2. Unterschiedliche Erklärungstypen

a) Hintergrund

Die Differenzierung der unterschiedlichen Erklärungstypen, in Gestalt von elektronischen Medien, kann im BGB nicht gefunden werden. Sie hat sich aufgrund der sprachlichen Präferenzen der Autoren entwickelt. Die unterschiedliche Terminologie rührt daher, dass dieselbe Bezeichnung teilweise für verschiedene Sachverhalte verwendet wird und umgekehrt.[14] Es ist dabei zu unterscheiden, ob die Erklärung durch die Eingabe über die Tastatur und damit manuell erzeugt und dann durch elektronische Datenfernübertragung zum Empfänger transportiert wird oder ob die Erklärung mittels eines Computers in Ausführung eines Computerprogramms erzeugt und dann elektronisch an den Empfänger übermittelt wird. Entsprechend ist zwischen den elektronischen Medien als *reinen Kommunikationsmitteln*[15] und den elektronischen Medien als *Erzeugern und Empfängern* zu differenzieren. Unter dem ersten Begriff ist zu verstehen, dass die Abgabe und Entgegennahme von Erklärungen ohne die Fähigkeit zum eigenständigen Verstehen und Entscheiden erfolgen.[16] Bei dem zweiten Fall liegen bei dem Transport menschlicher Erklärungen eigenständiges Verstehen und Entscheiden vor.[17]

---

[10] Hübner AT, Rn. 667; Köhler AcP 182 (1982), 126, 132 ff.; MüKo/Kramer, Vor § 116 Rn. 22.
[11] Clemens; NJW 1985, S. 1998 ff.; Bachmann, Vertragsschluss und Haftung im Internet, S. 173; Melullis, MDR 1994, S. 109 ff.
[12] Schwerdfeger, Vertragsschluss im Internet, Kap. 6.-2.3, S. 3.
[13] Baetge, Handbuch E-Business, 2. Kap., S. 100.
[14] MüKo/Kramer, a.a.O., verwendet die Begriffe „elektronische" und „automatisierte" Willenserklärung gleichbedeutend. Folgerichtig werden die Begriffe „elektronische Willenserklärung" und „Computererklärung" synonym verwendet.
[15] Soergel/Wolf, Vor § 145 Rn. 108.
[16] Soergel/Wolf, Vor § 145 Rn. 108; Wolf spricht daher von „elektronisch übermittelten Willenserklärungen".
[17] D. h., die Software des Datenanbieters schließt den Vertrag selbstständig ab und führt ihn anschließend im Wege der Übersendung der bestellten Daten auch sofort durch; Daten sind nach der DIN 44300 „Zeichen oder kontinuierliche Funktionen, die zum Zwecke der Verarbeitung Information aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen darstellen".

b) Kategorien von Erklärungen – Meinungsstand

Nach einer Ansicht sind folgende Kategorien von Erklärungen zu unterscheiden: „digitale Willenserklärungen“, die mittels eines Computers erzeugt würden, und „Computererklärungen“, die durch den Computer selbst mittels eines Computerprogramms erzeugt würden.[18] Nach einer anderen Meinung ist zwischen zwei Kategorien zu differenzieren.[19] Die erste Kategorie umfasse alle Erklärungen, bei denen der Computer als Hilfsmittel von Menschen nicht den Erklärungsakt selbst betreffe, sondern diesem vorgelagert sei, ihm nachfolge oder durch den Benutzer der EDV-Anlage in umfassender Kenntnis ihrer Funktionen selbst gesteuert werde. Zur zweiten Kategorie zählten die Erklärungen, die das unmittelbare Ergebnis eines datenverarbeitenden Programms seien. Es handele sich dabei um die Computererklärung[20] und automatisierte Erklärung.[21] Im Gegensatz zur ersten Fallgruppe trete hier die Technik an die Stelle des Menschen, wobei die Steuerung der Erklärung durch das zu einem früheren Zeitpunkt festgelegte Computerprogramm erfolge.[22] Nach einer dritten Ansicht ist die Erklärung eines Computers danach zu unterscheiden, ob in irgendeinem Stadium der Erklärungserstellung ein Mensch beteiligt ist oder nicht.[23] In den ersten Fallgruppen handele es sich um die automatisierten Erklärungen eines Computers mittels manuell eingegebener Daten, unter den zweiten Fallgruppen werde eine Computererklärung im eigentlichen Sinn zusammengefasst.[24]

c) Kategorien von Erklärungen – Eigene Ansicht

Bei dem Prozess der Erzeugung oder Erstellung und Übermittlung der Erklärung können sowohl Menschen als auch Computer eingeschaltet sein. Wenn die Erklärung vom Menschen erzeugt und anschließend von diesem ohne technische Hilfsmittel übermittelt wird, handelt es sich um die Willenserklärung im herkömmlichen Sinne. Dabei gelten die allgemeinen Regeln und es ist keine weitere Betrachtung erforderlich. Auch die Erklärungen, die entweder durch

---

[18] Schwerdfeger, Vertragsschluss im Internet, Kap. 6.-2.3, S. 3.

[19] Der gleichen Auffassung ist auch Baetge, Handbuch E-Business, 2. Kap., S. 100, wonach zwischen zwei Kategorien zu unterscheiden wäre: Digitale oder elektronische Erklärungen auf der einen Seite, bei denen die Erklärung vom Benutzer selbst verfasst und unter Verwendung eines Computer an den Empfänger gesendet werden. Demgegenüber stehen die Computererklärungen oder automatisierten Erklärungen, die vom Computer infolge einer entsprechenden Programmierung erstellt und dann an den Computer des Empfängers übermittelt werden.

[20] Soergel/Hefermehl, Vor § 116 I Rn. 30, der allerdings von einem zu engen Begriff der Computererklärung ausgeht.

[21] Nach der Auffassung von Kilian, Computerrechtshandbuch, Kap. 20 Rn. 14 gibt es die automatisierte Willenserklärung als solche eigentlich nicht, sondern nur elektronische Datenverarbeitung mit rechtsgeschäftlichen Wirkungen. Die Wirkungen folgen aus den jeweiligen Rahmenbedingungen und dem konkreten Einsatzzweck.

[22] Kuhn, § 6 I, S. 56.

[23] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13.1 Rn. 92.

[24] Demgegenüber behaupten Larenz/Wolf AT, § 30 IV 2, Rn. 47**;** Soergel/Wolf, Vor § 145 Rn. 109, dass es sich dabei nicht um eine eigenständige Fallgruppe handelt, sondern um einen Unterfall der automatisierten Erklärung.

einen Computer oder unter Beteiligung von Menschen und Computer erzeugt und anschließend durch den Menschen expliziert werden, sind als Willenserklärungen einzuordnen. Willenserklärungen, die auf elektronischem Wege über Datenleitungen abgegeben werden, sind in aller Regel ebenso rechtsverbindlich wie Erklärungen, die mündlich oder schriftlich abgegeben werden. Das liegt daran, dass das deutsche Recht nur in ganz bestimmten Fällen für die Abgabe von Willenserklärungen eine bestimmte Form vorschreibt. Sogar Computererklärungen soll die Qualität von Willenserklärungen zukommen. Voraussetzung ist nur, dass der Einsatz des Computers auf dem Willen des Betreibers beruht und dass dieser sich deshalb die vom Computer hergestellten Erklärungen als eigene Willenserklärungen zurechnen lassen will oder muss. Der Unterschied liegt darin, dass die Erzeugung der Erklärung teilweise oder vollständig mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen erfolgt.[25] Damit verbleiben die zwei bereits benannten Kategorien, elektronische Willenserklärung und automatisierte Willenserklärung, die beide weiter zu betrachten sind. Wenn die elektronisch übermittelte Erklärung vom Menschen erzeugt wurde, handelt es sich um eine elektronische Willenserklärung.[26] Ist aber die vom Computer zu übermittelnde Erklärung mittels eines Datenverarbeitungsprogramms erzeugt worden, so spricht man von einer automatisierten Willenserklärung.[27] Ordnet man weiter danach, ob die Erzeugung der Erklärung unter Beteiligung des Menschen erfolgt oder nicht, so ist innerhalb der zweiten Fallgruppe die Computererklärung als Unterfall zu unterscheiden.[28]

3. Elektronische Willenserklärung

a) Arten

Innerhalb der elektronischen Willenserklärung sind Erklärungen zu unterscheiden, die vom Menschen erzeugt und von diesem mittels eines Computers an den Empfänger übermittelt werden, sowie solche, die anschließend elektronisch übermittelt werden.[29] Wird eine vom Erklärenden selbst formulierte Erklärung von diesem oder mittels eines Computers übermittelt, handelt es sich um einen nachgelagerten EDV- und Telekommunikationseinsatz. Dabei lassen sich sowohl eine menschliche Erklärungshandlung als auch ein diese tragender Wille bejahen. Ein Beispiel für einen vorgelagerten Einsatz von Computern[30] bildet der Einsatz elektronischer

---

[25] Taupitz, JuS 1999, 839.
[26] Kuhn, S. 55.
[27] Taupitz, JuS 1999, 839.
[28] Krüger/Bütter, WM 2001, 221, 223.
[29] Kuhn, § 6 I, S. 55: Die elektronischen Willenserklärungen lassen sich als Willenserklärungen einordnen, „…bei denen die Substitution des Menschen durch die Technik nicht den rechtsgeschäftlichen Erklärungsakt selbst betrifft, sondern diesem vorgelagert ist, ihm nachfolgt, oder wenn der Benutzer die EDV- oder Telekommunikationsanlage in umfassender Kenntnis ihrer Funktionen selbst steuert“.
[30] Die technischen Beschränkungen oder die unzureichenden Erfahrungen des Anwenders schließen die generelle Beherrschbarkeit nicht aus und stehen der grundsätzlichen Anerkennung der auf diesem Weg erstellten Erklärungen als Willenserklärung nicht entgegen, können aber im Rahmen der Irrtumlehre relevant werden.

Textverarbeitungssysteme und die Nutzung von sog. Büro-Anwendersoftware im Allgemeinen.

b) Vergleich zur traditionellen Willenserklärung

Die elektronische Willenserklärung unterscheidet sich grundsätzlich nicht von der handschriftlichen oder maschinenschriftlichen Erklärung.[31] Unterschiede ergeben sich aus den Eigenheiten der elektronischen Willenserklärung.

Im Vergleich zur schriftlichen Erklärung ist der Erklärende hierbei in seiner Erklärungsfreiheit eingeschränkt. Eine *Schranke negativer Art* ist beispielsweise vorhanden, wenn der Anbieter gewisse Angaben (wie Telefonnummer oder E-Mail-Adresse) des Kaufinteressenten verlangt. Der Erklärende muss mehr erklären, als er möchte; sollte er die Angaben verweigern, so wird seine Erklärung vom Computerprogramm des Anbieters nicht akzeptiert. In diesem Fall stehen dem Erklärenden zwei Möglichkeiten zu: entweder erklärt er sich in der Weise, die vom Anbieter gewünscht ist, um seine Erklärung zu übermitteln, oder er bricht den Vorgang ganz ab und die Erklärung wird nicht übermittelt. Eine *Schranke positiver Art* liegt vor, wenn die formularmäßige Ausgestaltung einer Bestellmaske dem Erklärenden es erlaubt, die vom Anbieter geforderten Angaben zu machen. Weitere Zusätze des Erklärenden sind nicht vorgesehen; in diesem Fall erklärt er weniger, als er möchte. Ein Beispiel, das die beiden Arten verdeutlichen kann, sind die Online-Auktionen. Dabei hat der Kunde nach Auswahl des Artikels keinen Einfluss auf den Inhalt des Kaufvertrages. Zu seiner Disposition stehen lediglich die Modalitäten der Erfüllung des Vertrages (Zahlungsweise, Versand, Lieferanschrift und Rechnungsadresse). Um den Artikel zu bestellen, ist kein Übersprung über die einzelnen Stationen möglich. Der Kunde kann sich aber auf den einzelnen Masken nur in dieser Form erklären, die vom Anbieter vorgegeben sind. Er muss die Dateneingabe bestätigen und die Modalitäten der Erfüllung positiv wählen, denn eine andere Möglichkeit ist vom Programm nicht vorgesehen.

c) Unterschiede zur traditionellen Willenserklärung

Gewisse Unterschiede zu schriftlichen oder maschinenschriftlichen Erklärungen bestehen darin, dass, auch wenn das Computerprogramm des Anbieters bei einer Bestellung die Kosten ausrechnet oder dem Kunden die Kaufkonditionen mitteilt, noch keine automatisierte Willenserklärung vorliegt, denn die Erklärung wird vom Menschen erzeugt. Auch dann, wenn der Besteller mehr erklären muss, als er eigentlich möchte, und sich aufgrund technischer Vorgaben möglicherweise nicht in der von ihm gewünschten Form erklären kann, liegt keine automatisierte Willenserklärung vor. Der Erklärende hat die Alternative, die Schranken der Erklärungsfreiheit zu akzeptieren oder auf diese Art der Erklärung im konkreten Fall zu verzichten. Wird eine in dieser Weise hergestellte Willenserklärung elektronisch zum Empfänger transportiert, so liegt eine elektronische Willenserklärung vor.

[31] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13.1 Rn. 90.

4. Automatisierte Erklärung

Während bei der elektronischen Willenserklärung die Erklärung unmittelbar vom Menschen erzeugt wird, ist die automatisierte Erklärung lediglich das Ergebnis menschlichen Handelns. Die Erklärung selbst wird durch das Computerprogramm erzeugt oder erstellt. Die automatisierte Erklärung bezieht sich auf die Besonderheiten der Willensbildung und der Erklärungserstellung, bei der im Zeitpunkt der Abgabe kein aktives menschliches Handeln mehr erfolgt.[32]

5. Computererklärung

a) Einleitung

Die Computererklärung ist ein Unterfall der automatisierten Willenserklärung.[33] In Abgrenzung zu der letzten ist dabei auf mindestens einer Seite kein Mensch an der Erstellung der Erklärung beteiligt. Die Computererklärung ist lediglich die Folge eines vollautomatischen Rechenprozesses, welcher in eine eindeutige oder gar keine Erklärung mündet.

Nach der h. M.[34] ist die Computererklärung als Willenserklärung zu betrachten. Sie weist mit einem objektiven Erklärungsakt und einem Handlungswillen die erforderlichen Tatbestandsmerkmale einer Willenserklärung auf. Darüber hinaus liegen bei der Computererklärung ein Erklärungsbewusstsein und ein Geschäftswille vor.

- Bei einer Online-Bestellung mittels einer Bestellmaske überprüft der Computer des Anbieters auf der Gegenseite selbständig den Lagerbestand und die Lieferbarkeit der gewünschten Artikel und „entscheidet“ ohne menschliches Zutun über den Vertragsschluss. Die Erklärung wird dem Kunden mittels Bildschirm übermittelt. Die EDV kontrolliert aber nicht nur die Lagerhaltung, sondern führt auch die entsprechenden Zahlungen aus; Überweisungssaufträge und Lastschriften werden erstellt und mittels Clearing Verfahren an die Bank weitergeleitet. Diese lösen dort automatisch Gutschriften und Lastschriften auf dem Lieferantenkonto aus, die mit den ausgehenden Lieferungen abgeglichen werden können und im Bedarfsfall automatisch angemahnt werden, indem ein Brieftext ausgedruckt, mit einer faksimilierten Unterschrift versehen und dem Postausgang zugeleitet wird.

b) Differenzierung

Bedenklich ist, ob der Begriff der Computererklärung auch auf eine Willenserklärung per Mausklick passt. Im Internet ist häufig erforderlich, durch

---

[32] Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, S. 102 Rn. 200.
[33] Soergel/Hefermehl, Vor § 145 Rn. 109.
[34] Medicus, BGB-AT, Rn. 256; Eisenhardt, JZ 1986, 875; Hübner, AT, Rn**.** 667.

einen Mausklick eine Erklärung abzugeben. Dies geschieht in den sog. „Hyperlinks“: Mechanismen, mit denen Referenzen in ein Dokument eingebettet werden und die Verbindungen zwischen Dokumenten schaffen. Mittels Hyperlinks sind Verweise von einer Internetseite auf eine andere Internetseite möglich. Wenn der Nutzer die Textstelle oder Grafik anklickt, so wird die Verweisstelle aufgerufen. Die Verweisung erfolgt auf eine Internetseite oder auf eine bestimmte Stelle der Internetseite, wenn diese eine entsprechende Sprungmarke enthält. Bei Einbindung einer Sprungmarke präsentiert die Verweisung dem Nutzer gleich den Ausschnitt innerhalb dieser Seite.[35] Dies ist insbesondere haftungsrelevant, wenn für den Nutzer nicht erkennbar ist, ob und wie weit die aufgerufenen Inhalte vom Anbieter stammen. Eine weitere Möglichkeit der Einbeziehung fremder Inhalte bietet die Einbeziehung dynamischer Inhalte fremder Seiten. Dabei werden die fremden Inhalte per Verweis in die eigenen Seiten eingebunden, ohne das der Nutzer durch Auswählen eines Links tätig werden muss. Dem Nutzer präsentiert sich eine Internetseite mit dynamischen Inhalten, die aus verschiedenen Quellen stammen, ohne dass es ihm erkennbar ist.[36]

Unabhängig von der Art des verwendeten Links ist die Grenze zwischen Computererklärung und elektronischer Willenserklärung zu ziehen. Die automatisch generierte Aufforderung des Anbieters auf der Website ist eine Computererklärung. Fraglich ist, ob auch das Betätigen dieses „Links“ durch den Nutzer selbst eine Computererklärung ist. Löst das Betätigen des Links auf dem Rechner desjenigen, der „klickt“, einen Programmablauf aus, der seinerseits eine Erklärung ohne weiteren Eingriff des Nutzers automatisch erzeugt und weiterleitet, so ist dies zu bejahen. Die bloße Weiterleitung ist dagegen als eine elektronische Willenserklärung zu qualifizieren. Die genaue Differenzierung hängt von den technischen Abläufen im Einzelnen ab.

c) Untersuchung der Computererklärung

aa) Hintergrund

Der durch elektronische Übermittlung erklärte Wille ist nach herrschender Meinung als Erklärung eines menschlichen Willens anerkannt.[37] Die Fallgruppen der elektronischen Willenserklärung werden tatbestandlich als Willenserklärungen im System des BGB eingeordnet.[38] Die elektronische Willenserklärung kann als Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens mittels elektronischer Medien definiert werden. Probleme entstehen bei der Subsumtion der automatisierten Willenserklärung und Computererklärung. Bei der automatisierten

---

[35] Sieber, Multimediarecht, Kap. 1 Rn. 80.
[36] Sieber, Multimediarecht, Kap. 1 Rn. 83.
[37] Palandt/Heinrichs, Einf v § 116 Rn. 1 m.w.N.
[38] Clemens, NJW 1985, 1999, die elektronische Willenserklärung sei der Gegensatz zu der natürlichen Erklärung menschlichen Willens und der menschlichen Absicht, da sie sich im Entstehen, in der Übermittlung und dem Empfang stofflos darstelle.

Willenserklärung tritt der Computer bei Erstellung der Erklärung ganz oder teilweise an die Stelle des Menschen, wobei die Steuerung des Computers durch das zu einem früheren Zeitpunkt festgelegte Computerprogramm erfolgt; ein konkretes menschliches Zutun ist hierbei nicht vorhanden. Als Unterfall der automatisierten Erklärung[39] kommt die Computererklärung im Betracht. Beide Begriffe werden zur Vereinfachung weiter synonym verwendet; bestehen aber im Einzelfall Unterschiede zur automatisierten Erklärung im Sinne der dabei verwendeten Terminologie, so wird auf diese eingegangen.

bb) Computererklärung als Willenserklärung

Im Fall der Computererklärung fehlt es an einer menschlichen Erklärungshandlung[40], noch liegen ein Handlungs-, Erklärungs- oder Geschäftswille vor.[41] Das EDV-System verarbeitet entsprechend seiner Programmierung die Ausgangsdaten zu einer konkreten Erklärung, die durch Telekommunikation oder Briefpost an den Erklärungsempfänger übermittelt wird, ohne die Mitwirkung des Anlagenbetreibers[42] oder dessen konkrete Vorstellung über die jeweiligen Erklärungen. Der Anlagenbetreiber hat über die jeweilige Erklärung gar keine konkreten Vorstellungen, sondern nur einen allgemeinen Willen, dass die vom Computer erstellten Erklärungen für und gegen ihn gelten sollen, ohne zu wissen, wann eine solche Erklärung abgegeben wird, an wen und mit welchem Inhalt. Darüber hinaus entziehen sich nicht nur die einzelnen Erklärungen, sondern auch die Inhaltsbestimmung seiner Kenntnis.[43]

Die der konkreten Willenserklärung vorausgehende Willensbildung wird vom Computer automatisiert vorgenommen. Die Bejahung einer solcher Computererklärung als Willenserklärung ist deshalb umstritten. Anderseits ist zu beachten, dass auch der Tätigkeit des Computers immer ein menschlicher Wille zugrunde liegt. Die EDV-Anlage führt lediglich Operationen nach einem vorhandenen Programm durch.[44] Die Computerprogramme haben lediglich die Funktion eines Werkzeuges, denn das Computerprogramm enthält die Regeln für die Bearbeitung der künftig anfallenden Geschäftsvorfälle. Der Vertragspartner ist nur der Mensch und nicht der Computer. Da der Anlagenbetreiber nur einen allgemeinen unbestimmten Willen hat, entsteht hierbei die Frage, ob die Computererklärung auf eine menschliche Erklärungshandlung des Erklärenden zurückgeht und damit als Willenserklärung eingeordnet werden kann. Aufgrund des allgemeinen Willens hat der Anlagenbetreiber mittels Computer die tatsächlichen Voraussetzungen für den automatischen Erklärungsakt geschaffen. Die Erstellung der einzelnen Erklärungen beruht mangels Kenntnis nicht auf dem konkreten Geschäftswillen[45], sondern nur auf dem generellen Willen des

[39] Soergel/Hefermehl, Vor § 145 Rn. 109.
[40] Schwörbel, Automation als Rechtstatsache, S. 39.
[41] Brauner, Erklärungsrisiko, S. 41 ff.
[42] Kuhn, § 6 I, S. 57.
[43] Kuhn, § 6 I, S. 57.
[44] Köhler, AcP 182 (1982), 132.
[45] Brauner, Erklärungrisiko, S. 41.

Anbieters, hieraus rechtsgeschäftlich gebunden zu sein. In der Literatur spricht man in diesem Sinne von einem „verkürzten, generalisierten Geschäftswillen“.[46]

II. Rechtliche Betrachtung und Anerkennung

1. Ansichten in der Literatur

In der früheren Literatur wurde der rechtsgeschäftliche Charakter der elektronischen Willenserklärung verneint; die Computererklärung wurde als Willenserklärung nicht anerkannt, da der Computer über ein „unmenschliches Erinnerungsbild und Kombinationsvermögen verfüge“.[47]

Nach den neuen Ansichten werden die Unsicherheiten bei der Erzeugung elektronischer Erklärungen, welche zwingend mit dem Einsatz von EDV-Anlagen verbunden sind, als unvereinbar mit der Funktion rechtlicher Selbstbestimmung betrachtet.[48] Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Bei dem ersten Fall handelt es sich um ein determiniertes System, bei dem die Teile aufeinander einwirken, mit der Folge, dass bei einem Verarbeitungssystem das Ergebnis der Verarbeitungstätigkeit eingegebener Werte feststeht und dass eine Abweichung vom vorhergesehenen Ergebnis nur durch einen Eingabe- oder einen technischen Fehler zu begründen ist. Demgegenüber steht das probabilistische System, wobei keine detaillierten und sicheren Voraussagen des Arbeitsergebnisses vorliegen. Dies ist aber eine erforderliche Voraussetzung, damit die Erklärung dem Anlagenbetreiber objektiv zugerechnet werden kann, denn nur dann kann dieser verantwortlich handeln. Das gilt ohne Differenzierung nach dem Grad der relativen Selbständigkeit der EDV, da die Ablehnung der Computererklärung nicht von der „technologischen Höhe eines EDV-Systems“ abhängen darf.[49] Ein vollautomatisiertes Dialogverfahren zwischen dem Anbieter und dem Kunden mit rechtlich bindender Wirkung ist daher nicht möglich. Der Ausweg besteht aus zwei Alternativen: entweder wird die Annahmeerklärung formularmäßig ausgedruckt und dem Betreiber vorgelegt und damit aufgrund einer Willenserklärung die Annahmeerklärung abgegeben oder der Computer schaltet sich aus dem Dialogbetrieb mit dem Kunden ab und ein unmittelbarer Dialog zwischen dem Betreiber und dem Kunden wird aufgenommen.[50]

2. Rechtliche Würdigung

Die herkömmliche Willenserklärung kann mit den tatsächlichen Umständen des Zustandekommens der Computererklärung nicht gleichgesetzt werden, da zum Zeitpunkt der Bereitstellung von Programmen in Bezug auf die zukünftige konkrete Computererklärung noch keine abgeschlossene Willensbildung

---

[46] Kuhn, § 6 I, S. 58.
[47] Susat/Stolzenburg, MDR 1957, S. 146.
[48] Clemens, NJW 1985, 2001.
[49] Clemens, NJW 1985, 2001.
[50] Clemens, NJW 1985, 2001.

vorliegt. Das Programm stellt nur die Rahmenbedingungen fest, während der Zeitpunkt der Abgabe, der Erklärungsgegner und der Erklärungsinhalt noch nicht bestimmt sind. Der Computer „entscheidet“ im Einzelfall regelmäßig erst nach Eingabe zuvor unbekannter Parameter[51], die von außen ins System eingespeist werden. Während der Abgabe der Erklärung erfährt der Anlagenbetreiber von ihr nichts. Individuelle Eingriffe sind in den Programmablauf nicht möglich. Damit kann die einzelne Computererklärung nicht auf die konkrete Willensbildung zurückgeführt werden, sondern leitet sich nur mittelbar ab, aus dessen Willen die Anlage in Betrieb zu nehmen und die Rahmenbedingungen festzulegen.[52]

Die Analogie zur Automatenerklärung ist in mehrfacher Weise beschränkt. Der Anlagenbetreiber trifft keine Einzelentscheidungen auf Vorrat, denn es gibt nur eine allgemeine Regel für die Bearbeitung von Geschäftsvorfällen. Anfallende Daten werden aufgrund von Computerprogrammen verarbeitet.[53] Daher ist die Computererklärung nicht eindeutig vorbestimmt oder bestimmbar, wie die fertige Willenserklärung bei der Warenautomatenerklärung. Darüber hinaus ist ein Vergleich zwischen der Situation bei dem Warenautomaten mit der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung durch eine Datenverarbeitungsanlage, für den Fall, dass es sich tatsächlich um ein Angebot von Waren handelt, sehr eingeschränkt. In diesen Fällen ist es möglich, das Angebot statt an einen bestimmten Empfänger, mit dem der Anbieter einen Vertrag schließen möchte, an einen unbestimmten Personenkreis mit der Maßgabe zu richten, dass es jedem gegenüber gelten soll, der es innerhalb einer bestimmten Frist annehmen wird. Unklarheit herrscht in der Literatur, ob es bei dem Warenautomaten überhaupt um ein Angebot des Anbieters geht.[54] Nicht zu erklären vermag der Vergleich mit dem Verkauf durch Warenautomaten auch, wie Informationen und Erklärungen eines Computers, die nicht unmittelbar auf den Vertragsabschluss gerichtet sind, rechtlich zu qualifizieren sind.

3. Computererklärung und Blanketterklärung

a) Parallele

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass das funktionelle Zusammenwirken zwischen Computer und dem dahinterstehenden Erklärenden mit der Situation der Blanketturkunde vergleichbar sei.[55] Auch der Blankettgeber will aus einer rechtsgeschäftlichen Erklärung gebunden sein, ohne von deren Inhalt genaue Kenntnis zu haben. Ebenso wie bei der Blankettausfüllung durch einen Gehilfen sei der Computer bei der Formulierung von Inhalten einer Erklärung tätig. Der Gehilfe wie der Computer sei im rein tatsächlichen Bereich tätig, so dass Geschäftsfähigkeit oder die Fähigkeit zur Bildung eines eigenen Willens keine Bedeutung habe. Ähnlich einem EDV-Anlagebetreiber begibt sich

[51] Brauner, Erklärungsrisiko, S. 47 ff.
[52] Clemens, NJW 1985, 2001, Redecker NJW 1984, 2392.
[53] Köhler, AcP 182 (1982), 132.
[54] Vgl. Medicus AT, Rn. 362.
[55] Jauernig, § 126 Rn. 6.

der Blankettgeber einer noch unvollständigen Urkunde und stellt die Rahmen fest, in denen der Blankettnehmer das Fehlende ergänzen soll.[56] Seine Verpflichtung durch den weisungsgemäß handelnden Gehilfen sei mit der Computererklärung vergleichbar.[57] Der Computer vervollständige aufgrund vorheriger Programmierung des Betreibers eine (Blankett-) Willenserklärung und verpflichte diesen ohne erneute Willenserklärung.

b) Rechtliche Würdigung

Eine Analogie zur Blanketterklärung kommt in Betracht, denn bei der Abgabe der Computererklärung ist für den Dritten erkennbar, dass nicht der Anlagenbetreiber selbst, sondern die EDV-Anlage reagiert. Keiner der Theorien, die eine Zurechnung der ganz oder teilweise fremderstellten Erklärung in Analogie zum Ermächtigungsrecht stützen, vermag aber letztlich zu überzeugen. Obwohl der Vergleich mit der Blanketterklärung die tatsächlichen Umstände der Erklärungsabgabe durch die EDV des Anlagenbetreibers beschreibt, ist damit für eine tatbestandliche Einordnung der Computererklärung wenig gewonnen.[58] Der Unterschied ergibt sich aus dem rechtlichen Charakter der Computererklärung, nämlich der arbeitsteiligen Erklärungsabgabe zwischen Mensch und der Maschine. Sollte man den Inhalt der Blanketterklärung lediglich als einen rein tatsächlichen Akt betrachten, so macht es „keinen Unterschied, ob der Inhalt einer Erklärung mit Hilfe von Menschen oder mit Hilfe technischer Einrichtungen konkretisiert wird“.[59]

Bei der Untersuchung der Computererklärung ist die in der Literatur herrschende Einigkeit zu berücksichtigen, dass für eine Willenserklärung eine menschliche Erklärungshandlung erforderlich ist, die auf den Rechtsbindungswillen des Erklärenden schließen lässt. Daraus resultierend muss sich die Computererklärung als ein menschliches Erklärungshandeln darstellen und auf einem menschlichen Willen beruhen. Fraglich ist dabei, welcher Grad an menschlicher Beeinflussung erforderlich ist und unter welchen Umständen die Computererklärung dem Anlagenbetreiber zuzurechnen ist. In Verbindung hiermit werden die fehlerfreien und die fehlerhaften Erklärungen dargestellt, die für die dogmatische Begründung der Computererklärung entscheidungsrelevant sind.

[56] Kuhn, § 6 II 2, S. 66.
[57] Soergel/Hefermehl, Vor § 116 Rn. 30.
[58] Kuhn, § 6 II 2, S. 68.
[59] Köhler AcP 182 (1982), 134.

III. Fehlerfreie und fehlerhafte Computererklärung

1. Fehlerfreie Computererklärung

a) Handlung

Bei der Untersuchung der Computererklärung wurde festgestellt, dass sie vollständig automatisiert ohne menschliches Mitwirken von der EDV erzeugt und abgegeben wird. Ein menschliches Handeln ist vorhanden bei der Aufstellung, Inbetriebnahme, ihrer Programmierung, in der Kontrolle der Funktionen und in dem Unterlassen von Eingriffen in den Betriebsablauf.[60] Diesen menschlichen Handlungen kommt im Regelfall keine Erklärungsfunktion zu.[61] Der Anlagenbetreiber stellt die Rahmenbedingungen fest, unter denen die Erklärung von der EDV erzeugt und an Dritte übermittelt wird. Der menschliche Handlungsbeitrag ist für die Computererklärung ursächlich und erfolgt auf die Abgabe der entsprechenden Erklärung durch den Computer. Lässt ein automatisierter Erklärungsakt auf den durch die EDV konkretisierten Rechtsfolgewillen des Anlagenbetreibers schließen und sind die Handlungen des Anlagenbetreibers für die Erklärungserstellung ursächlich, so wird der objektive Tatbestand der Willenserklärung erfüllt. Dabei bereiten die menschlichen Handlungen, die zweckgerichtet auf die automatisierte Erklärungserstellung hin erfolgen, die spätere Erklärungsabgabe mittels Computers vor.

b) Wille

Aufgrund des zeitlich gestreckten und arbeitsteiligen Erklärungsvorgangs zum Zeitpunkt der automatisierten Erstellung der Computererklärung wird es regelmäßig an einem konkreten Handlungswillen des Anlagenbetreibers fehlen. Für den subjektiven Tatbestand der Computererklärung ist aber ausreichend, dass die Verursachungshandlung des Anlagenbetreibers von seinem Handlungswillen getragen wurde.[62] Nimmt der Anlagenbetreiber den Computer in Betrieb und ist seine Handlung zu diesem Zeitpunkt bewusst gesteuert, so liegt ein Handlungswille für alle Erklärungen vor, die der Computer im Anschluss abgibt. Der Erklärende bedient sich eines Computers, eine vom Willen des Erklärenden getragene Handlung.[63] Der notwendige Handlungswille des Anlagenbetreibers ist damit auch bei der Computererklärung zu bejahen. Dieser fehlt bei dem Rechtsverkehr im Internet nur dann, wenn der Anlagenbetreiber oder sein Gehilfe durch vis absoluta zur Inbetriebnahme der EDV oder zur Auslösung bestimmter Datenverarbeitungen gezwungen oder entsprechend von Eingriffen in den Programmablauf abgehalten werden, was in der Praxis kaum relevant sein dürfte.

Die Computererklärung ist dennoch eine echte Willenserklärung, denn der

---

[60] Kuhn, § 6 III 1, S. 69.
[61] Kuhn, § 6 III 1, S. 69.
[62] Kuhn, § 6 III 1, S. 70.
[63] Heun, CR 1994, 596.

Erklärungsakt beruht letztlich auf einem menschlichen Willen. Allerdings ist das Vorliegen eines Erklärungsbewusstseins bei dem Anlagenbetreiber anzunehmen. Der Anlagenbetreiber gibt ganz bewusst mit der automatisierten Erklärungserstellung nach außen seinen generellen Rechtsfolgewillen an, auch wenn er die endgültig erstellte Erklärung nicht kennt, da die Willensbildung durch EDV festgelegt ist.[64] Im Vertrauen auf die Funktionstüchtigkeit macht sich der Anlagenbetreiber die Computererklärung zumindest stillschweigend von vornherein zu eigen.[65] Sein Wille ist dabei nicht auf ein konkretes Geschäft bezogen, sondern auf alle vom Computer eingegangenen Geschäfte. Damit ist auch ein generelles Erklärungsbewusstsein zu bejahen, weil der Rechtsfolgewille das Erklärungsbewusstsein voraus setzt und in sich einschließt.[66]

Der Geschäftswille ist kein konstitutives Element der Willenserklärung und dies gilt auch für die Computererklärung. Ein genereller Geschäftswille des Anlagenbetreibers, die abgegebenen Erklärungen als eigene gelten zu lassen, ist dabei aber anzunehmen. Der Anlagenbetreiber trägt den Willen nach außen, sich die Erklärungen, die vom Computer erstellt sind, als eigene zurechnen zu lassen.

2. Fehlerhafte Computererklärung

a) Handlung

Die Voraussetzungen für eine fehlerhafte Computererklärung sind vielfältig. Fehler kommen etwa bei der Programmierung oder der Kontrolle der EDV-Anlage in Betracht, die auf eine fehlerhafte Bedienung zurückgehen oder auf einen Mangel von Hard- und Softwarekomponenten beruhen können. Für die EDV bedeutet dies auch eine Verfälschung von Daten oder gar Datenverlust und Systemausfall. Sollte eine Rechtsbindung des Anlagenbetreibers in diesen Fällen angenommen werden, so kommt dies einer Garantiehaftung gleich, da es sich um einen Interessenausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Anlagenbetreibers und dem Vertrauen der Erklärungsempfänger handelt.

Für den objektiven Tatbestand ist ausreichend, wenn die Computererklärung im Wege des „funktionellen Wechselspiels zwischen Mensch und Maschine“[67] auf den konkretisierten Rechtsfolgewillen des Anlagenbetreibers zumindest schließen lässt und seine Vorbereitungshandlungen bei der Erstellung der Erklärung ursächlich sind. Eine Kausalität im rechtlichen Sinne ist dabei zu bejahen, denn auch für eine daraus entstehende „Computererklärung“ ist die Bereitstellung der EDV durch den Anlagenbetreiber unerlässlich. Da die Bereitstellung und Inbetriebnahme der Anlage nicht hinweg gedacht werden

---

[64] Köhler/Arndt, Recht des Internet, III 2 a.
[65] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13.1 Rn. 119.
[66] Der Empfänger einer elektronischen Willenserklärung kann erkennen, dass es sich um eine computergenerierte Erklärung handelt, und daraus auch schließen, dass hinter dieser Erklärung dann weder ein konkreter Geschäftswille, noch ein konkretes Erklärungsbewusstsein steht, sondern alle drei Elemente aufgrund technischer Übermittlung nur „generell“ vorhanden sind, Wiebe, § 7 II, S. 211.
[67] Haft; DSWR 1979, 45.

kann, ohne dass die daraus fehlerhafte Computererklärung entfiele, erfüllt auch ein automatisierter fehlerhafter Erklärungsakt den objektiven Tatbestand der Willenserklärung.

b) Wille

Fraglich ist, ob die Selbstverantwortung und der Vertrauensschutz eine Bindung an das objektive Erklärungsverhalten durch normative Zurechnung der Erklärung rechtfertigen, wenn ein Erklärungsbewusstsein nicht vorliegt. Da der Anlagenbetreiber nur durch die Computererklärung gebunden sein will, wird eine Erklärung der EDV-Anlage, die von Störungen betroffen ist, nicht mehr vom generellen Rechtsfolgewillen gedeckt. Der Anlagenbetreiber wird trotz des Fehlers nicht einschreiten, da er an der Erstellung weder mitgewirkt hat, noch von ihr Kenntnis erlangt. Die Zurechnung solcher fehlerhafter Computererklärungen aufgrund eines allgemeinen Erklärungsbewusstseins ist problematisch, wenn der Anlagenbetreiber mit einer solcher fehlerhaften Erklärung bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht rechnen musste.

Da bei der Computererklärung der Erklärungsempfänger besonders schutzbedürftig ist, ist es nach dem Vertrauensgrundsatz unter bestimmten Bedingungen notwendig, dem Erklärenden den Inhalt seiner Erklärung auch gegen seinen inneren Willen zuzurechnen, weil der Erklärungsempfänger die Sphäre des Betreibers nicht durchschauen kann.[68] Die Selbstbestimmung des Anlagenbetreibers korrespondiert mit dessen Selbstverantwortung für den Inhalt der erstellten und übermittelten Erklärungen. Durch die Inbetriebnahme der EDV im Rechtsverkehr hat der Anlagenbetreiber die Gefahr einer fehlerhaften Computererklärung geschaffen. Auch wenn die Abgabe fehlerhafter Computererklärungen nicht vollständig auszuschließen ist, hat der Anlagenbetreiber durch den Betrieb der EDV die Voraussetzung für die Realisierung des Restrisikos, das nach menschlichem Ermessen nicht zu kontrollieren ist, geschaffen. Er muss daher die Folgen fehlerhafter Computererklärungen tragen,[69] da der Erklärende durch die fehlerhafte Computererklärung rechtlich gebunden ist. Eine Beschränkung der Pflicht auf den Ersatz des Vertrauensschadens ist dabei nicht zu begründen. Zwischen dem der rechtsgeschäftlich gar nichts will und dem der rechtsgeschäftlich etwas anderes will, liegt kein Unterschied vor. In beiden Fällen steht dem Erklärenden die Wahl zu, nach § 119 Abs. 1 BGB anzufechten und dann nach § 122 BGB den Vertrauensschaden zu ersetzen, oder an seiner Erklärung festzuhalten und dann eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten, die ihm günstiger wäre als die einseitige Verpflichtung zum Schadenersatz. Das Ergebnis aus dem Gesagten ist, dass das Erklärungsbewusstsein nicht zu dem Tatbestand der Willenserklärung gehört.[70] Dasselbe gilt für den Rechtsfolgewillen[71], der das

[68] Kuhn, § 6 III, S. 75.
[69] Soergel/Hefermehl, Vor § 116 I Rn. 5.
[70] BGH Urteil vom 29.11.2004, NJW 1995, 953; MüKo/Kramer, § 119 Rn. 92 ff.; Larenz AT (1988), § 19 III, 354 ff.
[71] BGH Urteil vom 24.05.1993, NJW 1993, 2100.

Erklärungsbewusstsein mitumfasst.

c) Zurechnung

Die fehlerhafte Computererklärung muss sich der Anlagenbetreiber grundsätzlich zurechnen lassen.[72] Der Anlagenbetreiber ist der einzige, der den Fehler erkennen und verhindern könnte und der die Rahmenbedingungen festlegt, innerhalb derer das Geschäft abgewickelt werden kann. Da er die Möglichkeit hat, Verträge durch den Computer abzuschließen, ohne unmittelbar mitwirken zu müssen, sollte er auch für die Fehler haften. Nach Rechtsprechung und Lehre wird die Zurechenbarkeit des objektiven Erklärungstatbestandes dann bejaht, „wenn der Erklärende bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrsitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat“.[73] Mit der Einbeziehung des Computers in die Vertragsbeziehungen muss sich der Erklärende auch die Ergebnisse der EDV zurechnen lassen, vorausgesetzt, in der Fehlerhaftigkeit der Erklärung verwirklicht sich das vom Anlagenbetreiber geschaffene und abstrakt beherrschte Risiko. Sofern sich dieses Risiko verwirklicht hat, ist dem Erklärenden die rechtsgeschäftliche Erklärungsbedeutung, wie sie seinem Verhalten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers beizulegen ist, trotz seines fehlenden Erklärungsbewusstseins zuzurechnen.

IV. Zusammenfassung

Der Begriff der Willenserklärung umfasst neben den traditionellen Formen der Willenserklärung auch die elektronische Willenserklärung. Die Regeln über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte sind daher auf elektronische Willenserklärungen, mit Beachtung der Besonderheiten ihrer Herstellung, anwendbar. Entscheidend ist nicht, wie eine Erklärung in den Rechtsverkehr gelangt, sondern dass die Verantwortung über das Ob und Wann des Inverkehrbringens sowie über das Was beim Erklärenden verbleibt.[74] Eine Gleichstellung der Computererklärung mit der Willenserklärung und deren Einordnung in das System des BGB ist deswegen zu bejahen,

- Wenn der Erklärende sich für die Erklärungserstellung der Hilfe eines Computers bedient, liegt eine vom Willen des Erklärenden getragene

---

[72] Köhler, AcP 182 (1982), 135.

[73] BGH Urteil vom 07.06.1984, NJW 1984, 2279, vgl. auch BGH Urteil vom 29.11.1994, NJW 1995, 953: Soweit einem tatsächlichen Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein und ohne Rechtsbindungswille die Wirkungen einer Willenserklärung beigelegt werden, muss der Äußernde fahrlässig bei dem Erklärungsempfänger das Vertrauen auf einen entsprechenden Erklärungsinhalt geweckt haben. Dieser Begründungsansatz und der Schutzzweck schließen es aus, aus einem tatsächlichen Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein Rechtsfolgen zu Lasten Dritter herzuleiten.

[74] Paefgen, JuS 1988, 593.

Handlung vor.

- Auch wenn die Erklärungserstellung der EDV – Anlage überlassen wird und der Erklärende zunächst weder den Inhalt noch den Adressaten der Computererklärung kennt, sind die Ergebnisse der Datenverarbeitung dem Erklärenden aufgrund eines allgemeinen Rechtsfolgewillens zuzurechnen, da der Anlagenbetreiber aus Sicht des Erklärungsempfängers die Computererklärung sich zu eigen macht, indem er sie willentlich in den Rechtsverkehr gelangen lässt. Eine mittels EDV automatisiert erstellte Erklärung ist dem Vertrauensgrundsatz entsprechend nicht nur dann dem Anlagenbetreiber normativ zuzurechnen, wenn sie fehlerfrei ist, sondern auch bei Fehlerauftreten innerhalb ihrer Erzeugung, sofern die Ursache für die automatisierte Erstellung vom Anlagenbetreiber oder dessen Gehilfen zumindest mit Handlungswillen gesetzt wurde und sich in der Fehlerhaftigkeit das EDV-Risiko verwirklicht hat.

Zusammengefasst sind für das Vorliegen einer automatisierten Willenserklärung folgende Mindestvoraussetzungen erforderlich: ein objektiver Erklärungsakt, dem eine kausale Betriebshandlung des Erklärenden oder seiner Gehilfen zugrunde liegt, der Handlungswille des Erklärenden und die normative Zurechnung der objektiven Erklärungsbedeutung nach dem Risikoprinzip.

§ 2. Wirksamwerden von Willenserklärungen bei der Nutzung moderner Kommunikationsmittel

I. Stand der Dogmatik

Bei einer Willenserklärung ist zwischen der Abgabe, deren Zugang bei dem Empfänger und dem Wirksamwerden der Erklärung zu unterscheiden.[1] Die Abgabe einer Willenserklärung ist der Zeitpunkt, in dem eine fertige Erklärung vorliegt. Von diesem ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens zu unterscheiden. Der Zeitpunkt, in dem eine Willenserklärung wirksam wird, kann mit dem der Abgabe zusammenfallen oder ihm nachfolgen.

In § 2 der Arbeit, der das Wirksamwerden elektronischer Willenserklärungen zum Inhalt hat, und in § 4, der den elektronischen Vertragsabschluss betrachtet, werden die Regeln des BGB und ihre Anwendung auf den Vertragsabschluss unter Einsatz moderner Telekommunikationsmittel behandelt.

1. Abgabe bei der elektronischen Willenserklärung

Bei der elektronischen Willenserklärung bildet der Erklärende einen konkreten Willen und formuliert den Inhalt der Erklärung, die durch den Computer gespeichert und übermittelt wird. Wichtig ist dabei, dass der Erklärende erkennbar, mittels einer bewussten Handlung, eine entsprechende Erklärung abgeben will und dass die Abgabe der Erklärung für einen objektiven Dritten als entsprechende Äußerung eines Geschäftswillens verstanden wird. Das Handeln des Erklärenden ist maßgeblich für die Bestimmung der Abgabe der Erklärung, d. h. der Erklärende muss alles getan haben, was seinerseits zum Wirksamwerden der Erklärung notwendig ist.[2] Bei der elektronischen Willenserklärung muss die Abgabe dann angenommen werden, wenn der Erklärende den letzten, von ihm vorzunehmenden Mitwirkungsakt vollzogen hat, um die Erklärung auf die elektronische Reise zu senden.[3] Fraglich ist, wann eine endgültige Äußerung des Willens in Richtung des Empfängers vorhanden ist. Zur Beantwortung der Frage ist zwischen Abgabe einer Willenserklärung mittels E-Mail und der Abgabe von Erklärungen im Internet zu unterscheiden.

Die Abgabe der Erklärung mittels E-Mail erfolgt mit der willentlichen Erteilung des endgültigen Sendebefehls,[4] sei es der sofortige Versand per Mausklick oder der automatische Versand nach Ablauf der Warteschleife.[5] Wie die Erklärung übertragen wird, ist unbeachtlich. Demgegenüber ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu beachten, dass die regelmäßige Zwischenspeicherung durch den Erklärenden vor der Absendung nicht ausreicht, um die Abgabe zu bewirken, da der Erklärende damit noch nicht alles Erforderliche zur Weiterleitung getan hat. Dasselbe gilt auch, wenn die Weiterleitung der gespeicherten Erklärung vorprogrammiert erfolgt, etwa durch den automatischen Versand der im

---

[1] Borges, S. 219.
[2] Medicus BGB - AT, Rn. 263.
[3] Larenz/Wolf AT, § 26 I Rn. 2.
[4] MüKo/Einsele, § 130 Rn. 13.
[5] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 840; Ultsch, NJW 1997, 3007.

Postausgangsfach liegenden Nachrichten oder der automatischen Übermittlung der eingespeicherten Nachricht zu einer genau vorgegebenen Zeit, da der Willensentschluss wegen verbleibender Einflussmöglichkeiten (Löschung, Änderung der Nachricht) noch nicht endgültig ist. Es handelt sich dabei um bloße Erklärungsentwürfe.[6] Streit besteht bei der Beurteilung des Falles, wenn eine Erklärung bzw. ein Erklärungsentwurf den Bereich des Erklärenden ohne dessen Willen verlässt, so dass bloß der Schein einer Abgabe entsteht. In der Literatur wird die Meinung vertreten, die Willenserklärung gelte in diesem Fall als abgegeben, um das beim Empfänger erweckte Vertrauen in den Erklärungsinhalt zu schützen.[7] Der Schein der Erklärungsabgabe muss aber zumindest fahrlässig verursacht worden sein.[8] Dem Erklärenden verbleibt die Möglichkeit der Anfechtung.

Die Abgabe einer Willenserklärung im Internet erfolgt durch verschiedene Art und Weise, etwa per Mausklick oder durch Drücken der entsprechenden Betätigungs- bzw. RETURN- Taste.[9] Die Abgabe der empfangsbedürftigen Willenserklärungen erfolgt dann, sobald der Erklärende die Übergabe seiner Nachricht an das Telekommunikationsnetz zur Weiterleitung an den Empfänger auslöst.[10] Da der Benutzer des Internets von der Wirksamkeit über dieses Medium kundgetaner Willenserklärungen ausgeht, kann die Kundgabe des rechtlich relevanten Willens vom Vertragspartner unproblematisch als solche erkannt werden.

2. Abgabe bei der Computererklärung

Eine Computererklärung liegt erst dann vor, wenn Inhalt, Zeitpunkt und Adressat durch die EDV festgelegt werden. Diese konkretisiert und übermittelt die Erklärung. Fraglich ist hierbei, wie die Abgabe bei der Computererklärung zu definieren ist, da die Erklärung nicht schon dann abgegeben ist, wenn der Erklärende seinerseits alles getan hat, was zum Wirksamwerden der Erklärung nötig ist.[11] Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Computererklärung abgegeben, wenn der Computer die Erklärung für absendereif erklärt und dann durch Programmbefehl zur Absendung bringt, d. h. wenn der generelle Rechtsfolgewille des Anlagenbetreibers durch die EDV endgültig konkretisiert und sich in einer nach außen erkennbaren Weise manifestiert hat.[12] An die Stelle des auf Abgabe einer bestimmten Erklärung gerichteten Abgabewillens tritt bei der Computererklärung der generelle Abgabewille des Anlagenbetreibers, dessen Vollzug durch die EDV erfolgt. Eine Äußerung des Willens des Anlagenbetreibers liegt vor, wenn die durch den Computer erstellte Erklärung den Bereich der EDV tatsächlich verlassen hat und auf den Weg zum Empfänger gebracht worden ist.[13]

---

[6] Demgegenüber kann die Abgabe einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung schon durch ein endgültiges Speichern der Erklärung erfolgen, da die Abgabe mangels Adressaten nicht zielgerichtet sein muss, vgl. Kuhn, § 8 I, S. 87.
[7] Mehrings, Multimediarecht, Teil 13.1 Rn. 256.
[8] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839, 840.
[9] Borges, S. 222.
[10] Kuhn, S. 86.
[11] Kuhn, S. 86.
[12] Glatt, S. 61; Kuhn, S. 87 f.
[13] Süßenberger, S. 140.

Dasselbe gilt für fehlerhafte Computererklärungen. Ein genereller Abgabewille des Anlagenbetreibers oder seines Gehilfen ist ausreichend und wird entsprechend den Überlegungen zum fehlenden Erklärungsbewusstsein diesem nach dem Risikoprinzip normativ zugerechnet. Der Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins kann mit dem Fall des fehlenden Abgabewillens verglichen werden. Im ersten Fall ist der Anlagenbetreiber sich der rechtsgeschäftlichen Bedeutung seines Handelns nicht bewusst. Im Falle eines fehlenden Abgabewillens will der Anlagenbetreiber die Rechtswirkungen seines Erklärungsentwurfs nicht oder noch nicht herbeiführen.[14]

II. Zugang der elektronischen Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB

1. Anwendbarkeit der eingeschränkten Vernehmungstheorie und der Empfangstheorie.

Für den Zugang ist es erforderlich, dass die Erklärung so in den Einflussbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen von ihrem Inhalt ohne weiteres Kenntnis nehmen kann.[15] Fraglich und umstritten ist, wann genau diese Bedingungen bei einer elektronischen Mitteilung erfüllt sind.[16] Schließlich ist der Beweis des Zugangs von elektronischen Mitteilungen problematisch. Streit besteht in der Lehre darüber, ob auf das Wirksamwerden von elektronischen Willenserklärungen die eingeschränkte Vernehmungstheorie oder die Empfangstheorie anzuwenden ist. Eine Ansicht wendet auf das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, bei der Nutzung moderner Kommunikationsmittel, die eingeschränkte Vernehmungstheorie an. Teilweise wird innerhalb dieser Ansicht angenommen, dass die Erklärung bereits mit Signal Eingang wirksam werde und die Störung des Empfangsgeräts der Empfänger zu vertreten habe.[17] Nach einer anderen Ansicht wird die Erklärung erst dann wirksam, wenn der Erklärende nach den für ihn erkennbaren Umständen davon ausgehen kann, der Empfänger habe die Erklärung richtig und vollständig verstanden.[18] Die herrschende Meinung[19] stützt die Anwendbarkeit der Empfangstheorie auf das Wirksamwerden von elektronischen Willenserklärungen durch folgende Argumente:

Die Erklärungen mittels Telefax und Telex seien verkörperte Erklärungen unter Abwesenden, die zu ihrer Wirksamkeit des Ausdrucks bedürften.[20] Zugang trete nicht mit dem vom Empfänger lesbaren Signaleingang, sondern erst dann ein, wenn das Empfangsgerät die Sendesignale vollständig empfangen und ausgedruckt habe, so dass sie vom Empfänger unter gewöhnlichen Umständen zur Kenntnis

---

[14] Flume AT, § 14 2, S. 226; Medicus BGB – AT, Rn. 266.
[15] BGH Urteil vom 03.11.1976, BGHZ 67, 271, 275; Brinkmann, S. 49; John, AcP 184 (1984), 386; Köhler, AcP 182 (1982), 139 f.; Kuhn, S. 91.
[16] Borges, S. 223.
[17] Tschentscher, CR 1991, 141, 148.
[18] Köhler AcP 182 (1982), 140.
[19] OLG Köln Urteil vom 01.12.1989, NJW 1990, 1608, 1609; Köhler AT, § 6 II Rn. 18; Vehslage, DB 2000, 1801, 1803 f.; Baetge, S. 105; MüKo/Einsele, § 130 Rn. 2
[20] Erman/Palm, § 130 Rn. 9; MüKo/Einsele, § 130 Rn. 20.

genommen werden könnten.[21] Unlesbarer oder fehlender Ausdruck hindere mangels Möglichkeit der Kenntnisnahme[22] den Zugang. Das Risiko liege bei dem Erklärenden, da er die Übermittlungsart gewählt habe. Bei einem fehlerhaften Ausdruck wird angenommen, den Empfänger treffe eine Nebenpflicht, den Erklärenden zu benachrichtigen.[23] Ebenfalls wird die Empfangstheorie auf die Übermittlung von Erklärungen im Rahmen des elektronischen Datenaustauschs zwischen Unternehmen, die hierüber besondere Rahmenvereinbarungen geschlossen haben, electronic Data Interchange (EDI) angewendet[24].

Die Anwendbarkeit der eingeschränkten Vernehmungstheorie für die Beurteilung des Zugangs von elektronischen Willenserklärungen kann entsprechend mit der „Anwesenheit" der Parteien nach dem Wortlaut des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB gerechtfertigt werden. Anderseits kann die Anwendbarkeit der eingeschränkten Vernehmungstheorie deshalb umstritten sein, denn bei elektronischen Willenserklärungen bildet das zeitliche Auseinanderfallen von Abgabe und Zugang den Normalfall, das Zusammenfallen von Äußerung und Vernehmung ist dagegen die Ausnahme. Folgt man dieser Theorie, so führt dies zu einer erheblichen Risikoausweitung zu Lasten des Erklärenden. Denn die Erklärung wird nur dann wirksam, wenn der Erklärende nach für ihn erkennbaren Umständen davon ausgehen kann, dass die Erklärung richtig verstanden werden würde. Damit ist aber für den Erklärenden nichts gewonnen, denn vernünftige Zweifel am Vernehmen der Erklärung sind „nur auszuräumen, wenn der Empfänger die Erklärung wörtlich wiederholt und der Erklärende die Wiederholung akustisch richtig versteht".[25] Das Fehlen vernünftiger Zweifel hat nur die Bedeutung für den Beweis des Verstehens.[26] In diesem Fall könnte der Erklärende davon ausgehen, der Empfänger habe die Erklärung richtig verstanden und sie sei ihm wirksam zugegangen, mittels EDV bereits mit Signaleingang[27], spätestens jedoch mit deren Speicherung im Empfangsgerät[28], unabhängig davon, ob der Empfänger diese tatsächlich vernommen hat – ein Ergebnis, zu dem auch die Empfangstheorie führt. Eine rechtfertigende Begründung liegt nicht vor, um von der im § 130 Abs. 1 S. 1 BGB formulierten Empfangstheorie abzuweichen.

2. Einweg-, Dialog- und Echtzeitkommunikation in Bezug auf den direkten Übermittlungskontakt

Bei der Internetnutzung liegt keine unmittelbare Kommunikation der Vertragsparteien vor. Typisch ist dabei, dass die von einem Dienstanbieter

---

[21] Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 13 b.
[22] Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 13 a.
[23] Staudinger/Dilcher, § 130 Rn. 41.
[24] „Electronic Data Interchange (EDI) bezeichnet den standardisierten elektronischen Austausch von vertraglichen oder handelsbegleitenden Geschäftsdokumenten (z. B. Bestellungen, Auftragsbestätigungen, Rechnungen, Zollerklärungen, Frachtbriefe, usw.) zwischen unabhängigen Computern (...). Weil der Einsatz von EDI gewisse technische Minimalinfrastrukturen voraussetzt, handelt es sich vornehmlich um eine Geschäftsabwicklungsform für Unternehmen...", Weber, E-Commerce, S. 407.
[25] Jauernig, § 130 Rn. 12.
[26] BGH Urteil vom 25.01.1989, WM 1989, 650 f.
[27] Tschentscher, CR 1991, 148.
[28] Kuhn, § 8 II, S. 99.

veröffentlichten Inhalte zumindest temporär auf einem Datenträger zum Abruf durch Dritte gespeichert werden. Ort und Dauer der Speicherung bestimmen sich nach dem eingesetzten Dienst. Die Speicherung von Internetseiten ist zeitlich nicht begrenzt. Demgegenüber hängt die Speicherung von E-Mails vom Dienstanbieter bzw. vom Nutzer ab.[29] Die Verbindung ist in den meisten Fällen zeitverzögert und nicht unmittelbar: Veröffentlichung der Daten und deren Abruf fallen zeitlich auseinander. Wenn der Wille einer Partei auf irgendeiner Seite des Internets kundgetan wird, so ist von einer Erklärung unter Abwesenden auszugehen, die nach § 147 Abs. 2 BGB behandelt werden muss, da hier keine direkte Dialogmöglichkeit gegeben ist. Daher ist nach der h. M. die *Einwegkommunikation* durch E-Mail und entsprechende Erklärungen im Internet als Erklärung unter Abwesenden zu betrachten.[30]

Die Einordnung der *Dialog-Kommunikation* ist davon abhängig, ob die Kommunikation direkt zwischen erklärender und empfangender Person erfolgt oder im Rahmen ihrer Programmierung direkt empfängt, verarbeitet und automatisiert antwortet. Die Bewertung als Erklärung unter Anwesenden ist zu verneinen, da nur auf der Seite des Nutzers direkt aufgrund menschlich gesteuerter Handlung eine interaktive Kommunikation stattfindet.[31] Bei der Computerkommunikation liegt keine offene Dialogsituation vor, weil sie sich lediglich im Rahmen vorbestimmter Programmschritte vollzieht und keine Spielräume außerhalb der vorprogrammierten Programmabläufe hat. Der Computer kann Erklärungen wiederholen oder geben, er kann aber nicht den individuellen Verständnishorizont des Empfängers begreifen und seine Erklärung daher nicht entsprechend erläutern.[32] Bei der Kommunikation mit einer EDV-Anlage fehlt es auch an der individuellen Nachfragemöglichkeit des Erklärungsempfängers und der sofortigen Überprüfung des materiellen Erklärungsinhalts, die für Erklärungen unter Anwesenden typisch sind. Überprüfbar sind Fehler bei der Datenerfassung und Datenübermittlung, nicht aber der materielle Erklärungsinhalt. Der Computer ist ein technisches Hilfsmittel und wird nicht zur Person i. S. v. § 147 Abs. 1 S. 2 BGB. Erklärungen im Verfahren der elektronischen Dialog-Kommunikation unter Beteiligung einer oder mehrerer EDV-Anlagen sind daher als solche unter Abwesenden zu bewerten.[33]

Die *Echtkommunikation* ist von der Lehre als ein wechselseitiges Senden und Empfangen[34] definiert. Innerhalb dieser Kommunikation lassen sich textbasierte, sprachbasierte und bildbasierte Systeme unterscheiden. Im ersten Fall tauschen zwei oder mehrere Internet-Nutzer Texte schriftlich aus (z. B. „Chat“). Diese elektronische Kommunikation ist mit der Situation der schriftlichen Kommunikation unter Anwesenden vergleichbar, da sich die Parteien auf einer für beide gleichzeitig sichtbaren elektronischen Tafel erklären. In Analogie zum Telefongespräch ist es daher gerechtfertigt, einen Vertragsschluss unter

[29] Sieber, Multimediarecht, Kap. 1 Rn. 106.
[30] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 841; Eichhorn, S. 71.
[31] Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, S. 101 Rn. 194.
[32] Heun, CR 1994, 597.
[33] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13.1 Rn. 188; Schwerdfeger, Vertragsschluss im Internet, Kap. 6.-2.3, S. 15.
[34] Sieber, Multimediarecht, Kap. 1 Rn. 108.

Anwesenden anzunehmen. Liegt ein unmittelbarer Sicht-, Sprech- oder Schreibkontakt vor, ist von einer Erklärung unter Anwesenden auszugehen. Daher ist eine Anwendung des § 147 Abs. 1 S. 2 BGB zu bejahen.

3. Kriterium der Speicherung

Nach überkommener Auffassung liegt Zugang i.S.d. § 130 Abs. 1 BGB dann vor, wenn die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis nehmen.[35] Im Lichte der modernen Kommunikationssysteme hat sich diese Norm grundlegend gewandelt.

Die bloße elektronische Übertragung der Erklärung genügt noch nicht, um dem Empfänger die „Möglichkeit zur Kenntnisnahme“ zu vermitteln. Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen sowie der Verkehrsbedürfnisse wird neben der Kenntnisnahme auch durch die zuverlässige Speicherung einheitlich Zugang bewirkt.[36] Erforderlich ist, dass die Erklärung im Empfangsgerät elektronisch gespeichert und vom Empfänger abgerufen werden kann. Problematisch ist also, dass der Empfänger wegen Flüchtigkeit die Erklärung nur sofort oder überhaupt nicht zur Kenntnis nehmen kann, dies daher für ihn besonders unsicher ist. Im Ergebnis ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme im Sinne des Zugangs überhaupt nicht sicher und kann als Kriterium für das Wirksamwerden der Willenserklärung nicht akzeptiert werden. Gemäß der neuen Regelung des § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB sind zwei verschiedene Erklärungen für das Zustandekommen von elektronischen Verträgen maßgeblich. Bei Websites kommt ein Angebot an jedermann oder ein Angebot solange der Vorrat reicht in Betracht. Ob allerdings ein solch bindendes Angebot oder nur eine invitatio ad offerendum vorliegt, ist durch Auslegung von dem Empfängerhorizont unter der Berücksichtigung der Verkehrsitte zu ermitteln.[37] Im Rahmen dieser neuen Regelung des § 312 e BGB sind Bestellung und Empfangsbestätigung dann zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können. Eine Abweichung von den bisher an den Zugang gestellten Voraussetzungen besteht darin, dass an die Stelle der Möglichkeit der bloßen Kenntnisnahme jetzt die Möglichkeit des Abrufens getreten ist. Mit Rücksicht auf die bestehende deutsche Rechtslage ist in der neuen Regelung des § 312 e BGB die Einschränkung hinsichtlich der „gewöhnlichen Umstände“ vorgesehen, welche bereits nach geltender Rechtsprechung[38] für den Zugang erforderlich war.

Der Begriff der „Speicherung“[39] bedeutet, der Empfänger soll durch den Zugang der Erklärung in die Lage versetzt werden, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen. Das Wirksamwerden der Erklärung tritt dann ein, wenn der Empfänger die „fortgesetzte Verfügbarkeit der Information im Zugriffsbereich des Empfängers“

---

[35] BGH Urteil vom 03.11.1976, BGHZ 67, 271, 275; Brinkmann, S. 49; John, AcP 184 (1984), 386; Köhler, AcP 182 (1982), 139 f.; Kuhn, S. 91.
[36] Borges, S. 248.
[37] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 840; Soergel/Wolf, § 145 Rn. 6.
[38] Köhler, AcP 182 (1982), 140
[39] John, AcP 184 (1984), 403.

hat. „Wesentlich an der Speicherung ist, dass der Adressat den Text – auch wiederholt – zur Kenntnis nehmen kann“.[40] Weiter wird zwischen Erklärungen in „dauerhaft gespeicherter Form“ und der „Übermittlung einer Erklärung in flüchtiger Form“ unterschieden. Während im ersten Fall die Empfangstheorie anzuwenden ist, richtet sich im zweiten Fall der Zugang nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie, d. h. das Risiko geht dann über, wenn der Empfänger die Erklärung zutreffend oder in zugänglicher Weise vollständig und richtig abgespeichert hat.[41]

Folgt man dieser Ansicht, dann steht das Wirksamwerden und das Maß des vom Erklärenden zu tragenden Risikos zur Disposition des Empfängers. Denn, ob die Willenserklärung tatsächlich abgespeichert wird, hängt nicht von dem Erklärenden ab. Daher ist fraglich, ob es wirklich auf die tatsächliche, abrufbare Speicherung bei dem Empfänger – auf die der Erklärende keinen Einfluss hat – ankommen soll, oder ob dem Empfänger lediglich die *„Möglichkeit der Speicherung“* vermittelt werden muss, wobei es das Risiko des Empfängers ist sicherzustellen, dass er diese abrufbar speichert. Hierbei ist folgendes anzunehmen: Ist die Erklärung bei dem Empfänger gespeichert, ist sie auch wirksam zugegangen. Eine Willenserklärung wird also in jedem Fall spätestens durch eine zuverlässige und abrufbare Speicherung beim Empfänger wirksam. „Die entscheidende Frage lautet also nicht, ob eine Erklärung mit zuverlässiger, abrufbarer Speicherung wirksam zugegangen ist, sondern vielmehr, ob eine Erklärung erst zu diesem Zeitpunkt und ausschließlich unter diesen Voraussetzungen wirksam wird“.[42]

4. Machtbereich des Empfängers

Bei der elektronischen Willenserklärung stellt sich die Frage, was genau zum Machtbereich des Empfängers gehört. Nach dem hier vertretenen Kriterium der „Möglichkeit der Speicherung“ muss der Machtbereich objektiv bestimmt oder normalerweise geeignet sein, eine Erklärung aufzunehmen und dadurch zu speichern. Der Empfänger hat insbesondere für die Funktionstüchtigkeit seiner Einrichtungen einzustehen. Demgegenüber bleiben außergewöhnliche Umstände aus dem Bereich des Empfängers, welche die Möglichkeit der Speicherung hindern, außer Betracht. Dabei sind die Fälle zu unterscheiden, wenn die Erklärung direkt an den Empfänger übermittelt wird (direkte Übermittlung) und wenn der Absender die Erklärung für den Empfänger zum Abruf bereithält.[43] Fraglich ist in diesen Fällen, wann die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass mit ihrer Kenntnisnahme zu rechnen ist.

a) Direkte Übermittlung

Es handelt sich um direkte Übermittlung, wenn die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt, sobald die entsprechenden Daten den öffentlichen Übertragungsweg verlassen haben und über die Schnittstelle hinweg zu dessen

[40] Medicus BGB - AT, Rn. 274.
[41] Kuhn, § 8 II, S. 93.
[42] Burghard, AcP 195 (1995), 92.
[43] Mehrings, Multimediarecht, Teil 13. 1 Rn. 213.

interner Datenverarbeitungsanlage gelangt sind.[44] Zu diesem Zeitpunkt endet das Transportrisiko des Erklärenden.[45] Mit dem Passieren der Schnittstelle ist der Zugang einer direkt übermittelten Erklärung, auch vor der Speicherung oder dem Ausdruck bei dem Empfänger, bewirkt.[46] Da die Nachricht am Bildschirm lesbar ist oder unmittelbar elektronisch weiterverarbeitet werden kann, ist der Ausdruck bereits entbehrlich.[47] Der Zugang kann deshalb nicht verhindert werden, weil das im Herrschaftsbereich des Empfängers bestehende Fehlerrisiko sich realisiert.[48] Der Empfänger ist für die Funktionstüchtigkeit der von ihm zum Empfang rechtsgeschäftlicher Erklärungen vorgesehenen Einrichtungen verantwortlich. „Werden beispielsweise Daten, die bereits die (entsprechende) Schnittstelle des Empfängers passiert haben, nicht gespeichert, sind sie also für den Empfänger zu keinem Zeitpunkt wahrnehmbar, trägt dieser das Risiko, da die Daten mit dem Passieren der Schnittstelle in seinen Herrschaftsbereich gelangt sind.“[49]

b) Abrufspeicherung – Mailboxkommunikation

Im Unterschied zu der direkten Übermittlung ist bei der Abrufspeicherung ein Dritter in die Übermittlung eingeschaltet. Der Dritte hält die Erklärung stellvertretend für den Empfänger in einem Mailbox-System zum Abruf bereit. Die Erklärung ist bereits dann in den Machtbereich des Empfängers gelangt, wenn sie die Empfangsvorrichtung erreicht, d. h. die Erklärung geht in jedem Fall in dem Moment zu, in dem der Empfänger mit Willen des Dritten eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf den betreffenden Datenbestand erhält. Wenn eine E-Mail von einem Anbieter zum Abruf bereitgehalten wird, so gelangt diese regelmäßig mit der Möglichkeit des Zugriffs, d. h. des Abrufs der Mailbox, in den Empfangsbereich des Empfängers und ist diesem zugegangen.[50] Ob er die eingegangene E-Mail abruft und ihm die Kenntnisnahme gelingt, ist nicht entscheidend.[51] Der Erklärende trägt nach der Wertung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB das Risiko des Verlustes oder der Verstümmlung der Erklärung auf dem Übermittlungsweg. Ist die Erklärung aber einmal in den Einflussbereich des Empfängers gelangt, so trägt dieser das Risiko, dass er nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig von der Erklärung Kenntnis nimmt. Daher unterscheidet sich die Abrufspeicherung wesentlich von der direkten Übermittlung der Erklärung. Während bei der direkten Übermittlung der Erklärende allein das Transportrisiko trägt und für den Zugang ausreichend ist, dass die Erklärung von der Sphäre des Erklärenden in den tatsächlichen Verfügungsbereich des Empfängers transportiert wird, wird die Erklärung bei der Abrufspeicherung vom Erklärenden nicht unmittelbar in den Macht- und Verfügungsbereich des Empfängers übermittelt,

---

[44] Köhler/Arndt, Recht des Internet, III 2 d.
[45] Mehrings, Multimediarecht, Teil 13. 1 Rn. 214.
[46] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13.1 Rn. 214.
[47] Mehrings, Multimediarecht, a.a.O.
[48] Kuhn, § 8 II, S. 95, 99, 104.
[49] Schwerdfeger, Vertragsschluss im Internet, Kap. 6-2.3., S. 18.
[50] Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 13d.
[51] Daher ist die Frage, ob eine Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, rechtlich unbedeutend, da der Empfänger regelmäßig keine Kenntnis vom Eintreffen einer Erklärung in der Mailbox besitzen wird. Ausreichend ist die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die Frage der zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme wird erst bei der Prüfung des Zugangszeitpunkts relevant.

sondern zunächst an den Mail-Server der Empfängeradresse und von dort an den Empfänger weitergeleitet. Der Transportweg ist im Vergleich zur direkten Übermittlung gestreckt. Dabei liegt eine Risikoausweitung zu Lasten des Erklärenden vor.

5. Zeitpunkt des Zugangs – zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme

a) Hintergrund

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird eine Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie zugeht. Es reicht also für den Zugang nicht aus, dass die Erklärung objektiv und vollständig in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Aufgrund der hohen Übertragungsgeschwindigkeiten im Internet liegt zwischen Abgabe der Erklärung und Möglichkeit der Kenntnisnahme zumeist nur ein Zeitraum von wenigen Sekunden oder Minuten. Für die Bestimmung des Zugangszeitpunkts und der Wirksamkeit der Willenserklärung ist daher maßgeblich, wann mit dem Abruf[52] einer Mail durch den Empfänger üblicherweise gerechnet werden kann. Dabei sind folgende Faktoren relevant: zum einen der Eintritt der Erklärung in den Machtbereich des Empfängers[53] und zum anderen der Zeitpunkt, zu dem der Absender unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger rechnen darf. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht ein Schwebezustand. Er wird mit dem Eintritt des Zeitpunkts der gewöhnlichen Kenntnisnahme beendet, die Erklärung wird ipso jure wirksam. Nimmt der Adressat allerdings tatsächlich früher Kenntnis, als nach der Verkehrsaufassung zu erwarten war, ist der Zugang bereits zu diesem Zeitpunkt anzunehmen.[54] Wann mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist, ist insoweit zwischen privater und geschäftlicher Nutzung zu unterscheiden.

b) Abrufspeicherung - Mailboxkommunikation

Die Erklärung ist dann zugegangen, wenn mit dem Abruf der Nachricht durch den Empfänger gerechnet werden kann. Fraglich ist, wann die damit geforderte Überprüfung der Mailbox zu geschehen hat.[55] Daher ist zwischen Privatpersonen und der geschäftlichen Nutzung zu unterscheiden.

aa) Privater Nutzer

Theoretisch ist anzunehmen, dass bei Privatpersonen eine tägliche Kenntnisnahme der eingehenden Nachrichten möglich ist. Anderseits ist kaum zu erwarten, dass der private E-Mail-Nutzer seine Mailbox täglich überprüft, insbesondere, wenn er mit verschiedenen E-Mail-Adressen im Rechtsverkehr auftritt.[56] Bei Privatpersonen geht die Erklärung m. E. nicht mit der Abgabe in der Mailbox, sondern erst dann

---

[52] Abruf bedeutet entweder das Herunterladen der Nachrichten vom Server des Providers und Speicherung auf dem Rechner des Empfängers (Herwig, MMR 2001, S. 145, 146) oder die Abfrage und Kenntnisnahme online über die Website des Providers.
[53] Hübner AT, Rn. 731; Larenz AT, § 26 III Rn. 21.
[54] Medicus BGB - AT, Rn. 276; MüKo/Einsele, § 130 Rn. 16.
[55] Borges, S. 271.
[56] Borges, S. 272.

zu, wenn der Empfänger die Erklärung abruft, d. h. mit der tatsächlichen Kenntnisnahme des Adressaten.[57] Hält ein privater Nutzer umgekehrt solche Telekommunikationsmittel zum Empfang rechtlich relevanter Erklärungen bereit, kann dem Grunde nach eine tägliche Durchsicht des Speicherinhalts erwartet werden. Eine genauere Eingrenzung der „üblichen" Abfragezeiten ist dabei kaum möglich. Im Zweifel gilt eine E-Mail frühestens am Tag nach dem Eingang in die Mailbox als zugegangen. Nach einer Ansicht ist für Privatpersonen die Durchsicht der Mailbox mit einem zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden.[58] Zudem nehme die Zahl der übermittelten E-Mails ständig zu. Vor diesem Hintergrund sei entgegen der h. M. eine Leerung und Durchsicht alle zwei Tage zu fordern. Das bedeutet, dass zur Unzeit abgeschickte E-Mails regelmäßig erst am übernächsten Tag zugehen. Ob der mit Abfrage der E-Mail verbundene Aufwand es rechtfertigt, den Zugang nach hinten zu verschieben, ist m. E. fraglich. So erscheint die Verlängerung der Frist um einen weiteren Tag eher willkürlich. Richtigerweise sollten von der allgemeinen Regel, dass E-Mails im Privatbereich grundsätzlich am nächsten Tag zugehen, im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden. In diesem Punkt ist die Rechtsprechung abzuwarten.

bb) Geschäftlicher Nutzer

Bei geschäftlichen E-Mail-Nutzern gehen E-Mails grundsätzlich nur während der üblichen Geschäftszeiten mit Ankunft in der Mailbox des Anschlussinhabers zu, ungeachtet, ob der Empfänger die Nachricht auf seinen Computer heruntergeladen hat. Der geschäftliche E-Mail-Nutzer ist verpflichtet, mehrmals täglich, zumindest aber zu Beginn und Ende der Geschäftszeiten, seinen elektronischen Briefkasten zu leeren.[59] Da aber größere Unternehmen eine feste Internetverbindung haben, ist ein ausdrückliches Abrufen von E-Mails nicht mehr erforderlich, sondern erfolgt automatisch.[60] Geht die Nachricht außerhalb der üblichen Geschäftszeiten in der Mailbox ein, so erfolgt der Zugang mit der Wiedereröffnung des Geschäfts.[61] Maßgebend sind die Geschäftszeiten des Empfängers. Dies ist besonders relevant für Willenserklärungen aus anderen Zeitzonen, da hier die Geschäftszeiten von Erklärendem und Empfänger verschoben sein können.

6. Zugangsstörungen bei der elektronischen Willenserklärung

a) Einleitung

Zugangstörungen sind in vielfältiger Form möglich und selbst bei Einsatz elektronischer Sicherungsmittel nicht vollständig auszuschließen. Es handelt sich dabei meistens um Funktionsstörungen. Allgemein können zwei Gruppen von Zugangstörungen differenziert werden: solche, die dem Absender oder Erklärenden zuzurechnen sind, und solche, die der Adressat oder Empfänger zu tragen hat.[62] Dabei fehlt es an einer gesetzlichen Regelung. Richtigerweise kann eine Lösung

---

[57] Köhler AT, § 6 II Rn. 18; Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 13 d.
[58] Baetge, Rechtshandbuch e-Business, 2. Kap., S. 108.
[59] Borges, S. 272, 275.
[60] Vehslage, AnwBl. 2002, 87.
[61] Süßenberger, S. 168; Taupitz/Kritter, JuS 1999, 842.
[62] Baetge, Rechtshandbuch E-Business, 2. Kap., S. 109.

durch die Sphärenhaftung als Anknüpfungspunkt für die Verteilung der Risiken gefunden werden. Eine Ursache für Zugangstörungen kann in einem Fehler der technischen Empfangseinrichtung liegen oder unmittelbar oder mittelbar auf einem menschlichen Verhalten beruhen. Die Arbeit untersucht zunächst allgemein die Funktionsstörungen von Empfangseinrichtungen und geht den sonstigen unterschiedlichen Arten von Zugangshindernissen nach. Auf der Basis der gefundenen Lösungen wird die Verteilung des Verlust-, Verzögerungs- und Verfälschungsrisikos dargestellt.

b) Funktionsstörungen

Der Zugang einer Erklärung kann durch eine fehlende Betriebsbereitschaft von Empfangseinrichtungen scheitern. Ist der Speicherplatz des Empfängers verbraucht, weist der Mail-Server eine eingehende Nachricht zurück. Die Erklärung wird nicht gespeichert. Eine ankommende Nachricht wird auch dann zurückgewiesen, wenn diese die Speicherkapazität insgesamt übersteigt (z. B. bei Dateianhang). Es handelt sich um formularmäßige Fehlermeldungen, aus denen der Absender den Grund der Zurückweisung nicht entnehmen kann. Das Ergebnis ist für den Absender der Erklärung das gleiche, die rechtliche Beurteilung ist jedoch eine andere.

Im ersten Fall beruht die Funktionsstörung auf einem objektiv pflichtwidrigen Verhalten des Empfängers, wenn die Überfüllung seiner Mailbox und damit die Zugangstörung darauf beruht, dass er diese nicht regelmäßig kontrolliert, eingetroffene Nachrichten abruft und auf dem Server löscht.[63] Da der Empfänger dafür sorgen muss, dass ihn rechtsgeschäftliche Erklärungen auch erreichen, muss er so behandelt werden, als sei die Erklärung zugegangen.[64] Der Funktionsstörung geht nämlich in der Regel eine objektive Pflichtwidrigkeit des Empfängers voraus.

Im zweiten Fall ist die Zurückweisung eines den Speicherplatz der Mailbox übersteigenden Dateianhangs nicht zwingend dem Empfänger zuzurechnen. Die Funktionsstörung kann dem Empfänger dann zugerechnet werden, wenn er mit dem Eingang solch umfangreicher Erklärungen rechnet oder rechnen musste und deshalb verpflichtet ist, Empfangsvorrichtungen bereitzuhalten. Dieses Problem entsteht in der Praxis selten, da die Mailbox heute über ein Vielfaches der Speicherkapazität verfügt. In den meisten Fällen, in denen neu eintreffende E-Mails nicht gespeichert werden können, wird es sich um eine „gewöhnliche“ Überfüllung der Mailbox handeln.

c) Arten von Zugangshindernissen

Die Rechtsprechung und die Literatur unterscheiden zwischen der Zugangsvereitelung, der Verweigerung der Annahme und objektiv pflichtwidrigem Verhalten des Erklärungsempfängers:

---

[63] Baetge**,** Rechtshandbuch E-Business, 2. Kap., S. 110; Körner/Lehment**,** Multimediarecht, Kap. 11.1, Rn. 32.
[64] Borges, S. 256.

aa) Zugangsvereitelung

Vereitelt der Empfänger absichtlich oder arglistig den Zugang, so ist es nicht mehr nötig, dass der Absender trotzdem weiterhin für den Zugang sorgt, damit der Empfänger von der Erklärung Kenntnis nehmen kann.[65] Die Literatur will gegen solche Adressaten eine einfache Hilfe anbieten. Sachgerecht sei in diesen Fällen nicht eine belastende Wiederholung des Zugangs mit Rückwirkung, sondern eine analog § 162 Abs. 1 BGB anzunehmende Zugangsfiktion.[66] Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, denn der Rückgriff auf die Fiktion des Zugangs ist nicht erforderlich. In diesen Fällen ist m. E. von einem wirksamen Zugang in dem Zeitpunkt auszugehen, in dem die Erklärung ohne das Hindernis zur Kenntnis des Empfängers gelangt wäre. Die Erklärung ist wirksam zugegangen, da der Zugang bei dem Empfänger nur voraussetzt, dass diese in dessen Machtbereich gelangt ist und er in zumutbarer Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat, womit der Absender auch rechnen konnte.[67] Bei Willenserklärungen durch E-Mail ist das der Fall, wenn der Empfänger die Möglichkeit hatte, die Erklärung zu speichern. Ob die Nachricht gespeichert oder von dem Mail-Server nicht mehr angenommen wird, da die Mailbox verstopft ist, spielt für den Zugang der E-Mail keine Rolle. Ist die Mailbox von dem Empfänger verstopft, um den Eingang der Nachricht zu verhindern, gelten diese Nachrichten mit einem erfolglosen Senderversuch als zugegangen.[68]

bb) Verweigerung der Annahme

Im Falle einer Annahmeverweigerung ist die Erklärung nicht zugegangen, wenn dem Empfänger der Zugriff auf die Erklärung nicht zugemutet werden kann.[69] Bei der elektronischen Kommunikation liegt eine Verweigerung der Annahme vor, wenn beispielsweise der Computer eines Online-Anbieters seine Leistung nur geschlossenen Benutzergruppen nach Eingabe einer Kundennummer anbietet und der Anbieterrechner daher den Dialog mit einem Kunden ohne Kundennummer abbricht. Der Anbieter ist zur Verweigerung der Annahme berechtigt, wenn der Kunde formularmäßige Masken des Anbieters nicht, fehlerhaft oder nicht vollständig ausfüllt.

Ein anderer Fall ist der Empfang von „verseuchten“ Dateien. Die Rechtsprechung nimmt an, der Empfänger sei allein für die Sicherheit seines Computers zuständig.[70] Ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Absender des Virus ist dann gerechtfertigt, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Virus von einem

---

[65] Larenz/Wolf AT, § 26 VI Rn. 46.
[66] Medicus BGB - AT, Rn. 282.
[67] Taupitz/Kritter, Jus 1999, 842.
[68] Borges, S. 255.
[69] Brox AT, § 7 III Rn. 157.
[70] LG Köln, Berufungsurteil vom 21.07.1999 - Az.20 S 5/99 – 10/99, JurPc Web-Dok. 91/2000: Es handelt sich um folgenden Sachverhalt: Ein Verlag übersandte einem Journalisten eine virenverseuchte Diskette, hatte hiervon aber keine Kenntnis. Das Gericht gab dessen Klage auf Schadenersatz nicht statt. Es bestehe keine Pflicht, auf die grundsätzliche Virengefahr bei Disketten hinzuweisen, da es sich hierbei um eine allgemein bekannte Tatsache handle. Es habe auch nicht bewiesen werden können, dass der fragliche Virus bei Verwendung einer Firewall entdeckt worden wäre.

gängigen Virenschutzprogramm erkannt worden wäre und dem Absender die Installation dieses Virenschutzprogramms auch zumutbar gewesen wäre. Das ist im Einzelfall festzustellen. Viren sind heute so verbreitet, dass man von einer Fahrlässigkeit ausgehen muss, wenn kein Virenschutzprogramm verwendet wird. Dies trifft dem Grunde nach sowohl für den Sender als auch für den Empfänger zu. Daher ist anzunehmen, dass der Empfänger verpflichtet ist, entsprechende Schutzprogramme einzusetzen, um sich vor Schaden durch den Einsatz schädlicher Software zu schützen. Offen bleibt die Frage, wie aktuell ein Virenprogramm sein muss. Die Rechtsprechung in diesem Bereich bleibt abzuwarten.

Abbildung 1: Unberechtigte Annahmeverweigerung

--------- Original Message --------
From: mailer daemon
Subject: Undeliverable mail
Sent: Thu, 5 Jun 2003 02:22:51 +0200

Your message was not delivered to the following recipients:

E-MAIL-ADRESSE: Email rejected

Attachment FILENAME could contain a virus. To resend the
attachment, rename the file extension or put the file into an archive.
More information can be found at

http://www.lrz-muenchen.de/services/netzdienste/email/block_en/

or obtained by sending an email to

attachment-blockade@lrz.de

(no need for subject or body).

Die E-Mail wurde zurueckgewiesen und nicht an den Empfaenger
ausgeliefert, da die Anlage DATEINAME ein Virus enthalten
koennte. Aendern Sie die Endung des Dateinamens oder verpacken
Sie die E-Mail in ein Archiv, bevor Sie sie erneut versenden.
Mehr Informationen finden Sie unter

http://www.lrz-muenchen.de/services/netzdienste/email/block_de/

oder erhalten Sie, wenn Sie eine E-Mail an

anlage-blockade@lrz.de

schicken (ohne Betreff, ohne Inhalt).

Die Beweis- und Darlegungslast geht auf den Empfänger über. Er muss gegenüber dem Absender, der sich auf den ordnungsgemäßen Zugang der E-Mail beruft[71], darlegen und beweisen, dass ein Fall der berechtigten Annahmeverweigerung vorgelegen habe. Gelingt ihm dies nicht, so gilt der Zugang als erfolgt. Deshalb ist die Dokumentation und Protokollierung der Transaktionen von großer Bedeutung.

[71] Dies ist bereits der Fall, wenn die Möglichkeit zur Speicherung besteht, d.h. spätestens, wenn der Empfänger die E-Mail abrufen kann.

cc) Pflichtwidriges Verhalten

Zugangsstörungen sind dem Adressaten dann zuzurechnen, wenn er sich objektiv pflichtwidrig verhält. Aus einer objektiven Pflichtverletzung kann sich für den Empfänger die Verpflichtung ergeben, die Erklärung so gelten zu lassen, wie wenn sie ihm rechtzeitig zugegangen wäre**.** Ob zusätzlich auch ein Verschulden notwendig ist, ist umstritten, wird von der überwiegenden Meinung jedoch abgelehnt.[72]

Die objektive Pflichtverletzung hat eine dem Empfänger zur Last fallende Funktionsstörung der Empfangseinrichtung zur Folge. Eine Ausnahme liegt vor, wenn die Funktionsstörung nicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Empfängers beruht. Hierbei kommt die Frage in Betracht, wann ein pflichtgemäßes Verhalten des Adressaten vorhanden ist. Der private E-Mail-Nutzer hat keine Pflicht, seinen E-Mail-Anschluss für den Empfang von rechtsgeschäftlichen Erklärungen bereitzuhalten, so dass es bei ihm schon am Tatbestand einer objektiven Pflichtwidrigkeit fehlt. Bei geschäftlichen Nutzern verhält sich der Adressat objektiv pflichtwidrig, wenn die Überfüllung seiner Mailbox und damit die Zugangsstörung darauf beruht, dass er diese nicht regelmäßig kontrolliert, eingetroffene Nachricht abruft und auf dem Server löscht. Die Gefahr einer Überfüllung ist aber längst nicht mehr so groß wie vor fünf bis sechs Jahren.[73] Bei Störungen aus dem Bereich des Internet-Providers ist eine Zurechnung nur gerechtfertigt, wenn dem Adressaten ein Vorwurf gemacht werden kann. Der Empfänger hat für die Betriebsfähigkeit der von ihm eingesetzten Mittel zu sorgen. Ihm ist das Risiko der Leistungsbereitschaft des Dienstanbieters zuzurechnen, weil es in seiner Macht liegt, einen zuverlässigen und leistungsfähigen Anbieter auszusuchen.[74]

Musste der Empfänger mit einer Zugangsstörung nicht rechnen, so wird ihm diese nicht zugerechnet.[75] Dazu zählen die Fälle, wenn die Mailbox kurzfristig überläuft, etwa bei unerwartetem Eingang von sog. Spam- oder Bulk-Mails. Hierbei besteht keine Pflicht des Empfängers, den Empfang von Werbematerial vollständig oder teilweise zu verhindern. Die Zugangsstörung kann dem Empfänger auch dann nicht zugerechnet werden, wenn es sich um Störungen des Internet-Providers handelt, mit denen der Empfänger keinesfalls rechnen musste, sowie bei unerwartetem Eingang von Nachrichten mit umfangreichem Anhang.

Ist das Scheitern des Zugangs von beiden Parteien zu vertreten, kann über die positive Vertragsverletzung oder culpa in contrahendo in Verbindung mit § 254 BGB ein Schadenersatz angemessen sein.[76]

---

[72] Medicus BGB, § 4 I, Rn. 51; Flume AT, § 14 3e, S. 239 f.
[73] Ultsch, NJW 1997, 3007.
[74] Koch, S. 142.
[75] Taupitz/Kritter, Jus 1999, 842.
[76] Palandt/Heinrichs, § 130 Rn. 18.

7. Risikoverteilung

a) Risikoverteilung nach der Vernehmungstheorie

Bei den elektronischen Willenserklärungen ist das zeitliche Auseinanderfallen von Abgabe und Zugang der Normalfall, das Zusammenfallen von Äußerung und Vernehmung ist dagegen die Ausnahme. Es ist dabei zu bedenken, dass die Vernehmungstheorie zu einer erheblichen Risikoausweitung zu Lasten des Erklärenden führt. Wendet man die Vernehmungstheorie auf Willenserklärungen beim Einsatz moderner Kommunikationsmittel an, so findet der Risikoübergang nämlich erst beim Vernehmen, also erst beim letzten Schritt des Lebenszyklus einer E-Mail statt, da die Erklärung dann wirksam wird, wenn der Erklärende nach für ihn erkennbaren Umständen zweifelsfrei davon ausgehen kann, dass die Erklärung richtig verstanden wurde.[77] Zudem hat das Fehlen vernünftiges Zweifels nur die Bedeutung für den Beweis des Verstehens.[78] In diesem Fall wäre nämlich, sofern der Erklärende davon ausgehen konnte, der Empfänger habe die Erklärung richtig verstanden und sie sei ihm wirksam zugegangen, bei Nutzung moderner Kommunikationsmittel bereits mit Signaleingang,[79] spätestens aber mit dessen Speicherung[80] im Empfangsgerät, unabhängig davon, ob der Empfänger diese tatsächlich vernommen hat - ein Ergebnis zu dem auch die Empfangstheorie gelangt. Es fehlt also an einem rechtfertigenden Grund, um von der Empfangstheorie abzulenken.

b) Risikoverteilung nach der Empfangstheorie

Nach der Empfangstheorie soll der Absender das Risiko der Übermittlung der Erklärung an den Empfänger bis zu dem Zeitpunkt tragen, ab dem normalerweise der Empfänger Kenntnis nehmen kann, dieser dagegen das Risiko, dass er aus Gründen, die in seiner Person oder Sphäre liegen, entweder überhaupt nicht oder erst später, als dies unter normalen Umständen zu erwarten ist, von der Erklärung Kenntnis nimmt. Es kommt auf die vom Absender zu bewirkende abstrakte *Möglichkeit der Kenntnisnahme* an, wie sie unter normalen Umständen gegeben ist, und nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger. Liegen auf Seiten des Empfängers besondere Umstände vor, die ihn an der Kenntnisnahme hindern, mit denen der Absender aber nicht rechnen musste, so fallen diese in die Risikosphäre des Empfängers. Für die Risikoverteilung heißt das, dass der Erklärende das Risiko trägt, dass seine Erklärung den Empfänger nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erreicht. Für den Zugang der Erklärung genügt noch nicht, dass sie objektiv in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Der Zugang ist dann vollendet, wenn unter gewöhnlichen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist.[81] Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme ist nach der Gepflogenheit des Verkehrs zu entscheiden. Wenn die Erklärung zugegangen ist, ist es das Risiko des Empfängers, dass er nicht, nicht rechtzeitig oder nicht

---

[77] Burghard, AcP 195 (1995), 87.
[78] Jauernig, § 130 Rn. 12.
[79] Tschentscher, CR 1991, 148.
[80] Kuhn, § 8 II, S. 99.
[81] Larenz/Wolf AT, § 26 III Rn. 27.

vollständig von der Erklärung Kenntnis nimmt.[82]

c) Verteilung des Verlust-, Verzögerungs- und Verfälschungsrisikos

Ist die Nachricht einmal in den Machtbereich des Empfängers gelangt, so trägt er *das Verzögerungs- und Verlustrisiko*.[83] Bei dem privaten E-Mail-Nutzer führt das Eingehen der E-Mail in seine Mailbox noch nicht zu ihrem Eintreten in seine Machtsphäre, da seine Mailbox nicht für den Empfang geschäftlicher Nachrichten bestimmt ist. Aus diesem Grund ist es nicht rechtfertigt, dass der Empfänger das Verlust- und Verzögerungsrisiko ab Eingang der Nachricht in die Mailbox zu tragen hat. Daher liegt kein Übergang der Risiken vor; diese verbleiben beim Erklärenden. Er ist dafür verantwortlich, dass die Erklärung vollständig und fristgerecht zugeht. Anders ist es bei dem geschäftlichen Nutzer. Hier tritt die Erklärung mit dem Eingehen in die Empfänger-Mailbox in dessen Machtbereich ein und das Verlust- und Verzögerungsrisiko gehen auf den Adressaten über, da die Gefahren von Störungen aus seinem Machtbereich für ihn beherrschbarer[84] als für den Absender sind. Will der Empfänger derartige Risiken aus seiner Sphäre nicht tragen, darf er den Rechtsverkehr mit derartigen risikobehafteten Empfangsvorrichtungen nicht eröffnen. Die Nachrichten sind dem Empfänger bereits dann zugegangen, wenn sie theoretisch hätten abgerufen werden können. Die konkreten Umstände aus der Sphäre bleiben unbeachtet, denn die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme ist ausreichend. [85] Daher ist bei nachträglichen Störungen bereits empfangener Erklärungen der Signaleingang dem Adressaten zu dem Zeitpunkt als Zugang zuzurechnen, zu dem die Nachricht ohne das geschaffene Hindernis zugegangen wäre. Bis zu dem Eintritt in den Machtbereich des Empfängers trägt der Absender das Verlust- und Verzögerungsrisiko.[86] Dasselbe gilt für die Verteilung des Verfälschungsrisikos (das Risiko der inhaltlichen Veränderung der Nachricht). Zunächst ist erforderlich, dass die Erklärung vollständig und inhaltlich richtig in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Für Datenverluste oder –veränderungen, die auf der Transportstrecke eingetreten sind und die auf den Inhalt wirken, trägt der Absender das Risiko. Mit Eintritt in den Machtbereich gehen diese Risiken auf den Empfänger über. Systemabstürze oder Programmfehler in seinem Einflussbereich gehen also zu Lasten des Empfängers.[87]

d) Kenntnis des Erklärenden

Wusste der Erklärende allerdings schon bei der Abgabe der Erklärung, dass in der Person oder Sphäre des Empfängers außergewöhnliche Umstände vorliegen, die diesen an der Speicherung der Erklärung auf dem vom Erklärenden gewählten Kommunikationsweg hindern, dann ist die Erklärung nach überwiegender Ansicht

---

[82] Köhler AT, § 6 II Rn. 13.
[83] Nowak, MDR 2001, 842.
[84] Es handelt sich nicht um die Zurechnung von Verschulden, sondern um eine Abgrenzung der Risikosphären.
[85] Schwerdfeger, Vertragsschluss im Internet, Kap. 6-2.3., S. 19.
[86] BGH Urteil vom 07.12.1994, NJW 1995, 667.
[87] Pawlowski BGB-AT, Rn. 373.

gar nicht abgegeben.[88] Denn eine empfangsbedürftige Erklärung setzt nach allgemeiner Meinung voraus, dass der Erklärende sich in einer Weise äußert, dass an der Endgültigkeit seines Willens kein Zweifel mehr bestehlt, und er sie derart in Bewegung setzt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit dem Zugang gerechnet werden darf.[89] Es fehlt daher an der Abgabe, wenn der Erklärende erkennt, dass der Empfänger keine Möglichkeit hat, die Erklärung zu speichern oder dies nach den Umständen evident ist.[90] Dies ist der Fall, wenn der Erklärende weiß oder wissen muss, dass das Datenendgerät des Empfängers nicht kompatibel oder defekt ist, und dieser daher keine Möglichkeit der Speicherung besitzt. Diese Lösung ist richtig. Der Erklärende muss, damit seine auf den Vertragsabschluß gerichtete Erklärung wirksam wird, davon ausgehen dürfen, dass diese den Empfänger tatsächlich erreicht. Dem Empfänger ist m. E. (bei Kenntnis des Absenders von einem Zugangshindernis in der Sphäre des Empfängers) ein Wahlrecht einzuräumen, ob er den Absender an der Erklärung festhalten möchte, falls dieser den Empfang wider Erwarten noch bewerkstelligt. Dasselbe gilt für das Verzögerungsrisiko. Die Verzögerung wird dem Empfänger nicht zugerechnet, so dass es in diesen Fällen darauf ankommt, ob die Erklärung trotz der Verzögerung noch rechtzeitig erfolgte, da der Absender den Kommunikationsweg wählt. Konnte oder musste der Absender mit Verzögerung rechnen und sie daher in die von ihm eingegangene Übermittlungsdauer einrechnen, wird die Erklärung erst mit Eintritt in den Machtbereich und der Möglichkeit der Kenntnisnahme wirksam. Der Absender braucht aber mit der Verzögerung nur dann zu rechnen, wenn es sich bei dem Empfänger um eine Privatperson und nicht um einen geschäftlichen E-Mail-Nutzer handelt, dessen Geschäftsbetrieb auch in seiner Abwesenheit weitergeht.[91]

III. Zusammenfassung

Bei der Einordnung moderner Kommunikationsmittel ist die Überwindung räumlicher Distanz nicht das entscheidende Kriterium, sondern die von „Person zu Person“ bestehende unmittelbare Dialogmöglichkeit. Mit Ausnahme der Echtzeitkommunikation liegt bei der elektronischen Erklärung keine Unmittelbarkeit der Kommunikationsverhältnisse zwischen Erklärendem und Empfänger (die Erklärung von „Person zu Person“.) Deshalb ist angemessen, die Einordnung der Erklärungen unter Einsatz moderner Kommunikationsmittel als Erklärungen unter Abwesenden einzuordnen und § 147 Abs. 2 BGB heranzuziehen. Somit kann die „virtuelle“ Anwesenheit der Kommunikationspartner nicht die Anwendung der eingeschränkten Vernehmungstheorie und damit die Risikoverlagerung zu Lasten des Erklärenden in Abweichung vom Wortlaut des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB begründen.

Bei direkter Übermittlung einer Willenserklärung gelangt die Erklärung bereits mit dem Passieren der Schnittstelle vom Übertragungsweg zur Empfangsvorrichtung in den Machtbereich des Empfängers. Ausreichend ist die „Möglichkeit der Speicherung“ durch den Empfänger.

---

[88] Burghard, AcP 195 (1995), 106.
[89] Palandt/Heinrichs, § 130 Rn. 4.
[90] Staudinger/Dilcher, § 130 Rn. 5.
[91] Flume AT, § 14 3c; Larenz AT, § 26 II Rn. 43.

Wenn eine Willenserklärung per E-Mail an einen Adressaten gerichtet ist, der im Rechtsverkehr unter seiner E-Mail-Adresse auftritt, geht die Erklärung am Tag des Eintretens in den elektronischen Briefkasten zu, bei Eintreten zur „Unzeit“ erfolgt der Zugang am nächsten Tag.

Der Empfänger ist durch die „Unzeit“ geschützt. Die Verhinderung des Zugangs von zur „Unzeit“ eintreffenden E-Mails ist entweder als objektiv pflichtwidriges Verhalten oder aber als eine unberechtigte Annahmeverweigerung zu qualifizieren.

Bei Privatnutzern wird die Erklärung erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme wirksam.

Wird der Eingang der E-Mail in den elektronischen Briefkasten durch Störungen beim Internet-Provider des Empfängers verhindert, ist dies dem privaten E-Mail-Nutzer nicht zurechenbar. Bei dem geschäftlichen E-Mail-Nutzer gilt die Erklärung bei absichtlicher Vereitelung des Zugangs als wirksam zugegangen; bei sonstigem objektiv pflichtwidrigem Verhalten des Empfängers ist es diesem nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Verspätung zu berufen.

Es liegt keine Abgabe der Erklärung vor, wenn der Erklärende die Zugangshindernisse in der Sphäre des Empfängers kennt. Musste der Erklärende mit Verzögerung rechnen, darf dies dem privaten E-Mail-Nutzer nicht zugerechnet werden.

Das Verlust-, Verzögerungs- und Verfälschungsrisiko trägt immer der Absender. Ausnahme ist bei dem geschäftlichen E-Mail-Nutzer gegeben, wobei das Risiko mit Eintreffen der Nachricht in der Mailbox des Empfängers auf diesen übergeht.

§ 3. Fehlerhafte Willenserklärungen

I. Problemstellung

Im elektronischen Geschäftsverkehr bedarf es zumeist nur weniger Mausklicks, um eine Erklärung in Richtung eines bestimmten Empfängers zu senden. Die Nutzung der EDV kann beim Nutzer dazu führen, dass er sich – sei es aus Unverständnis oder Unachtsamkeit - nicht bewusst ist, welche Art von Willenserklärung er gerade abgibt, obwohl diese in Wirklichkeit auf den Abschluss eines Vertrages im Fernabsatz gerichtet ist. Fehlt es an einem Rechtsfolgewillen, einer Erklärung und der Übereinstimmung zwischen Willen und Erklärung, so ist die Willenserklärung fehlerhaft. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit für die Beteiligten am elektronischen Geschäftsverkehr Möglichkeiten bestehen, Fehler bei Abgabe und Übertragung elektronischer Willenserklärungen zu korrigieren. Daher werden bei der Untersuchung zwei Gruppen fehlerhafter Willenserklärungen betrachtet, nämlich die Irrtumsfälle nach § 119 BGB, einschließlich der falschen Übermittlung einer Erklärung (§ 120 BGB), und die Fälle der verlorengegangenen bzw. abhanden gekommenen Willenserklärungen. Dabei sind die Besonderheiten der elektronischen Willenserklärung zu berücksichtigen.

II. Anfechtbarkeit fehlerhafter Willenserklärungen

Die Übertragung einer Willenserklärung zerfällt in unterschiedliche Phasen: das Entstehen des Informationsbedürfnisses als Anfang jeder Erklärung, die Formung der Nachricht, deren Transformation in ein übertragungsfähiges Signal, die Beförderung des Signals durch den Kanal, den Empfang und die Decodierung des Signals, und an dessen Ende das Verstehen der Nachricht durch den Empfänger. Dementsprechend kommen als internetspezifische Anfechtungsgründe folgende Fehler in Betracht: Übermittlungsfehler, Daten- und Systemfehler, Bedienungs- und Eingabefehler.[1]

- **Übermittlungsfehler**: eine netztechnische Störung bei der Beförderung der codierten Erklärung führt zu einer Änderung der Erklärung.

- **Datenfehler und Systemfehler**: Die Erstellung der Erklärung und die Transformation der Erklärung sind wegen der Verarbeitung falschen, unvollständigen oder auch veralteten Datenmaterials (Datenfehler) oder eines fehlerhaften Programmcodes der eingesetzten Software (Systemfehler) fehlerhaft.

- **Bedienungs- und Eingabefehler**: Ein Fehler entsteht bei der Formulierung der Nachricht, etwa weil der Computernutzer sich vertippt, den Computer falsch bedient oder sich über die Bedeutung der Erklärung irrt.

Wichtig ist dabei stets der Wille des Erklärenden. Aufgrund der Einschaltung von modernen Kommunikationssystemen ist bei den elektronischen Willenserklärungen

[1] Boehme-Neßler, S. 147; Mehrings, Multimediarecht, Teil 13. 1 Rn. 226.

die Anfechtbarkeit in dem Prozess der Willensbildung fraglich.[2]

1. Bedienungs- und Eingabefehler

Die in der Praxis häufigste Fehlerquelle beim elektronischen Vertragsabschluss im Internet wird der Fall sein, dass dem Erklärenden bei der Erstellung ein Eingabefehler unterläuft und er die fehlerhafte Willenserklärung dem Empfänger übermittelt.[3] Bei fehlerhaften Eingaben durch den Erklärenden im Zusammenhang mit der Abgabe einer elektronischen Willenserklärung liegt ein Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 2.Alt. BGB vor, wenn der Irrtum in die Erklärung eingeht und so zum Empfänger gesandt wird. Irrt sich der Erklärende über die Bedeutung des von ihm gewählten Erklärungszeichens (der Besteller klickt versehentlich ein falsches Feld an und bestellt damit ein anderes Produkt als gewollt), liegt ein Bedienungsfehler vor und kommt eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 1.Alt. BGB in Betracht. Anders zu beurteilen sind die Fälle, wenn der Besteller mehrfach auf den Bestellbutton klickt. Zwar unterläuft auch dem Besteller, der aus Unachtsamkeit mehrfach eine Bestellung übermittelt, ein Bedienungsfehler. Im Unterschied zur eben behandelten Fallgruppe, bei der der Inhalt der Erklärung nicht dem inneren Willen des Bestellers entspricht, fehlt es bei der versehentlichen Abgabe einer Erklärung regelmäßig am konkreten Rechtsbindungswillen.

2. Datenfehler

Anders zu behandeln sind die Fälle, in denen die fehlerhafte Willenserklärung auf der Verwendung mangelhafter Daten beruht,[4] die nicht dem generellen Rechtsfolgewillen des Anlagenbetreibers entsprechen. Für die Anfechtbarkeit der Computererklärung ist fraglich, ob sie aufgrund einer bezüglich ihres Inhalts abgeschlossenen Willensbildung nicht gewollt ist (Inhalts- oder Erklärungsirrtum) oder ob der Anlagenbetreiber die Geltung der nicht zu seiner Kenntnis gelangten Erklärung an sich will, weil er darauf vertraut, dass sie einen bestimmten Inhalt hat (unbeachtlicher Motivirrtum).[5] Ein Teil der Literatur nimmt an, dass mit der Programmierung und dem Einsatz der Software die Willensbildung abgeschlossen sei, weswegen alle später bei der automatisierten Erstellung der Erklärung auftretenden Fehler der Phase der Erklärungshandlung zuzuordnen seien und daher zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB berechtigten.[6] Diese Meinung ist m. E. abzulehnen. Wie oben aufgezeigt, werden mit der Programmierung nur die rechtlichen Rahmenbedingungen der Willensbildung festgelegt. Die eigentliche Willensbildung erfolgt aber erst mit Ablauf des entsprechenden Programms, das den generellen Rechtsfolgewillen des Anlagebetreibers konkretisiert und dadurch vollzieht. Ist daher ein automatisch erstelltes Angebot fehlerhaft, weil das zur Berechnung im Computer gespeicherte Datenmaterial unrichtige Zahlen enthält, so kann dieses später nicht angefochten werden, weil nur ein Motivirrtum in Form

---

[2] Kuhn, § 12, S. 141.
[3] Mehrings, Mutimediarecht, Teil 13. 1, Rn. 229 f.
[4] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13.1 Rn. 237.
[5] Kuhn, § 12 III, S. 156.
[6] Schwörbel, S. 63 ff.

eines Kalkulationsirrtums gegeben ist. Daraus folgt, dass auch die Verwendung fehlerhafter Daten nicht zur Anfechtung berechtigt. Es besteht kein Unterschied, ob dem Erklärenden der Fehler persönlich unterläuft oder ob ein mittels Computererklärung erstelltes Angebot fehlerhaft ist, weil das zur Berechnung gespeicherte Datenmaterial unrichtige Zahlen oder Inhalte enthält, und zwar unabhängig davon, ob das Angebot bereits in der EDV-Anlage fixiert ist oder im Moment des Abrufs aus einer Datenbank erstellt wird. Wird dem Empfänger lediglich das Ergebnis einer Kalkulation, nicht aber deren Basis mitgeteilt, handelt es sich nach der h. M. um einen unbeachtlichen Motivirrtum in Form eines Kalkulationsirrtums, der keinen Anfechtungsgrund eröffnet.[7]

3. Systemfehler

a) Erheblicher Irrtum

Für die Anfechtbarkeit wäre von Bedeutung, in welcher Systemkomponente der Fehler auftritt.[8] Ohne nachvollziehbaren Grund sollen Fehler in der Ausgabeeinheit zur Anfechtung berechtigen, Fehler in der Recheneinheit aber unbeachtlich bleiben. Eine Lokalisierung des Fehlers ist oft kaum möglich, ganz abgesehen von dem nur schwierig zu lösenden Problem der Beweisbarkeit. Denkbar ist, dass der Anlagenbetreiber die Konkretisierung nicht vollständig der EDV überlässt, sondern den Inhalt der Erklärung oder einzelner Teile vorgibt. In dieser Situation richtet sich der Wille auf die Entstehungsvoraussetzungen, sowie auf die Übernahme des als unveränderlich vorgegebenen Erklärungstextes und damit auf einen gewollten Erklärungsinhalt. Tritt bei Vollzug dieses Willens ein Fehler auf und fallen deshalb Wille und Erklärung auseinander, dann ist ein nach § 119 BGB beachtlicher Irrtum gegeben.

Der Anlagenbetreiber legt mit der Programmierung und der Inbetriebnahme der EDV-Anlage die rechtlichen Rahmenbedingungen fest, unter denen die Erklärungen inhaltlich erzeugt und an Dritte übermittelt werden. Computererklärungen, die aus diesem Rahmen fallen, sind von dem Anlagenbetreiber für keine denkbare Konstellation gewollt. Mit ihnen hat der Anlagenbetreiber nicht gerechnet. Er hat sich damit über den inhaltlichen Bereich, in dem sich die Erklärungen bewegen sollen, abschließend einen eigenen Willen gebildet. Derartige fehlerhafte Erklärungen sind vom System nicht vorgesehen. Solche Erklärungen können wegen Erklärungsirrtums nach § 119 Abs. 1 2.Alt. oder eines Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 1.Alt. BGB angefochten werden, je nachdem, ob schon der Erklärungstext oder erst die Bedeutung der Erklärung aus dem Rahmen des Erwarteten fällt. Erklärungen, deren fehlerhafter Inhalt offensichtlich erkennbar ist, sind bereits ohne Anfechtung wegen inneren Widerspruchs nichtig.

b) Unerheblicher Irrtum

Wird dem Erklärungsempfänger lediglich das Ergebnis der Berechnung mitgeteilt,

---

[7] BGH Urteil vom 25.06.1987, NJW-RR 1987, 1307; LG Frankfurt Urteil vom 28.2.1997, CR 1997, 738; LG Köln Urteil vom 16.04.2003, MMR 2003, 481 f.; Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 18.
[8] Kuhn, § 12 III, S. 144.

stellen Fehler in der Berechnung einen unbeachtlichen Motivirrtum oder Irrtum im Beweggrund in Gestalt eines internen oder verdeckten Kalkulationsirrtums dar.[9] Ein solcher Irrtum ist unbeachtlich, denn er verfälscht nicht die Willenserklärung, sondern nur die Willensbildung. Daraus ergibt sich, dass ein Systemfehler im Bereich der Software und der Daten vergleichbar mit einem Irrtum in der Willensbildung ist und daher ebenso unbeachtlich sein muss wie ein Motiv- und Kalkulationsirrtum bei einer Willenserklärung im herkömmlichen Rechtsgeschäftsverkehr. Dementsprechend kann eine fehlerhafte Computererklärung grundsätzlich nicht wegen Irrtums angefochten werden.[10]

4. Übermittlungsfehler

Kommt die elektronisch übermittelte Willenserklärung aufgrund fehlgeschlagener Absendung durch den Erklärenden erst gar nicht beim bestimmungsgemäßen Adressaten an oder wird die Willenserklärung teilweise übertragen, so liegt kein Zugang vor. Wird die Erklärung auf dem Übertragungsweg verstümmelt, so fehlt es mangels eines erkennbaren Rechtsfolgewillens bereits tatbestandlich an einer Willenserklärung. Verlust bzw. Unkenntlichwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen auf dem Übertragungswege zwischen Absender und Empfänger führen mangels Zugangs dazu, dass Rechtsfolgen nicht erzeugt werden können. Für eine Anfechtung besteht kein Raum. Im seltenen Ausnahmefall[11], dass eine Erklärung bei der Übermittlung für den Empfänger unerkennbar abgewandelt wird, greift die Anfechtung nach § 120 BGB ein.[12]

Im Falle eines Fehlers, der während der Übermittlung zwischen Absender- und Empfängerschnittstelle im Datennetz auftritt und zu einer Veränderung der transportierten Erklärung führt, kommt eine Anfechtung vom Absender nach § 120 BGB in Betracht.[13] D. h., wenn eine Erklärung dem Empfänger mit einem anderen Inhalt zugeht, als es der Erklärende bei Übergabe an den Netzbetreiber festgelegt hatte, dann ist die Erklärung wegen fehlerhafter Übermittlung nach § 120 BGB anzufechten. Der Erklärende trägt das Risiko der Falschübermittlung, denn er muss die Erklärung grundsätzlich mit dem Inhalt gegen sich gelten lassen, der dem Erklärungsempfänger zugegangen ist. Ihm verbleibt allerdings die Möglichkeit der Anfechtung, wobei er allerdings dem gutgläubigen Erklärungsempfänger den sog.

---

[9] Boehme-Neßler, S. 147; Mehrings, Multimediarecht, Teil 13. 1 Rn. 241.

[10] Boehme-Neßler, S. 147 f.; Köhler, AcP 182 (1982), 135; Kuhn, S. 151; Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 14; Heun, CR 1994, 596 f.

[11] Hoffmann, Beil. zu NJW H. 14/2001, S. 9 (Fn. 40): die unerkannte Veränderung des Inhalts liege außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit, da der Empfänger bei Veränderung auch nur eines Bits auf dem Übertragungsweg lediglich „Datenschrott“ erhalte.

[12] Die Verfälschung des ursprünglich richtig Erklärten auf dem Weg zum Empfänger durch eine unerkannt fehlerhafte Software ist als Irrtum in der Erklärungshandlung anzusehen. Denn es besteht kein Unterschied, ob sich der Erklärende selbst verschreibt beziehungsweise vertippt oder ob die Abweichung von dem gewollten Erklärungstatbestand auf dem weiteren Weg zum Empfänger eintritt. Dies ergibt sich auch aus § 120 BGB, wonach eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Einrichtung unrichtig übermittelt worden ist, unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden kann wie nach § 119 BGB eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung. Dementsprechend wird § 120 BGB einhellig als Fall des Erklärungsirrtums angesehen, der lediglich eine gesonderte gesetzliche Regelung erhalten hat, BGH Urteil vom 26.01.2005 - AZ VIII ZR 79/04, NJW 2005, 1428.

[13] Heun, CR 1994, 596.

Vertrauensschaden zu ersetzen hat, d. h. den Schaden, den dieser dadurch erlitten hat, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat (§ 122 BGB).[14] Diese Rechtslage hat der Gesetzgeber erst jüngst durch eine geringfügige gesetzliche Änderung klargestellt. So wurde insbesondere im Hinblick auf die zunehmende telekommunikative Übermittlung von Erklärungen der ursprünglich in § 120 BGB enthaltene Begriff der "Anstalt", der insbesondere auf die Post- oder Telegrafenanstalt abzielte, zur Klarstellung durch den Begriff der "Einrichtung" ersetzt. Der Begriff umfasst alle Einrichtungen und Mittel der modernen Telekommunikation und des elektronischen Rechtsverkehrs, insbesondere E-Mail und Internet.[15] In der Literatur ist die Meinung vertreten, es bestehe ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB, sofern die Willenserklärung aufgrund eines technischen Fehlers unrichtig weitergeleitet werde.[16] Die Regelung des § 120 BGB habe lediglich ergänzende Funktion zu § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB, dass auch die fehlerhafte Wiedergabe der Erklärung durch eine zur Übermittlung verwendete Person oder Einrichtung zur Anfechtung berechtige, was sich ohne diese Sondervorschrift bereits aus § 119 Abs.1 2. Alt. BGB ergäbe[17], denn auch wenn die Erklärung erst auf dem Transportweg verfälscht wurde, wollte der Erklärende eine Erklärung diesen Inhalts nicht abgeben.[18] Die Fehler, die an elektronischen Willenserklärungen oder Computererklärungen auf dem Übermittlungsweg entstehen, sind m. E. wegen unrichtiger Übermittlung nach § 120 BGB anfechtbar. Wenn eine Erklärung dem Empfänger mit einem anderen Inhalt zugeht, als es der Erklärende bei Übergabe an den Übermittlungsdienst festgelegt hatte, dann ist die Erklärung wegen fehlerhafter Übermittlung nach § 120 BGB anfechtbar. Der Erklärende trägt nach allgemeinen Grundsätzen das Risiko der Falschübermittlung, denn er muss die Erklärung grundsätzlich mit dem Inhalt gegen sich gelten lassen, der dem Erklärungsempfänger zugegangen ist. Wird die Erklärung durch die zur Übermittlung verwendete öffentliche oder private Einrichtung unrichtig übermittelt, kann er diese anfechten, sofern er diese nicht mit dem zugegangenen Inhalt abgegeben hätte. Die Anfechtung nach § 120 BGB ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit eine andere Ursache, etwa Eingabefehler oder technische Fehler des Empfangsgeräts hat.[19]

Für auf der Transportstrecke eingetretene Datenverluste, die auf den Inhalt wirken, trägt der Absender das Risiko. Er schuldet den vollständigen, fehlerfreien Transport der Erklärung. Wird eine Nachricht vor der Ablage in der Mailbox des Empfängers nachträglich inhaltlich verändert, kann der Erklärende diese nach § 120 BGB anfechten. Allerdings muss er dem Erklärungsgegner nach § 122 BGB den Vertrauensschaden ersetzen.[20] Der Erklärende seinerseits kann auf den Boten bzw. auf die Übermittlungseinrichtung Regress nehmen, die dem Erklärenden entsprechend der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehung aus PVV oder Delikt haften.

---

[14] Palandt/Henrichs, § 120 Rn. 1.
[15] Erman/Palm, § 120 Rn. 2.
[16] Kuhn, § 12 III, S. 173 f.
[17] MüKo/Kramer, § 119 Rn. 46.
[18] Kuhn, § 12 III, S. 173 f.
[19] Erman/Palm, § 120 Rn. 3.
[20] BT-Drucks 16/535, S. 24.

Bedenklich ist dabei die Entscheidung des OLG Frankfurt/Main[21]. Nach Ansicht des Gerichtes unterliegt eine falsche Preisangabe bei einem Onlineangebot auf Grund einer falschen Softwareformel den Regeln des Übermittlungsirrtums gemäß § 120 BGB.[22] Zurückzuführen sei dieser Irrtum auf eine vom Händler nicht erkannte Formeländerung in der Software durch den Provider. Jedoch ist m. E. der Ansicht des Gerichtes, dass es sich um einen Übermittlungsfehler handelte, nicht zuzustimmen. Die Daten, die übermittelt wurden, waren schließlich richtig. Es gab keine Veränderung auf dem Weg des Absenders der Daten zum Empfänger. Aus dogmatischer Sicht wäre hier wohl ein Erklärungsirrtum gemäß § 119 BGB anzunehmen.

5. Zwischenergebnis

Wenn der Erklärende bei der Abgabe einer elektronischen Bestellung mittels Bestellformular oder per E-Mail über die Bedeutung des Erklärungszeichens irrt oder ihm ein Tipp- oder Auswahlfehler bei der Daten- oder Befehlseingabe unterläuft, kann er seine Willenserklärung nach allgemeinen Regeln wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtums gemäss § 119 Abs. 1 BGB anfechten. Relevant sind nur die Fehler, die bei der Abgabe der Erklärung unterlaufen. Keine Anfechtung liegt vor, wenn es sich um interne Rechenfehler handelt, da diese nur einen Motivirrtum in Form eines Kalkulationsirrtums darstellen. Ein Systemfehler, der lediglich einem Irrtum in der Willensbildung an sich entspricht, hat die gleiche Folge. Ausnahmsweise sind Systemfehler beachtlich, wenn Eingabefehler unverändert in eine an einen Dritten gerichtete Computererklärung einfließen oder die von der EDV-Anlage erstellte Erklärung vollständig aus dem Rahmen fällt und der Erklärende deshalb über deren Inhalt irrt. Bei reinen Übermittlungsfehlern liegt ein Anfechtungsgrund aus § 120 BGB vor.

Der Schutz des Erklärenden hinsichtlich der Vermeidung von Erklärungsfehlern wurde im Übrigen durch die in § 312 e BGB umgesetzte E – Commerce- Richtlinie verbessert. Hiernach hatten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - der Dienstanbieter dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellt, mit denen er Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann (Art. 11 Abs. 2). Deutschland hat das durch § 312 e BGB getan.

Zusammenfassend lässt sich die Anfechtbarkeit von fehlerhaften Willenserklärungen wie folgt darstellen:

---

[21] OLG Frankfurt/Main Urteil vom 20.11.2002 - Az. 9 U 94/02, MMR 2003, 405 f.

[22] Die Beklagte betreibt ein Onlinekaufhaus für Computer und Computerzubehör. Der Kläger bestellte einen Computer und einen Monitor zu einem Gesamtbruttopreis, wie angegeben von 106,84 DM. Die Angebote des Beklagten standen unter der Rubrik "Preisbrecherangebot". Tatsächlich beliefen sich die Nettopreise für die Geräte auf über 7.000,00 DM. Zu den Preisunterschieden war es gekommen, weil auf Grund einer Formeländerung in der Software des Providers bei der Übertragung der Daten an diesen zusätzlich zwei Kommastellen berücksichtigt wurden, dadurch verringerte sich der Preis auf 1% des von dem Beklagten tatsächlich geforderten Betrages.

Abbildung 2: Anfechtbarkeit fehlerhafter Willenserklärungen

Sphäre des Erklärenden	Transport	Sphäre des Empfängers
EDV Mailbox	Mail-Server (Absender) Internet Mail-Server (Empfänger)	Mailbox EDV
1. Anfechtbarkeit bei Eingabe- oder Bedienungsfehlern (§ 119 Abs. 1 BGB) **2. Keine Anfechtung bei Systemfehlern-** ▪ unbeachtlicher Motivirrtum ▪ ausnahmsweise beachtlicher Irrtum	**3. Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung** (§ 120 BGB) - Ab dem Passieren der Schnittstelle zum Übertragungsweg bis zum Eintritt in den Machtbereich des Empfängers. - Interne Störungen und externe Eingriffe durch Dritte.	**4. Keine Anfechtung bei Fehlern nach Zugang** Der Empfänger trägt das Verfälschungsrisiko - Störungen, die ihre Ursache im Bereich des Empfängers haben. - Übermittelte Fehler = Störungen, die ihre Ursache im Bereich des Erklärenden haben, aber erst nach Übermittlung beim Empfänger Wirkung zeigen – z. B. Viren.

III. Mangel des Erklärungsbewusstseins

1. Meinungsstand

Die Abgabe einer Willenserklärung im Internet kann durch Eingabe der entsprechenden Zeichen auf einer bestimmten Seite, per Mausklick oder durch Drücken der entsprechenden Betätigungstaste erfolgen. Problematisch ist, wenn der Nutzer eines Computers eine Vielzahl von Mausklicks tätigt, aber nur in wenigen Fällen daraus eine rechtserhebliche Willenserklärung erfolgt. Das Bewusstsein, welcher Mausklick ein verbindliches Angebot bzw. eine verbindliche Annahme bedeutet, mag deshalb oft nicht deutlich sein. Die Situation ist stets die gleiche: infolge einer Unachtsamkeit oder um den Prozess der Bestellung zu beschleunigen, werden die Fragen des Bestelldialogs „weggeklickt“. Der Besteller bemerkt dabei häufig nicht, eine rechtserhebliche Erklärung abgegeben zu haben. Er handelt ohne Erklärungsbewusstsein. In diesen Fällen ist zu erläutern, ob bereits eine Willenserklärung vorhanden ist und wenn ja, ob sich der „Besteller ohne Willen“ durch Anfechtung von ihr lösen kann. Bei der elektronischen Willenserklärung ist die Abgabe dann anzunehmen, wenn der Erklärende den letzten von ihm vorzunehmenden Mitwirkungsakt vollzogen hat, um die Erklärung auf die

elektronische Reise zu schicken[23], bei der E-Mail mit der Erteilung des endgültigen Sendebefehls.[24] Wird der Sendebefehl vom Erklärenden selbst oder einem Dritten versehentlich ausgelöst, so lässt sich dies als ein Fall der abhanden gekommenen Willenserklärungen verstehen.

a) Tatbestandliche Voraussetzungen

Die Frage des fehlenden Erklärungsbewusstseins einer Willenserklärung ist im Bereich der subjektiven Voraussetzungen angesiedelt. Problematisch ist dabei Folgendes: die Erklärung muss allgemein die Herbeiführung von Rechtsfolgen bezwecken, wobei diese konkret noch nicht festzustehen brauchen.[25] Der Rechtsfolgewille fehlt namentlich dann, wenn der Erklärende zwar bewusst (mit Handlungswillen) handelt, aber nicht weiß, dass sein Handeln rechtsgeschäftliche Bedeutung hat. Dieser Fall ist dann gegeben, wenn der Internetnutzer keine rechtsgeschäftliche Erklärung vornehmen will, obwohl aus der Sicht der anderen Partei eine Willenserklärung (z.B. eine Bestellung) vorzuliegen scheint.

b) Rechtliche Beurteilung

Bei den mittels EDV oder Telekommunikation im Internet erstellten oder übermittelten Willenserklärungen ist der Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins mit dem Fall des fehlenden oder abweichenden Geschäftswillens nach der Interessenwertung vergleichbar.[26] Zwischen dem, der rechtsgeschäftlich gar nichts will, und dem, der rechtsgeschäftlich „etwas anderes“ will, besteht kein Unterschied. In beiden Fällen erscheint es angemessen, dem Erklärenden die Wahl zu lassen, ob er nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten will und dann nach § 122 BGB das Vertrauensinteresse ersetzen muss, oder ob er an seiner Erklärung festhalten will und dann eine entsprechende Gegenleistung erhält, die ihn günstiger stellen könnte als die einseitige Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens.[27]

Bei der Computererklärung stellt sich der Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins als ein Sonderfall der vorbestimmten oder vollkommen aus dem Rahmen fallenden Computererklärung dar, die ausnahmsweise zur Anfechtung analog § 119 BGB berechtigt. Setzt der Anlagenbetreiber die EDV dagegen zur Erstellung der Erklärung ein und überlässt die Erklärung im Einzelfall der EDV, dann ist er sich generell der rechtsgeschäftlichen Bedeutung bewusst und kann die Computererklärung nicht deshalb anfechten, weil er sie im konkreten Fall nicht gewollt hätte. Die fehlerhaft abgegebene Computererklärung wird ihm nach dem Risikoprinzip zugerechnet; in der Erklärung verwirklicht sich das vom Anlagenbetreiber geschaffene und abstrakt beherrschte Risiko.

---

[23] Larenz/Wolf AT, § 26 I Rn. 3.
[24] Ultsch, NJW 1997, 3007; Geis, NJW 1997, 3000.
[25] BGH Urteil vom 24.05.1993, NJW 1993, 2100.
[26] Medicus AT, Rn. 607.
[27] Der Geschäftswille setzt das Erklärungsbewusstsein voraus und schließt es in sich ein.

2. „ Abhanden gekommene“ Erklärung

Bei der elektronischen Willenserklärung ist die Erklärung abgegeben, wenn der Erklärende den letzten von ihm auszuführenden Schritt vollzogen hat, um die Erklärung auf den elektronischen Weg zu bringen. Wird der Sendebefehl vom Erklärenden selbst oder von einem Dritten versehentlich ausgelöst, lässt sich dies als Fall der „abhanden gekommenen Willenserklärungen“ verstehen.[28] Vergleichbar ist der Fall, wenn sich der Erklärende entschließt, eine fertig gestellte E-Mail erst später zu senden, und die automatische Übertragung der E-Mail aufgrund einer Routine des E-Mail-Programms ohne Wissen und Willen des Erklärenden erfolgt.[29] Fraglich ist hier, wie eine Erklärung, die den Bereich des Erklärenden ohne dessen Willen verlässt, so dass bloß der Schein einer Abgabe entsteht, zu beurteilen ist. Nach der h. M. wird eine Erklärung, die ohne Wissen und Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt, als nicht abgegeben angesehen.[30] Dem Erklärungsempfänger steht nach dieser Ansicht ein verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch nach § 122 BGB analog zu, wenn eine vom Erklärenden vorbereitete, aber noch nicht abgegebene Erklärung aus Versehen abgesendet wird und dadurch der Schein einer gültigen Erklärung entsteht.[31] M. E. ist aus der Sicht des Empfängers nicht erkennbar, ob die Erklärung dem Absender abhanden gekommen ist oder dieser nicht weiß, dass er eine rechtsverbindliche Erklärung abgibt. Der Fall, dass der Erklärende einen bloßen Erklärungsentwurf noch nicht mitteilen wollte, ist rechtlich dem Fehlen des Erklärungsbewusstseins gleichzustellen. Die Erklärung ist dann abgegeben, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits erforderlich war, um die Wirksamkeit der Erklärung herbeizuführen.[32] Dieser Fall ist nicht nur dann gegeben, wenn der Absender die Erklärung an den Empfangsberechtigten abgesendet hat, sondern auch dann, wenn er die Erklärung in anderer Art und Weise derart in den Rechtsverkehr gebracht hat. Entsprechend dem Prinzip der Risikoverteilung nach Sphären ist die versehentlich abgegebene E-Mail dem Absender als Willenserklärung zuzurechnen, weil der Absender seinen Bereich so organisieren muss, dass keine Willenserklärung unerkannt oder ungewollt seinen Machtbereich verlässt. Bei Verschulden wird dem Absender die „versehentliche“ E-Mail zugerechnet. Handelt es sich nicht um ein Vertretenmüssen, so liegt keine wirksame Willenserklärung vor. Die dem Absender zurechenbare Willenserklärung ist nach § 119 BGB anfechtbar. Will er es nicht gelten lassen, muss er dem Empfänger nach § 122 BGB den Vertrauensschaden ersetzen. Eine culpa in contrahendo ist neben § 122 BGB auch anwendbar. Die Anfechtung wegen ungewollter Erklärungsabgabe muss aber auf die Fälle eingeschränkt werden, in denen der Erklärende selbst den Abgabezeitpunkt bestimmen wollte und dies nicht der EDV und ihrer Programmsteuerung anvertraut hat.[33]

---

[28] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 840.
[29] Vehslage, AnwBl 2002, 86.
[30] MüKo/Einsele, § 130 Rn. 13; Cannaris JZ 1976, 134.
[31] Köhler AT, § 6 II, Rn. 12; Larenz AT, § 26 I Rn. 4.
[32] Larenz/Wolf AT, § 26 I Rn. 3.
[33] Kuhn, § 12 III, S. 167.

IV. Korrektur der Eingabefehler

1. Problemstellung

Bei dem elektronischen Vertragsabschluss sind Eingabe- oder Bedienungsfehler schwieriger zu erkennen und wegen der fehlenden Widerrufsmöglichkeit auch kaum zu korrigieren. Es versteht sich von selbst, dass bei elektronisch übermittelten Willenserklärungen wegen der hohen Übertragungsgeschwindigkeit ein gleichzeitig zugehender Widerruf praktisch nicht möglich ist. Solche Fälle, bei denen Bestellungen getätigt werden, ohne dass der Besteller eine rechtserhebliche Erklärung abgeben wollte, noch dass er diesen Umstand überhaupt bemerkt, führen in verstärktem Maße zu rechtlichen Folgen, die für den Nutzer relativ ungünstig sind. Zunächst trägt er die Beweislast für das Vorliegen des Irrtums, den Zusammenhang zwischen Irrtum und Erklärung und dafür, dass er eine solche Erklärung bei verständiger Würdigung nicht abgegeben hätte[34], außerdem hat er dem Erklärungsempfänger den Vertrauensschaden zu ersetzen. Aus diesem Grund wird die These vertreten, dass nach der Sphärentheorie jeder die Risiken seiner Sphäre tragen müsse und diese nicht auf den Vertragspartner abwälzen dürfe, so dass der Erklärende in der Lage sei, die irrtümlich abgegebene Willenserklärung anzufechten, ohne zum Schadenersatz verpflichtet zu sein.[35]

2. Technische Mittel zur Korrektur der Eingabefehler

Die Rechtsfolgen bei Verstoß des Anbieters gegen die ihm im elektronischen Handel obliegenden Pflichten richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts. Dabei sind effektive Sanktionen für den Fall des Verstoßes gegen vorvertragliche Informations- und sonstige vertragliche Pflichten vorgesehen. Im Folgenden muss auf einige Grundprinzipien hingewiesen werden:

a) Anfechtung wegen Irrtums

Wenn eine Erklärung bereits wirksam geworden ist, ist es demjenigen, der diese Erklärung abgegeben hat, nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB gleichwohl möglich, diese bei Vorliegen bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen anzufechten, mit der Folge, dass die Erklärung von Anfang an als nichtig anzusehen ist (§ 142 Abs. 1 BGB).

Ein rechtlich anerkannter Anfechtungsgrund liegt insbesondere dann vor, wenn der Erklärende bei Abgabe der fraglichen Erklärung einem sog. Erklärungsirrtum oder einem Inhaltsirrtum unterlegen ist (§ 119 Abs. 1 BGB). Ein zur Anfechtung berechtigender Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende zwar eine rechtlich bedeutsame Erklärung abgeben wollte, sich aber irrtümlich in der Erklärung vergriff (z. B. Versprechen, Verschreiben).[36] Ein gleichfalls beachtlicher Inhaltsirrtum (auch "Geschäftsirrtum" genannt) liegt demgegenüber vor, wenn zwar der äußere Tatbestand der Erklärung dem Willen des Erklärenden entsprach, dieser aber über die Bedeutung und Tragweite der Erklärung irrt ("Der Erklärende

[34] BGH Urteil vom 31.01.1991, NJW 1991, 1617.
[35] Brinkmann, BB 1981, 1186.
[36] Soergel/Hefermehl, § 119 Rn. 11.

weiß, was er sagt, er weiß aber nicht, was er damit sagt").[37] Nach der herrschenden Meinung liegt auch im Falle eines fehlenden Erklärungsbewusstseins eine wirksame Willenserklärung vor.[38] Die versehentlich abgegebenen Willenserklärungen sind als Willenserklärungen zu beurteilen und damit nach § 119 BGB anzufechten.[39] Dies gilt auch für verlorengegangene Willenserklärungen, die ohne Wissen und Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr gelangt sind. Gewöhnlich wird eine Verletzung solcher Pflichten daher zu einem Erklärungsirrtum führen und zu einer Anfechtung nach § 119 BGB wegen Irrtums berechtigen.

Natürlich können auch elektronisch abgegebene und übermittelte Erklärungen wegen Vorliegens eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums wie im traditionellen Rechtsverkehr auch angefochten werden. Das heißt, wenn sich z.B. der Erklärende bei Eingabe einer elektronisch abgegebenen und übermittelten Willenserklärung vertippt hat (z.B. Kaufangebot zum Preis von 100 € statt 10 €), kann er diese Erklärung - in gleicher Weise wie eine in herkömmlicher Weise (z.B. per Post) übermittelte Erklärung - anfechten. Diesem Anfechtungsrecht kommt natürlich nur dann praktische Bedeutung zu, wenn der Erklärende sich des eigenen Erklärungsirrtums (z.B. Verschreiben) bei Abgabe der Erklärung nicht bewusst ist, da er ja andernfalls von der vom Anbieter bereitzustellenden Möglichkeit zur Korrektur von Eingabefehlern Gebrauch machen kann. Auch bei elektronisch abgegebenen und übermittelten Erklärungen gilt im Übrigen die übliche Anfechtungsfrist, d. h. die Anfechtung muss ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund - hier also von seinem Vertippen - Kenntnis erlangt (§ 121 Abs. 1 BGB). Der Anbieter könnte dann nach § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens verlangen.

b) Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB?

Fraglich ist, ob eine Haftung des Unternehmers wegen Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB ausgelöst werden kann.

Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist grundsätzlich jede Rechtnorm, welche ein Ge- oder Verbot ausspricht und nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutz individueller Interessen dienen soll.[40] Die §§ 312 c Abs. 1 und 312 e Abs. 1 BGB bezwecken den Schutz der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung des einzelnen Unternehmerkunden und erfüllen unzweifelhaft diese Kriterien.[41]

Nach ständiger Rechtsprechung ist weiterhin zu prüfen, „ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschädigten Interesses die

---

[37] Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 11.
[38] BGH Urteil vom 07.06.1984, BGHZ 91, 324.
[39] BGH Urteil vom 07.06.1984, NJW 1984, 2279; Flume, BGB AT II, § 23, 1.
[40] BGH Urteil vom 13.04.1994, BGHZ 125, 366, 374; BGH Urteil v. 26.02.1993, BGHZ 122, 1, 4.
[41] Vgl. BT-Drucks 14/6040, S. 169: § 312 e BGB solle „einen effektiven Schutz für die Kunden, die (...) auf elektronischem Weg angebotene Waren und Dienstleistungen elektronisch bestellen, gewährleisten."

deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstossenden zu knüpfen“[42] und ob die Gewährung eines deliktischen Schadenersatzanspruchs im Rahmen des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint.[43] Maßgeblich ist einerseits, ob der Gesetzgeber bei Erlass der als Schutzgesetz in Betracht kommenden Vorschrift einen abgeschlossenen Regelungskomplex normiert und damit implizit einen zusätzlichen Schadenersatzanspruch ausgeschlossen hat.[44] Anderseits muss auch die Integrität des deliktischen Haftungssystems bewahrt werden. Dies bedeutet insbesondere, dass die durch § 823 Abs. 1 und § 826 BGB gezogenen Grenzen für den Ersatz allgemeiner Vermögensschäden nicht durch § 823 Abs. 2 BGB unterlaufen werden dürfen.[45] Eine Haftung für fahrlässig verursachte Vermögensschäden kommt daher nur dann in Betracht, wenn das Vermögen das primäre Schutzgut der betreffenden Norm darstellt.[46]

Nach diesen Grundsätzen scheidet ein auf § 823 Abs. 2 BGB gestützter Schadensersatzanspruch des Verbrauchers aus.[47] Die §§ 312 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 BGB konkretisieren vorvertragliche Verhaltenspflichten, welche auf einem durch einen geschäftlichen Kontakt begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis beruhen. Entgegen anderen Fallgruppen der *culpa in contrahendo* handelt es sich nicht um allgemeine Schutzpflichten, bei denen die Annahme eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses dazu dient, die Schwächen des Deliktsrechts auszugleichen. Vielmehr erlangen die genannten verbraucherschützenden Pflichten erst durch den unmittelbaren Kontext des bevorstehenden Vertragsabschlusses Bedeutung. Systematisch stehen sie damit in der Nähe vertraglicher Pflichten, wie ihre Platzierung im Dritten Abschnitt des Zweiten Buchs des BGB eindrücklich belegt. Die Qualifikation einer vertraglichen Pflicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB kommt jedoch grundsätzlich nicht in Betracht, da sie die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktshaftung vollkommen verwischen würde.[48]

Neben diesen Erwägungen sprechen auch die Gesetzgebungsmaterialien gegen eine Subsumtion der §§ 312 c Abs. 1, 312 e Abs. 1 BGB unter den Begriff des Schutzgesetzes gem. § 823 Abs. 2 BGB. So führt die Begründung des Regierungsentwurfs aus, die Rechtsfolgen einer Informationspflichtverletzung sollten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts richten.[49]

---

[42] BGH Urteil vom 29.06.1982, BGHZ 84, 312, 314, Teilweise wird auch ausgeführt, die Schaffung eines individuellen Ersatzanspruchs aufgrund des Normenverstoßes müsse erkennbar vom Gesetzgeber angestrebt sein. Dies hat in der Literatur zu Recht Kritik erfahren, da es ein Kennzeichen des § 823 Abs. 2 BGB ist, an Normen anzuknüpfen, bei deren Erlass der Gesetzgeber die deliktischen Konsequenzen der Regelung nicht bedacht oder bezweckt hat; vgl. Staudinger/Hager, 13. A., § 823 Rn. G 21; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 157.

[43] BGH Urteil vom 05.02.1980, NJW 1980, 1792 mit zustimmender Anmerkung Schlosser, JuS 1982, 657, 659.

[44] Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 137 ff.

[45] BGH Urteil vom 08.06.1976, BGHZ 66, 388, 390; kritisch Spickhoff, Gesetzesverstoß und Haftung, S. 133.

[46] Staudinger/Hager, 13. A., § 823 G 26; MüKo/Meents, § 823 Rn. 160.

[47] Die Schutzgesetzeigenschaft der früheren verbraucherschützenden Sondergesetze wurde in Rechtsprechung und Literatur kaum thematisiert.

[48] Folgerichtig verneint die h. M. die Schutzgesetzeigenschaft des § 618 Abs. 1 und 2 BGB, siehe Soergel/Kraft, 12. A., § 618 Rn. 7; Staudinger/Oetker, 13. A., § 618 Rn. 322.

[49] Begründung RegE, BT-Drucks 14/6040, S. 173.

Komplementiert wird diese Äußerung durch Ausführungen über die mögliche Ausübung von Gestaltungsrechten und Rechtsbehelfen des AT des BGB und des AT des Schuldrechts. Dies berechtigt zu dem Schluss, dass ein Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB nicht intendiert war.

Eine Haftung des Unternehmers nach § 823 Abs. 2 BGB besteht folglich nicht.

3. Zusammenfassung

Der elektronische Handel ist nicht nur besonders irrtumsanfällig, sondern auch besonders irrtumsresistent. Die Möglichkeit der Anfechtung elektronisch erstellter und via Internet übermittelter Willenserklärungen lässt sich mit Hilfe der Irrtumsregeln der §§ 119ff. BGB handhaben. Es ist systematisch zwischen fehlerhaften Willenserklärungen und der versehentlichen Abgabe einer Willenserklärung zu unterscheiden. Die erste Fallgruppe kann nach der Störungsursache in Eingabe-, Bedienungs-, System- und Übermittlungsfehler differenziert werden. Im Falle eines Eingabe- oder Bedienungsfehlers kann der Nutzer seine Erklärung nach § 119 BGB anfechten. Er haftet dann nach § 122 BGB für den Vertrauensschaden des Anbieters. Fehler im Willensbildungsprozess als Grundlage darauf basierender Computererklärungen sind regelmäßig unbeachtlich und nicht anfechtbar, denn sie entsprechen lediglich einem unbeachtlichen Irrtum in der Willensbildung an sich. Systemfehler können ausnahmsweise dann beachtlich sein, wenn Eingabefehler unverändert in eine an einen Dritten gerichtete Computererklärung einfließen oder die vom Computer erstellte Erklärung vollständig aus dem Rahmen fällt und der Erklärende deshalb über deren Inhalt irrt. Erkennbare fehlerhafte Computererklärungen sind ohne Anfechtung wegen Perplexität nichtig. Bei reinen Übermittlungsfehlern liegt ein Anfechtungsgrund aus § 120 BGB vor, wenn die Übermittlung der Willenserklärung vollständig und wirksam ist. Die versehentlich abgegebenen Erklärungen sind nach § 119 BGB anzufechten. Voraussetzung ist jedoch, dass der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben als Willenserklärung aufgefasst werden durfte. Dabei spielt das Verschulden eine Rolle. Ist die Abgabe der Erklärung vom Äußernden nicht zu vertreten, so liegt Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit der Erklärung vor. Dies gilt auch für die verloren gegangenen Willenserklärungen, die ohne Wissen und Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr gelangt sind. Der Erklärende kann solche Erklärungen nach § 119 BGB anfechten, sofern er den Abgabezeitpunkt selber bestimmen wollte und nicht der EDV überlassen hat.

Ein Verstoß des Anbieters gegen seine Pflichten berührt die Wirksamkeit des elektronischen Vertrages nicht. Der elektronische Vertrag ist dennoch wirksam. Weitere Sanktionen gegen den Dienstanbieter sind aber nicht ausgeschlossen. Dem Kunden steht ein Anspruch aus culpa in contrahendo zu, wenn die Pflichtverletzung des Anbieters für den Abschluss oder ungünstigen Vertragsabschluss ursächlich war. Beruht der Irrtum des Kunden auf der Verletzung vorvertraglicher Pflichten des Anbieters, etwa die Bereitstellung technischer Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern, muss der Anbieter die fehlende Kausalität beweisen.

V. Exkurs: Haftung des Providers

Die Haftung im Online-Bereich ist ein Problemkreis, dem naturgemäß besondere Bedeutung zukommt. Provider, Nutzer und Geschädigte haben aus ihrer jeweiligen Perspektive ein großes Interesse an einer klaren und durchschaubaren haftungsrechtlichen Situation.

Der Provider kann unter Umständen auch auf vertraglicher Grundlage wegen der Rechtswidrigkeit oder Unrichtigkeit der verbreiteten Informationen in Anspruch genommen werden. Allerdings bestehen zwischen Content Providern und Usern regelmäßig keine vertraglichen Beziehungen. Der Nutzer ruft eine Website auf, ohne dass damit ein Vertragsabschluss verbunden ist. Insofern kommt in den meisten Fällen auch ein Haftungsausschluss nicht zum Tragen. Denn selbst wenn der Provider darauf verweist, dass er für die Richtigkeit der Informationen keine Gewähr übernimmt, hat dieser Hinweis wegen der fehlenden vertraglichen Bindung des Kunden keine rechtliche Wirkung. Allenfalls im Rahmen von § 254 Abs. 1 BGB könnte ein solcher Hinweis indiziell dafür sprechen, dass sich der Kunde nicht blindlings auf die angebotenen Informationen hätte verlassen dürfen und ein eventueller Schadensersatzanspruch demnach wegen Mitverschuldens zu reduzieren bzw. auszuschließen wäre.

1. Vertragliche Haftung

a) Acces Provider[50] – User

Zunächst ist zu klären, wie die Verträge zwischen Access Providern und Usern in die herkömmliche Vertragstypologie des BGB einzuordnen sind.[51] Vertreten wird insbesondere eine Einordnung als Werk-[52], Dienst-[53] oder als Mietvertrag[54]. Zudem kommt eine Qualifizierung als Rahmenvertrag mit dienst-, werk- und auch mietrechtlichen Elementen in Betracht. Vieles spricht jedoch für eine Qualifizierung als Dienstvertrag, bei welchem die geschuldete Leistung in der Bereithaltung der technischen Möglichkeiten für den Zugang in das Internet besteht.[55] Gegen eine Qualifizierung als Mietvertrag spricht, dass der Provider einen ständigen Zugang zum Internet auf Grund technischer Unzulänglichkeiten nicht zusagen kann.[56] Zudem wäre dem Nutzer mit der bloßen Gebrauchsüberlassung der technischen Infrastruktur nicht gedient. Vielmehr erwartet der Nutzer vom Access-Provider, dass dieser ihm den Internetzugang ermöglicht. Dies erfordert mehr als eine bloße Gebrauchsüberlassung der technischen Infrastruktur. Gegen eine Qualifizierung als Werkvertrag spricht die

[50] Der Access-Provider schließt das Tor zum Internet auf. Hier werden die fremden Inhalte gar nicht auf den eigenen Rechnern gespeichert, sondern es wird lediglich der Zugang zu fremden Inhalten vermittelt, die sich ihrerseits auf den Rechnern eines anderen Content- oder Host-Providers befinden.
[51] Härting, Internetrecht, Rn. 293.
[52] U.a. Spindler, K&R 1999, 488, 490.
[53] Wischmann, S. 461ff; Härting, CR 2001, S. 37 ff.
[54] Cichon, S. 19 ff.
[55] Härting, CR 2001, S. 37, 38.
[56] Härting, CR 2001, 37, 38.

werkvertragsrechtliche Erfolgshaftung aus § 631 BGB: Der Provider kann keine ständige Verbindung zum Internet zusagen. Es bleibt also eine Qualifizierung des Acces-Provider-Vertrages als Dienstvertrag.[57] Hierfür spricht auch, dass es sich bei dem Access-Provider-Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt[58].

Bei Dienstverträgen ist jedoch die Gewährleistung im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Man zieht insofern bei Schlecht- oder Nichterfüllung das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung heran (§ 280 Abs. 1 BGB) und begründet damit einen Schadensersatzanspruch des Kunden. Bedenklich ist jedoch, was als Schlecht- bzw. Nichterfüllung bei Onlineverträgen anzusehen ist. Die Fragestellung richtet sich m. E. nicht nach objektiven Bestimmungen. Vielmehr hängen die Leistungspflichten eines Acces Providers von den vertraglichen Regelungen ab. Diese sehen meist abgestufte Angriffsmöglichkeiten vor und quantifizieren Betriebsstörungen insbesondere in Stosszeiten. Auch die Modalitäten eines eventuellen Hotline-Dienstes werden darin geregelt. Die Parteivereinbarungen entscheiden daher über den Umfang der Leistungspflichten.

b) Content Provider[59] - User

Anders ist die Rechtslage bei den Verträgen, die Content Provider mit Nutzern schließen. Bei dem Electronic Commerce mit Waren kommt regelmäßig ein Kaufvertrag zustande. Dies gilt auch dann, wenn die Ware (etwa ein Computerprogramm) unmittelbar per Download über das Netz geliefert wird. Bei Verträgen über Dienstleistungen handelt es sich regelmäßig um Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträge.

Insofern kann für die vertragliche Haftung auf die Grundsätze des Zivilrechts zurückgegriffen werden. Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer zunächst Nacherfüllung, also nach seiner Wahl Nachbesserung oder Nachlieferung, verlangen (§§ 437, 439 BGB); der Verkäufer kann die von dem Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 439 Abs. 3 BGB). Dem Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung entspricht ein Recht des Verkäufers zur "zweiten Andienung". Der Käufer kann also erst dann mindern (§ 441 BGB), sich gemäß §§ 437, 323 BGB vom Vertrag lösen oder gemäß §§ 437, 280 Abs. 1, 3 i.V.m. 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Verkäufer eine Chance gegeben hat, seine vertraglichen Pflichten im Rahmen einer angemessenen Frist doch noch ordnungsgemäß zu erfüllen.

Bestandteil der Website als eigener Inhalt sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Unter den Bedingungen des Electronic Commerce müssen

---

[57] Härting, Internetrecht, Rn. 296.
[58] Cichon, S. 15.
[59] Der Content-Provider ist ein Inhaltsersteller, der die eigenen Inhalte über eigene Rechner und Speicher zur Verfügung stellt. Hierunter fallen z. B. eigene Dienste von Online – Unternehmen, die sie selbst erstellen und bereithalten. Content-Provider ist überdies, wer sich fremde Inhalte zu eigen macht. Dies kann der Fall sein, wenn der Anbieter fremderstellte Inhalte derart in sein eigenes Angebot integriert, dass sie nicht mehr als fremd erkennbar sind, oder wenn er sich diese Inhalte, obgleich sie als fremd erkennbar bleiben, für sein eigenes Angebot zunutze macht, ohne sich davon zu distanzieren.

AGB durch einen Hyperlink auf dem elektronischen Bestellformular, neben der E-Mail-Adresse des Anbieters oder neben dessen Homepage verwendbar gehalten werden, so dass der Vertragspartner diese ohne Aufwand zur Kenntnis nehmen kann. In einer elektronischen Form müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen den üblichen Anforderungen an müheloses Lesen und an Übersichtlichkeit entsprechen, damit der Interessent die Möglichkeit der Prüfung hat.[60] Für elektronische Allgemeine Geschäftsbedingungen sind diese Voraussetzungen gegeben, wenn das Lesen auch am Bildschirm möglich ist und der Text ausgedruckt werden kann. Neben diesen selbstverständlichen Anforderungen ist eine Vereinbarung über die Rechtssicherheit der elektronischen Vertragsbeziehung entscheidend: Die zwischen den Partnern zu wählende Sicherheitstechnik der digitalen Signatur und Verschlüsselung.

Eine Beschränkung der vertraglichen Haftung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt von vornherein kaum in Betracht. Das BGB verbietet jeglichen Ausschluss der Haftung für arglistiges Verhalten und bei Garantien (§ 444 BGB), für die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 307 Nr. 7 lit. a BGB) sowie für vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten (§ 307 Nr. 7 lit. b BGB). Zusätzlich hat die Rechtsprechung aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitet, dass auch für mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Lieferanten die Haftung nicht ausgeschlossen werden dürfte, sofern es um die Verletzung vertragswesentlicher Kardinalpflichten gehe.[61]

2. Verantwortlichkeit des Providers nach §§ 8 – 11 TDG

Für die Teledienste finden sich die Vorschriften zur Verantwortlichkeit der Dienstanbieter in §§ 8 – 11 TDG. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen um Regelungen, die rechtsgebietsübergreifend gelten, so dass sie auch im Wettbewerbsrecht Anwendung finden. Sie begründen keine originäre multimediarechtliche Verantwortlichkeit, sondern setzen eine Verantwortlichkeit nach allgemeinen Gesetzen voraus. Ihre Zielsetzung liegt darin, die Verantwortlichkeit zu begrenzen, so dass sie grundsätzlich nicht zur Erweiterung der Verantwortlichkeit herangezogen werden können.[62]

Mit den Bestimmungen der §§ 8 – 11 TDG werden die in Art. 12 – 15 ECRL vorgesehenen Beschränkungen der „Verantwortlichkeit der Vermittler“ in innerstaatliches Recht umgesetzt. Mit Blick auf die von der E - Commerce – Richtlinie vorgenommene Vollharmonisierung der Verantwortlichkeit der Vermittler erfolgt die Umsetzung eng am Wortlaut.

Diese Regelungen differenzieren wie der alte § 5 TDG zwischen eigenen und fremden Informationen. Der Begriff der „Informationen“ ist dem Richtlinientext entnommen und ist in einem weiten Sinne zu verstehen.[63] Er umfasst alle Angaben, die im Rahmen des jeweiligen Teledienstes übermittelt oder gespeichert werden. Aus § 8 Abs. 1 TDG ergibt sich, dass es bei der alten Fassung des § 5 Abs. 1 TDG

---

[60] Zu diesen Anforderungen vgl. Ernst, NJW-CoR 1997, 165, 167.
[61] BGH Urteil vom 05.12.1995, NJW-RR 1996, 783=DB 1996, 1276=MDR 1996, 675.
[62] Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rn. 230, 276.
[63] Spindler, MMR - Beilage 7/2000, 4, 16.

bleibt, wonach der Dienstanbieter für eigene Informationen nach den allgemeinen Gesetzen haftet. In § 9 TDG werden Haftungsbeschränkungen für die Durchleitung von Informationen geregelt; § 10 TDG enthält Bestimmungen im Hinblick auf die Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen und § 11 TDG regelt Haftungsbeschränkungen bei der Speicherung von Informationen. § 8 Abs. 2 S. 1 TDG legt fest, dass Dienstanbieter nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. § 8 Abs. 2 S. 2 TDG regelt schließlich die Störerhaftung.

Nach der Begründung zum Gesetzentwurf ist die Wirkungsweise der §§ 9 bis 11 TDG untechnisch mit der eines Filters vergleichbar. Die Vorschriften könnten eine Verantwortlichkeit im zivil- und strafrechtlichen Bereich nicht begründen oder erweitern. Vielmehr müsse sich eine solche aus allgemeinen Vorschriften ergeben. Bevor ein Dienstanbieter auf deren Grundlage zur Verantwortung gezogen werden könne, müsse geprüft werden, ob die aus den allgemeinen Vorschriften folgende Verantwortlichkeit nicht durch die §§ 9 bis 11 TDG ausgeschlossen sei. Seien daher im Einzelfall die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften für eine Haftung erfüllt, so sei der Dienstanbieter für die Rechtsgutsverletzung gleichwohl nicht verantwortlich, wenn er sich auf das Eingreifen der §§ 9, 10 oder 11 TDG berufen könne.[64] Es ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat verstreichen lassen, zu der Frage der dogmatischen Einordnung der Verantwortlichkeitsregelungen in den jeweiligen Haftungstatbestand Stellung zu nehmen. Aus der gewählten Formulierung lassen sich sowohl Argumente für eine „Zwei-Stufen-Prüfung“[65] als auch für eine Einbeziehung der Verantwortlichkeitsregeln in die Prüfung des jeweiligen Haftungstatbestandes herleiten.

§ 9 Abs. 1 TDG nennt die einzelnen Voraussetzungen, unter denen ein Dienstanbieter, der fremde Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt, oder zu denen er den Zugang zur Nutzung vermittelt, nicht verantwortlich ist. Um das Haftungsprivileg in Anspruch nehmen zu können, darf er die Übermittlung nicht veranlasst (Nr. 1), den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt (Nr. 2) und auch die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben (Nr. 3). Die Bestimmung entspricht der in Art. 12 Abs. 1 ECRL enthaltenen Regelung, die nach Ansicht der Literatur auf den E-Mail-Dienst Anwendung findet.[66] Diese Auffassung ist zutreffend. Die Haftungsfreistellung im Fall des Art. 12 Abs. 1 ECRL und dementsprechend auch des § 9 Abs. 1 TDG beruht darauf, dass die Tätigkeit des Dienstanbieters automatischer Art ist. Der Dienstanbieter, der in der Regel keine Kenntnis über die weitergeleitete Information hat und diese auch nicht kontrolliert, trifft im Hinblick auf die Informationen keine eigene Entscheidung.[67] Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 TDG entfällt daher seine Haftung.

---

[64] Begründung zum Gesetzentwurf, S. 49.

[65] Die Verantwortlichkeit soll zunächst als „Filter“ losgelöst vom übrigen Haftungsrecht zu prüfen sein. Falls der Dienstanbieter danach verantwortlich ist, soll seine Haftung nach dem jeweils einschlägigen herkömmlichen Recht zu prüfen sein.

[66] Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4, 17.

[67] Begründung zum Gesetzentwurf, S. 52.

Im Falle der Störerhaftung ist jedoch zu beachten, dass § 8 Abs. 2 S. 2 TDG eine spezielle Regelung enthält.[68] Nach dieser Bestimmung bleibt die Verpflichtung zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Dienstanbieters nach den §§ 9 bis 11 TDG unberührt. § 8 Abs. 2 S. 2 TDG entspricht dem alten § 5 Abs. 4 TDG und setzt zugleich die Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 3 ECRL in innerstaatliches Recht um.[69] Aus diesen Richtlinienbestimmungen ergibt sich, dass die Störerhaftung vom Regelungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein soll.[70]

Entgegen der ersten Formulierung des § 8 Abs. 2 S. 2 TDG im Arbeitspapier der Bundesministerien für Wirtschaft und Justiz[71] enthält die Vorschrift in der Fassung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung nicht die zusätzliche Voraussetzung, dass der Dienstsanbieter von den Informationen Kenntnis erlangt haben muss. Die Bundesregierung scheint diesen Passus vergessen zu haben, denn in der Begründung zum Gesetzentwurf geht sie hiervon wie selbstverständlich aus.[72] Keine rechtliche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass nach der neuen Formulierung nicht mehr ausdrücklich auf die technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der Sperrung abgestellt wird. Nach Auffassung der Bundesregierung ergeben sich diese Anforderungen bereits aus allgemeinen übergeordneten Grundsätzen, da das Recht technisch Unmögliches ebenso wenig verlangen dürfe wie Unzumutbares.[73] Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Ausführungen zum alten § 5 Abs. 4 TDG sich auf die Neuregelung übertragen lassen.

---

[68] Härting, DB 2001, 80, 82.
[69] Begründung zum Gesetzentwurf, S. 50.
[70] So ausdrücklich Spindler, MMR - Beilage 7/2000, 4, 20 (zur endgültigen Fassung).
[71] Vgl. zum Arbeitpapier: Härting DB 2001, 80, 81.
[72] Begründung zum Gesetzentwurf, S. 50 f.
[73] Begründung zum Gesetzentwurf, S. 51.

§ 4. Allgemeine Grundlagen des elektronischen Vertragsabschlusses

I. Begriff des Vertrages

Der Vertrag wird als ein mehrseitiges Rechtsgeschäft definiert, durch das die Parteien in freier Selbstbestimmung von der ihnen von der Rechtsordnung gewährten Vertragsfreiheit Gebrauch machen und ihre Rechtsverhältnisse in eigener Verantwortung regeln.[1] Demnach erfordert ein Vertrag grundsätzlich zwei Willenserklärungen der Vertragspartner, die hinsichtlich des Inhalts übereinstimmen und besagen, dass diese Regelung gelten solle.[2] Nur beide Erklärungen in ihrer Bezogenheit aufeinander können die vertragliche Regelung in Kraft setzen.

II. Anwendung der allgemeinen Regeln des BGB bei dem Vertragsabschluss im Internet

Auch im Internet haben die grundlegenden Vorschriften des BGB über die rechtliche "Mechanik" des Abschlusses von Verträgen weitgehend ihre Gültigkeit behalten. Zum besseren Verständnis der spezifischen Fragestellungen des E - Commerce ist es erforderlich, sich zunächst die allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen zu vergegenwärtigen.

Ein Vertrag ist ein in der Regel zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei dem durch mindestens zwei übereinstimmende sog. Willenserklärungen ein rechtlicher Erfolg erzielt werden soll. Erforderlich für das Zustandekommen eines Vertrages ist also: das Vorliegen eines Antrages zum Abschluss eines Vertrages (Angebot) durch die eine Seite und eine Annahme dieses Antrages durch die andere Seite (§ 145 ff. BGB). Das Angebot ist für sich allein ein Vorschlag, durch dessen Annahme der Vertrag wirksam wird. Von welcher Seite die erste Erklärung kommt, ist gleichgültig.[3]

Da sich das Internet als Informations- und Kommunikationsmedium zum Austausch von Erklärungen, also auch von vertragsbezogenen Willenserklärungen, bestens eignet, können Verträge prinzipiell natürlich via Internet ebenso abgeschlossen werden, wie im übrigen Rechtsverkehr. Die elektronischen Verträge folgen den allgemeinen Regeln des BGB, so dass es für den wirksamen Vertragsabschluss der Abgabe von zwei sich deckenden Willenserklärungen bedarf. Das heißt, liegt in der Präsentation auf einer Internet-Seite ein Antrag zum Abschluss eines Vertrages, so ist der Erklärende nach § 145 BGB mit dessen Zugang an seine Erklärung gebunden[4], es sei denn, dass er ausdrücklich die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Der Vertrag kommt also durch die rechtzeitige Annahme des Internet-Nutzers zustande, ohne das der

---

[1] Larenz/Wolf, AT BGB, § 29 I 1, Rn. 1.
[2] Larenz, a.a.O., Rn. 6.
[3] Besonders deutlich wird dies in § 151 Abs.1 S. 1 BGB.
[4] Vgl. MüKo/Kramer, § 145 Rn. 6 ff.

Antragende Einfluss auf den Inhalt des Vertrages oder seinen Abschluss hat. Dabei sind folgende Risiken zu beachten:

Da das Angebot in dem elektronischen Geschäftsverkehr nicht nur auf bestimmte Dritte bezogen ist, sondern in gleicher Weise auf die Öffentlichkeit, kann der Anbieter Verträge auch mit unerwünschten Personen nicht verhindern. Andererseits ist es möglich, dass das Angebot einen Fehler enthält, der für den Internet-Nutzer nicht erkennbar ist, und der Vertrag zu den fehlerhaften Bedingungen zustande kommt. In diesem Fall ist eine Anfechtung des Anbieters gem. § 119 ff. BGB denkbar. Er muss aber den Vertrauensschaden nach § 122 BGB ersetzen.

1. Angebot und invitatio ad offerendum

a) Meinungsstand

Was das konkrete Zustandekommen eines elektronischen Vertrages durch Angebot und Annahme angeht, stellt sich dabei in der Praxis allerdings die Frage: Ist das "Angebot" auf einer Website bereits als ein verbindlicher Antrag im Sinne des § 145 BGB auf den Abschluss eines Vertrages anzusehen, das von jedem beliebigen Internet-Nutzer nur noch per Mausklick oder Mail angenommen werden muss, um den Vertrag zustande zu bringen, oder handelt es sich - nach der Art eines Warenkataloges - lediglich um die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots durch den Kunden (sog. invitatio ad offerendum), bei der sich der Anbieter bewusst noch nicht binden will?[5]

Der Unterschied zwischen einer solchen Aufforderung zu dem Vertragsangebot und einem Vertragsangebot selbst liegt darin, dass mit der bloßen Aufforderung der Abgabe eines Vertragsangebots noch kein Bindungswille verbunden ist.[6] Demgegenüber regelt ein wirksames Angebot die essentialia negotii des Vertrages und wird mit Rechtsbindungswillen abgegeben. Nach der herrschenden Meinung ist die Präsentation im Internet als invitatio ad offerendum und nicht als ein verbindliches Angebot zu qualifizieren. Die Annahme eines verbindlichen Angebots sei abzulehnen, denn, wenn Anzeigen, Plakate, Kataloge und Preislisten im Versandhandel und selbst die Auslage der mit einer verbindlichen Preisangabe versehenen Ware[7] im Schaufenster grundsätzlich nicht als Vertragsangebot angesehen würden, so könne für die Präsentation von Waren im Internet nichts anderes gelten.[8] Denn nicht jede Erklärung, die eine Ware oder Dienstleistung bestimmt genug anbiete, stelle bereits ein verbindliches Vertragsangebot dar. Vielmehr hätten solche Erklärungen oft den Sinn, den anderen Teil zur Abgabe eines Angebots

---

[5] Eichhorn, S. 71; Köhler/Arndt, S. 45; MüKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 10; Schwerdfeger, Kap. 6-2.3, S. 4 ff.; Taupitz/Kritter, JuS 1999, 840; Wildemann, S. 28 ff.; Hoeren, Rechtsfragen des Internet, Rn. 281.
[6] Palandt/Heinrichs, § 145 Rn. 2.
[7] Soergel/Wolf, § 145 Rn. 7.
[8] Redecker, NJW 1984, 2391; Köhler, NJW 1998, 185.

aufzufordern.[9] Diese Betrachtung ist zu bedenken. Durch den Vertragsabschluss wird der Anbieter zur Lieferung der versprochenen Waren oder Leistung der Dienste verpflichtet. Angesichts der Größe des potentiellen Kundenkreises fehlt aber dem betriebswirtschaftlichen Anbieter eine vernünftige Dispositionsmöglichkeit. Hier können Probleme entstehen, wenn der Anbieter nicht ausreichend Waren auf Lager hat oder diese aufgrund eigener Versorgungsschwierigkeiten nicht kurzfristig beschaffen kann.[10] In diesen Fällen drohen dem Anbieter Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung (§§ 280-285 BGB). Daher ist zweifellos anzunehmen, dass der Anbieter nicht zu einem Zeitpunkt zu der Erfüllung des Vertrages verpflichtet werden will, in dem er weder seinen Warenbestand noch die Zahlungsfähigkeit des potentiellen Kunden überprüfen kann. Er hätte andernfalls keine Möglichkeit, über das Zustandekommen des Vertrages zu entscheiden. Eine Website ist daher wie ein tatsächliches Schaufenster zu behandeln, da das Rechtsinstitut der "invitatio ad offerendum" den Präsentierenden davor schützen will, dass eine unbestimmte Anzahl von Personen wirksame Verträge mit ihm abschließen kann, die er aufgrund der Vielzahl eventuell nicht erfüllen kann.[11]

Wie ein Webangebot zu qualifizieren ist - als ein bereits verbindliches Vertragsangebot oder als eine noch unverbindliche invitatio - ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Die Fragestellung richtet sich m. E. nicht nach dem inneren Willen des Erklärenden, sondern nach dem objektiven Erklärungswert seines Verhaltens. Dabei kommt es auf die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der Warenpräsentation bzw. des Internetauftritts an.[12] Eine Bindungswirkung zu Lasten des Anbieters im Internet tritt nicht in jedem Fall ein. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich tatsächlich um eine verbindliche Offerte im Sinne des § 145 BGB handelt. Maßgeblich für die Auslegung seiner Erklärung ist nämlich, wie der Erklärungsempfänger den Inhalt der Internetseite nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss.[13] Stellt die Präsentation eines Gutes auf der Website des Anbieters nur eine Einladung zu der Offertestellung dar, ist es der Kunde, welcher dem „Anbieter" gegenüber ein Angebot macht, und zwar entweder durch eine E-Mail oder durch die Übermittlung eines ausgefüllten Bestell-Formulars; damit ein Vertrag zustande kommt, muss das rechtserhebliche und verbindliche Angebot des Kunden vom „Anbieter" der Waren oder Dienstleistungen angenommen werden. Bringt der Anbieter dagegen auf der Webseite ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck, dass er sich vertraglich binden will, so liegt nicht nur eine Aufforderung zu der Angebotsabgabe vor, sondern ein bindendes Angebot zu dem Vertragsabschluss. Die Qualifikation des Webseiteangebotes als bereits verbindlicher Antrag auf Abschluss eines Vertrages wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn der Vertrag nicht nur über das Netz abgeschlossen, sondern von dem Anbieter der Leistung - nach vorheriger Online-Bezahlung

[9] Leipold AT, § 5 Rn. 462.
[10] Vgl. Borges, S. 165; Mehrings, Multimediarecht, Teil 13. 1 Rn. 139.
[11] Brox AT, Rn. 170; Borges, S. 165.
[12] Borges, S. 166.
[13] BGH Urteil vom 05.07.1990, NJW 1990, 3206; BGH Urteil vom 12.03.1992, NJW 1992, 1446, 1447; Borges, S. 203.

durch den Kunden, z. B. durch Kreditkarte - auch unmittelbar über das Internet erfüllt wird, wie etwa bei dem Abruf von Informationen oder dem Download von Software.

Die rechtliche Beurteilung einer Präsentation im Internet hat daher zweistufig zu erfolgen: Zunächst ist zu beantworten, ob die Präsentation im Internet so umfassend und bestimmt ist, dass ein Vertrag durch eine einfache Annahme des Empfängers zustande kommen kann (Bestimmung des Angebots). Weiter ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob der Erklärungsempfänger die Erklärung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung als bindend wertend durfte (Bindungswille des Erklärenden).

b) Bestimmung des Angebots

Zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Präsentation im Internet um ein verbindliches Angebot oder um eine invitatio ad offerendum handelt, ist zwischen passiven und aktiven Websites zu unterscheiden.

aa) Passive Website (Reine Präsentationen)

Bei einer sog. passiven Website handelt es sich regelmäßig um Warenangebote des Anbieters, ohne dass eine interaktive Kommunikation mit dem Nutzer möglich ist, so dass zum Erlangen des Angebotenen ein weiterer Schritt außerhalb des Netzes erforderlich ist. Der Einbau solcher passiven Websites ist nicht als Angebot zu beurteilen, da das übermittelte Datenmaterial für eine Bestellung nicht ausreicht oder eine entsprechende Bestellfunktion nicht integriert ist. Da der Anbieter sich durch die Warenpräsentation nicht bindet, sondern sich nach Eingang der Bestellung die Überprüfung seiner Lieferfähigkeit und der Zahlungsfähigkeit des Bestellers vorbehält, fehlt es bei rein werbenden Äußerungen des Anbieters gegenüber der Allgemeinheit an einem Angebot im Rechtssinne.[14]

bb) Interaktive Website

Bei der interaktiven Website ist eine Bestellfunktion eingerichtet. Nach einer Auswahl der gewünschten Artikel kann der Kunde diese direkt per Mausklick über die Website des Anbieters bestellen. Die Besonderheit bei Websites mit Bestellfunktion liegt darin, dass sich der Vertragsabschluss über das Internet von den gewohnten Fallkonstellationen insofern unterscheidet, als sich die Möglichkeit bietet, Werbung und Bestellvorgang zu einem einförmigen Vorgang zu verschmelzen. Dabei wird dem Kunden eine direkte Zugriffsmöglichkeit auf das Warenlager des Anbieters suggeriert.[15] Hinzu

[14] Borges, S. 167.

[15] Auf dem elektronischen Markt entstehen zunehmend virtuelle Kaufhäuser. Es handelt sich hierbei um Homepages größerer Unternehmen oder Kaufhausgruppen (Hierbei sind vor allem Computerhändler wie Dell unter http://www.dell.com zu nennen. Darüber hinaus sind auch die großen Versandhäuser wie Quelle unter http://www.quelle.de und Otto unter http://www.otto.de

kommt, dass der Anbieter, insbesondere bei automatisierten Erklärungen auf Datenbanken zurückgreifen kann, die eine zusätzliche Überprüfung des Lagerbestands einsparen.[16]

Vereinzelt wird jedoch die Auffassung vertreten, dass in Fällen, in denen der Internetnutzer aus Mangel an konkreten Hinweisen kaum erkennen kann, dass es sich bei einem Webangebot lediglich um ein unverbindliches Angebot handelt - z.B., weil das Angebot mit Formulierungen wie "Sonderangebot! Jetzt bestellen - Lieferung schon morgen!" beworben wird, oder weil der Anbieter juristisch gar kein Angebot machen will, da noch eine Bonitätsprüfung des Kunden sowie eine Überprüfung der Liefermöglichkeiten erfolgen soll[17] - das Webangebot als verbindliches Angebot zu qualifizieren ist. Eine derartige Beurteilung erscheint allerdings fraglich, da derartige werbemäßigen Formulierungen eher als ein Hinweis auf eine sofortige Liefermöglichkeit zu verstehen sein dürften, jedoch keine Qualifikation als ein verbindliches Angebot rechtfertigen.[18] Dabei ist m. E. auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Verzichtet der Anbieter auf eine Bonitätsprüfung des Kunden etwa bei einem Versand per Nachname, so sind Fälle denkbar, in denen auf Internetseiten enthaltene Angebote zum Kauf von Waren als verbindliche Angebote i. S. von § 145 BGB zu bewerten sind.[19] In diesen Fällen erfolgt die Annahme des Kunden mit dem Absenden des Bestellformulars oder durch einfachen Mausklick, sofern eine direkte Dialogverbindung besteht.

Wie es gezeigt wurde, soll das Rechtsinstitut der “invitatio ad offerendum” den Präsentierenden vor einer Vielzahl von Verträgen schützen, die er eventuell nicht erfüllen kann. Dies ist aber nur sinnvoll, wenn es sich um reale Waren handelt. Die Lieferfähigkeit hängt hier von dem Lagerbestand oder der Verfügbarkeit auf dem Markt ab. Dies gilt jedoch nicht bei virtuellen Waren, wie z. B. bei digital gespeicherten Texten, Bildern, Softwarelizenzen mit Freischaltungscodes und Download von Software. Alle diese Waren sind in praktisch unbegrenzter Zahl verfügbar. Dabei erübrigt sich eine Prüfung der Warenbestände – es besteht keine Gefahr der Leistungsunfähigkeit. Muss der Kunde seine Vergütung erst nach dem Download leisten, besteht für den Anbieter die Gefahr des Zahlungsausfalls, was seinem Interesse entgegenstehen

---

vertreten), die dem Kunden ihr Warensortiment zum Abruf bereithalten und in Bildform verfügbar machen. Findet der Kunde Gefallen an einigen Produkten, kann er diese in einen „Warenkorb“ legen und am Ende seines „Kaufhausbesuches“ online bestellen. Die Lieferung erfolgt dann meist frei Haus.

[16] So nimmt bspw. das Online Versandhaus Otto vor der Bestätigung der Bestellung, die der Kunde durch Mausklick auslöst, zwingend eine Prüfung der Bestellung - sprich des Warenvorrats - vor.

[17] Vgl. Mehrings, MMR 1998, 30, 32.

[18] Bei der Gestaltung des eigenen Webangebotes empfiehlt es sich vorsorglich solche Formulierungen, die beim Besteller unbeabsichtigt den Eindruck eines bereits verbindlichen Angebotes erwecken können, zu vermeiden oder einen entsprechenden Eindruck durch ergänzende Klarstellungen (z.B. "Unverbindlich", "So lange der Vorrat reicht") auszuschließen.

[19] Ernst, NJW-CoR 1997, 165: Wird der Verbraucher gleich zur Eingabe der Kreditkartennummer aufgefordert und erfolgt die Geschäftsabwicklung ohne menschliche Einwirkung, so ist in diesem Fall ein bindendes Angebot ad incertas personas anzunehmen.

dürfte. Sind hingegen von Seiten des Kunden keine Angaben zur Person notwendig, verliert die invitatio ad offerendum ihren Sinn. Konnte der Anbieter zuvor die Leistungsfähigkeit des Kunden prüfen, so ist davon auszugehen, dass es sich um ein rechtsverbindliches Angebot handelt.

c) Stellvertretung

Auch in dem elektronischen Rechtsverkehr über das Internet können rechtsverbindliche Erklärungen wie auf den Abschluss von Verträgen gerichtete Willenserklärungen mittels eines Stellvertreters abgegeben werden. Insoweit ergeben sich gegenüber dem herkömmlichen Rechtsverkehr im Grundsatz keine Besonderheiten, vielmehr sind die allgemeinen Bestimmungen des BGB über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) anwendbar.[20] Werden also z. B. über den betrieblichen Internetanschluss von Mitarbeitern Willenserklärungen im Namen des Unternehmens per Mausklick oder E-Mail abgegeben, sind diese dem Unternehmen als Inhaber des Internetanschlusses nach den allgemeinen Stellvertretungsregeln zuzurechnen, wenn der fragliche Mitarbeiter Vertretungsmacht hatte. Auch bei unbefugter Nutzung eines Internetanschlusses zu der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen, beantwortet sich die Frage der Zurechnung, d. h. die Frage, ob die Erklärung dem Inhaber des Internetanschlusses zuzurechnen ist, nach den allgemeinen Regeln des BGB. Das heißt, die ohne Vertretungsmacht unbefugt abgegebene Willenserklärung wird dem Anschlussinhaber nur zugerechnet, wenn dieser sie genehmigt (§ 177 Abs.1 BGB). Im Übrigen haftet der unbefugt Handelnde, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert, als Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Erklärungsempfänger nach dessen Wahl auf Erfüllung oder auf Schadensersatz (§ 179 Abs.1 BGB). Hat er den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt, so haftet er auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Dieses negative Interesse ist durch das positive Interesse in der Höhe begrenzt (§ 179 Abs. 2 BGB). Die Durchsetzung der letztgenannten Ansprüche dürfte sich praktisch für den Erklärungsempfänger jedoch als äußerst schwierig erweisen, da dieser insoweit die Beweislast für das Handeln im fremden Namen und den Vertragsschluss trägt.

2. Gebundenheit an den Antrag

a) Widerruflichkeit des Angebots

Nach den allgemeinen Regeln des BGB wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB). Das heißt, bei in traditioneller Form (z. B. per Post) übermittelten Erklärungen, ist es für den Erklärenden auf diese Weise in der Regel möglich, das Wirksamwerden einer Erklärung durch einen Widerruf (z. B. per Kurier) noch zu verhindern. Ist der Antragende nach § 145 BGB an seinen Antrag gebunden, so kann er den Antrag nicht mehr einseitig

---

[20] Gimmy in Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet-Recht, S. 84 f.

widerrufen oder inhaltlich ändern, es sei denn, er hat seine Gebundenheit jedoch ausdrücklich ausgeschlossen. Das heißt, dass der Antragende den Antrag widerrufen kann. Der Widerruf erfolgt durch eine Erklärung gegenüber dem Empfänger.

Dieses Widerrufsrecht wird durch die Eigenarten des elektronischen Verkehrs praktisch ausgeschlossen. Nach der hier vertretenen Meinung treten Zugang und Bindungswirkung einheitlich schon vor der Kenntnisnahme in dem Zeitpunkt ein, in dem der Empfänger die Möglichkeit hat, die Erklärung zu speichern. Wegen der hohen Übertragungsgeschwindigkeiten und der sofortigen Bearbeitung eingehender Bestellungen findet der Zugang nahezu zeitgleich mit der Abgabe statt. Dem Erklärenden verbleibt deshalb praktisch keine Möglichkeit des Widerrufs.[21]

Anders ist es bei der Ablage der Erklärung in einer Mailbox. Hier ist ein Widerruf der Erklärung bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich noch möglich, da der Zugang erst zu dem Zeitpunkt eintritt, zu dem gewöhnlicherweise mit einer Kenntnisnahme durch den Empfänger gerechnet werden kann.

- Geht die Bestellung außerhalb der üblichen Geschäftszeiten in die Mailbox des geschäftlichen E-Mail-Nutzers ein, so ist der Zugang erst am nächsten Morgen mit Beginn der üblichen Geschäftszeit erfolgt. Bedauert der Kunde nun seine Entscheidung und widerruft unmittelbar seine Bestellung, erfolgt der Zugang des Widerrufs ebenfalls am nächsten Morgen. Der Widerruf gelangt zwar erst nach der Bestellung in die Mailbox, doch sind Bestellung und Widerruf gleichzeitig zugegangen, nämlich mit den üblichen Geschäftszeiten am nächsten Tag. Es kommt dabei nur auf das zeitliche Verhältnis des Zugangs beider Erklärungen an.[22] Da der gleichzeitige Widerruf ausreicht, fehlt es an einem Antrag auf einen Vertragsabschluss, den der Anbieter annehmen kann. Für die Rechtzeitigkeit des Zugangs kommt es nach dem Wortlaut des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nur auf den Zugang und nicht auf die Kenntnisnahme des Empfängers an.[23] Das bedeutet, wird vor oder gleichzeitig mit dem nach der Verkehrsauffassung zum bestimmenden Zeitpunkt der gewöhnlichen Kenntnisnahme ein Widerruf in der Mailbox abgelegt, wird die betreffende Erklärung nicht wirksam.

- Wird die Bestellung dagegen währen der üblichen Geschäftszeiten per E-Mail versandt, so geht der Widerruf ins Leere, da die Bestellung bereits zugegangen ist, wenn der Widerruf in der Mailbox des Anbieters eintrifft. Der unmittelbar im Anschluss erklärte Widerruf erfolgt deshalb nicht gleichzeitig mit der Erklärung, sondern immer nach dieser in der Mailbox. Der verspätet zugegangene Widerruf bleibt auch dann

[21] Vgl. Mehrings, Multimediarecht, Teil 13. 1, Rn. 223.
[22] Larenz AT, § 26 VII Rn. 49.
[23] Denn schon der Widerruf (und nicht erst die Kenntnis von ihm) ändert die Rechtsposition des Empfängers. Siehe auch: Jauernig, § 130 Rn. 16, Medicus AT, Rn. 300.

wirkungslos, wenn der Empfänger von ihm gleichzeitig mit oder sogar vor der Erklärung Kenntnis erhält.[24] Hiergegen könnte vorgebracht werden, dass ein Vertrauen des Empfängers auf die Gültigkeit der ersten Erklärung nicht begründet war und er deshalb gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er den Widerruf unbeachtet lasse.[25] Gegen eine solche Beurteilung spricht, dass das Gesetz das Risiko, dass sein Widerruf den Empfänger später als die Erklärung erreicht, dem Absender zugewiesen hat. Der Empfänger kann allerdings den verspäteten Widerruf dennoch gelten lassen, da dies dem Absender nicht zum Nachteil gereicht, sondern vielmehr dessen Willen entsprechen wird.[26] Die Regelung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ist ein dispositives Recht und kann ausgeschlossen werden.

- Bei rein privaten E-Mail-Nutzern ist ein Widerruf der Erklärung noch länger möglich. Hier geht die Erklärung regelmäßig erst dann zu, wenn der Empfänger die Erklärung abruft, das heißt, mit der tatsächlichen Kenntnisnahme des Adressaten. Bis zu diesem Zeitpunkt ist ein Widerruf der Erklärung möglich.

Der Gesetzgeber hat gleichwohl bewusst von einer besonderen Widerrufsregelung für elektronisch abgegebene Erklärungen abgesehen, da die aus Sicht des Verbraucherschutzes wichtigsten Fallkonstellationen durch das Widerrufsrecht bei dem Abschluss von Fernabsatzverträgen (§§ 312 d, 355 BGB) abgedeckt sind.

b) Vorbehalt des Zustandekommens

Der Ausschluss der Bindungswirkung des Angebots durch das Beifügen eines Unverbindlichkeitszusatzes ist rechtlich anerkannt. Fraglich ist dabei, ob es sich um eine invitatio ad offerendum oder um ein wirksames Angebot unter Widerrufsvorbehalt handelt. Nach der herrschenden Meinung hat die Bezeichnung eines Angebots als „freibleibend“ die Bedeutung, dass entweder kein Vertragsangebot gemacht, sondern der Adressat eines solchen zu der Abgabe aufgefordert wird,[27] oder dass der Antrag bis zu seiner Annahme durch die andere Vertragspartei widerruflich ist.[28] Letzteres entspricht aber nicht den wirtschaftlichen Interessen des Online-Anbieters, der auch für den Fall der Annahme die Möglichkeit der Ablehnung behalten will.

c) Recht zum Widerruf

Vorstellbar ist aber auch, dass mit dem freibleibenden Angebot ein Recht zum Widerruf auch noch nach der Annahme zum Ausdruck gebracht werden soll.[29]

---

[24] MüKo/Einsele, § 130 Rn. 40; Soergel/Hefermehl, § 130 Rn. 29.
[25] Hübner AT, Rn. 737.
[26] Larenz AT, § 26 VII Rn. 50.
[27] BGH Urteil vom 02.11.1995, NJW 1996, 919 f.; Jauernig, § 145 Rn. 5; Enneccerus/Nipperdey, § 161 III 1 b; Palandt/Heinrichs, § 145 Rn. 4.
[28] Soergel/Hefermehl, § 145 Rn. 10.
[29] Larenz AT, § 29 II Rn. 29.

In diesem Fall kommt der Vertrag durch die Annahme des freibleibenden Angebots zunächst wirksam zustande. Die Bindung könnte von dem Anbieter aber einseitig widerrufen werden.[30] Der durch die Bezeichnung „freibleibend“ bezweckte Ausschluss der Bindung des Anbieters steht m. E. dem Vorliegen eines Angebots nicht entgegen. Das Recht zu einem jederzeitigen Widerruf beseitigt den Antrag als Grundlage für einen Vertragsabschluss durch Annahme gerade nicht. Der Ausschluss der Antragsbindung ist von dem Fehlen eines Rechtsbindungswillens zu unterscheiden, mithin liegt auch in den Fällen eines freibleibenden Angebots ein echter Antrag vor, der jedoch in Abweichung zu § 145 BGB auch noch nach seinem Zugang widerrufen werden kann.

d) Zusammenfassung

Die Regelung des § 145 BGB spricht sich m. E. nicht gegen einen Widerrufsvorbehalt aus. Er ist objektiv gerechtfertigt, wenn sich das wirtschaftliche Risiko des Anbieters weder durch eine invitatio ad offerendum, noch durch die Widerruflichkeit des Antrags bis zu der Annahme minimieren lässt. Will der Anbieter nach dem elektronischen Vertragsabschluss durch die Annahme seitens des Kunden die letzte Kontrolle über die Realisierung des Vertrages behalten, verbleibt als ein rechtliches Mittel die Vereinbarung eines einseitigen Widerrufsvorbehalts. Erforderlich ist aber, dass die Befugnis zu einem Widerruf auch nach einer Erklärung der Annahme eindeutig und unmissverständlich bei der Abgabe des Angebots zum Ausdruck gebracht wird. Die Unsicherheit darüber, ob der Anbieter den Vertrag erfüllen wird, kann der Vertragsgegner durch eine unverzügliche Erklärung der Annahme beseitigen. Schweigt der Antragende, oder verzögert er schuldhaft die Erklärung des Widerrufs, kommt der Vertrag endgültig zustande.

3. Annahme

a) Rechtzeitigkeit

Im Rahmen der Arbeit wurde festgestellt, dass eine analoge Anwendung des § 147 Abs. 1 S. 2 BGB auf elektronische Erklärungen, bei denen der unmittelbare Übermittlungskontakt nicht vorliegt, am Fehlen einer entsprechenden Regelungslücke und der mangelnden Entsprechung der Sach- und Interessenlage scheitert.[31] Für eine Kommunikation unter Anwesenden ist nicht die Überwindung der räumlichen Distanz ein entscheidendes Kriterium, sondern die von „Person zu Person“ bestehende unmittelbare Dialogmöglichkeit.[32] Für die Erklärungen mittels moderner Telekommunikationsmittel wird durchgängig § 147 Abs. 2 BGB herangezogen, denn die für § 147 Abs. 1 S. 2 BGB maßgebliche Vernehmungstheorie ist dabei inkompatibel.[33]

---

[30] Gewerbliche Anbieter sollten zum einen auf eine ordnungsgemäße Eingangsbestätigung der Bestellung achten, zum anderen auf ihren Seiten deutlich machen, dass die Angebote freibleibend sind.
[31] Vgl. oben § 2 II 2 c.
[32] Dilger, S. 24.
[33] Paefgen, JuS 1988, 596.

b) Unterschiedliche Annahmefristen

aa) Problemstellung

Der rechtliche Charakter einer Willenserklärung hängt nicht von der Wahl des für ihre Erstellung, Übermittlung oder Annahme verwendeten Kommunikationsmittels ab. Die Wahl des Kommunikationsmittels hat erheblichen Einfluss auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung bei dem Empfänger, auf die Bemessung der Annahmefrist und damit auf den Vertragsabschluss selbst. Die Anwendung eines schnellen Mediums für die Übertragung des Antrags lässt sich als Hinweis darauf deuten, dass der Antragende eine baldige Rückantwort erwartet. Es bleibt dabei die Frage, ob der Empfänger auch zu einer schnellen Antwort verpflichtet ist.

bb) Einzelheiten

Liegt bei der Präsentation im Internet ein unverbindliches Angebot vor, so gilt Folgendes: Wenn eine manuelle Bearbeitung des Antrags erfolgt, ist je nach Geschäftsgegenstand und den Umständen des Falles eine Frist zu gewähren, deren Länge in Anlehnung an die bei normalem Versandhandel geltenden Fristen unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Handelsbrauchs bestimmt werden kann. Dabei ist die Reaktionszeit unterschiedlich zu bemessen, je nachdem, ob es sich um ein Angebot aufgrund einer invitatio ad offerendum handelt oder um einen erstmaligen und für den potentiellen Vertragspartner nicht zu erwartenden Kontakt. Rechnet eine Privatperson mit dem Eingang eines Vertragsangebots etwa per E-Mail nicht, so verlängert sich die Annahmefrist um den Zeitraum, in welchem unter gewöhnlichen Umständen mit der Leerung der Mailbox gerechnet werden kann.

Anders ist die Situation, wenn sich der Empfänger des Angebots einer EDV-Anlage bedient, um eingehende Angebote zu verarbeiten und zu beantworten. In diesem Falle wäre es unbillig, den Antragenden auf das Ergebnis der Prüfung und Bearbeitung seines Antrags, nämlich die Annahme oder deren Ablehnung warten zu lassen. Dies kann im Einzelfall sogar zu einer Verpflichtung zur sofortigen Annahme führen, wenn eine sofortige Bearbeitung und Reaktion mittels einer Computererklärung technisch möglich ist und der Anbieter durch die entsprechenden Präsentationen seines Angebots im Internet den Eindruck der sofortigen Bearbeitung des Antrags weckt oder eine sofortige Bestätigung auf dem Bildschirm nach der Verkehrssitte der Normalfall ist. Diese Ausnahmen bestätigen die Regel des § 147 Abs. 2 BGB. Mit dem Einsatz vollautomatisierter Buchungs- und Bestellsysteme verzichtet der Empfänger auf die ihm nach § 147 Abs. 2 BGB gewährte Überlegungs- und Bearbeitungsfrist.[34] Die gesetzliche Annahmefrist reduziert sich damit auf die Zeit, die zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Kunden und des Lagerbestands erforderlich ist.

[34] Mehrings, Multimediarecht, Kap. 13. 1 Rn. 195.

Will der Anbieter sich auch in einem automatisierten Bearbeitungsverfahren eine angemessene Bearbeitungs- und Überlegungsfrist bewahren, so muss er auf den Informationsseiten deutlich zum Ausdruck bringen, dass trotz einer automatisierten Bearbeitung im direkten Dialog-Verfahren eben nicht mit einer sofortigen Annahme des Antrags gerechnet werden kann.[35] Die Länge der gesetzlichen Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB bestimmt sich in diesem Fall in Anlehnung an die bei dem normalen Versandhandel geltenden Fristen. Als Alternative hierzu bietet sich die ausdrückliche Bestimmung einer Annahmefrist gem. § 148 BGB an.

c) Bestimmung der Annahmefrist nach § 148 BGB

Grundsätzlich kann der Antragende nach § 148 BGB selbst bestimmen, wie lange sein Angebot gelten soll, indem er eine Frist setzt, bis zu der die Annahme zu erfolgen hat. Dies ist bei Angeboten durch den Internet-Nutzer regelmäßig nicht der Fall. Die formularmäßige Einrichtung der Bestellmaske ermöglicht es dem Erklärenden weniger zu erklären, als er möchte, und lediglich die vom Anbieter geforderten Angaben zu machen. Weitere Zusätze des Erklärenden sind nicht vorgesehen. Handelt es sich um Beschränkungen positiver Art, so liegt keine Möglichkeit vor, den Antrag auf Abschluss eines Vertrages nach § 148 BGB zeitlich zu befristen. Die Anbieter im Internet machen sich diesen Umstand zu Nutze, indem sie ihrerseits durch individuell - oder formularvertragliche Vereinbarungen den Zeitraum festlegen, innerhalb dessen sie die Annahme oder Ablehnung eines Angebots zu erklären haben. Die Regelung des § 148 BGB ist dispositiv. Eine Abweichung ist möglich, so dass der Antragsempfänger die Frist zu der Annahme des Angebots selbst bestimmt.

Wenn der Anbieter mit der Bestätigung der Bestellung deren Annahme erklärt, bleibt für die Bestimmung einer Annahmefrist kein Raum. Bestätigt der Anbieter lediglich unverbindlich den Zugang der Bestellung, ist der Vertragsabschluss zunächst in der Schwebe. Der Anbieter kann den Vertrag innerhalb der Frist des § 148 BGB durch eine ausdrückliche Annahme des Angebots schließen. Geht das Angebot ausnahmsweise von dem Anbieter aus, macht die Bestimmung einer Annahmefrist keinen Sinn. Der Anbieter ist so lange gebunden, wie das Angebot im Internet abrufbar ist.

d) Schweigen als Annahme?

Grundsätzlich wird in dem zivilrechtlichen Bereich einem „bloßen“ Schweigen keinerlei Erklärungswert beigemessen.[36] Auch für den Fall, dass in einem über Internet eingegangenen Angebot ausdrücklich erklärt wird, ein bloßes Untätigbleiben wird als Zustimmung gewertet, ist der Empfänger zu keinerlei aktivem Tun verpflichtet. Lediglich im Falle des Bestehens ständiger Geschäftsbeziehungen kann Abweichendes gelten und auch dem Schweigen Erklärungswert beigemessen werden. Eine dem Angebot entsprechende

[35] Kuhn, § 10 II, S. 116.
[36] BGH Urteil vom 20.02.1995, NJW 1995, 1291.

Leistung, beispielsweise das Absenden der bestellten Ware, lässt den Vertrag zustande kommen.

Eine Annahme durch bloßes Schweigen kommt dann in Betracht, wenn dem Schweigen ausdrücklich oder im Wege der Auslegung eine objektive Erklärungsbedeutung zukommt. Das Schweigen auf ein Vertragsangebot in einer bestimmten Frist gilt als eine Annahme, sofern dies individuell von den Parteien vereinbart wurde. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass mit dem freibleibenden Angebot ein Recht zum Widerruf auch nach der Annahme zum Ausdruck gebracht werden soll, ist der Anbieter verpflichtet, unverzüglich nach der Annahme des Angebots zu widerrufen. Gleiches gilt auch bei Untätigkeit der EDV-Anlage. Wird die Abgabe einer automatisierten Erklärung von der EDV unterlassen, obwohl der Erklärungsempfänger diese kraft Auslegung oder Parteivereinbarung von dem Anlagenbetreiber erwarten durfte, so gilt das automatisierte Schweigen als eine Annahme des Antrags.

Das Schweigen gilt als eine Annahme auch dann, wenn dies gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich bestimmt ist. Das ist der Fall, wenn sich die Verpflichtung des Schweigenden, sich gegenteilig zu äußern, ausdrücklich aus dem Gesetze ergibt.[37] In dem Bereich des elektronischen Vertragsabschlusses hat das Schweigen kraft Gewohnheitsrecht eine zustimmende Wirkung bei kaufmännischem Bestätigungsschreiben, das heute ohne weiteres auch per E-Mail möglich ist. Dies hängt von der Art der Geschäftsbeziehung ab. Wenn die Bestellungen elektronisch durchgeführt werden, ist auch das Bestätigungsschreiben auf diesem Weg möglich. Der Kaufmann muss dementsprechend unmittelbar nach dem Abschluss der Vertragsverhandlungen damit rechnen, dass das Ergebnis der Verhandlungen von einem der Beteiligten verständlich festgehalten und in dem elektronischen Briefkasten des Vertragspartners abgelegt wird. Wird die Mitteilung nicht rechtzeitig abgerufen oder unterbleibt der unverzügliche Widerspruch, so gilt das kaufmännische Bestätigungsschreiben als zugegangen und der Inhalt als vertraglich vereinbart.[38]

Bedenklich sind die Fälle, wenn unbestellte Waren übersendet werden (§ 241 a BGB). Dahinter steht die Absicht, den Kunden zu einem Vertragsabschluss zu drängen. Die Zusendung unbestellter Waren stellt regelmäßig ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages. Das Angebot erfolgt unter Verzicht auf den Zugang der Annahme nach § 151 BGB. Solange der Empfänger keinen Annahmewillen betätigt, kommt kein Vertrag zustande. Die bloße Entgegennahme unbestellter Waren oder das Schweigen nach einer erfolgten Zusendung sind keine Aneignungshandlungen und daher nicht als eine Annahmeerklärung zu werten.[39] Das Schweigen auf den Antrag bedeutet auch

[37] In den Fällen der §§ 416 Abs. 1 S. 2, 496 S. 2, 516 Abs. 2 S. 2, 1943 BGB und §§ 362 Abs. 1 S. 2, 377 Abs. 2 HGB gilt das Schweigen als Annahme. Demgegenüber hat das Schweigen die Bedeutung einer Ablehnung gem. §§ 108 Abs. 2 S. 2, 177 Abs. 2 S. 2, 415 Abs. 2 S. 2, 458 Abs. 1 S. 2 BGB.
[38] Paefgen, JuS 1988, 597.
[39] Palandt/Heinrichs, § 148 Rn. 2.

dann keine Annahme, wenn der Antragende erklärt, der Vertrag gelte bei Nichtablehnung oder Nichtrücksendung als geschlossen.[40]

e) Verspätete Annahmeerklärung

Der Vertrag kann nicht zustande kommen, wenn die Annahmeerklärung verspätet ist. Eine Ausnahme ist jedoch in § 149 BGB zum Schutz des Annehmenden vorgesehen. Geht die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung erkennbar nur wegen einer Unregelmäßigkeit bei der Beförderung verspätet zu, gilt die Annahmeerklärung als rechtzeitig, sofern der Antragende nicht unverzüglich eine Verspätungsanzeige absendet. Voraussetzungen dafür ist die Erklärung unter Verwendung eines verkehrsüblichen Übersendungswegs, wobei die Korrespondenz der Beförderungsmittel zu beachten ist.[41] Muss dies der Antragende bei einer Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt erkennen, dann trifft ihn die Pflicht, die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich, d. h. ohne ein schuldhaftes Zögern mitzuteilen. In diesem Fall entsteht ein Schwebezustand: Der Antragende hat die Möglichkeit, dem Annehmenden die Verspätung unverzüglich anzuzeigen, mit der Folge, dass der Antrag erlöschen ist. Äußert er sich dagegen nicht oder verspätet er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet (§ 149 S. 2 BGB). Der Vertrag ist zustande gekommen.[42]

Problematisch ist heutzutage nicht mehr der Transport der Erklärung und deren „rechtzeitiger“ Eintritt in den Machtbereich, sondern die Funktionstüchtigkeit der Empfangseinrichtung, die aufgrund ihrer Komplexität vergleichsweise oft Störungen unterliegen. Verlust oder Verstümmelung der telekommunikativ übermittelten Erklärungen tritt häufiger auf als die Verspätung. Die Fiktion des § 149 BGB ist daher vor allem in dem Bereich der Mailbox-Kommunikation und im Falle eines - durch die Funktionstüchtigkeit der Empfangseinrichtung – technisch bedingten Überwechselns in eine andere Kommunikationsart noch von Bedeutung.

4. Online – Auktionen

a) Mechanismen

Online-Auktionen sind zu einem starken Marktfaktor im E-Commerce geworden. Während vor wenigen Jahren noch verschiedene, wirtschaftlich annähernd gleich bedeutende Anbieter um das Interesse von Wirtschaft und Verbrauchern buhlten, steht der Begriff Online-Auktion heute weitgehend

---

[40] MüKo/Kramer, § 145 Rn. 11.

[41] Voraussetzung ist, dass der Annehmende mit einer normalen Beförderungsdauer rechnen durfte. Musste er mit einer längeren Dauer rechnen, so hätte er, um die Rechtzeitigkeit zu sichern, eine schnellere Beförderungsart wählen müssen, Larenz/Wolf AT, § 29 Rn. 55.

[42] § 149 S. 2 BGB fingiert aus Gründen des Vertrauensschutzes die Rechtzeitigkeit der Annahme. Dadurch, dass der Antragende die Verspätung nicht unverzüglich mitteilt, wird der Annehmende in seinem Vertrauen darauf geschützt, der Vertrag sei nun zustande gekommen, Brox AT Rn. 182, Medicus AT, Rn. 380.

synonym für den Anbieter eBay[43], der mit mehreren Millionen registrierter Nutzer zu der meistbesuchten Webseite in Deutschland geworden ist. Allein in Deutschland wurden im vierten Quartal 2003 auf eBay 48 Millionen Artikel mit einem Handelsvolumen von über einer Milliarde Euro umgesetzt[44]; schätzungsweise bestreiten mehr als 10.000 Menschen ihren Lebensunterhalt ausschließlich durch den Absatz von Waren und Dienstleistungen auf eBay.[45] Mit Quelle hat im August 2003 der erste klassische Versandhändler einen eigenen eBay-Shop eröffnet[46]; auch für andere Anbieter von Waren und Dienstleistungen sind Online-Auktionen mittlerweile eine anerkannte Vertriebsform im elektronischen Geschäftsverkehr geworden.

Der Begriff der Online-Auktion wird häufig gleichbedeutend für die im Internet existierenden Online-Auktions-Plattformen (etwa eBay, Hood[47] oder Atrada[48]) sowie für die innerhalb einer solchen Online-Auktions-Plattform abgewickelten Transaktionen der jeweiligen Nutzer, also die einzelnen Vertragsschlüsse (etwa Kauf eines Buches) verwendet. Dabei stellen die Betreiber der Online-Auktions-Plattformen (auch Online-Auktionshäuser genannt) lediglich den virtuellen Marktplatz für die von den Nutzern eigenständig durchgeführten Transaktionen zur Verfügung.[49]

Die elektronischen Auktionsmärkte sind automatisierte Handelssysteme. Ihre Reichweite ist größer als die „realer“ Auktionen, denn teilnehmen kann jeder Webnutzer, nicht nur derjenige, der nahe am Ort der Versteigerung wohnt.[50] Sie erlauben das gleichzeitige Bieten für mehrere identische Güter. Es handelt sich dabei nicht um einen besonderen Vertragstyp, sondern um ein besonderes Verfahren des Vertragsabschlusses. Bei der Internet-Auktion können auch Privatkunden bzw. Verbraucher um den günstigsten Preis für ein Produkt handeln; Angebot und Nachfrage bestimmen dessen Preis. Die Transaktionskosten sind gering, während gleichzeitig praktisch keine Zutrittsschranken bestehen.

Online-Auktionen können in unterschiedlichen Formen auftreten, wobei gemeinsam ist, dass es sich um eine Veräußerung von Waren und Dienstleistungen über das Internet handelt, die den Erwerbern Preisvorteile in einer irgendwie gearteten Form gewährt.[51] Abzugrenzen von den durch das gegenseitige Überbieten gekennzeichneten Online-Auktionen sind die sog. **Direkt- oder Sofortkäufe.** Bei ihnen kommt der Vertrag durch die unmittelbare Annahme eines Angebots zu dem von dem Verkäufer bei dem Einstellen der

---

[43] http://www.ebay.de hervorgegangen aus Alando http://www.alando.de.
[44] Financial Times Deutschland, 02.04.2004: Ebay-Fieber im Büro erregt Arbeitgeber; http://www.ftd.de/tm/it/1080371892640.html.
[45] Teuber/Melber, MDR 2004, 185.
[46] Gabriel/Rothe, VuR 2004, 212, 213.
[47] http://www.hood.de.
[48] http://www.atrada.de.
[49] Rüfner, MMR 2000, 597.
[50] Ernst in Spindler/Wiebe, S. 3 Rn. 5.
[51] Huppertz/Rünz, Rechtliche Probleme von Online-Auktionen.

Transaktion[52] fest vorgegebenen Preis zustande.[53] Hier ist kein Element des gegenseitigen Überbietens mehr präsent, und man kann insoweit von einem Kauf sprechen.[54] Eine Anwendung des § 156 BGB ist deshalb ausgeschlossen.[55] **Umgekehrte Versteigerungen** (sog. holländische Auktionen, auch Abwärtsauktionen oder Reverse Auctions genannt) wie bei Azubo sind eher die Ausnahme.[56] Systematisch nicht zu den Online-Auktionen zählen die Geschäftsmodelle des **Power-Shoppings** (etwa Co-Shoppings bei LetsBuyIt[57] oder PowerBuying bei Atrada), bei denen sich mehrere Interessenten zur Erzielung eines möglichst günstigen Preises zu einer Kaufgemeinschaft zusammenschließen.[58]

Im übrigen werden die Online-Auktions-Plattformen nahezu ausschließlich von **Aufwärtsauktionen** (sog. englischen Auktionen) dominiert, wobei mit dem niedrigsten Erstgebot begonnen wird und die Möglichkeit besteht, durch Abgabe eines höheren Gebots bis zu dem Schlusszeitpunkt die Wettbewerber zu überbieten.[59] Hierbei sind drei Beteiligte zu unterscheiden: Der Verkäufer wird als Einlieferer bezeichnet, der potentielle Käufer - als Bieter. Erhält Letzterer den Zuschlag, wird er als Ersteigerer bezeichnet. Bei der Internet-Auktion treten auf Einlieferer- und Bieterseite sowohl Privatpersonen als auch Händler in Erscheinung. Neben Gebrauchtwaren werden auch Neuwaren versteigert, so dass die Internet-Auktion als eine neue Handelsform zunehmend an Bedeutung gewinnt. Das sog. Online - Auktionshaus bietet die Plattform für die Versteigerung, in der der Anbieter selbstständig sein Angebot auflisten kann. Das Auktionshaus tritt jedoch lediglich als ein Vermittler auf und übernimmt keine aktive Rolle.

Um über ein Online-Auktionshaus an einer Internet-Versteigerung teilnehmen zu können, müssen sich Einlieferer und Bieter als Auktionsmitglieder

---

[52] Das Einstellen einer Transaktion ist der vom Verkäufer initiierte Vorgang des Freischaltens einer Transaktion nach Eingabe aller relevanten Daten zum Kaufgegenstand; ab diesem Zeitpunkt können die anderen Nutzer der Online-Auktions-Plattform auf den angebotenen Gegenstand Gebote abgeben bzw. diesen sofort kaufen.

[53] LG Saarbrücken Urteil vom 02.01.2004, JurPC Web-Dok. 203/2004; AG Moers Urteil vom 11.02.2004 JurPC Web-Dok. 201/2004.

[54] Wiebe in Spindler/Wiebe, S. 69 Rn. 25.

[55] Teuber/Melber, MDR 2004, 185, 187.

[56] Daneben gibt es eine Vielzahl weiterer Auktionsformen, die für Online-Auktionen bislang nicht genutzt wurden. Kein eigener Auktionstyp sind die sog. *Privatauktionen* bei *eBay*; diese folgen den Regeln für Aufwärtsauktionen mit dem Unterschied, dass die beteiligten Nutzer anonym gegenüber den anderen Nutzern bleiben und nur der Verkäufer erfährt, wer sich alles an seiner Transaktion beteiligt hat.

[57] http://www.letsbuyit.com.

[58] Dazu OLG Köln Urteil vom 01.06.2001, JurPC Web-Dok. 151/2001, ZUM 2001, 598; LG Köln Urteil vom 25.11.1999, JurPC Web-Dok. 100/2000 und JurPC Web-Dok. 14/2001; Huppertz, MMR 2000, 65 sowie MMR 2000, 329.

[59] Sinn der Abwärtsversteigerung ist es, die Abgabe von Geboten durch immer günstiger erscheinende Anfangsgebote zu erleichtern. Sie kommt insbesondere im gewerblichen Bereich bei Großhandelsversteigerungen und Geschäftsaufgabenversteigerungen zur Anwendung, Wilmer, NJW-CoR 2000, 95.

registrieren lassen. Bei der Anmeldung[60] erfolgt in der Regel ein Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen des jeweiligen Online-Auktionshauses. Nach der Anmeldung kann der Einlieferer durch Eingabe von Daten zu dem Auktionsgegenstand Waren etc. online zu der Versteigerung anbieten. Mit der Eingabe beginnt die Internet-Auktion automatisch; weitere Überprüfungen durch das Online-Auktionshaus finden in der Regel nicht statt.

Teilweise hat sich der Einsatz „intelligenter" Agenten durchgesetzt. Die Agenten suchen aktiv nach potentiellen Kunden oder Anbietern und verhandeln mit diesen im Sinne des Eigentümers. Ziel des Agenten ist es, ein Geschäft abzuschließen, das den gewünschten Vorgaben entspricht. Dabei kann der Nutzer einen Höchstpreis festlegen, bis zu dem der Agent automatisch mitbietet. Hierbei handelt es sich um „automatisierte Erklärungen", die dem Teilnehmer als eigene zugerechnet werden. Der Bieter wird erst überboten, wenn ein anderer Bieter ein höheres Maximalgebot abgibt. Das aktuelle Gebot kann dabei nur in Mindestschritten erhöht werden, die sich am Gesamtwert des Artikels orientieren. Wenn ein Bieter überboten wird, erhält er per E-Mail oder SMS eine entsprechende Benachrichtigung. So wird sichergestellt, dass der Bieter nicht immer wieder die entsprechende Website aufrufen muss, um erfolgreich an der Auktion teilnehmen zu können. Die Gebotserhöhungen geschehen entweder automatisch in seinem Namen, oder der Teilnehmer wird vom Überbieten in Kenntnis gesetzt, auch wenn er gerade offline ist.[61] Den Zuschlag erhält derjenige Bieter, der am Ende des Auktionszeitraums das höchste Gebot abgegeben hat. Nach Abschluss der Versteigerung werden die Beteiligten über den Ausgang der Auktion informiert. Zur weiteren Abwicklung des Geschäfts werden ihnen die erforderlichen Daten der jeweils anderen Partei zur Verfügung gestellt; in der Regel findet keine Überprüfung der Abwicklung durch das Internet-Auktionshaus statt.

b) Keine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB

Fraglich ist, ob sich die gesetzliche Vorschrift des § 156 BGB auf die oben genannten Formen der Online-Auktion anwenden lässt. Diese Frage ist nicht nur für die Vertragsschlussproblematik relevant, sondern auch für die Inhaltskontrolle von Vertragsschlussklauseln und für die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts nach dem Fernabsatz (§ 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB).[62] So hat der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen kein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB,

---

[60] In der Regel erhält der Teilnehmer nach der Anmeldung umgehend per E-Mail einen Bestätigungscode, mit dem die Anmeldung abgeschlossen wird. Die Überprüfung des Teilnehmers findet bei diesem Verfahren anhand der E-Mail-Adresse statt. Das Auktionshaus eBay <http://www.ebay.de> erkennt aus diesem Grund anonyme E-Mail-Adressen bestimmter Freemail Anbieter, wie z. B. Hotmail.de, unabhängig von einer Prüfung der Angaben im Einzelfall grundsätzlich nicht mehr an, da diese unter falschen Namen eingerichtet werden können. Die Nutzer solcher E-Mail-Adressen werden automatisch vom Verfahren ausgeschlossen. Freemail - Anbieter gehen deshalb vermehrt dazu über, die Kundenadressen zu überprüfen.

[61] Weber, E-Commerce, S. 383.

[62] Hoffmann in Leible/Sosnitza, Rn. 138.

wenn sie in „Form von Versteigerungen (§ 156 BGB) geschlossen wurden.“[63] In der Literatur werden zwei Ansichten vertreten, ohne dass sich eine als herrschend herausgebildet hat.

Eine Ansicht hält die Internet-Auktionen für einen Anwendungsfall des § 156 BGB. Begründet wird dies mit der „Endgültigkeit des Zuschlages“, also dem damit verbundenen wirksamen Vertragsabschluss.[64] Dabei wird aufgeführt, dass bei Internet-Auktionen ein für Versteigerungen entscheidendes Kriterium gegeben ist: das gegenseitige Überbieten und das damit verbundene Erlöschen des vorhergehenden Angebots. Gerade daher liegt kein Verkauf gegen Höchstgebot vor.

Die zweite Ansicht geht davon aus, dass die auf einer Online-Auktions-Plattform von den Nutzern durchgeführten Transaktionen keine Versteigerungen i.S.d. § 156 BGB sind.[65] Gleich, ob ausgehend von den klassischen Versteigerungen im realen Auktionshaus auf einen engen Versteigerungsbegriff i.S.d. Gewerberechts oder aber auf einen weiten Versteigerungsbegriff abgestellt wird, der auch moderne Erscheinungsformen zu erfassen versucht, ist allen Definitionsversuchen eines gemeinsam: das Erfordernis eines Zuschlags. Gerade am Zuschlag fehlt es aber hier; Online-Auktionen sind deshalb **keine Versteigerungen im Rechtssinn**.[66] Sie stellen nichts anderes dar als eine **moderne Form der Vertragsanbahnung** im Internet[67] und sind lediglich ein besonderer Weg zur Festlegung des Verkaufspreises.[68]

Zum gleichen Ergebnis kommt auch der BGH in seiner Entscheidung vom 03.11.2004[69], die den unbestreitbaren Vorzug hat, endlich Rechtssicherheit zu

---

[63] Wenzel, NJW 2002, 1550f.

[64] Ende/Klein, S. 197.

[65] BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 15, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363=MMR 2002, 95; OLG Brandenburg Urteil vom 16.12.2003, JurPC Web-Dok. 222/2004 Abs. 17, MMR 2004, 331=CR 2004, 696=NJW 2004, 1456; LG Düsseldorf Urteil vom 29.10.2002, JurPC Web-Dok. 11/2003, CR 2003, 211=MMR 2003, 120; LG Hof Urteil vom 29.08.2003, JurPC Web-Dok. 41/2004 und JurPC Web-Dok. 368/2002 Abs. 2, CR 2003, 854; AG Kehl Urteil vom 19.04.2002, JurPC Web-Dok. 243/2003 Abs. 14, CR 2004, 60; AG Menden Urteil vom 10.11.2003, JurPC Web-Dok. 187/2004 Abs. 10, NJW 2004, 1329; AG Schwäbisch-Gmünd Urteil vom 23.07.2002, JurPC Web-Dok. 46/2004; Lettl, JuS 2002, 219, 222; Wenzel, NJW 2002, S. 1550 f.; a.A. LG Berlin Urteil vom 01.10.2003, JurPC Web-Dok. 43/2004, NJW 2003, 3493; AG Osterholz-Scharmbeck Urteil vom 23.08.2002, JurPC Web-Dok. 330/2003 (unter falscher Berufung auf BGH JurPC Web-Dok. 255/2001).

[66] Offen gelassen vom BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 15, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363=MMR 2002, 95; a.A. AG Bad Hersfeld Urteil vom 22.03.2004, MMR 2004, 500=CR 2004, 625.

[67] AG Schwäbisch-Gmünd Urteil vom 23.07.2002, JurPC Web-Dok. 46/2004.

[68] So über umgekehrte Versteigerungen BGH Urteil vom 13.11.2003, JurPC Web-Dok. 118/2003 Abs. 17, CR 2004, 293=NJW 2004, 854=MMR 2004, 162.

[69] BGH Urteil vom 03.11.2004, NJW 2005, 53f.; In dem Verfahren ging es um die Frage, ob einem Verbraucher, der von einem gewerblichen Anbieter über eBay ein Produkt ersteigert hatte, ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zusteht. Der gewerbliche Verkäufer machte geltend, dass gemäß § 312 d IV Nr. 5 BGB bei Versteigerungen im Sinne von § 156 BGB ein Widerrufsrecht ausgeschlossen sei.

schaffen.[70] Zutreffend hat der BGH festgestellt, dass Verträge bei einer Zeitablauf-Auktion nicht in der Form von Versteigerungen i.S.d. § 156 BGB geschlossen würden.[71] Der BGH hat in seinem Urteil entschieden, dass bei Kaufverträgen zwischen einem gewerblichen Anbieter und einem Verbraucher, die im Rahmen einer Internet-Auktion durch Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB und nicht durch einen Zuschlag nach § 156 BGB zustande kämen, das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausgeschlossen sei. Die Ausnahmeregelung des § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB sei jedoch nach ihrem Wortlaut auf solche Versteigerungen beschränkt, bei denen sich der Vertragsabschluss gemäß § 156 BGB durch Gebot und Zuschlag vollziehe.

Gemäß § 156 BGB kommt bei einer Versteigerung der Vertrag durch den Zuschlag zustande, d. h. durch eine Willenserklärung des Auktionators, welche in dessen Ermessen steht. Gewiss nimmt der BGH an, dass es an dieser Willenserklärung eines Auktionators bei der Ebay-Auktion aber gerade fehle.[72] Zeitablauf-Auktionen im Internet sind im Regelfall solchermaßen gestaltet, dass mit Ablauf der Angebotsfrist bindend ein Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Höchstbietenden zustande kommt. Es besteht kein Ermessen auf Seiten der Online-Auktionsplattform bzw. des Verkäufers, das Gebot des Höchstbietenden abzulehnen. Der Zeitablauf - d. h. das Ende der Bietfrist - ist ein Faktum, nicht etwa eine Willenserklärung, und kann folglich nicht mit dem Zuschlag gleichgesetzt werden, da die vertragliche Bindung der Parteien nicht auf dem Ablauf dieser Frist beruht, sondern auf ihren - innerhalb der Laufzeit der Auktion wirksam abgegebenen - Willenserklärungen.[73]

Dies ist m. E. zu bejahen. Anders als bei Online-Auktionen liegt bei einer Versteigerung i.S.d. § 156 BGB wegen des Erfordernisses eines Zuschlags die letzte Entscheidung über das Zustandekommen des Vertrags in der Hand des Versteigernden. Auf einer Online-Auktions-Plattform ist der Versteigerer allein der in der jeweiligen Transaktion als Verkäufer auftretende Nutzer; der Betreiber der Online-Auktions-Plattform stellt nur den Marktplatz für diese Transaktionen zur Verfügung und tritt im Übrigen lediglich als Empfangsvertreter auf. Von dem Verkäufer kommt bei einer Online-Auktion aber der Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrags; er soll an seinen, bei dem Einstellen der Transaktion wirksam erklärten Willen gebunden bleiben, und nicht auf dem Umweg über ein Zuschlagserfordernis doch wieder das Recht

---

[70] Vgl. unten § 5 II 7.

[71] Bei einem Kaufvertrag, den ein Verbraucher mit einem gewerblich handelnden Verkäufer über die Internetplattform eBay im Rahmen einer sog. Internet-Auktion schließt, steht dem Käufer ein Rücktrittsrecht gem. § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB zu, da Ebay-Auktionen keine Versteigerung i.S.v. § 156 BGB sind, BGH Urteil vom 03.11.2004, NJW 2005, 53f.

[72] Hier kommt der Kaufvertrag vielmehr dadurch zustande, dass der Verkäufer sein Angebot abgibt, den Kaufvertrag mit demjenigen abzuschließen, der bei Ablauf der zuvor festgelegten Zeit das höchste Gebot abgegeben hat. Die Annahme erfolgt durch Abgabe des höchsten Gebots bei Zeitablauf. Angebot und Annahme werden dabei unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (hier Internet/Email) abgeschlossen, BGH Urteil vom 03.11.2004, NJW 2005, 53f.

[73] BGH Urteil vom 03.11.2004, NJW 2005, 53f.

zugesprochen bekommen, über das Zustandekommen eines Kaufvertrags nach seinem Belieben entscheiden zu können. Der Verkäufer nimmt nach der Abgabe des letzten Gebots auf den von ihm angebotenen Gegenstand keine Handlungen mit Bezug zu dem Vertragsschluss mehr vor, denen ein rechtlicher Erklärungswert im Sinne eines Zuschlags zugesprochen werden könnte; es gibt deshalb keinen Zuschlag des Verkäufers als Versteigerer.[74]

Auch im bloßen Ablauf der Laufzeit einer Transaktion kann kein Zuschlag zugunsten des Höchstbietenden gesehen werden.[75] § 156 BGB ist zwar grundsätzlich dispositives Recht, das in den Grenzen der Verbraucherschutzvorschriften abweichenden Regelungen zugänglich ist.[76] Mit dem gesetzgeberischen Leitbild des § 156 BGB wäre es aber nicht mehr vereinbar, wenn kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung auf das Zuschlagserfordernis völlig verzichtet werden könnte.[77] Ein Zuschlag durch Zeitablauf ist aber gerade kein Zuschlag im Sinne einer Willenserklärung, noch nicht einmal ein „maschinell ermittelter Zuschlag“[78], sondern eine bloße Fiktion ohne jeden Erklärungsgehalt. Es fehlt völlig am moderierenden Element eines treuhänderisch handelnden und situativ entscheidenden Versteigerers, der allein über den Zuschlag und das Zustandekommen des Vertrags entscheidet.[79] Gemäss § 307 Abs. 2 und 3 BGB sind deshalb auch AGB, die für einen Zuschlag allein auf den bloßen Zeitablauf ohne Abgabe einer besonderen Erklärung abstellen, wegen einer Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unwirksam.

c) Vertragsabschluss

Der Vertragsschluss vollzieht sich bei Online-Auktionen nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 145 ff. BGB durch die Abgabe übereinstimmender, empfangsbedürftiger Willenserklärungen zwischen den an der jeweiligen Transaktion beteiligten Nutzern.[80] Die auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen gehen lediglich dem Betreiber der Online-Auktions-

---

[74] Gabriel/Rothe, VuR 2004, 212, 213; Wilkens, DB 2000, 666, 667. Dies gilt auch, wenn man entgegen der vertretenen Auffassung die Willenserklärung des Verkäufers als antizipierte Annahme einordnen will; vgl. BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 15, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363.

[75] LG Berlin Urteil vom 01.10.2003, JurPC Web-Dok. 43/2004, NJW 2003, 3493; AG Osterholz-Scharmbeck Urteil vom 23.08.2002, JurPC Web-Dok. 330/2003; wohl auch LG Wiesbaden Urteil vom 13.01.2000, JurPC Web-Dok. 57/2000 Abs. 8, CR 2000, 317=MMR 2000, 376; AG Bad Hersfeld Urteil vom 22.03.2004, CR 2004,625=MMR 2004, 500; Heiderhoff, MMR 2001, 640, 642.

[76] Bamberger/Roth/Eckert, § 156 Rn. 1.

[77] Im Urt. JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 15 geht auch der BGH davon aus, dass sich die Frage nach einer Abbedingung des § 156 BGB erst stellt, wenn überhaupt ein Zuschlag i.S.d. § 156 BGB vorliegt, BGH Urteil vom 07.11.2001, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363.

[78] So aber Sester, CR 2001, 98, 99.

[79] Teuber/Melber, MDR 2004, 185, 188.

[80] BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 16, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363; OLG München Urteil vom 05.02.2004, JurPC Web-Dok. 195/2004, NJW 2004, 1328.

Plattform zu, der gemäß § 164 Abs. 3 BGB als Empfangsvertreter für die beteiligten Nutzer handelt.[81]

Eine rechtlich relevante Handlung des Verkäufers ist das Einstellen einer Transaktion. Nach Ablauf der Transaktion geben die beteiligten Nutzer keine für das Zustandekommen des Vertrags relevanten Erklärungen mehr ab; auch die abschließende Benachrichtigung der am Vertragsschluss beteiligten Nutzer hat als Wissenserklärung einen rein deklaratorischen Charakter.[82] Der Erklärungsgehalt dieser Handlungen ist nach allgemeinen Grundsätzen gemäß §§ 133, 157 BGB aus dem objektiven Empfängerhorizont zu bestimmen; soweit die AGB des Betreibers – wie im Regelfall – Regelungen zur Art und Weise des Vertragsschlusses enthalten, kommt ihnen für die Ermittlung des Erklärungsgehalts der Handlungen allenfalls Indizwirkung zu.

Das Einstellen der Transaktion ist als Willenserklärung des Verkäufers auszulegen.[83] Ihm droht mit dem Einstellen einer Transaktion nicht die Gefahr einer unbestimmten Vielzahl von Vertragsschlüssen, denn er hat es durch die Benennung der Anzahl der zur Verfügung stehenden Gegenstände[84] selbst in der Hand, lediglich so viele Transaktionen zu starten, wie er mit seinem tatsächlichen Vorrat auch erfüllen kann.[85] Diese Willenserklärung ist über den Betreiber der Online-Auktions-Plattform gemäss § 164 Abs. 3 BGB allen anderen Nutzern unmittelbar nach der Abgabe zugegangen.

Der Zuschlag durch den Auktionator und die Aufforderung, ein Gebot abzugeben, wird bei der Internet-Auktion ersetzt durch die Festlegung eines Angebotszeitraums mit festgelegten Konfliktregeln. Käufer wird nicht derjenige, der den Zuschlag erhält, sondern derjenige, der bei Zeitablauf das höchste Gebot abgegeben hat. Auch besteht bei der Online-Auktion wegen des Fehlens eines Auktionators nicht die Möglichkeit, die Auktion situationsbedingt zu verlängern, um auf diese Weise für den Verkäufer einen günstigen Vertragsabschluss zu erreichen.

In der Abgabe des Gebots durch den Käufer[86] ist ebenfalls eine auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung zu sehen,[87] die

---

[81] BGH Urteil vom 07.11.2002, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 20, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363.
[82] Ulrici, JuS 2000, 947, 948.
[83] BGH Urteil vom 07.11.2002, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 18, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363; a.A. LG Münster (Vorinstanz) U.v. 21.01.2000, JurPC Web-Dok. 60/2000 Abs. 31 ff., 44 ff, NJW-CoR 2000, 167ff.
[84] Innerhalb einer Transaktion kann ein Gegenstand auch mehrfach zum Verkauf (an einen oder mehrere Nutzer) angeboten werden, sog. *Powerauktion* bei *eBay*.
[85] Ebenso Lettl, JuS 2002, 219, 221.
[86] Die Abgabe des Gebots erfolgt regelmäßig durch Eingabe des Gebotsbetrags auf der zur jeweiligen Transaktion gehörenden Webseite und der anschließenden Bestätigung des Gebots durch Mausklick auf einen hierfür vorgesehenen Schaltknopf (sog. Button).
[87] BGH Urteil vom 07.11.2002, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 17, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363.

allerdings unter der i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB aufschiebenden Bedingung[88] steht, bis zu dem Ablauf der von dem Verkäufer vorgegebenen Laufzeit der Transaktion nicht von einem anderen Nutzer überboten zu werden. Diese Willenserklärung wird damit in dem Moment unwirksam, in dem ein anderer Nutzer auf den in dieser Transaktion angebotenen Gegenstand ein höheres Gebot abgibt. Auch diese Willenserklärung ist über den Betreiber der Online-Auktions-Plattform gemäß § 164 Abs. 3 BGB dem Verkäufer bereits unmittelbar nach Abgabe zugegangen.[89]

Umstritten ist in Rechtsprechung und Literatur, ob das Anbieten einer Sache im Rahmen einer Online-Auktion als eine unverbindliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zu werten ist[90] oder lediglich ein bindendes Angebot ist.[91] Das würde der Sache nach aber nichts anderes bedeuten, als dass der Käufer verpflichtet wäre, nach Abgabe des ersten, dem Startpreis entsprechenden Gebots an den Höchstbietenden zu verkaufen. Die Frage ist also, ob der Käufer an seine auf den Vertragsabschluss mit dem potentiellen Käufer gerichtete Erklärung gebunden ist und ob der Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen auf der Basis verbindlicher Angebote der Verkäufer funktioniert.

---

[88] AG Menden Urteil vom 10.11.2003, JurPC Web-Dok. 187/2004 Abs. 10, NJW 2004, 1329; Trinks, MMR 2004, 500, 501.

[89] AG Menden Urteil vom 10.11.2003, JurPC Web-Dok. 187/2004 Abs. 11, NJW 2004, 1329.

[90] So etwa Bruns/Träger in: Hoeren/Müglich/Nielen, Online-Auktionen, S. 149.

[91] Darüber, dass ein Gebot auf eine Ware lediglich ein Angebot zum Vertragsschluss und noch keine Annahme des Angebots des Auktionators ist, sind sich folgende Gerichte einig: LG Hamburg Urteil vom 14.04.1999 - 315 O 144/99, MMR 1999, 680; LG Wiesbaden Urteil vom 13.01.2000 - 13 0 132/99, CR 2000, 317=MMR 2000, 376; LG Münster Urteil vom 21.01.2000 - 4 O 424/99, NJW-CoR 2000, 167ff. Die gegenteilige Ansicht vertrat bislang nur das Amtsgericht Sinsheim Urteil vom 10.01.2000 - 4 C 257/99, abrufbar unter: www.bonanwalt.de/entscheidungen/AG-Sinsheim4C257-99.html. Die Ansicht des AG Sinsheim widerspricht zwar dem Wortlaut des § 156 BGB, der für den Vertragsschluss den Zuschlag des Versteigerers / Anbieters zur zwingenden Voraussetzung macht. Das heißt in der Konsequenz aber nur, dass das AG Sinsheim eine Online-Auktion nicht als Auktion im Sinne dieser Vorschrift ansieht. Besonders drastisch hat sich die Ansicht der drei Landgerichte im Fall des LG Münster ausgewirkt. Dort hatte jemand einen VW Passat (Startpreis: 10,00 DM) im Wert von ca. 57.000,00 DM für gerade einmal 26.350,00 DM ersteigert, so meinte er jedenfalls. Das LG Münster kam aber, nachdem der Anbieter die Auslieferung des Fahrzeuges verweigert und der vermeintliche Käufer darauf geklagt hatte, zu der Ansicht, dass der vermeintliche Käufer eben nur ein Angebot abgegeben hätte, welches der Anbieter dann nicht mehr angenommen habe. Dazu sei er aufgrund der allgemeinen Regelungen im BGB auch nicht verpflichtet gewesen. Der Anbieter habe daher zu Recht einen Vertragsschluss verweigert, der vermeintliche Käufer habe keinen Anspruch auf Lieferung. Inzwischen hat aber das OLG Hamm Urteil vom 14.12.2000 - 2 U 58/00, MMR 2001, 105, in dieser Sache genau gegen das LG Münster entschieden, also im Ergebnis so, wie auch das AG Sinsheim. Das OLG Hamm ist der Auffassung, das bereits die Freischaltung der Angebotsseite durch den Anbieter oder den Versteigerer in seinem Auftrag ein wirksames Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages liege. Der entscheidende Unterschied zu den Entscheidungen der Landgerichte liegt nach dem OLG Hamm darin, dass dieses bereits in der Freischaltung des Auktionsangebots als vorweggenommenes, verbindliches Angebot anzusehen war. Damit stellt das OLG Hamm Online-Auktionen auf eine andere rechtliche Grundlage, als die Landgerichte, stützt sich, was die Form betrifft nicht auf § 156 BGB (Versteigerung), sondern auf die üblichen Bestimmungen über Willenserklärungen (§§ 145 bis 155 BGB).

Durch die Entscheidung des BGH im Fall „ricardo.de“ vom 07.11.2001[92] ist bezüglich der Verbindlichkeit der über die Handelsplattform abgegebenen Erklärungen eine gewisse Klarheit eingetreten. Nach dieser Rechtsprechung lässt sich die Grundkonzeption des Vertragsschlusses bei Internet-Auktionen folgendermaßen zusammenfassen: der Vertrag kommt durch korrespondierte Willenserklärungen von Anbieter und Höchstbietendem zu Stande. Dabei konnte der BGH es dahingestellt lassen, ob die Einstellung des Artikels durch den Anbieter als Angebot und das Höchstgebot als Annahme zu qualifizieren sind, oder ob nicht vielmehr das Höchstgebot als Angebot und die Einstellung des Artikels als antizipierte Annahme angesehen werden müssen. Jedenfalls handele es sich sowohl bei der Gebotsabgabe als auch bei den Erklärungen im Rahmen der Einstellung eines Artikels um verbindliche Willenserklärungen. Dabei fungierte die Handelsplattform als Empfangsvertreter i. S. v. § 164 Abs. 3 BGB für beide Parteien, sodass die Willenserklärungen schon bei Zugang beim Plattformbetreiber gemäß § 130 Abs. 1 BGB wirksam werden.

Durch diese Entscheidung des BGH steht nunmehr höchstrichterlich fest, dass und unter welchen Voraussetzungen bei Internet-Auktionen ein wirksamer Vertrag zwischen den Teilnehmern geschlossen wird. Diese Grundsatzentscheidung des BGH hat aber keine umfassende Klärung der Verbindlichkeit von Willenserklärungen im Rahmen von Internet-Auktionen gebracht, da die Entscheidung nicht den Regelfall der Einstellerklärung betroffen hat. Solche Klarheit hat der BGH mit einer späteren Entscheidung erreicht.

Erneut unterstreicht der BGH in seiner Entscheidung vom 03.11.2004[93] den individuellen Charakter des Rechtsgeschäfts und stuft die Präsentation eines Versteigerungsgutes zu Recht als Angebot ein.[94] Maßgeblich ist damit grundsätzlich allein das, was die Parteien vereinbart haben. Auch die AGB von eBay erwähnt der BGH im Zusammenhang mit der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien. Der BGH betont, dass der Erklärungsinhalt der Willenserklärungen der Parteien (§ 133, 157 BGB) im Einklang mit den AGB über den Vertragsschluss stehe, denen die Parteien vor der Teilnahme an der Internet-Auktion zugestimmt hätten. Das Gericht bekundet aber, dass die AGB letztlich das wiedergäben, was auch die Auslegung der Willenserklärungen an sich bereits ergeben hätte. In der üblichen Präsentation eines Auktionsgutes liegt damit ein rechtsverbindliches Angebot und nicht bloße invitatio ad offerendum.[95]

---

[92] BGH Urteil vom 7.11.2001, BB 2001, 2600=K&R 2002, 85=BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363=ZIP 2002, 39=MMR 2002, 95=CR 2002, 213= WM 2002, 48=DB 2001, 2712.

[93] BGH Urteil vom 03.11.2004 - VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53, JurPC Web-Dok. 281/2004, Abs. 1 bis 23.

[94] Der BGH Urteil vom 03.11.2004, NJW 2005, 53f., kam zu der Ansicht, dass, während der Kläger auf der Website von eBay ein „15.00ct. Diamanten-Armband ab 1,-EUR“ zur Versteigerung angeboten habe und die Internet-Auktion gestartet habe, habe er ein verbindliches Verkaufsangebot abgegeben, das sich an den gerichtet habe, der innerhalb der Laufzeit der Auktion das höchste Gebot abgegeben habe. Dies sei der Beklagte gewesen, das das Angebot des Klägers mit seinem Gebot angenommen habe.

[95] So aber wohl das LG Hof Urteil vom 29.08.2003, CR 2003, 854f.

Bei Beantwortung der Frage, ob der Verkäufer an das höchste Gebot bei Online-Auktionen gebunden ist, ist m. E. den Ansichten zuzustimmen, die darauf hinweisen, dass es im Ergebnis ohne Bedeutung sei, ob man die Freischaltung als eine antizipierte Annahme oder ein Angebot wertet.[96] Maßgeblich für die Bindungswirkung ist, ob der Einlieferer eine bindende Erklärung abgegeben hat, die auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtet ist. Demzufolge ist zu fragen, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen darf. Nach dem Vertrauensgrundsatz kann es notwendig sein, dem Erklärenden den Bedeutungsinhalt seiner Erklärung unter bestimmten Umständen auch gegen seinen inneren Willen zuzurechnen. Für die Bieter spielt eine Versteigerung dann eine Rolle, wenn sie zu einem wirksamen Vertrag führt.[97] Die Online-Auktion der vorliegenden Art ruht darauf, dass der letzte Bieter abgesichert ist, dass er den angebotenen Kaufgegenstand als zeitlich letzter Bieter zu dem von ihm gebotenen Preis auch zu Eigentum erhält. Will der Verkäufer dies nicht, muss er sich ausdrücklich erklären - ein entgegenstehender innerer Wille ist nach § 116 BGB unbeachtlich. Der Verkäufer muss sich deshalb auch dann an seiner Erklärung festhalten lassen, wenn sich das einer Auktion immanente Risiko eines Verlustgeschäfts realisiert. Denn, wer sich für die Chancen und Risiken entscheidet, hat auch die Folgen ihrer Verwirklichung zu tragen. Eine Auslegung danach, ob der Anbieter Gewinn oder Verlust macht, ist nicht erlaubt. Das gebietet der Vertrauensschutz der potentieller Bieter: der Verzicht des Versteigerers auf ein Mindestgebot oder ein niedriger Startpreis lassen nicht auf eine mangelnde Ernsthaftigkeit der Erklärung, sondern m. E. auf die „unbedingte Bereitschaft zum Verkauf gegen Höchstgebot ohne Limit“ schließen. Der erklärte Wille darf nicht zum Schutz des Verkäufers durch den „vernünftigen Willen“ ersetzt werden.[98] An dem Entschluss des Verkäufers durch seine Erklärung gebunden zu sein, kann bei einer einsichtigen Würdigung des Erklärungsinhalts darum kein Zweifel bestehen.[99]

Im Ergebnis: Das nach Ablauf der Laufzeit vorliegende Höchstgebot ist die Annahme des Antrags des Verkäufers[100]; mit dem Ablauf der Laufzeit der Transaktion ist der Kaufvertrag geschlossen. Liegt im Einstellen der Transaktion durch den Verkäufer ausnahmsweise nur eine invitatio ad offerendum, wird regelmäßig im Höchstgebot der an den Verkäufer gerichtete Antrag des Käufers auf Abschluss eines Kaufvertrags zu sehen sein. Hier ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, ob und ggf. bis zu welchem Zeitpunkt der Verkäufer diesen Antrag zurückweisen muss bzw. wie lang der Höchstbietende gemäß § 147 Abs. 2 BGB mit einer Annahme seines Antrags durch den Verkäufer rechnen durfte.

---

[96] Ulrici, NJW 2001, 1113;
[97] Ulrici, NJW 2001, 1113; Ernst, CR 2000, 309.
[98] Grapentin, GRUR 2001, 716.
[99] Ulrici, JuS 2000, 949.
[100] OLG Hamm Urteil vom 14.12.2000, JurPC Web-Dok. 255/2000 Abs. 97, MMR 2001, 105.

d) AGB und Internet-Auktionen

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Betreiber einer Handelsplattform und den dort agierenden Nutzern sind streng von den Rechtsbeziehungen zwischen den an einer einzelnen Transaktion beteiligten Nutzern zu trennen. Über seine in das Benutzungsverhältnis einbezogenen AGB[101] – zuweilen als Nutzungsbedingungen bezeichnet – gibt das Auktionshaus die **Rahmenbedingungen** vor, unter denen die Nutzer sich an der Handelsplattform beteiligen können, ohne dass die AGB des Auktionshauses jedoch Bestandteil der später zwischen den Nutzern geschlossenen Verträge werden oder für diese eine rechtliche Bindungswirkung entfalten.[102] Die AGB des Auktionshauses werden – unabhängig von der Beteiligung eines Unternehmers[103] – weder von den Nutzern i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB gestellt[104] noch über eine Rahmenvereinbarung i. S. d. § 305 Abs. 3 BGB in die zwischen den Nutzern geschlossenen Verträge einbezogen. Den AGB kommt aber trotz fehlender Einbeziehung in den Teilnehmervertrag ein weitgehender Einfluss auf dessen Inhalt zu.[105] Sie regeln allein die rechtliche Beziehung zwischen dem Auktionshaus und den Nutzern und können allenfalls als **Auslegungshilfe** für die rechtliche Würdigung der Handlungen der Nutzer auf der Handelsplattform herangezogen werden, wenn diese nicht aus sich heraus verständlich sind.[106] Ihre Geltung wird lediglich begrenzt durch individuelle Vereinbarungen und durch besondere Umstände, die einen abweichenden Parteiwillen begründen.[107]

e) Mangel der Kaufsache

Der Versteigerungsgegenstand im Internet kann nicht ausführlich in Augenschein genommen werden. Bei herkömmlichen Versteigerungen haben die Bieter zumindest die Möglichkeit, vor dem Versteigerungsbeginn die Ware hinreichend zu begutachten. Wer im Anschluss daran die Sache dennoch ersteigern will, kann und darf sich nur auf die Anwendbarkeit herkömmlicher Gewährleistungsregeln berufen. Bei Online – Versteigerungen ist eine separate Prüfungsmöglichkeit jedoch gänzlich ausgeschlossen. Dementsprechend muss dem Rechtsschutzbedürfnis des Bieters anderweitig Rechnung getragen werden.

Wird das Auktionsgut von dem Auktionator im eigenen Namen verkauft, ist der Verkäufer dem Käufer nach dem allgemeinen kaufvertraglichen Gewährleistungsrecht verantwortlich. Der Auktionator haftet in diesem Fall für

---

[101] eBay: http://pages.ebay.de/help/policies/user-agreement.html.
[102] Spindler, ZIP 2001, 809, 812; Wiebe, MMR 2000, 323, 325.
[103] Spindler, ZIP 2001, 809, 814; Wiebe, MMR 2000, 323, 325.
[104] Burghard, WM 2001, 2102, 2108; Ulrici, NJW 2001, 1112; i.E. wohl auch Grapentin, GRUR 2001, 713, 714; a.A. Lettl, JuS 2002, 219, 221: Verkäufer als Verwender.
[105] Hoffmann in Leible/Sosnitza, Rn. 206.
[106] BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 26, BGHZ 149, 129=NJW 2002, 363f.; OLG Hamm Urteil vom 14.12.2000, JurPC Web-Dok. 255/2000 Abs. 90, NJW 2001, 1142=MMR 2001, 105f.; AG Moers Urteil vom 11.02.2004, JurPC Web-Dok. 201/2004; AG Schwäbisch-Gmünd Urteil vom 23.07.2002, JurPC Web-Dok. 46/2004; Grapentin, GRUR 2001, 713, 714; Trinks, MMR 2004, 500, 501.
[107] Hoffmann in Leible/Sosnitza, Rn. 206.

Fehler der verkauften Sache sowie für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Allerdings besteht für den Auktionator die Möglichkeit, sich im Rahmen seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen weitgehend von der gewährleistungsrechtlichen Haftung für Fehler freizuzeichnen.[108] Bei Veräußerung neu hergestellter Sachen gibt § 309 Nr. 8 lit. b BGB das Maß für die Zulässigkeit vertraglicher Modifizierung.[109] Die Vorschrift ist angesichts von §§ 475 Abs. 1, 310 Abs. 1 S. 1 BGB allerdings nur für C2C-Geschäfte anwendbar. Sie kann aber auch bei B2B-Geschäften im Rahmen einer an § 307 Abs. 1 BGB ausgerichteten Klauselkontrolle berücksichtigt werden. Bei Veräußerung gebrauchter Waren entspricht ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Gewährleistung einem legitimen Interesse des Verkäufers und ist sowohl bei B2B- als auch bei C2C-Geschäften zulässig.[110] Die Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) ist bei einem Kaufvertrag über gebrauchte Sachen kein wesentlicher Grundgedanke einer gesetzlichen Regelung, von der nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht abgewichen werden darf.[111]

Dies gilt jedoch gemäß § 444 BGB dann nicht, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Der Verkäufer kann die Gewährleistung somit nur dann ausschließen, wenn er den Käufer über Mängel an der Sache vollständig aufgeklärt hat. Hierbei kann grundsätzlich jeder Sach- oder Rechtsmangel betroffen sein und die Haftung entsprechend ausgeschlossen werden. Erforderlich ist jedoch eine konkrete und bestimmte Angabe des Mangels. Dem Verschweigen eines Mangels steht das Vorspiegeln einer bestimmten Beschaffenheit oder einer nicht gegebenen Freiheit von Mängeln gleich. Wenn also aus einer Produktbeschreibung zu entnehmen ist, dass der Gegenstand eigentlich funktionsfähig ist, darf der Käufer davon ausgehen, dass er ihm auch als funktionierend verkauft und übergeben wird. Passiert dies nicht, ist der Haftungsausschluss für die Gewährleistung unwirksam und der Käufer kann entsprechende Rechte geltend machen.

Zusammenfassend kommt es somit für die Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses darauf an, ob der Verkäufer die Ware ausreichend beschrieben hat. Sind keine Mängel erwähnt, wird man in der Regel davon ausgehen können, dass es sich um ein funktionierendes Produkt handelt. Ansonsten müssen zu einem wirksamen Ausschluss der Gewährleistung die Mängel ausdrücklich beschrieben werden.

---

[108] Ist der Verkäufer Unternehmer im Sinne des § 14 BGB kann er die Gewährleistung nicht grundsätzlich ausschließen. Der Unternehmer als Verkäufer kann die Gewährleistungszeit von zwei Jahren bei Neugeräten nicht wirksam ausschließen. Bei gebrauchten Gegenständen kann die Gewährleistungszeit gem. § 475 Abs. 2 BGB auf ein Jahr beschränkt werden. Unternehmer haben somit bei eBay immer das Problem, zumindest ein Jahr lang, für die Mangelfreiheit der Sache einstehen zu müssen.

[109] Leible in Leible/Sosnitza, Rn. 302.

[110] Leible in Leible/Sosnitza, Rn. 302.

[111] LG Berlin Urteil vom 20.12.2000, CR 2001, 412=VuR 2001, 254.

Probleme entstehen hier insbesondere bei grenzüberschreitenden Vertragsabschlüssen. In diesen Fällen stellt sich nämlich die Frage der anwendbaren Rechtsordnung. Die oftmals in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu lesende Klausel, dass deutsches Recht anzuwenden ist, hilft dann nicht weiter, wenn diese Klausel nach dem jeweiligen ausländischen Recht nicht wirksam ist.

III. Der elektronische Geschäftsverkehr in Deutschland

1.Elektronischer Geschäftsverkehr – Gesetz

a) Hintergrund

Am 8. Juni 2000 wurde die Richtlinie 2000/31/EG (ECRL) des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt verabschiedet. Durch das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz- EGG)[112] werden Teile der ECRL in das deutsche Recht umgesetzt. Auf die Änderungen, die sich durch das EGG in seiner endgültigen Fassung ergeben, wird gesondert bei der Umsetzung des Herkunftslandprinzips eingegangen. Das Teledienstgesetz (TDG) wird danach neu strukturiert und angepasst. Abschnitt 1 (§§ 1-4) enthält die Allgemeinen Bestimmungen, Abschnitt 2 statuiert den Grundsatz der Zugangsfreiheit und normiert spezifische Informationspflichten der Anbieter von Telediensten (§§ 5-7). Des weiteren enthält das TDG Regelungen über die Verantwortlichkeit der Dienstanbieter (Abschnitt 3, §§ 8-11) und in Abschnitt 4 Bußgeldvorschriften (§ 12), die im Rahmen dieser Untersuchung nur am Rande vom Interesse sind und deswegen nicht näher dargestellt werden.

b) Inhaltsbetrachtung im Einzelnen

aa) Geltungsbereich

Während die Richtlinie zwingend auf kommerzielle Abrufdienste (Art. 2 lit. A) beschränkt ist[113], fallen unter den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 TDG zunächst alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind.[114] Dies gilt jedoch nicht ohne Ausnahme: Bereits nach dem

---

[112] BGBL. I S. 1870.

[113] Dies schließt elektronische Medien aus, die Angebote an eine unbestimmte Anzahl von Empfängern senden, wie das etwa beim Fernsehen, Hörfunk oder Teletext der Fall ist.

[114] Die individuelle Nutzung ist gegeben, wenn es sich bei den Nutzern um einen individuell bestimmbaren Personenkreis handelt, der Nutzerkreis sich also als Gruppe durch eine besondere Verbindung untereinander oder zum Veranstalter abgrenzen lässt. Durch die Eigenschaft der individuellen Nutzbarkeit unterscheidet sich der Teledienst vom Mediendienst, dessen kennzeichnendes Merkmal die Allgemeingerichtetheit ist. Aber auch der Mediendienst ist ein Informations- und Kommunikationsdienst, dem die gleiche Art der technischen Verbreitung -

alten TDG waren der Rundfunk nach § 2 Rundfunkstaatsvertrag und Telekommunikationsdienstleistungen nach § 3 TKG[115] ausgenommen (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 und 2 TDG). Da die ECRL nur die Kommunikation auf individuellen Abruf des Nutzers erfasst, wurde das neue TDG veranlasst, den Begriff der Verteildienste in Abgrenzung zu den Abrufdiensten aufzunehmen, und in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG beide vom Anwendungsbereich auszunehmen, „soweit die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht". Es darf bezweifelt werden, ob dies der Rechtssicherheit zuträglich ist. Denn die Unterscheidung zwischen Verteil- und Abrufdiensten kann und wird sich im Einzelfall als schwierig erweisen, z. B. bei personalisierten Push - Diensten.[116] Fraglich ist dabei, ob es sich um Daten handelt, die gleichzeitig an eine unbegrenzte Zahl von Nutzern erbracht werden (Verteildienste nach § 3 Nr. 3 TDG)[117], oder um Teledienste auf individuellen Abruf des Nutzers (Abrufdienste nach § 3 Nr. 4 TDG)[118]. Mit der einleitend thematisierten Konvergenz der Medien geht eine Konvergenz der Telekommunikationsmittel einher.

bb) Herkunftslandprinzip und seine Ausnahmen

Das Herkunftslandprinzip hat sich in der Rechtsprechung des EuGH zu einem Kernelement des Europäischen Binnenmarktes entwickelt. Nach dem Herkunftslandprinzip dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich der E - Commerce - Richtlinie fallen. Jeder Mitgliedstaat hat dafür Sorge zu tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstanbieter erbracht werden, den innerstattlichen Vorschriften entsprechen. Die Anbieter müssen grundsätzlich allein die innerstaatlichen Vorschriften des Mitgliedstaates beachten, in dem sie ihre

---

mittels Telekommunikation - zugrunde liegt, was sich aus § 2 I 1 MDStV ergibt, wo Telekommunikation legal definiert wird als elektromagnetische Schwingung ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters. Damit ist für die Einordnung nicht auf den technischen Übertragungsweg, sondern auf Inhalt und Funktion abzustellen.

[115] Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl. I, 1120.

[116] Spindler, ZRP 2001, 204.

[117] Verteildienste zeichnen sich durch eine point-to-multipoint-Übermittlung, d. h. von einer Stelle an viele, aus und stellen sich regelmäßig als Massenkommunikation dar. Das Angebot ist hierbei hinsichtlich Zeitpunkt und Inhalt festgelegt und wird kontinuierlich an eine unbestimmte Vielzahl von Empfängern ausgesendet, so dass sich die Einwirkungsmöglichkeit des Rezipienten auf das Ein- und Ausschalten beschränkt. Mangels individueller Nutzungsmöglichkeit können daher Verteildienste schon ihrer Verbreitungsform nach keine Teledienste sein; sie sind entweder dem Rundfunk oder den Mediendiensten zuzuordnen.

[118] Bei Abrufdiensten handelt es sich dagegen um point-to-point-Verbindungen. Es wird kein fortlaufendes Programm ausgesendet, die Übermittlung erfolgt vielmehr auf Nachfrage des Empfängers, der insoweit, anders als beim Verteildienst, den Zeitpunkt des Aussendens beeinflussen kann. Die Interaktionsmöglichkeit kann dabei durch zusätzliche Einflussmöglichkeiten auf den Inhalt des Angebots so weit in den Vordergrund treten, dass Individualkommunikation vorliegt und der Dienst in den Geltungsbereich des TDG fällt. So können aufgrund ihrer individuelleren Ausgestaltungsmöglichkeiten die Abrufdienste entweder dem MDStV oder dem TDG unterfallen.

Niederlassung haben. Es gilt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Vorschriften, die für Internetdienste im Staat ihrer Niederlassung gelten.

Das Herkunftslandprinzip wurde durch Art. 1 Nr. 4 des EGG in das deutsche Recht umgesetzt. Die Absätze 1 und 2 des § 4 TDG gelten abweichend von § 2 Abs. 1 TDG nur für ein geschäftsmäßiges Handeln. Der Begriff "geschäftsmäßig" ist identisch mit dem in den §§ 2 Abs. 4, 6 TDG verwendeten Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit und umfasst somit alle Dienstanbieter, die ihren Teledienst aufgrund einer nachhaltigen Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht erbringen. Daher fallen unter die geschäftsmäßig erbrachten Teledienste beispielsweise auch Teledienste von öffentlichen Bibliotheken und Museen.[119] Bei privaten "Gelegenheitsgeschäften" (bspw. das einmalige Verkaufsangebot eines PKW über eine private Homepage o.ä.) ist dagegen kein geschäftsmäßiges Handeln gegeben. In den Absätzen 3 und 4 werden darüber hinaus Abweichungen von dem generellen Anwendungsbereich auf geschäftsmäßig erbrachte Teledienste geregelt.

Dabei ist zwischen dem inländischen Anbieter, der im Ausland tätig ist (§ 4 Abs. 1 TDG) und dem ausländischen Anbieter mit Tätigkeit im Inland (§ 4 Abs. 2 TDG) zu unterscheiden. Der deutsche Gesetzgeber hat unter Berufung auf Art. 1 Abs. 4 der ECRL das Herkunftslandprinzip lange Zeit als eine allgemeine Verweisungsnorm verstanden. Das dem Herkunftsland zugrundeliegende Beschränkungsverbot sollte auf den sachrechtlichen Ebenen realisiert werden. Danach sollte zunächst das anwendbare Recht nach dem bestehenden deutschen Kollisionsrecht (i.d.R. das EGBGB) bestimmt werden. Ein in der Sache berufenes deutsches Gericht wäre jedoch gezwungen, die berufene Sachnorm nicht anzuwenden, wenn diese restriktiver ist als die deutsche und der Dienstanbieter dadurch über die Anforderungen des deutschen Rechts hinaus eingeschränkt würde.[120]

---

[119] BT-Drucks 14/6098, S. 16 - 20.
[120] Tettenborn, K&R 2000, 60 spricht davon, dass das anwendbare Recht „zurücktritt“.

Für den Anbieter, der in Deutschland niedergelassen ist[121], ist nach § 4 Abs. 1 TDG grundsätzlich allein das deutsche Recht anzuwenden, und zwar auch dann, wenn er seine elektronischen Dienste anderswo in der Europäischen Gemeinschaft erbringt oder anbietet.[122] Dabei beruft man sich auf Art. 3 der ECRL, der von der „Einhaltung der innerstaatlichen Vorschriften" spricht. Dazu zählt nach der lex fori auch das Kollisionsrecht, in dem der Staat selbst bestimmt, wann und inwieweit er sein Recht angewandt wissen will. Das bedeutet, dass der Staat der Niederlassung des Dienstanbieters (der Herkunftsstaat) nicht dazu verpflichtet werden kann, entgegen seiner Rechtsordnung das ausländische Recht anzuwenden.[123]

Der im Binnenmarkt niedergelassene Dienstanbieter soll sich grundsätzlich nach den Vorschriften seines Herkunftsstaates richten können. Dies lässt sich im Privatrecht nur durch eine kollisionsrechtliche Absicherung des Herkunftslandprinzips erreichen. Dadurch wird im Ergebnis eine Unterscheidung zwischen Binnenmarkt- und Drittstaatsachverhalten bewirkt mit der Folge eines zweigeteilten IPR, eines für die Anbieter, die im Binnenmarkt

---

[121] Die Bestimmung des Ortes der Niederlassung des Anbieters hat gem. den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Kriterien zu erfolgen, nach denen der Niederlassungsbegriff die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit umfasst (EuGH, Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 25 - Gebhard, ZIP 2005, 2311). Diese Bedingung ist auch erfüllt, wenn ein Unternehmen für einen festgelegten Zeitraum gegründet wird. Erbringt ein Unternehmen Dienstleistungen über eine Website des Internets, so ist es weder dort niedergelassen, wo sich die technischen Mittel befinden, die diese Website beherbergen, noch dort, wo die Website zugänglich ist, sondern an dem Ort, an dem es seine Wirtschaftstätigkeit ausübt. In Fällen, in denen ein Anbieter an mehreren Orten niedergelassen ist, ist es wichtig zu bestimmen, von welchem Niederlassungsort aus der betreffende Dienst erbracht wird. Ist im Falle mehrerer Niederlassungsorte schwierig zu bestimmen, von welchem Ort aus ein bestimmter Dienst erbracht wird, so gilt als solcher der Ort, an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten des Anbieters in bezug auf diesen bestimmten Dienst befindet. (Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2000/31/EG). In diesem Kontext stellt sich die Frage, wie beispielsweise der Mittelpunkt der Tätigkeit einer internationalen Rechtsanwaltssozietät, die ihre Dienste europaweit anbietet und Büros in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterhält, im Internet aber einheitlich mit einer Homepage auftritt, zu bestimmen ist. (Hierzu auch Wurster, Der Internet-Auftritt von Rechtsanwälten in der Europäischen Union, JurPC Web-Dok. 250/2001, Abs. 1 - 16). Abgesehen von der Möglichkeit auf das "Gründungsbüro" abzustellen, was gerade im Hinblick auf die Tatsache der zahlreichen Kanzleifusionen in den letzten Jahren wohl kaum möglich sein wird, erscheint auch das Abstellen auf das Entscheidungszentrum eher unpraktikabel zu sein, denn dies würde bedeuten, dass die Internetpräsenz einer solchen Sozietät immer vom behandelten Einzelfall abhängig wäre, dies würde aber gerade dem Zweck des Art. 3 ECRL widersprechen, der den freien Dienstleistungsverkehr gerade sichern und fördern und nicht mittels unnötigem Formalismus erschweren und hemmen möchte (im Ergebnis ebenso: Wurster, JurPC Web-Dok. 250/2001, Abs. 1 - 16). Im Ergebnis wird die Internetpräsenz wohl so zu gestalten sein, dass nach dem Aufruf der Startseite einer solchen Sozietät mittels Hyperlinks auf die einzelnen Europastandorte weitergeleitet werden muss, die dann auf der zu dem jeweiligen Standort gehörigen Internetseite die Rechtsvorschriften des Landes der Niederlassung zu beachten haben (a.A. Wurster, JurPC Web-Dok. 250/2001, Abs. 1 - 16).

[122] Borges, S. 917, 918.

[123] Der Entwurf der ECRL enthielt in Art. 3 Abs. 3 noch folgende Formulierung: „Die Verpflichtung in Abs. 1 gilt für Abschnitt 3 (Abschluss von Verträgen auf elektronischem Weg - Art. 9-11) nur insoweit, als das Recht eines Mitgliedstaates entsprechend seinen Regelungen des Internationalen Privatrechts anwendbar ist."

niedergelassen sind, und die allgemeinen Regeln des IPR für Anbieter aus Drittstaaten. Es erscheint gerechtfertigt, dass innerhalb des Binnenmarkts, der ein hohes Maß an Harmonisierung - im wirtschaftlichen Bereich und zunehmend auch im Privatrecht - aufweist, andere kollisionsrechtliche Wertungen vorzunehmen sind als gegenüber einem Drittstaat.[124] Dies entspricht der generellen Tendenz verbraucherschutzbezogener Richtlinien, indem diese die Rechtswahl zugunsten eines Drittstaates unter bestimmten Umständen, die Wahl des Rechts des Mitgliedstaates hingegen unberührt lassen.

Die Mitgliedstaaten dürfen unter den in der ECRL festgelegten Bedingungen Maßnahmen vornehmen, um den freien Verkehr für Dienste der Informationsgesellschaft einzuschränken.[125] Von dem Herkunftslandprinzip sind deshalb eine Reihe von Ausnahmen vorgesehen, die es den Mitgliedstaaten erlauben, den elektronischen Verkehr in ihrem Land zu steuern. Die Ausnahmen sind in § 4 Abs. 3 bis 5 TDG geregelt. Zu den wichtigsten Ausnahmen ist insbesondere der Verbraucherschutz zu rechnen. Zusätzlich nimmt § 4 Abs. 4 Nr. 1-10 TDG bestimmte Bereiche vom Geltungsbereich des Herkunftslandprinzips aus.

Im Einzelnen gelten folgende Regelungen:

- Mit der Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 1 TDG wurde Art. 3 ECRL umgesetzt. Danach fällt das dispositive Recht nicht unter das Herkunftslandprinzip. Wenn keine unabdingbaren Bedingungen zum anwendbaren Recht vorliegen, haben die Vertragsparteien die Möglichkeit zu wählen, welchem Recht sie unterliegen wollen. Das ist im Einzelfall zu prüfen. Handelt es sich nicht um Verbraucherverträge, ist eine Rechtwahl i.d.R. möglich. Bei Verbraucherverträgen ist eine Rechtswahl zulässig, sofern das gewählte ausländische Recht den Verbraucher nicht schlechter stellt als das eigene inländische Recht.

- § 4 Abs. 3 Nr. 2 TDG lässt die Vorschriften für Verbraucherverträge unberührt, die im Rahmen von Telediensten geschlossen werden. Das bedeutet, dass für Fragen der Geschäftsfähigkeit, der Vertretungsmacht und der Form aber auch für die einen unterlegenen Vertragspartner schützende culpa in contrahendo (c.i.c.), keine Ausnahmen von dem Herkunftslandprinzip zugelassen sind, sofern sie nicht spezifisch den vertraglichen Pflichten eines Verbrauchervertrags zugeordnet werden können.[126]

- Neben diesen Ausnahmen sieht die ECRL ein Schutzklauselverfahren vor. Ein nationaler Alleingang zu der Erzielung eines „höheren Schutzniveaus“ in bestimmten Bereichen ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs.

[124] Fallenböck, Internet und IPR, S. 204.
[125] Vgl. Erwägungsgrund Nr. 24 der Richtlinie.
[126] Spindler, ZRP 2001, 206; Waldenberger, EuZW 1999, 300 f: Die gesetzlichen Aufklärungspflichten, etwa aus Culpa in contrahendo, wären je nach Rechtsordnung davon ausgenommen.

> 4 - 6 ECRL zulässig. Die Bestimmungen werden durch die Regelung des § 4 Abs. 5 TDG umgesetzt. Das Angebot und die Erbringung eines Teledienstes, der im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 EG niedergelassen ist, unterliegt abweichend von § 4 Abs. 2 TDG den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts. Danach besteht die Möglichkeit, den freien Dienstleistungsverkehr, insbesondere zum Zwecke des Verbraucherschutzes, einzuschränken, wenn die von einem nicht in Deutschland niedergelassenen Anbieter angebotenen oder erbrachten Teledienste eine Beeinträchtigung oder ernsthafte oder schwerwiegende Gefahr der in § 4 Abs. 5 Nr. 1 - 4 TDG aufgezählten Schutzgüter darstellen und die auf der Grundlage des innerstaatlichen, deutschen Rechts in Betracht kommenden Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzzielen stehen. Vor der Einleitung restriktiver nationaler Schutzmassnahmen sind besondere Konsultations- und Informationspflichten nach Art. 3 Abs. 4 - 5 ECRL zu beachten.

Im Zusammenhang damit ist aber zu beachten, dass weder § 4 Abs. 1 und 2 TDG noch die Richtlinie ein Günstigkeitsprinzip in dem Sinne enthalten, dass ein Dienstanbieter einen elektronischen Dienst, der gegen sein Niederlassungsrecht verstößt, aber nach dem Recht des Zielstaates zulässig ist, erbringen kann. So mag das sehr restriktive deutsche Werberecht für die deutschen Anbieter von Telediensten nachteilig sein, soweit sie bestimmte Angebote auf ausländische Märkte mit einem liberaleren Werberecht ausrichten. Ein allgemeiner Günstigkeitsvorbehalt entspräche zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinn und Zweck der EG-Richtlinie, die mehrfach auf den freien Dienstleistungsverkehr und damit indirekt auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 49 EG-Vertrag Bezug nimmt. Der Gerichtshof hat den freien Dienstleistungsverkehr nicht nur gegen Restriktionen des Empfangsstaates geschützt, sondern auch gegen Vorschriften des Herkunftslandes, die den freien Verkehr stärker einschränken als die des Empfangslandes. M. E. ist das Recht desjenigen EG-Mitgliedstaates anzuwenden, in dem der Nutzer die Dienste in Anspruch nimmt, soweit dieses Recht für die Erbringung des Teledienstes günstiger ist.

cc) Informationspflichten

§ 6 TDG wurde den Vorgaben der Richtlinie entsprechend angepasst und erweitert.[127] Dabei dienen die Informationspflichten dem Verbraucherschutz und der Transparenz von geschäftsmäßig erbrachten Telediensten.[128] Sie sind

---

[127] Art. 5 schreibt die Mindestvoraussetzungen für Informationspflichten von Teledienstanbietern fest.

[128] Die Vorschrift dient dem Verbraucherschutz. Sie soll für den Nutzer ein Mindestmass an Transparenz und Information über die natürliche oder juristische Person oder Personengruppe, die ihm einen Teledienst anbietet, sicherstellen. Durch die räumliche Trennung der möglichen Vertragspartner fehlt die unmittelbare Erfahrung über die Person des Anbieters; durch die Flüchtigkeit des Mediums fehlen - soweit keine Speicherung erfolgt - dauerhaft verkörperte Anhaltspunkte über dessen Identität. Die Pflicht zur Angabe von Identität und Anschrift dient damit auch als Anknüpfungspunkt für die Rechtsverfolgung im Streitfall. Die Vorschrift gilt nur

daher vor allem auch im Lichte der bestehenden Informationspflichten für Geschäfte unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln i.S.d. § 312 c BGB i.V.m. § 1 der Verordnung über Informationspflichten nach dem bürgerlichen Recht sowie der Informationspflichten für den elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312 e BGB i. V. m § 2 der Verordnung über Informationspflichten nach dem bürgerlichen Recht zu betrachten.[129] So finden sich zahlreiche Informationspflichten parallel auch in den genannten Spezialvorschriften des BGB, die die Informationspflichten nach § 6 TDG ergänzen und erweitern. Im Gegensatz zu den genannten Informationsverpflichtungen nach dem BGB, hat jedoch jeder Teledienstanbieter die in § 6 TDG aufgeführten Informationen in seinem Angebot zu beachten und in selbiges aufzunehmen, unabhängig davon, ob die Nutzung der Teledienste unentgeltlich oder gegen Entgelt erfolgt (§ 2 Abs. 3 TDG).

Die allgemeinen Informationen müssen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein (Art. 5 Abs. 1 der ECRL). Sie müssen an gut wahrnehmbarer Stelle stehen und ohne ein langes Suchen jederzeit auffindbar sein, so dass der Verbraucher die übermittelten Informationen zur Kenntnis nehmen und eine ausgewogene Entscheidung treffen kann. Denn die effektive Wahrnehmung, der durch den Binnenmarkt gebotenen Freiheiten macht es erforderlich, eventuellen Opfern von Telediensten die Informationen zur Verfügung zu stellen, die einen effektiven Zugang zu Möglichkeiten der Beilegung von Streitigkeiten gewährleisten.[130] Daher wird es auch in diesem Bereich notwendig sein, dass die Informationen auf Websites im Internet enthalten sind, auf die der Verbraucher jederzeit Zugriff hat, ohne die entsprechenden Informationen lange suchen zu müssen. Sie müssen dementsprechend auch als „Nutzerinformationen“ erkennbar sein und dürfen sich nicht unter einer Vielzahl anderer Informationen verbergen, die nicht dem Verbraucherschutz und dem Transparenzgebot zu dienen bestimmt sind.

Die Regelung des § 6 TDG ist keinesfalls als eine abschließende Regelung zu verstehen, vielmehr als eine Mindestanforderung an Informationen über den Dienst für solche Dienstanbieter im Sinne des § 2 TDG, die ihren Dienst lediglich als geschäftliche Visitenkarte ihres Unternehmens präsentieren.

dd) Elektronischer Vertragsabschluss

Keine Umsetzung finden dagegen die vertragsbezogenen Vorschriften der ECRL, insbesondere Art. 9 - 11.[131] Der rechtlichen Wirksamkeit von Verträgen

---

für geschäftsmäßige Angebote, die aufgrund einer nachhaltigen Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht abgegeben werden. Sie gilt dagegen nicht für private Gelegenheitsgeschäfte. Gelegentliche An- und Verkäufe z. B. über virtuelle "Schwarze Bretter" unterfallen daher nur dem allgemeinen Recht, so dass etwa bei Vertragsschluss die nach bürgerlichem Recht erforderlichen Angaben zu machen sind, BT-Drucks, 13/7385, S. n.n.b.

[129] ECRL, Erwägungsgrund 11.

[130] ECRL, Erwägungsgrund 52.

[131] Nach Art. 10 Abs. 1 ECRL ist der Unternehmer verpflichtet, angemessene technische Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung zu stehen; nach Art. 10 Abs. 3 ECRL müssen

nach Art. 9 ECRL wird durch die Einführung der “elektronischen Form” in das BGB Rechnung getragen. Die vertraglichen Nebenpflichten sowie ergänzende technische Transparenzpflichten, die zusätzlich von dem Dienstanbieter abzugeben sind, wurden durch entsprechende parallele Gesetzgebungsvorhaben umgesetzt. Hintergrund ist die Schuldrechtsreform, deren Bestimmungen auch die Grundsätze über den Abschluss elektronischer Verträge in das BGB integriert haben.

2. Zwischenergebnis

Bei der gesetzlichen Regelung der Neuen Medien hatte der Gesetzgeber die schwierige Aufgabe, den neu entstandenen Regelungsbereich in die Medienlandschaft einzufügen und in Bezug zu bereits bestehenden Regelungen zu setzen. Es galt sowohl die Anbietervoraussetzungen als auch die Rechtsbeziehungen in der immateriellen Welt festzulegen, wofür die für die körperliche Welt bestehenden Regelungen nur sehr eingeschränkt geeignet waren.

Die wohl größte Gruppe bilden bei den Telediensten die Internetdienste. In den Bereich der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TDG genannten Angebote zu der Individualkommunikation fällt zunächst die individuelle Geschäftskommunikation. Diese umfasst unter anderem Telemedizin, Telelernen und das dort ausdrücklich genannte Telebanking. Gemäß der Begründung zu dem Regierungsentwurf[132] sollen auch Homepages unter die Teledienste fallen. Allerdings sind hier Einschränkungen vorzunehmen, da Angebote zu Kommunikation und Information im Internet ihren Ausgangspunkt beinahe ausschließlich auf Homepages finden, viele dieser Angebote jedoch wie bereits dargelegt keineswegs in den Bereich der Teledienste fallen. Bereits die Einrichtung von Homepages erfolgt zumeist im Wege der Gestaltung, weshalb das Kriterium der redaktionellen Gestaltung nicht allein zu der Abgrenzung von Mediendiensten genügen kann. Es kommt vielmehr maßgeblich auf die jeweils beabsichtigte Meinungsbildung an. Rein informativ selbstdarstellende Homepages von Firmen oder informative Waren- oder Dienstleistungsangebote sind damit noch Teledienst, was der Klammerzusatz bei § 2 Abs. 2 Nr. 2 TDG verdeutlicht, nicht mehr hingegen kommerziell werbende Seiten. Eine einheitliche Einordnung von Homepages ist daher nicht möglich, sie muss für den Einzelfall anhand der dargestellten Abgrenzungsmerkmale erfolgen.

Die Durchsetzung des Herkunftslandprinzips dient der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes bzw. Europäischen Binnenmarktes. Die Gemeinschaft geht davon aus, dass Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen bleiben können, wenn nur dafür Sorge getragen wird, dass unternehmerische Leistungen, die im Einklang mit den Bestimmungen eines Staates (des

---

die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, dass er sie speichern und reproduzieren kann; Art. 11 Abs. 1 ECRL erfordert die Empfangsbestätigung.

[132] Roßnagel/Spindler, § 2 TDG Rz. 70.

Herkunftslandes) erbracht werden, überall in der Gemeinschaft vermarktet werden können. Im Ergebnis muss bei jeder Binnenmarktrichtlinie ermittelt werden, wie groß der koordinierte Bereich ist; nur innerhalb dieses koordinierten Bereichs gilt das Herkunftslandprinzip.

§ 4 Abs. 1 und 2 TDG schränkt das Herkunftsprinzip durch den Vorbehalt des internationalen Privatrechts ein, der wiederum durch den Vorbehalt des freien Dienstleistungsverkehrs, eine Art Rückausnahme, begrenzt wird. Gemäß den vorangehenden Überlegungen ist der Vorbehalt des IPR größtenteils gerechtfertigt und problematisch nur hinsichtlich derjenigen Fragen, zu denen die Richtlinie selbst Regelungen enthält und die deshalb in den koordinierten Bereich fallen, in dem das Herkunftslandprinzip gemäss Art. 3 der Richtlinie gilt.

Wesentlich ausgeweitet wurden die Informationspflichten der Dienstanbieter, die gelegentlich auch als Impressumspflichten bezeichnet werden und wie bisher nur für geschäftsmäßige Teledienste gelten (§ 6 TDG). Private Homepages sind somit davon nicht betroffen. Der Begriff des geschäftsmäßigen Dienstes ist allerdings relativ weit und soll nach der Gesetzesbegründung jedes nachhaltige Angebot erfassen, auch wenn keine Gewinnerzielungsabsicht besteht (§ 2 Abs. 3 TDG).

Das TDG beschränkt sich – ebenso wie die Richtlinie – darauf, den elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Parteien innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu regeln. Es bezieht sich weder auf Angebote deutscher Anbieter von Telediensten gegenüber dem Publikum in Drittstaaten noch auf die rechtlichen Rahmenbedingungen, die den elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Anbietern aus Drittstaaten und ihren Partnern in Deutschland regeln. Da die Vorteile des elektronischen Geschäftsverkehrs gegenüber traditionellen Methoden der Geschäftsanbahnung umso größer sind, je weiter die Entfernung zwischen den Parteien ist, wird man dem elektronischen Geschäftsverkehr gerade in der Beziehung mit Drittstaaten besonders große Wachstumsraten voraussagen können. Umso wichtiger ist dann auch ein verlässlicher rechtlicher Rahmen. Wenn der für die Umsetzung der Richtlinie bestehende enge Zeitrahmen gegenwärtig zu einer Konzentration auf dieses Problem nötigt, sollte die Problematik doch in absehbarer Zeit aufgegriffen werden.

IV. Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

1. § 312 e BGB

Der Gesetzgeber hat insoweit bewusst darauf verzichtet, die allgemeinen Vorschriften des BGB über das Zustandekommen von Verträgen durch besondere Regelungen für elektronisch übermittelte Erklärungen zu ergänzen. Andererseits hat der Gesetzgeber gleichwohl im Rahmen des sog. Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eine neue Regelung zu den "Pflichten im

elektronischen Geschäftsverkehr" in das BGB aufgenommen (§ 312 e BGB).[133] Diese Regelung zielt darauf ab, neben der Rechtssicherheit für die Anbieter auch einen effektiven Schutz für die Kunden, die im Internet angebotene Waren und Dienstleistungen "elektronisch" bestellen, zu gewährleisten. Dabei ist aber zu beachten, dass die in § 312 e BGB normierten Pflichten nicht nur auf Verbraucherverträge - wie z. B. den Fernabsatzvertrag - Anwendung finden. Zwar wird es sich bei einem auf elektronischem Wege zustande gekommenen Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher in der Regel auch um einen Fernabsatzvertrag handeln, so dass bereits die Informationspflichten des § 312 c BGB bestehen. Jedoch gelten die von § 312 e BGB statuierten und über die reine Information hinausgehenden Pflichten auch bei Verträgen, die ausschließlich zwischen Unternehmen in dem elektronischen Geschäftsverkehr abgeschlossen werden. § 312 e BGB erfüllt somit keine ausschließlich verbraucherschützende Funktion, sondern knüpft an die spezielle Vertriebsform an.

Mit anderen Worten: § 312 e BGB ist nicht nur in dem elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern einzuhalten, sondern auch in dem online durchgeführten Rechtsverkehr im Verhältnis Business–to-Business zu beachten. Dieser weite persönliche Anwendungsbereich ist im Gesetz wenig transparent, da § 312 e BGB nach den Vorschriften über Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge eingestellt wurde, die nur auf Verbraucherverträge Anwendung finden.

Vor dem Hintergrund, dass zahlreiche Unternehmen untereinander nicht nur auf elektronischem Wege kommunizieren, sondern auch im zunehmenden Maße untereinander konkrete Verträge auf der Grundlage von nicht individuell ausgerichteten Angeboten im Internet abschließen, kommt dem neuen § 312 e BGB eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für die Gestaltung des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu.

Die Norm des § 312 e BGB setzt einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr voraus. Ein solcher Vertrag liegt immer dann vor, wenn sich der Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes bedient. Hingegen genügt bei dem Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312 b BGB die ausschließliche Verwendung jeglicher Art von Fernkommunikationsmitteln. Zu achten ist auf die aus dem Wortlaut abzuleitende Reduktion des § 312 e BGB. Nur solche Tele- und Mediendienste werden von der Norm erfasst, die der Kunde als Nutzer oder Empfänger individuell elektronisch und zum Zwecke der Bestellung abrufen kann. Damit unterliegen insbesondere solche Verträge der Vorschrift, die über das Internet geschlossen werden. Ausgeschlossen sind dagegen bloße Verteildienste, die Angebote an eine unbestimmte Zahl von Empfängern richten. Dazu zählen zum Beispiel das Fernsehen, der Hörfunk oder der Videotext. Sofern der Vertrag zwar in dem elektronischen Geschäftsverkehr, aber ausschließlich durch

[133] BT-Drucks 14/6040, S. 169.

individuelle Kommunikation wie z. B. den Austausch von individuellen E-Mails zustande kommt, ist der Anwendungsbereich nach § 312 e Abs. 2 S. 1 BGB erheblich eingeschränkt. Zusammengefasst:

- Die Anwendung des § 312 e BGB setzt voraus, dass der Vertragsabschluss unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel erfolgt.[134] Der Brief- und Telefonverkehr ist dabei nicht umfasst.

- Der Tele- oder Mediendienst muss von dem Empfänger zum Zwecke der Abgabe einer Bestellung individuell abgerufen werden.[135] Angebote, die durch elektronische Medien an eine unbestimmte Zahl von Empfängern gleichzeitig ausgesendet werden und nicht individuell abrufbar sind, wie etwa Fernsehen, Hörfunk, Teletext, sind daher vom Anwendungsbereich der Regelung gleichfalls ausgeschlossen.

- Die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312 e BGB sind sachlich nicht auf Verbraucherverträge beschränkt. Unternehmen können ausnahmsweise in dem gewerblichen Geschäftsverkehr für die Bestätigung der Bestellung auf elektronischem Weg abweichende Vereinbarungen treffen.

- Nicht erforderlich für die Anwendung ist dagegen, dass auch die Durchführung des Vertrages "online", also auf elektronischem Wege erfolgt. Erforderlich ist lediglich, dass der Vertragsschluss online erfolgt, während die Erfüllung der geschuldeten Leistung auch "offline", wie in dem herkömmlichen Versandhandel, erfolgen kann.[136]

Was die dem Unternehmer bei dem Abschluss von Verträgen in dem elektronischen Geschäftsverkehr auferlegten vorvertraglichen Informationspflichten angeht (§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB), ist auch diesen mit der Bereitstellung des elektronisch abrufbaren Bestellformulars oder einer Bestell-E-Mail-Adresse nachzukommen, da ab diesem Zeitpunkt mit Bestellungen zu rechnen ist. Die Informationspflichten im Einzelnen wurden aus Gründen der besseren Lesbarkeit - so die Begründung des Gesetzgebers - nicht unmittelbar in das BGB aufgenommen, sondern in einer gleichfalls neu

---

[134] Der deutsche Gesetzgeber führt für Verträge, die in dem so eingeengten und konkretisierten Bereich der Tele- und Mediendienste abgeschlossen werden, den neuen gesetzlichen Begriff des „ Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr“ ein.

[135] Es ist offensichtlich, dass die vom TDG und vom MDStV erfassten Dienste über die „Abrufdienste im Fernabsatz“ nach der ECRL weit hinausgehen. Von den Regelungen des § 312e BGB sollten aber nur die von der ECRL erfassten Abrufdienste betroffen werden. Die inhaltliche Begrenzung der umfassenden deutschen Tele- und Mediendienste musste deshalb vom deutschen Gesetzgeber über andere Kriterien auf die von der ECRL erfassten Abrufdienste zurückgeführt werden. Diese notwendige inhaltliche Beschränkung erreicht § 312 e BGB dadurch, dass dort nur Regelungen für den Fall vorgesehen sind, dass sich ein Unternehmer speziell „zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages“ eines Tele- oder Mediendienstes bedient, Schmidt-Räntsch u. a. - Schuldrecht, S. 314.

[136] Amtl. Begründung zu § 312 e Abs. 1 BGB; BT-Drucks 14/6040 S. 170 f.

geschaffenen Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht geregelt.[137]

2. Rechtliche Würdigung

§ 312 e BGB verzichtet auf einen Informationskatalog und bestimmt stattdessen die generelle Informationsverpflichtung des Unternehmers, die durch eine Rechtsverordnung nach Art. 241 EGBGB konkretisiert wird. Die Umsetzung selbst ist kompliziert. Sie hat mit den Motiven der Richtlinie, einen effektiven Schutz der Kunden[138] zu gewährleisten, die als Verbraucher oder Unternehmer Waren oder Dienstleistungen in dem elektronischen Geschäftsverkehr bestellen, nur noch wenig gemein. Der durchschnittliche Verbraucher wird kaum wissen, welche vor- und nachvertraglichen Informationspflichten den Anbieter treffen und wo diese nachzulesen sind. Im BGB, wo er sie vermuten würde, findet er sie nicht. Die gleiche Regelungstechnik findet sich für die Verpflichtung des Unternehmers, den Verbraucher vor dem Abschluss des Fernabsatzvertrages zu unterrichten (312 c Abs. 1 Nr. 1 BGB mit Verweis auf eine Rechtsordnung nach Art. 240 EGBGB). Es fragt sich, welchen Sinn ein Regelungsblankett macht, das die für den Kunden wesentlichen Kernbestimmungen im Verordnungswege außerhalb des BGB regelt.

Die Pflichten nach ECRL werden inhaltlich identisch in § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB umgesetzt. Die Vorschrift stellt dabei klar, dass es sich bei den zur Verfügung zu stellenden Mitteln um „technische“ Mittel handeln muss. Bei den bei Abrufdiensten ablaufenden technischen Prozessen, wo mittels einer elektronischen Bestellung und Computererklärungen ein Vertragsabschluss herbeigeführt wird, muss der Unternehmer deshalb diese Pflichten praktisch bereits bei dem Aufbau der Technik seines Abrufdienstes berücksichtigen. Der Verpflichtung, dem Kunden vor der Bestellung geeignete technische Mittel zur Erkennung und Berichtigung von Eingabefehlern zur Verfügung zu stellen (§ 312 e Abs.1 S. 1 Nr. 1 BGB), muss der Unternehmer bereits zu dem Zeitpunkt der bloßen Eröffnung einer Bestellmöglichkeit nachkommen, d. h., ab dem Zeitpunkt, ab dem der Unternehmer einen Waren- oder Dienstleistungskatalog im Netz bereitstellt und mit einem elektronisch abrufbaren Bestellformular versieht.[139]

Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB müssen dem Kunden rechtzeitig vor Abgabe seiner Bestellung die von Art. 241 EGBGB bestimmten Informationen klar und verständlich mitgeteilt werden. Die Informationsgegenstände sind im Einzelnen in § 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht festgelegt, deren Grundlage Art. 241 EGBGB ist. Die Informationen sind so zu gestalten, dass der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde in der

---

[137] Vgl. Art. 4 Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.

[138] Der deutsche Gesetzgeber wollte lediglich nicht den neuen Begriff des Nutzers ins BGB einführen und hat deshalb, wie in dem vergleichbaren Fall des § 375 a BGB, der ebenfalls auf EG-Recht zurückgeht, den Begriff des Kunden gewählt. Ein Kunde kann dabei Verbraucher oder Nicht-Verbraucher sein.

[139] Amtl. Begründung zu § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB; BT-Drucks 14/6040 S. 171.

Lage ist, den Inhalt der Informationen ohne Einholung von Rechtsrat zu erfassen.[140] Zweck dieser Bestimmungen ist, dass der Nutzer die Informationen vor dem Vertragsabschluss in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen und eine informierte Entscheidung treffen kann.[141] Da der Vertrag erst nach Abgabe der Bestellung mit der Absendung der gewünschten Information durch den Anbieter geschlossen wird, handelt es sich bei § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB um vorvertragliche Pflichten.

Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 InfoV muss der Anbieter den Nutzer über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, informieren. Mit „technische Schritte" sind aber nicht die einzelnen Stadien moderner Datenübermittlung gemeint.[142] Vielmehr ist dem Nutzer deutlich zu machen, welche rechtlichen Wirkungen seine Handlungen hervorbringen. Insbesondere ist klarzustellen, von welchem Punkt an der Nutzer einen rechtsverbindlichen Antrag abgegeben hat, und durch welche Handlung der Unternehmer zu erkennen gibt, dass er den Antrag annimmt.

Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 2 InfoV muss der Anbieter den Nutzer darüber informieren, ob der Vertragstext nach dem Vertragsabschluss von dem Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist. Diese Bestimmung ist missverständlich, da es sich in Zusammenschau mit § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB ergibt, dass es nicht im Belieben des Anbieters steht, ob er dem Kunden den Vertragstext zugänglich macht. Vielmehr ist er nach § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB insoweit gebunden, als er dem Nutzer die Möglichkeit verschaffen muss, die Vertragsbestimmungen bei einem Vertragsabschluss abzurufen und in einer wiedergabefähigen Form zu speichern. Damit kann § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 2 InfoV der Gehalt entnommen werden, dass der Anbieter den Nutzer darüber informieren muss, wie und wann der Nutzer die Vertragsbestimmungen abrufen und in einer wiedergabefähigen Form speichern kann.[143]

Gemäss § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 3 InfoV muss der Anbieter den Nutzer darüber informieren, wie er mit den gemäss § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler vor der Abgabe der Bestellung erkennen und berichtigen kann. Da angemessene, wirksame und zugängliche Mittel im Sinne von § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB definitionsgemäß eben nicht angemessen sind, wenn sie zu kompliziert sind, als dass sie der durchschnittliche bewanderte Nutzer verstehen und gebrauchen könnte, hat diese Vorschrift keinen sehr hohen Regelungsgehalt. Ausreichend ist es daher, wenn sich dem durchschnittlichen verständigen Nutzer aufgrund der Programmführung sowie der Anordnung und Beschriftung der Schaltflächen der Weg zu einer Korrektur aufdrängen muss.[144]

---

[140] MüKo/Wendehorst, § 312 e Rn. 72.
[141] Lütcke, Fernabsatzrecht, § 312 e Rn. 42.
[142] Lütcke, Fernabsatzrecht, § 312 e Rn. 35.
[143] MüKo/Wendehorst, § 312 e Rn. 81.
[144] MüKo/Wendehorst, § 312 e Rn. 84.

Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB hat der Anbieter die Pflicht, dem Nutzer den Zugang seiner Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen. Die Bestätigung ist eine geschäftsähnliche Handlung und keine Willenserklärung. Wird diese Pflicht ordnungsgemäß erfüllt, so erfolgt die Zugangsbestätigung regelmäßig vor der Vertragsannahme, da der Zugang der Bestellung unverzüglich bestätigt werden muss. Es handelt sich daher bei § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB um eine vorvertragliche Pflicht. Der Begriff „unverzüglich" wird in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB mit „ohne schuldhaftes Zögern" legaldefiniert. Nach allgemeiner Ansicht gilt diese Definition für das gesamte Privatrecht.[145] Unverzüglich ist aber nicht gleichbedeutend mit sofort, sondern dem Erklärungsempfänger steht eine nach den Umständen des Falles angemessene Überlegungsfrist zu. Im Rahmen des § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB erscheint eine Überlegungsfrist aber schon nach den Voraussetzungen dieser Norm generell nicht erforderlich, da lediglich eine Tatsache, nämlich der Zugang der Bestellung bestätigt werden soll. Ein zeitlicher Spielraum, in dem der Angebotsempfänger Überlegungen anstellen und eine Entscheidung fällen kann, ist daher nicht erforderlich.

Zu untersuchen ist, ob der Nutzer die essentialia negotii als getroffene Vertragsvereinbarungen bei dem Vertragsabschluß abrufen und in einer wiedergabefähigen Form speichern kann. Im Rahmen des § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB ist damit die Möglichkeit eines elektronischen Abrufs oder eine automatische Zusendung auf elektronischem Wege gemeint.[146] Ebenso ergibt sich aus dem Kontext, dass eine geschlossene Zusammenstellung aller getroffenen Vereinbarungen gemeint ist, da die Möglichkeit des Stückweise-Abrufens diese Vorschrift auf die bare Selbstverständlichkeit reduzieren würde, dass Vertragsbestandteil nur Bestimmungen werden können, die beiden Vertragsparteien zugänglich sind. Diese Zusammenstellung muss ebenfalls in elektronischer Form wiedergabefähig speicherbar sein. Fraglich ist, was unter „in wiedergabefähiger Form zu speichern" im Sinne des § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB zu verstehen ist. Nach einhelliger Meinung in der Literatur ist es bei elektronischen Geschäften über Internet ausreichend, wenn die Vertragsvereinbarungen für den Nutzer während des Bestellvorgangs zum Herunterladen und Speichern zur Verfügung stehen, da der Nutzer dann die Möglichkeit hat, diese Daten zu speichern und zu reproduzieren.[147]

Die Vorschrift des § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB setzt Art. 11 Abs. 1 2. Gedankenstrich der ECRL um, wonach eine Bestellung als eingegangen gilt, wenn die Partei, für die sie bestimmt ist, sie abrufen kann.[148] Sie enthält damit eine Regelung des Zugangs elektronischer Willenserklärungen. § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB entspricht der hier vertretenen Meinung, wonach Willenserklärungen, die mit Hilfe moderner Telekommunikation übertragen werden, generell mit der

[145] Palandt/Heinrichs, § 121 Rn. 3.
[146] Mü/Ko-Wendehorst, § 312 e Rn. 105.
[147] Glatt, Vertragsschluss im Internet, ZUM 2001, 390, 391.
[148] Nach dem Wortlaut des § 312 e Abs. 1 BGB sind nur solche Tele- und Mediendienste zu beachten, die als Abrufdienste angeboten werden.

„Möglichkeit der Speicherung“ zugegangen sind.[149] Eine Pflicht zur Speicherung durch den Unternehmer ist damit nicht verbunden.[150] Dies ist wohl deshalb aus Sicht des Kunden akzeptabel, weil ihm gem. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB bereits bei Vertragsabschluss selbst die Möglichkeit eingeräumt wird, die Vertragsbestimmungen und die AGB abzurufen und bei sich zu speichern. Somit wird eine angemessene Verteilung der Risiken zwischen den Parteien erreicht. Dies wird durch die Regelung in § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB nunmehr ausdrücklich bestätigt.[151] Diskutabel erscheint in der Tat, ob die Vorschrift systematisch an anderer Stelle zu platzieren ist. Sofern S. 2 gesetzgeberischer Ausdruck einer allgemeinen Definition des Zugangs elektronischer Willenserklärung ist, erscheint es vorzugswürdiger, diese verallgemeinert in § 130 BGB einzustellen. Eine solche Regelung ist jedoch, wie aufgezeigt, bei einer entsprechenden Auslegung von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB verzichtbar.

Zu beachten ist, dass die vorstehend erläuterten Verpflichtungen des Unternehmers in bestimmten Fällen eingeschränkt sind. So bestehen die Verpflichtungen des Unternehmers bei Abschluss von Verträgen in dem elektronischen Geschäftsverkehr zur Bereitstellung technischer Korrekturmöglichkeiten, zur vorvertraglichen Information und zur Empfangsbestätigung[152] nach dem Gesetz dann nicht, "wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird" (§ 312 e Abs. 2 S. 1 BGB). Die Regelung soll Vertragsabschlüsse, bei denen der Unternehmer direkt mit dem jeweiligen Kunden Kontakt aufnimmt, z. B. in dem er diesem ein Vertragsangebot per E-Mail unterbreitet, von den vorgenannten Pflichten entlasten. Die Ausnahme beruht auf der Erwägung des Gesetzgebers, dass derartige durch individuelle Kommunikation zustande gekommene Vertragsabschlüsse eher per Brief oder am Telefon abgeschlossenen Verträgen ähneln und nicht die spezifischen Besonderheiten des anonymen Online-Einkaufs aufweisen.[153] Zu beachten ist, dass diese Ausnahme für den Bereich der individuellen Kommunikation die Verpflichtung des Unternehmers, den Vertragstext bereitzustellen und die AGB zum Abruf und zur Speicherung bereitzuhalten (§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB), nicht erfasst. Ferner ist es unzulässig, die grundsätzlichen Verpflichtungen nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1-

---

[149] Vollendet ist der Zugang jedoch erst, wenn der Empfänger „unter gewöhnlichen Umständen“ die Möglichkeit hat, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

[150] Härting, MDR 2002, 63.

[151] Durch die Verpflichtung des Unternehmers, dem Kunden die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern (§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB), soll sichergestellt werden, dass diese dem Kunden bereits bei Vertragsschluss speicherbar zur Verfügung stehen. Unter den Begriff der "Vertragsbestimmungen" fallen nicht sämtliche, unter Umständen auch nach den Verbraucherschutzvorschriften betreffend den Fernabsatz zu erteilende Informationen (vgl. § 312 c BGB - hierzu s.u. IV. 4.), sondern nur der eigentliche Vertragstext und ggf. Allgemeine Geschäftsbedingungen.

[152] Es macht einen erheblichen Unterschied, ob die Empfangsbestätigung lautet "Wir bestätigen Ihre Bestellung" oder "Wir bestätigen den **Eingang** Ihrer Bestellung", wie es das Gesetz vorschreibt. Ersteres führt zum Vertragsschluss, letzteres erfüllt lediglich die Informationspflichten beim Fernabsatzgeschäft.

[153] Vgl. Amtl. Begründung zu § 312 e Abs. 2 S. 1 BGB; BT-Drucks 14/6040 S. 172.

3 BGB durch eine gezielte Gestaltung von Webangeboten unter Einsatz "individueller Kommunikation" zu umgehen (Umgehungsverbot), um in den Genuss der Ausnahme zu kommen (§ 312 e Abs. 2 S. 1 BGB).[154]

Nach dem Wortlaut des § 312 e Abs. 2 S. 2 BGB können hinsichtlich der Informationspflichten abweichende Vereinbarungen nur dann getroffen werden, wenn kein Verbraucher am Geschäft beteiligt ist. Durch Umkehrschluss wird dabei klar, dass bei Beteiligung eines Verbrauchers keine abweichenden Vereinbarungen getroffen werden dürfen. Bei den Pflichten aus § 312 c BGB, die ohnehin nur bei Beteiligung eines Verbrauchers anzuwenden sind, spricht das Gesetz deshalb erst gar nicht über eine irgendwie geartete Dispositionsfreiheit der Parteien.

Ausdrücklich gesetzlich klargestellt ist, dass weitergehende Informationspflichten des Unternehmers aufgrund anderer Vorschriften "unberührt" bleiben (§ 312 e Abs. 3 S. 1 BGB), d. h. zusätzlich zu beachten sind. Die Regelung hat insoweit nur eine deklaratorische Bedeutung.[155] Als solche weitergehenden Informationspflichten kommen insbesondere ergänzende Pflichten in Betracht, die sich für den elektronischen Geschäftsverkehr aus den speziellen Verbraucherschutzvorschriften bei dem Abschluss von Fernabsatzverträgen ergeben und auf die hier nicht eingegangen werden soll. Zudem werden in der Verordnung über Informationspflichten nach dem BGB weitere bereichsspezifische Informationspflichten, etwa nach § 312 c BGB, die in dem Verhältnis zwischen Nicht-Verbrauchern nicht anwendbar sind und deshalb in diesem Abschnitt unbeachtlich bleiben, geregelt.

Fraglich ist dabei, welche Rechtsfolgen sich bei einer Verletzung der Pflichten nach § 312 e BGB ergeben. Bei Verträgen in dem elektronischen B2C-Geschäftsverkehr wird dem Kunden in der Regel ein Widerrufsrecht nach den Verbraucherschutzbestimmungen im Fernabsatz zustehen (§§ 312 d, 355 BGB). Für solche Fälle bestimmt das Gesetz (§ 312 e Abs. 3 S. 2 BGB), dass die (zweiwöchige) Widerrufsfrist erst nach der Erfüllung der speziellen von dem Unternehmer bei dem Abschluss von Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr zu beachtenden Pflichten (§ 312 e Abs. 1 S. 1 BGB) beginnt. Das heißt, die Verletzung dieser Pflichten wird in gleicher Weise durch ein Hinausschieben des Beginns der Widerrufsfrist sanktioniert, wie die Verletzung der gesonderten Informationspflichten, die bei Fernabsatzverträgen zu beachten sind.

Die weiteren Rechtsfolgen, die sich aus einem Verstoß gegen die Informationspflichten bei dem Abschluss elektronischer Verträge im Übrigen ergeben, folgen - je nach im Einzelfall verletzter Pflicht - aus den allgemeinen Bestimmungen.[156]

---

[154] Hassemer, MMR 2001, 635, 636 Fn. 15.
[155] Schmidt-Räntsch - Schuldrecht, S. 318.
[156] Borges, S. 279.

3. Individuelle Kommunikation

Bei Vertragsabschlüssen, welche ausschließlich durch individuelle Kommunikation erfolgen,[157] ist der Unternehmer gem. § 312 e Abs. 2 S. 1 BGB von einem Teilbereich der Pflichten in dem elektronischen Geschäftsverkehr entbunden. Die Ausnahmeregelung des § 312 e Abs. 2 S. 1 BGB ist vor dem Hintergrund zu interpretieren, dass

- Der Erklärende bei individueller Kommunikation selbst die Kontrolle über die Bindungswirkung seiner Erklärung inne hat und

- Standardisierte Bestellmasken verbunden mit der Hypertext-Struktur für den Erklärenden unübersichtlich und verwirrend sein können.

Maßgeblich ist daher, ob die Willenserklärung des Verbrauchers eine individuelle Kommunikation darstellt,[158] so dass von einer Interaktion zwischen Verbraucher und Unternehmer gesprochen werden kann. In diesem Fall wird der Kommunikationsvorgang nicht von dem Unternehmer dominiert,[159] und die elektronische Erklärung weicht kaum von dem klassischen Briefverkehr ab, so dass eine Ausnahme von den vertragsschlussbezogenen Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gerechtfertigt ist.[160] Es ist daher auch unerheblich, wenn der Unternehmer in der Phase der Vertragsanbahnung keine individuelle Kommunikation eingesetzt hat, sondern sich z. B. mit der Darstellung seines Leistungsangebots im Internet an einen unbeschränkten Kundenkreis gewandt hat.[161] Da § 312 e Abs. 2 S. 1 BGB nur auf § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BGB Bezug nimmt, bleibt der Unternehmer im Falle einer individuellen Kommunikation verpflichtet, seinen Kunden gem. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB die Möglichkeit einer Speicherung der Vertragsbedingungen zu eröffnen.

Erfolgt der elektronische Vertragsabschluss über das bloße Anklicken eines Links oder mittels des Ausfüllens von Bestellmasken, fehlt es an einer individuellen Kommunikation zwischen Unternehmer und Verbraucher. Der Vertragsabschluss im Internet unterfällt daher im Regelfall dem Anwendungsbereich des § 312 e Abs. 1 BGB, sofern es sich nicht um einen

---

[157] Hauptsächlich wird es sich um Vertragsabschlüsse per E-Mail handeln, in Betracht kommen aber auch der Internet-Chat sowie Telefon- und Videoübertragungen per Internet, Glatt, ZUM 2001, 390, 392.

[158] Siehe Ulmer, CR 2002, 208, 210 und MüKo/Wendehorst, § 312 e Rn. 45 ff., nach deren Auffassung individuelle Kommunikation bereits ausscheidet, wenn ein Unternehmer auf seiner Webseite die Nutzer zur Abgabe von Angeboten per E-Mail auffordert.

[159] Dörner, AcP 202 (2002), S. 363, 376.

[160] Grigoleit, NJW 2002, S. 1151, 1152, Hoeren, MMR 1999, 192, 197.

[161] Nach der Ansicht von MüKo/Wendehorst, § 312 e Rn. 50, würde eine Bestellung, die vom Kunden selbständig formuliert und per E-Mail an den Unternehmer geschickt wurde, unter § 312 e Abs. 1 BGB fallen, wenn die Produktpräsentation des Unternehmers im Internet Auslöser für den Bestellwunsch war. Dieselbe E-Mail würde allerdings den Ausschlusstatbestand des § 312 e Abs. 2 S. 2 erfüllen, wenn der Kunde sich die Waren nicht im Internet, sondern in einem Printprospekt ausgesucht hat. Dies überzeugt nicht.

Gefälligkeitsvertrag handelt, der eine Preisgabe personenbezogener Daten des Verbrauchers nicht erfordert.

4. Verzögerung des Beginns der Widerrufsfrist nach § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB

Abweichend von seiner Prämisse, die Beurteilung der Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 312 e Abs. 1 S. 1 BGB der Rechtsprechung in Anwendung des allgemeinen Schuldrechts zu überlassen,[162] hat der Gesetzgeber in § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB eine eigenständige, nicht durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebene Sanktion normiert. Sofern dem Vertragspartner des Unternehmers ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zusteht, soll die Widerrufsfrist nicht vor der Erfüllung der in § 312 e Abs. 1 S. 1 BGB genannten Pflichten beginnen. Damit führt ein Verstoß gegen die besonderen Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr zu einer Verlängerung der Zeitspanne, welche dem Verbraucher zu der Ausübung seines Widerrufsrechts verbleibt. Den Erlass des § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB hat der Gesetzgeber mit der Erwägung begründet, es sei kein Grund ersichtlich, weshalb „der Lauf der Widerrufsfrist bei einem im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossenen Fernabsatzvertrag nur von der Erfüllung der Informationspflichten des § 312 c BGB, dagegen nicht von den in diesen Fällen gleichermaßen vom Unternehmer zu beachtenden Pflichten des § 312 e Abs. 1 BGB“ abhängig sein solle.[163] Diese Behauptung ist unzutreffend.

Das Zusammenspiel der §§ 312 c Abs. 2 und 312 d Abs. 1 BGB ist ein ganz anderes als jenes zwischen § 312 e Abs. 1 und Abs. 3 BGB. Die Unterrichtung in Textform gem. § 312 c Abs. 2 BGB soll es dem Verbraucher ermöglichen, aufgrund der ihm nunmehr dauerhaft verfügbaren Informationen eine aufgeklärte Entscheidung über die Ausübung seines Widerrufsrechts zu fällen. Entsprechendes gilt für die den Fristbeginn auslösende Widerrufsbelehrung nach § 355 Abs. 1 BGB. Die Interessen des Unternehmers werden dadurch geschützt, dass er seine Pflichten nachträglich erfüllen kann, sofern er den richtigen Zeitpunkt zur Informationserteilung verpasst hat. Es ist daher sinnvoll, die Widerrufsfrist erst dann beginnen zu lassen, wenn der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß unterrichtet hat.

Diese Wertung kann nicht auf § 312 e BGB übertragen werden.[164] Die Transparenzbestimmungen dieser Regelung beziehen sich meist auf den Vertragsabschluss *per se*. Sie sind daher zeitlich gebunden und können nachträglich nicht oder zumindest nicht sinnvoll erfüllt werden. Nach Abgabe der Kundenbestellung ist eine Eingabekorrektur i.S.d. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB nicht mehr möglich. Auch die „unverzügliche“ Empfangsbestätigung der Bestellung des Verbrauchers lässt sich nicht zu einem späteren Zeitpunkt erfüllen. Bei einer wörtlichen Anwendung des § 312 e Abs. 3 S. 2 („beginnt die Widerrufsfrist [...] nicht vor Erfüllung der in Abs. 1 S. 1 geregelten Pflichten“)

---

[162] Begründung RegE, BT-Drucks 14/6040, S. 173.
[163] Begründung RegE, BT-Drucks 14/6040, S. 173.
[164] MüKo/Wendehorst, § 312 e Rn. 115.

würde die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts nie beginnen, sofern der Unternehmer keine Korrekturmöglichkeit vor der Abgabe der Bestellung bereitgestellt hat oder falls er es versäumt hat, den Eingang der Bestellung des Verbrauchers unverzüglich zu bestätigen.[165]

Hinsichtlich des § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 1, 3 und 4 InfoV ist eine nachträgliche Pflichterfüllung zwar möglich, aber in aller Regel sinnlos. Nach Abgabe seiner Bestellung interessiert es den Verbraucher nicht mehr, welche technischen Schritte hierzu führten, welche Korrekturmöglichkeiten ihm offen gestanden hätten und welche Sprache zum Abschluss des Vertrages noch zur Verfügung gestanden hätte. Allein interessant kann die Tatsache sein, dass es zum Vertragsabschluss kam. Eine nachträgliche Erteilung der Informationen nach § 3 Nr. 1, 3 und 4 InfoV ist lebensfremd und in der Praxis nicht zu erwarten. Damit führt eine wörtliche Anwendung des § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB auch hier dazu, dass der Lauf der Widerrufsfrist nie beginnt. Der Verbraucher wäre daher bei Verletzung der Pflichten aus § 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 BGB bis zu dem Erlöschen des Widerrufsrechts (§§ 312 d Abs. 3, 355 Abs. 3 S. 1 BGB) zu der voraussetzungslosen Lösung von dem Vertrag berechtigt – unabhängig davon, ob seine Willenserklärung aufgrund der Pflichtverletzung des Unternehmers mit einem Irrtum behaftet war. Da der Verbraucher kein Interesse an der nachträglichen Erfüllung dieser Pflichten hat, ist diese Rechtsfolge sachwidrig.

§ 312 e Abs. 3 S. 2 BGB ist auch deshalb zu kritisieren, weil die Vorschrift zu einer sachfremden Ungleichbehandlung gleichartiger Pflichtverletzungen in dem elektronischen Geschäftsverkehr führt. Diejenigen Unternehmer, welche ohnehin bereits mit einem Widerrufsrecht des Verbrauchers belastet sind, werden einer besonders strengen Sanktion für die Verletzung der Transparenzbestimmungen des § 312 e Abs. 1 S. 1 BGB unterworfen. Dagegen richtet sich die Haftung derjenigen Unternehmer, welche von dem Anwendungsbereich der Fernsabsatzvorschriften nach § 312 b Abs. 3 BGB ausgenommen sind bzw. deren Verträge nach § 312 d Abs. 3 und 4 BGB keinem Widerrufsrecht unterliegen, nach den allgemeinen Vorschriften. So sinnvoll die Gründe für einen Ausschluss des Widerrufsrechts bei bestimmten Fernabsatzverträgen sein mögen, für eine unterschiedliche Sanktionierung der gegen die Transparenzbestimmungen des § 312 e Abs. 1 S. 1 BGB verstoßenden Unternehmer bieten sie keinen tragfähigen Anknüpfungspunkt.

5. Vereitelung der Beweisführung

Soweit die Pflicht des Unternehmers in der Eröffnung einer

[165] Diese Rechtsfolge befürwortet anscheinend Hassemer, MMR 2001, 635, 637. Das Versäumen der unverzüglichen Zugangsbestätigung würde daher die voraussetzungslose Lösung des Vertrages ermöglichen. Eine solche fundamentale Bedeutung der Zugangsbestätigung für die Wirksamkeit eines Online-Vertragsabschlusses ist vom Gemeinschaftsgesetzgeber in den Vorschlägen zu Art. 11 ECRL erwogen, jedoch letztlich verworfen worden (Siehe Art. 11 Abs. 1 lit. A des ersten Richtlinienvorschlags und Art. 11 Abs. 1 S. 1 des geänderten Richtlinienvorschlags, KOM (1999) 427 endg.

Dokumentationsmöglichkeit für den Verbraucher besteht (§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 und 4 BGB), kann sich eine Abkehr von der allgemeinen Beweislastverteilung unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung ergeben.

Maßgebliche Voraussetzung für die Annahme einer Beweisvereitelung ist ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches die Klärung des Sachverhalts durch die beweispflichtige Partei verhindert.[166] Eine derartige Situation ergibt sich regelmäßig, wenn der Unternehmer dem Verbraucher zu dem Zeitpunkt des elektronischen Vertragsabschlusses (bzw. zu dem Zeitpunkt der Bestellung) nicht die Möglichkeit einer Speicherung der Vertragsbedingungen einräumt (Verstoß gegen § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB). Zwar mag in Einzelfällen dem Verbraucher der Beweis auch mittels einer vom Unternehmer erteilten Bestätigung der Bestellung in Textform nach § 312 c Abs. 2 BGB offen stehen. Sofern der Inhalt des Vertrages zwischen Unternehmer und Verbraucher strittig ist, dürfte diese Mitteilung jedoch lediglich die Position des Unternehmers widerspiegeln, so dass den Interessen des Verbrauchers nicht gedient wird.

Nur in Ausnahmefällen kann eine Verletzung der dokumentationsbezogenen Informationspflicht nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB zur Abkehr von der allgemeinen Beweislastverteilung führen. Denkbar wäre, dass der Unternehmer entgegen seiner Ankündigung dem Verbraucher den Vertragstext nach Vertragsabschluss nicht zur Verfügung stellt, obgleich der Verbraucher im Vertrauen auf diesen Hinweis eine Speicherung der Vertragsbedingungen unterlassen hatte.

Für die Annahme einer Beweisvereitelung ist nach h. M. ein Verschulden der nicht beweisbelasteten Partei erforderlich.[167] Ein zumindest fahrlässiges Verhalten des Unternehmers wird bei einem Verstoß gegen § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB regelmäßig auch in Bezug auf die Beeinträchtigung der Beweismöglichkeiten seines Gegenübers vorliegen. Denn der Unternehmer musste bereits zu dem Zeitpunkt seiner Pflichtverletzung erkennen, dass er durch die fehlende Eröffnung einer Speicherungsmöglichkeit die Beweisposition des Verbrauchers in einem künftigen Prozess erheblich verschlechtert.

Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung sind in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten.[168] Auf die Feinheiten dieser Diskussion muss an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Der Unternehmer hat hier nicht einen beliebigen Beweis vereitelt, sondern die im Interesse der Beweissicherung des Verbrauchers liegenden Schutzpflichten des § 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 und 4 BGB verletzt. Dies rechtfertigt eine Umkehr der objektiven Beweislast,[169] sofern

---

[166] BGH Urteil vom 12.01.1960, LM Nr. 11 zu § 286 ZPO, NJW 1960, 821.
[167] BGH Urteil vom 09.05.1962, NJW 1962, 1510; BGH Urteil vom 20.06.1967, NJW 1967, 2012.
[168] Baumgärtel, Beweislastpraxis, Rn. 124 ff.
[169] Vgl. zu den insoweit ähnlichen ärztlichen Dokumentationspflichten BGH Urteil vom 19.12.1979, NJW 1980, 887, 888.

der Verbraucher substantiiert darlegt, dass der Vertrag mit einem bestimmten Inhalt zustande gekommen sei.

6. Zusammenfassung

Die Pflichten des Unternehmers nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 3 BGB dienen dem Zweck, den Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr transparent zu gestalten. Die Unterrichtung über die zu dem Vertragsabschluss führenden Schritte sowie die Einrichtung von und Aufklärung über Korrekturmöglichkeiten sollen einem Auseinanderfallen von Wille und Erklärung des Verbrauchers vorbeugen. Gleichzeitig beseitigt die Erläuterung der zu dem Vertragsabschluss führenden Schritte Unsicherheiten hinsichtlich des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses.[170] Die nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB gebotene unverzügliche Zugangsbestätigung soll Zweifel des Verbrauchers ausräumen, ob seine elektronische Willenserklärung übermittelt wurde.

§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 3 BGB enthalten sinnvolle Bestimmungen, welche die im elektronischen Geschäftsverkehr agierenden Unternehmer zur Gestaltung eines transparenten Vertragsabschlussverfahrens anhalten. Kombiniert werden diese Gebote jedoch mit eher zweifelhaften Unterrichtungspflichten (Information über die für den Vertragsabschluss zur Verfügung stehenden Sprachen, Unterrichtung über die Vornahme einer Speicherung der Vertragsbedingungen). Der Gesetzgeber hat die Pflicht zu der Angabe der einschlägigen Verhaltensregelwerke zudem als eine vertragsschlussbezogene Informationspflicht ausgestaltet. Dies bedarf einer korrigierenden, am Richtlinientext angelehnten Auslegung. Die Pflicht zu der Eröffnung einer Speicherungsmöglichkeit der Vertragsbedingungen gem. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB ist grundsätzlich zu begrüßen. Die fehlende Abstimmung dieses Gebots mit den ebenfalls dokumentationsbezogenen Pflichten der §§ 305 Abs. 2, 312 c Abs. 2, 312 e Abs. 1 Nr. 2 BGB verdient jedoch Kritik.

Die Bestimmung des § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB ist kritikwürdig. Eine nachträgliche Erfüllung der Pflichten aus § 312 e Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 3 i.V.m. § 3 Nrn. 1, 3 und 4 InfoV ist wenig sinnvoll, insbesondere besteht kein funktionaler Zusammenhang zwischen § 312 e Abs. 1 S. 1 BGB und dem Widerrufsrecht des Verbrauchers. Nach der hier vertretenen Interpretation des § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB liegt die nachträgliche „Erfüllung“ der genannten Pflichten in einer Mitteilung an den Verbraucher, dass und mit welchem Inhalt der Vertrag geschlossen wurde. Damit führt die Nichtbeachtung der vertragsschlussbezogenen Transparenzpflichten zumeist nicht zu einer wesentlichen Verzögerung des Beginns der Widerrufsfrist. Denkbar ist dies

[170] Der Information kommt insofern eine konstitutive Wirkung für den Ablauf des Vertragsabschlusses zu, als sie in die nach dem objektiven Empfängerhorizont vorzunehmende Bewertung einfließt, ob die Online-Präsentation des Unternehmers ein Antrag i.S.d. § 145 BGB oder eine invitatio ad offerendum ist. Zugleich kann in der Information eine Vertragsabschlussklausel liegen, deren Vereinbarung jedoch aufgrund § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB enge Grenzen gesetzt sind.

gleichwohl, beispielsweise wenn der Unternehmer die Informationen nach § 312 c Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 und 3 InfoV dem Verbraucher bereits vor dem Vertragsabschluß in Textform übermittelt hat.

Schließlich ist zu kritisieren, dass der Normadressat der besonderen Pflichten in dem elektronischen Geschäftsverkehr stets der mit einem Verbraucher kontrahierende Unternehmer ist. Drei-Personen-Verhältnisse, bei welchen ein Vermittler die Infrastruktur für den Vertragsabschluss bereitstellt, welcher zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, aber auch zwischen Verbrauchern untereinander erfolgen kann, berücksichtigt die gesetzliche Regelung nicht. Dies ist bedauerlich, da viele der Pflichten aus § 312 e Abs. 1 S. 1 BGB nur von dem Intermediär als Gestalter des Vertragsschlussprozesses erfüllt werden können.

§ 5 Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr

I. Einleitung

1. Mindestschutz für den Verbraucher

Für den Konsumenten bringt der Einkauf im Wege des elektronischen Handels mehrere Vorteile wie eine große Auswahl, eine bessere Vergleichbarkeit der Angebote, eine bequeme, rasche und weltweite Bestellmöglichkeit, keine Bindung an Öffnungszeiten und oftmals Preisvorteile, da die Anbieter oft Wettbewerbsvorteile an die Kunden weitergeben. Die Kommunikation per Internet ist kostengünstiger und schneller als die Bestellung per Post und steht 24 Stunden am Tag zur Verfügung. Der Anbieter hat mehr Möglichkeiten bei der Produktpräsentation und Information als im Katalog.[1]

Es bestehen jedoch auch Nachteile und Risiken für den Verbraucher: Die Waren können nicht besichtigt und erprobt werden, die Gefahr unseriöser Anbieter ist eher gegeben als beim klassischen Einkauf im Verkaufslokal und vertragliche Rechte können schwierig gegenüber ausländischen Anbietern durchgesetzt werden. Darüber hinaus besteht die Gefahr von übereilten und unüberlegten Kaufentscheidungen der Konsumenten ohne die Ware gesehen zu haben und die Gefahr des „Verklickens".[2] Diese Gefahren bestehen in ähnlicher Form zwar bei allen Formen eines Kaufes außerhalb der Geschäftsräume, werden aber durch die technischen Möglichkeiten im Internet verstärkt. Die Bestellung kann sehr rasch erfolgen und in wenigen Sekunden kann der Verbraucher über sehr hohe Summen verfügen. Die Hemmschwelle für den Verbraucher, eine rechtlich relevante Willenserklärung bloß per Mausklick abzugeben, ist ungleich niedriger als bei sonstigen Arten der Willenserklärung.

Die spezielle Situation bei Verbrauchergeschäften über das Internet hat die Europäische Kommission dazu veranlasst aktiv zu werden. Seit 1992 arbeitet die Europäische Kommission an einer Richtlinie über den Verbraucherschutz im Fernabsatz. Nach zwei Entwürfen wurde von dem Rat ein Gemeinsamer Standpunkt bereits am 29. Juni 1995 festgelegt. Die Beschlussfassung über die endgültige Fassung erfolgte - unter Beachtung von 31 Änderungswünschen des Europäischen Parlaments - am 20. Mai 1997 als Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.[3] Gemäß Art 15 verpflichtet die Fernabsatzrichtlinie[4] die Mitgliedstaaten, die Richtlinie bis spätestens 3 Jahre nach deren Inkrafttreten in das nationale Recht umzusetzen.

Die Fernabsatzrichtlinie ist das wichtigste Regelungswerk auf europäischer Ebene über den Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr. Die Richtlinie kann als ausgewogener Kompromiss zwischen Verbraucherrechten

---

[1] Köhler, NJW 1998, 185.
[2] Arnold, CR 9/1997, 526, 531.
[3] Im Folgenden als Fernabsatzrichtlinie bezeichnet.
[4] Kurz FARL.

und den Bedürfnissen der Anbieter gewertet werden. Sie lässt die Ausnutzung der technischen Möglichkeiten im Electronic Commerce zu und behindert den elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Konsumenten via Internet nicht mit umständlichen Hürden. Im Wesentlichen beinhaltet die Richtlinie drei Schutzmechanismen für Verbrauchergeschäfte, die unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Art. 4 räumt den Konsumenten ein Informationsrecht ein, Art. 5 Abs. 1 sieht eine schriftliche Bestätigung bestimmter Informationen durch den Vertragspartner des Konsumenten vor und Art. 6 verordnet ein Widerrufsrecht des Verbrauchers.

2. Umsetzung

Zur Umsetzung der Richtlinie hat das Bundesministerium der Justiz zunächst einen Umsetzungsentwurf für das sog. Fernabsatzgesetz mit ausführlicher Begründung veröffentlicht. Aufgrund dessen wurde am 9. Juni 2000 das Fernabsatzgesetz verabschiedet. Das Gesetz, das ja nicht internetspezifisch konzipiert, sondern auf Telefongeschäfte und Teleshopping ausgerichtet war, trat zum 1. Juli 2001 in Kraft. Eine weitere Änderung ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgt. Hierdurch sind Vorschriften des Fernabsatzgesetzes in das BGB überführt worden (§§ 312 b bis d BGB), ohne dass sich inhaltliche Änderungen ergeben.[5]

In den §§ 312 bis 312 f BGB werden Haustürgeschäfte (§§ 312 und 312 a BGB), Fernabsatzverträge (§§ 312 b bis d BGB) und Verträge im E - Commerce (§ 312 e BGB) geregelt. Alle drei besonderen Vertriebsformen haben gemeinsam, dass sie inhaltlich auf die Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zurückgreifen und diese in das nationale Recht umsetzen. Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge sind Vertragsabschlussformen, bei denen auf der einen Seite ein Unternehmer i. S. d. § 14 BGB und auf der anderen Seite ein Verbraucher i. S. d. § 13 BGB beteiligt sind. Sie stimmen weiterhin darin überein, dass der Vertrag außerhalb des Geschäftsraums des Unternehmers angebahnt oder abgeschlossen wird. Weitere Parallelen bestehen darin, dass Haustür-, Fernabsatz- und E - Commerce - Geschäfte keine eigenständigen Vertragstypen (wie Kauf- oder Werkvertrag) darstellen und dass der Verbraucher wegen der Besonderheiten der Vertragsanbahnung und/oder der Art des Zustandekommens des Vertragsschlusses schutzbedürftig ist. Parallelen zwischen diesen drei Vertragsabschlussformen existieren auch in der Art und Weise des Verbraucherschutzes.

II. Widerruf und Verbraucherprivatrecht

1. Problematik

Die vom Gesetzgeber erkannte „Störung der Vertragsparität“[6] hat (im Wesentlichen) unterschiedliche Ursachen, die einzeln oder kumulativ bei

[5] Siehe dazu Micklitz, EuZW 2001, 133 ff.
[6] Hönn, JuS 1990, 953, 956.

Verträgen zwischen Verbrauchern und Anbietern zum Tragen kommen:

Mit steigendem Verbreitungsgrad des Internet verwenden immer mehr Nutzer elektronische Medien, mit deren Umgang sie wenig vertraut sind. Die steigende Zahl von Online-Auftritten und Informationsquellen im Internet führt zu einer größeren Unübersichtlichkeit. Auf der anderen Seite benötigt der Verbraucher, der seinen potentiellen Vertragspartner meist nicht kennt, zusätzliche Informationen wie beispielsweise über die Identität des Anbieters, über das Produkt, die Art und Weise des Vertragsabschlusses und dessen Abwicklung. Darüber hinaus reicht es heute nicht mehr aus, nur die formale Vertragsfreiheit der Parteien durch Gesetzgebung und Rechtsprechung sicherzustellen, vielmehr ist die Schaffung materieller Verbraucherstandards erforderlich, die ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit sicherstellen. Der Herstellung der materiellen Vertragsgerechtigkeit dienen insbesondere allgemeine und besondere Informationspflichten des Anbieters, die Einführung besonderer Sanktionsmechanismen zur Absicherung der Informations- und Aufklärungspflichten, die Schaffung eines allgemeinen Verbraucherwiderrufsrechts unabhängig von der Schutzbedürftigkeit im Einzelfall, Beweisregelungen und die Schaffung besonderer Verbrauchergerichtsstände.

2. Widerruf bei Fernabsatzverträgen

a) Anwendungsbereich nach § 312 b Abs. 1 BGB

Der Anwendungsbereich des § 312 b Abs. 1 BGB entspricht den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie. Schlüsselbegriff und zentrale Anwendungsvoraussetzung ist der Abschluss eines Fernabsatzvertrages. Das BGB definiert in § 312 b Abs. 1 Fernabsatzverträge als Verträge über die Lieferung von Waren oder das Erbringen von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsabschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.[7] Als Fernabsatzvereinbarung gilt also jeder Vertrag, für den das Anbieten, Aushandeln und das Abschließen mittels Fernkommunikationstechniken erfolgt. Der gelegentliche Online-Handel eröffnet danach nicht den Anwendungsbereich des § 312 b Abs. 1 BGB. Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages zwischen Unternehmer[8] und Verbraucher *ohne*

[7] Hierunter fällt auch die Online-Beratung eines Rechtsanwaltes als Teil einer Internet-Präsentation. Beim Anwaltsvertrag handelt es sich um einen Geschäftsversorgungsvertrag (BGH Urteil vom 25.02.1999, MDR 1999, 640), auf dessen Grundlage für den Mandanten Beratung und Vertretung als Dienstleistung i.S.v. § 675 BGB erbracht wird. Die Online-Beratung verfolgt den Zweck, ausschließlich über die genannten Fernkommunikationsmittel schnell, bequem sowie orts- und terminunabhängig dem Ratsuchenden eine Beratung zu erteilen. Die Online-Beratung des Rechtsanwalts hat sich deshalb an den Verbraucherschutzvorgaben des Gesetzes zu orientieren. Vgl. Horst, MDR 2000, 1295.

[8] Relevanter für die Beurteilung der Frage der Unternehmereigenschaft sind jedoch die Begriffe gewerbliche Tätigkeit und selbstständige berufliche Tätigkeit (§ 14 BGB). Entscheidend ist das

gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können (§ 312 b Abs. 2 BGB). Es erfasst daher neben den klassischen Fernabsatzgeschäften (z.B. Katalogbestellungen) und standardisierten Drucksachen mit und ohne Anschrift vor allem den gesamten Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs, insbesondere das Teleshopping, das Internet und andere Online-Medien, wie die telefonische Kommunikation mit einer Person oder einem Automaten (Voice-Mail-System), die bei Abschluss oder Anbahnung entsprechender Verträge eingesetzt werden. Werden andere Kommunikationstechniken genutzt, so liegt kein Fernabsatz mehr vor. Es handelt sich also bei diesen Kommunikationsmitteln um solche, die bezogen auf einen Vertragsabschluss zu einer individuellen Kommunikation zwischen zwei Personen führen. Dies bedeutet, dass auf beiden Seiten des Vertrages E-Mails und keine Computererklärungen zum Einsatz kommen. Wird aber ein Vertrag auf diese Weise geschlossen, dann sind die Informationspflichten des § 312 e BGB gem. § 312 e Abs. 2 S. 1 BGB nicht anzuwenden, da es sich um die vom Anwendungsbereich ausgeschlossene individuelle Kommunikation handelt. Aber auch die Pflichten aus § 312 c BGB sind nicht anwendbar, wenn kein Verbraucher am Vertrag beteiligt ist.[9] Der Vertrag muss unter ausschließlicher Verwendung der oben genannten Fernkommunikationsmittel abgeschlossen worden sein. Das ist der Fall, wenn sowohl für den Antrag (§ 145 BGB) wie auch für die Annahmeerklärung (§§ 146 ff. BGB) Mittel der Fernkommunikation eingesetzt worden sind. Ob die Parteien die gleichen oder unterschiedliche Kommunikationsmittel benutzen oder das Medium wechseln, ist unbeachtlich.

Weiter ist zu beachten, dass die individuelle Kommunikation über Fernkommunikationsmittel, wie E-Mail, nur dann von den Anforderungen des §

---

hiermit verbundene Erscheinungsbild nach außen. Eine weitere Voraussetzung ist die Gewinnerzielungsabsicht und Entgeltlichkeit, wobei diese Ansicht nicht ganz unumstritten ist. Letztlich sind Gründe, weshalb Anbieter, die nicht gewinnorientiert tätig werden, anderen Sorgfaltsanforderungen unterworfen werden sollen, als diejenigen, die versuchen, einen Gewinn zu realisieren ohnehin nicht nachvollziehbar. Daher wird diese Frage wahrscheinlich nach der sogenannten Verkehrsanschauung zu beurteilen sein, d.h., anhand des äußeren Erscheinungsbildes. Als ein weiteres Indiz für die Unternehmereigenschaft wird ein Auftreten am Markt, insbesondere bei Verbraucherrechtsgeschäften gesehen. Hierbei ist auch immer der Schutzbereich zu betrachten, der die Definition des Unternehmers gemäss § 14 BGB zur Folge hat. Bezogen auf Verkäufer bei eBay wird man überlegen müssen, ob die Definition der gewerblichen Tätigkeit dem Handeln des Verkäufers unterzuordnen ist. Wer somit über einen längeren Zeitraum regelmäßig eine größere Anzahl von Verkäufen tätigt, hat gute Chancen als Unternehmer eingruppiert zu werden. Dies gilt umso mehr, wenn bspw. immer wieder gleichartige Produkte oder regelmäßig neue Produkte angeboten werden. Von einer Gewinnerzielungsabsicht ist bei Internetauktionsportalen wie eBay ohnehin meistens auszugehen. Es verbleiben natürlich gewisse Unsicherheiten. Wer aus einer Haushaltsauflösung eine große Anzahl von Gegenständen verkauft, erfüllt die Voraussetzungen für die Unternehmereigenschaft oberflächlich gesehen, wobei man hier wohl nicht von einer selbständigen und wirtschaftlichen Tätigkeit ausgehen kann. Auf der anderen Seite wird es bei einigen Verkäuferbewertungen zum Teil problematisch sein, eine dauerhafte Tätigkeit nachzuweisen. Es verbleibt somit immer eine gewisse Unsicherheit, wenn keine eindeutigen Kriterien vorliegen, wann der Käufer besondere Verbraucherschutzrechte in Anspruch nehmen kann bzw. der Verkäufer verpflichtet ist, besonderen Vorschriften zur Informationserteilung bspw. bei Widerrufsrechten von Gewährleistungsmöglichkeiten nachzukommen.

[9] Siehe § 4. IV. 1.

312 c BGB erfasst wird, wenn diese im Rahmen eines solchen Systems zum Vertragsabschluss mit einer Vielzahl von Verbrauchern beisteuert.[10] Das nur gelegentliche Abschließen von Verträgen unter Anwendung von Fernkommunikationsmitteln, einschließlich eines individuellen E-Mail-Austausches, wird somit von dieser Vorschrift nicht erfasst.[11] Dabei muss der eine Vertragspartner Verbraucher i. S. d. § 13 BGB sein. Die andere Vertragspartei muss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems handeln (§ 312 b Abs. 1 BGB).

Nicht alle Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, die im Fernabsatz vorbereitet und abgeschlossen werden, sollen von der Regelung des § 312 b Abs. 1 BGB erfasst werden. Abs. 3 sieht einen langen Katalog von Ausnahmen vor.[12] Fraglich ist hier, ob die Herausnahme von Reiseverträgen im Sinne von § 651 a BGB aus dem Anwendungsbereich zweckmäßig ist. Art. 3 Abs. 3 der Fernabsatzrichtlinie sieht im Hinblick auf touristische Dienstleistungen zumindest die Geltung der §§ 8 ff. FARL[13] vor, während die Anwendung des Widerrufsrechts ausgeschlossen wird. Während der Verbraucher harmlos eine Online-Bestellung von Büchern ohne Angabe von Gründen widerrufen kann, ist der Verbraucher an die online abgeschlossene Buchung einer Reise ohne Chance auf Widerruf gebunden. Zwar kann der Reisende nach § 651 i Abs. 1 BGB jederzeit vor Reisebeginn vom Vertrag zurücktreten, der Rücktritt löst jedoch eine Entschädigungspflicht in „angemessener Höhe“ aus, die von den Veranstaltern regelmäßig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen pauschaliert wird. Die große Beliebtheit der Dienste einerseits und die verwirrende, unklare Menüführung des Internetauftritts der Reiseveranstalter oder ihrer Vermittler sowie die Unerfahrenheit mancher Nutzer anderseits werden in einer Vielzahl von Fällen zum ungewollten Abschluss eines Reisevertrags führen.[14] Dies ist besonders problematisch bei der Buchung von sog. „Last-Minute“ - Angeboten, bei denen ein Rücktritt nach § 651 i BGB wegen der hohen Entschädigungszahlungen faktisch vereitelt wird.[15] Bedenkt man schließlich, dass die Kosten einer Reise, die Kosten einer durchschnittlichen Online-Bestellung um ein Vielfaches übersteigen, so ist der Verbraucher bei dem

---

[10] Köhler/Arndt, III 5. b.

[11] Meub, DB 2002, 360.

[12] Es gibt allerdings überhaupt keinen Grund, gerade die Banken und Versicherungen verbraucher-schutzrechtlich freizustellen. Anderes gilt für das Online-Banking und weitere Finanzdienstleistungen. Verbraucher tätigen gerade im Bereich des Direct-Banking eine Fülle von Transaktionen, die auch wirtschaftlich einen sehr hohen Wert verkörpern. Es ist nicht einzusehen, warum der Verbraucher gerade hierbei schutzlos sein soll. Diese Lücke wurde daher zu Recht durch die Richtlinie zum Verbraucherschutz bei Finanzdienstleistungen geschlossen. Erstaunlicherweise übernimmt dieses Regelwerk die Strukturelemente der FARL. Infolgedessen gelten die Informationspflichten und Widerrufsrechte auch im Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft.

[13] Die u.a. eine Haftung bei Kreditkartenmissbrauch vorsehen (Art. 8) und die Zusendung unbestellter Waren und die Erbringung unbestellter Dienstleistungen sanktionieren (Art. 9).

[14] Die Willenserklärung ist in diesem Fall zwar nach § 119 Abs. 1 BGB anfechtbar, die Anfechtung löst jedoch die Vertrauenshaftung nach § 122 BGB aus.

[15] Siehe AGB für Reisen mit lastminute.com, abzurufen unter: http://www.de.lastminute.com/lmn/pso/catalog/Category.jhtml?CATID=98821&partnerId=1090.

Abschluss von Reiseverträgen im Fernabsatz nur unzureichend geschützt.[16] Die Lücke wird zumindest teilweise durch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen, die verbindliche Regeln über den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege statuiert und verlangt, dass dem Kunden angemessene technische Hilfsmittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung gestellt werden.

b) Widerruf nach § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 355 BGB

aa) Das Bestehen eines Widerrufsrechts

Das Kernstück der Richtlinie und zugleich eine wesentliche Erweiterung der Verbraucherrechte ist das Widerrufsrecht gemäß Art. 6. Ziel dieser Bestimmung ist die Korrektur von unüberlegten Bestellungen. Die Gefahr unüberlegter Vertragsabschlüsse ist im Fernabsatz besonders groß, da der Verbraucher die Ware nicht vor Augen hat und auch keine persönliche Beratung durch einen fachkundigen Verkäufer in Anspruch nehmen kann. Unabhängig davon, ob die Vertragsanbahnung vom Unternehmer oder vom Konsumenten ausgegangen ist, steht dem Konsumenten jedenfalls ein Rücktrittsrecht zu.

Das im Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie dem Verbraucher eingeräumte „Widerrufsrecht“ wurde durch § 312 d BGB umgesetzt. Die neue Vorschrift öffnet das BGB für Grundbegriffe des Verbraucherrechts und macht deutlich, dass nach der Konzeption des BGB Verbraucherrecht kein Sonderprivatrecht ist, sondern Teil des Allgemeinen Privatrechts. Der neu geschaffene § 312 d BGB soll die Widerrufsfristen, die Berechnungsregeln und die Rechtsfolgen der Verbraucherschutzgesetze weitgehend vereinheitlichen, um die Praxis zu entlasten.[17]

Die Regelung in § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB verweist hinsichtlich des Widerrufsrechts auf § 355 BGB. Es handelt sich dabei um eine Blankettnorm, die Wesen, Voraussetzungen und Folgen des Widerrufs bestimmt, aber nicht selbst anordnet. Diese Funktion übernehmen die verbraucherprivatrechtlichen Sondergesetze, die auf § 355 BGB verweisen. Die Norm des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB definiert das Widerrufsrecht. Sie ordnet an, dass ein Verbraucher, dem durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt ist, nicht mehr an seine auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung gebunden ist, wenn er sie fristgerecht widerrufen kann. Die Regelung in § 355 Abs. 1 S. 1 BGB bildet das Modell der schwebenden Wirksamkeit, wonach der Verbraucher nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden ist, wenn er sie wirksam widerruft. Bis dahin ist der Vertrag wirksam und begründet Erfüllungsansprüche. Die Struktur der schwebenden Wirksamkeit ist derjenigen einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB nachgebildet.

---

[16] Der Verbraucher wird bei solchen Verträgen zumindest teilweise durch die §§ 651 a ff. BGB und die InfoV geschützt.

[17] Die Norm schließt sowohl jene Fälle ein, bei denen der Vertragsabschluss durch E-Mail, als auch mittels Einschaltung von Abrufdiensten im Rahmen von Tele- und Mediendiensten und damit mittels Computererklärungen im Rahmen von § 312 e BGB vorgenommen wird.

Unklarheit besteht darin, was das Modell der schwebenden Wirksamkeit von einer Rücktrittslage unterscheidet. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass ein Rücktritt den Vertrag nicht beseitigt, sondern ihn mit neuem Inhalt, nämlich auf Rückabwicklung gerichtet, fortbestehen lässt, während durch den Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB die Bindung an den Vertrag endet. Sollte man die Abfassung wörtlich aufgreifen, so handelt es sich nicht um ein Widerrufsrecht hinsichtlich der Willenserklärung des Verbrauchers, sondern um eine Art Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht bzgl. des bereits geschlossenen und in der Regel bereits erfüllten Vertrags. Bis zum Widerruf der Erklärung ist der Verbraucher nach dem Wortlaut des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB an seine Erklärung gebunden. Der Widerruf führt zu einer Umwandlung des Vertragsverhältnisses zwischen Verbraucher und Unternehmer in ein Abwicklungs- und Rückgewährschuldverhältnis, das als lex specialis den §§ 812 ff. BGB vorgeht. Bezogen auf die vereinbarten Leistungspflichten begründet jeder unter Rücktrittsvorbehalt stehende Vertrag nur schwebende Wirksamkeit, wobei die Leistungspflichten durch Erklärung des Rücktritts erlöschen.[18] Im Ergebnis ist das Widerrufsrecht in den Rechtsfolgen seiner Ausübung einem Rücktrittsrecht kraft Gesetzes angenähert. Entsprechend erklärt § 357 Abs. 1 BGB ausdrücklich die Vorschriften über den Rücktritt nach §§ 346 ff. BGB für ergänzend anwendbar. Als Folge des Widerrufs ist der Verbraucher zur Rücksendung, der Unternehmer zur Rückerstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet. Im Ergebnis ist das Widerrufsrecht nach §§ 355 Abs. 1 S. 1 und 312 d BGB entgegen dem Wortlaut als ein Rücktrittsrecht zu beurteilen, oder anders ausgedrückt: Das Widerrufsrecht ist nichts anderes als ein in Folgen und Voraussetzungen besonders gestaltetes gesetzliches Rücktrittsrecht.[19]

Anstelle des Widerrufsrechts kann auch ein Rückgaberecht vertraglich vereinbart werden (§ 312 d Abs. 1 S. 2 BGB). Eine solche Vereinbarung ist im elektronischen Handel generell sinnvoll. Während bei dem Widerrufsrecht der Verbraucher den Vertrag widerrufen und die bestellte Ware erst einmal behalten könnte, ist bei dem Rückgaberecht die Ware sofort zurückzugeben (§ 356 BGB). Das Gesetz sieht im § 356 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 BGB hierfür besondere Voraussetzungen vor. Erforderlich ist hier die Einführung eines „Verkaufsprospektes“ als Medium für eine deutlich gestaltete Belehrung über das Rückgaberecht, dem Verbraucher das Rückgaberecht in der neuen Textform nach § 126 b BGB einzuräumen. Im Rahmen von Fernabsatzverträgen ist dabei von Bedeutung, dass ein Verkaufsprospekt auch online zur Verfügung gestellt werden kann.[20] Er stellt dabei, wie jener auf der Website, gewöhnlich eine invitatio ad offerendum dar.[21] Bezüglich der Belehrung über das Rückgaberecht in AGB kann auf die Ausführungen zum Widerrufsrecht verwiesen werden.

bb) Nichtbestehen und Ausschluss des Widerrufsrechts

§ 312 d Abs. 3 und 4 BGB definiert einen abgeschlossenen Katalog von

[18] Bülow/Artz, NJW 2000, 2052.
[19] Bülow/Artz, NJW 2000, 2052.
[20] Palandt/Heinrichs, § 356, Rn. 4.
[21] Palandt/Heinrichs, § 356, Rn. 5.

Sachverhalten, bei welchen das Widerrufsrecht entweder von vornherein ausgeschlossen ist (312 d Abs. 4 Nrn. 1, 3 bis 5 BGB) oder vorzeitig erlischt (§ 312 d Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 BGB). Ein derartiges, an keinerlei Fehlverhalten des Unternehmers geknüpftes Gestaltungsrecht des Verbrauchers wäre bei bestimmten Rechtsgeschäften evident unzumutbar.[22] Die Ausnahmetatbestände des § 312 d Abs. 3 und 4 BGB lassen sich in drei Kategorien ordnen:

- Unzumutbarkeit (oder Unmöglichkeit) der Leistungsabwicklung
- Unzumutbarkeit der Vertragslösung wegen eines besonderen Verfahrens der Preisermittlung
- Verhinderung einer Spekulationsmöglichkeit bei Geschäften mit aleatorischem Charakter

Es handelt sich hierbei um Fälle, bei denen kein berechtigtes Interesse des Verbrauchers an einem freien Widerrufsrecht anzuerkennen ist. Für die Behandlung der erstgenannten Fallgruppe hat der Gesetzgeber zwei unterschiedliche Regelungstechniken gewählt. Bei Waren, die § 312 d Abs. 4 Nrn. 1 und 3 BGB unterfallen, besteht ein Widerrufsrecht von vornherein nicht. Bei Dienstleistungen, sowie bei auf versiegelten Datenträgern enthaltenen digitalen Waren, steht dem Verbraucher zwar grundsätzlich ein Widerrufsrecht zu, dieses erlischt jedoch vorzeitig mit der Leistungserbringung (§ 312 d Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 2 BGB). Welche Sachgründe den Gesetzgeber bewogen haben, für bestimmte Leistungen die eine oder die andere Regelungstechnik einzusetzen, ist zum Teil unklar.[23] Zu kritisieren ist auch, dass dem Verbraucher vielfach keine Überprüfungsmöglichkeit der Leistung, sondern eine Überlegungsfrist eingeräumt wird. Dies ist stets der Fall, wenn das Gesetz ein Erlöschen des Widerrufsrechts zu dem Zeitpunkt vorsieht, in dem der Unternehmer seine Leistung erbringt oder der Verbraucher in den Genuss dieser Leistung gelangt (§ 312 d Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 BGB). Eine derartige Überlegungsfrist ist durch kein besonderes Schutzbedürfnis der im Fernabsatz agierenden Verbraucher geboten[24] und daher vom Normzweck der Fernabsatzbestimmungen nicht gedeckt. Es wäre sinnvoller gewesen, bei Unzumutbarkeit der Leistungsabwicklung das Widerrufsrecht ganz auszuschließen.[25]

Nach dem Einleitungssatz entfällt der Ausschluss des Widerrufsrechts, wenn die Parteien eine abweichende Regelung treffen oder falls nach einem anderen Gesetz ein Widerrufsrecht besteht. Während der erste Fall in der Praxis kaum je

---

[22] MüKo/Wendehorst, § 312 d Rn. 20.

[23] So erlischt das Widerrufsrecht bei der Lieferung versiegelter Datenträger mit dem Zeitpunkt der Entsiegelung. Da dem Verbraucher eine Prüfung der Ware in diesem Fall nicht möglich ist, wäre es konsequenter gewesen das Widerrufsrecht von vorneherein auszuschließen. Nach der gegenwärtigen Rechtslage besteht für einen unachtsamen Verbraucher das Risiko, dass er das Siegel in dem irrigen Glauben bricht, ihm stünde auch danach noch ein Widerrufsrecht zu. Bleibt das Siegel unverletzt, so werden im Fall des Widerrufs Transaktionskosten verursacht, die leicht hätten vermieden werden können, da eine Prüfung der Ware durch den Verbraucher von vornherein ausgeschlossen war.

[24] Henssler/v. Westphalen, § 357 Rn. 11 ff.

[25] Mankowski in Schulze/Schulte-Nölke, S. 368.

vorkommen dürfte, hat die zweite Einschränkung praktische Bedeutung. Bei Verträgen, die unter Nrn. 1, 3 oder 5 fallen, kann sich ein Widerrufsrecht aus dem Verbraucherkreditgesetz ergeben. § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB nimmt speziell auf Kundenbedürfnisse zugeschnittene oder schnell verderbliche Ware von dem Widerrufsrecht aus. Nach Kundenspezifikation gefertigte Ware oder eindeutig auf persönliche Bedürfnisse zugeschnittene Ware hat praktisch keinen Wiederverkaufswert. Die Regelung des § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB berücksichtigt die fehlende anderweitige Absetzbarkeit des Vertragsgegenstandes durch den Unternehmer.[26]

In der Praxis stellt sich aber die Frage, wann eine Anfertigung nach Kundenspezifikation tatsächlich vorliegt. Der BGH hat nun diese umstrittene Frage zugunsten der Verbraucher entschieden.[27] Nach Ansicht des BGH ist eine Anfertigung der Ware nach Kundenspezifikation nicht gegeben, wenn die zu liefernde Ware auf Bestellung des Verbrauchers aus vorgefertigten Standardbauteilen zusammengefügt wird, die mit verhältnismäßig geringem Aufwand wieder getrennt werden können. Das allgemeine Kostenrisiko hat der Unternehmer zu tragen. Auch wenn durch Rücksendung der Ware und die Trennung der einzelnen Bestandteile dem Unternehmer erhebliche Kosten drohen, so überwiegt das Schutzbedürfnis des Verbrauchers, für ihn nach Erhalt der Ware erkennbare Fehlentscheidungen rückgängig machen zu können. Eine Ausnahme soll nur in Fällen gelten, in denen dem Unternehmer eine Rücknahme nicht mehr zugemutet werden kann, weil die Ware nach den Anforderungen des Kunden hergestellt wurde und kaum anderweitig veräußerbar ist.

Unklar bleibt die Frage, wann eine Ware auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten ist, so dass es angemessen ist, sie vom Widerrufsrecht auszunehmen. Problematisch könnte dies bei Waren werden, die in verschiedenen Punkten (Ausstattung, Farbe, etc.) auf Kundenwunsch geliefert wurden, bei denen aber dennoch eine Rücksendung dem Unternehmer etwa im Massenversandhandel nicht über Gebühr belasten würde. In Nr. 2 wird eindeutig vom Verbraucher entsiegelte Software vom Widerrufsrecht ausgeschlossen.[28] Unter diese Regelung fallen nur physische Versiegelungen etwa einer CD-ROM.[29] Werden Software und andere Multimedia-Anwendungen hingegen online zur Verfügung gestellt, besteht keine vergleichbare Möglichkeit, dem

---

[26] Lorenz, JuS 2000, 833, 839.

[27] BGH Urteil vom 19.03.2003 - VIII ZR 295/01, NJW 2003, 2306, abzurufen unter: http://www.datamare.de/ecommerce32.htm.

[28] Der Gesetzgeber hält fest, dass der Schutz des Software-Herstellers gegen illegale Nutzung seiner Ware letztlich in allen Fällen über eine Verbesserung bei der Durchsetzung von bestehenden Schutzrechtsregelungen erfolgen sollte und nicht über Umwege mittels der Regelungen beim Fernabsatz, Waldenberger, Fernabsatzrichtlinie, S. 106.

[29] Will man die Norm auch auf die Übertragung von Software auf eine bereits eingebaute Festplatte anwenden, legt es der Sinn und Zweck der Vorschrift nahe, nur solche Handlungen des Verbrauchers als „Entsiegelung“ anzusehen, die eine erkennbar zum Schutze des Urheberrechts geschaffenen Sperre durchbrechen. Dies ist nach Auffassung des LG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2002 - 2/1 S 20/02, bei der Eingabe eines BIOS-Passwortes nicht der Fall, da deren Zweck allein die Verhinderung von unbefugten Änderungen der BIOS-Einstellungen ist, Hoeren, Rechtsfragen im Internet, S. 279.

Verbraucher eine Rückgabemöglichkeit bis zur Entsiegelung gesetzlich einzuräumen, ohne das berechtigte Interesse des Unternehmers zu verletzen, eine unberechtigte Nutzung der Software oder vergleichbarer Werke zu verhindern. Deshalb besteht bei diesen Werken ein Widerrufsrecht grundsätzlich nicht, da es sich entweder um eine Dienstsleistung handelt, bei der das Widerrufsrecht mit Übermittlung nach § 312 d Abs. 3 BGB entfällt, weil die Online-Übermittlung auf Veranlassung des Verbrauchers erfolgt ist, oder um eine Ware, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet ist und folglich das Widerrufsrecht nach Übermittlung gem. § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB entfällt. Nach Nr. 3 sollen Lieferungen von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten nicht unter das Widerrufsrecht fallen, da sich der Verbraucher ansonsten die wirtschaftliche Substanz dieser Druckerzeugnisse[30] während der Widerrufszeit vollständig zuführen könnte.[31] Natürlich wäre es sinnlos, könnte jemand über das Internet Zeitschriften bestellen und nach wenigen Tagen gegen Erstattung des Kaufpreises zurücksenden.[32] In Nr. 4 werden die Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen vom Widerrufsrecht ausgenommen. Dies ist gerechtfertigt, da ansonsten der Unternehmer das Spekulationsrisiko des Verbrauchers tragen würde.[33] Entscheidend ist grundsätzlich, ob dem Geschäft ein spekulatives Element innewohnt.[34] Das Widerrufsrecht ist in diesem Fall bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unangebracht, da der Geschäftserfolg einerseits von einer Ungewissheit abhängig ist und die Entscheidung des Verbrauchers andererseits von einer Vielzahl äußerer Faktoren abhängen kann (Summe der Mitspieler, Höhe des erzielbaren Gewinns etc.). Nach § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB besteht das Widerrufsrecht mangels anderer Vereinbarungen und unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen nicht bei Fernabsatzverträgen, die in der Form von Versteigerungen (§ 156 BGB) geschlossen werden.[35] Der Ausschlusstatbestand erfasst nur Versteigerungen im Rechtssinne, d. h. Verträge, die durch Gebot eines Teilnehmers und den Zuschlag des Versteigerers zustande kommen.[36] Ob ein Widerrufsrecht vorliegt

[30] Online-Zeitschriften fallen nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 312 d Abs. 4 Nr. 3 BGB, sondern unter § 312 d Abs. 3, ebenso Schmitt, CR 2001, 838 (845).

[31] MüKo/Wendehorst, § 312 d Rn. 40.

[32] Gegen dieser Ausnahmeregelung werden von Hoeren Bedenken vorgetragen, weil er der Ansicht ist, dass diese Ausnahme den Kreis der schützenswerten Produkte eindeutig zu eng fasst, Hoeren- Internetrecht, S. 264.

[33] Lorenz, JuS 2000, 833, 839.

[34] MüKo/Wendehorst, § 312 d Rn. 42.

[35] Grund sollte die mit der Qualifizierung verbundene Ungewissheit des Verbrauchers sein, ob er nun an einer Versteigerung oder an einem Verkauf gegen Höchstgebot teilnimmt (BT-Drucks 14/3195, S. 30). Bereits auf den ersten Blick wirft diese Argumentation Zweifel auf, wenn man bedenkt, dass eine Versteigerung und der Verkauf gegen Höchstgebot nicht alternativ zueinander stehen. Zudem führt die Pflicht des Unternehmers, bei Versteigerungen dem Verbraucher notwendige Informationen zu übermitteln, nur zu einer Problemverlagerung. Der Verbraucher wird sich auch nach Erhalt der Belehrung die Frage stellen, ob er an einer Versteigerung im rechtlichen Sinne teilnimmt. Dass der Unternehmer im Rahmen seiner Informationspflicht nicht auf ein mögliches Widerrufsrecht hinweist kann im Umkehrschluss nicht automatisch die Einschlägigkeit des § 156 BGB begründen, was eine Widerrufsbelehrung im Ergebnis entbehrlich machen würde.

[36] Bei Versteigerungen i. S. v. § 156 BGB ist das Gebot der Vertragsantrag des Bieters, der Zuschlag die Annahmeerklärung des Versteigerers (BGH Urteil vom 24.04.1998, BGHZ 138, 339). Der Bieter hat daher, soweit § 156 BGB anwendbar ist, keinen Anspruch auf den

hängt demnach davon ab, ob der Einlieferer bzw. Verkäufer durch den Zuschlag des Versteigerers gebunden wird, mithin ein verbindlicher Vertrag zustande kommt.

Die Darlegungs- und Beweislast für einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 d Abs. 4 BGB liegt bei dem Unternehmer, der sich auf den Ausnahmetatbestand beruft.[37]

3. Widerrufsfristen

Nach § 355 Abs. 2 BGB beginnt die Widerrufsfrist grundsätzlich zu dem Zeitpunkt, in dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform mitgeteilt worden ist.[38] Alleine von § 355 BGB und nicht von den weiteren Anforderungen in den §§ 312 b ff. BGB erfasst werden Verbraucherverträge, die nicht in die Kategorie der Fernabsatzverträge[39] fallen. Es sind dies zum einem die Fälle, bei denen beide Parteien körperlich beim Vertragsabschluss anwesend sind. Die andere Kategorie umfasst Verträge, die zwar auf Angebots- und Annahmeseite elektronisch abgewickelt werden, bei denen dies aber nicht im Sinne von § 312 b Abs. 1 BGB im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt: auch diese werden bezogen auf das Widerrufsrecht alleine über § 355 BGB abgewickelt.

Ein mittelbarer Zwang zu einer umfassenderen Belehrung bereits vor dem Vertragsschluss könnte sich allerdings aus der für alle verbraucherschützenden Widerrufsrechte geltenden Regelung des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB ergeben, welche primär im Hinblick auf Haustürgeschäfte erlassen wurde.[40] Gemäß § 355 Abs. 2 S. 2 BGB soll sich die reguläre Widerrufsfrist von zwei Wochen auf einen Monat verlängern, wenn der Unternehmer den Verbraucher erst nach Vertragsabschluss über das Widerrufsrecht in Form des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB belehrt. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB stellt zum einen höhere inhaltliche Anforderung an die Widerrufsbelehrung, zum anderen muss die Belehrung nach dieser

---

Zuschlag, Palandt/Heinrichs, § 156 Rn. 1. Das Gebot erlischt mit dem Überangebot oder dem Ende der Versteigerung. Auf die Wirksamkeit des Überangebots kommt es nicht an, MüKo/Mayer/Maly/Busche, § 156 Rn. 4.

[37] BGH Urteil vom 19.03.2003 - VIII ZR 295/01, NJW 2003, 2306, abzurufen unter: http://www.datamare.de/ecommerce32.htm.

[38] Das Bereitstellen von Informationen über das Widerrufs- und Rückgaberecht nach Fernabsatzgesetz ist nicht ausreichend, wenn diese Informationen lediglich im Internet bereit gehalten werden, Landgericht Kleve Urteil vom 22.11.2002 Az. 5 S 90/02, MMR 2003, S. 424 f. Es reicht somit nicht aus, die Information lediglich im Internet bereit zu halten oder die Möglichkeit einer Bestellung nur mit einem Anklicken einer Bestätigung der AGB freizumachen, da dem Verbraucher dann gerade nicht diese Informationen in Textform zur Verfügung gestellt worden sind.

[39] Unter die Definition der Fernabsatzverträge fallen Verträge, die mit Fernkommunikationsmitteln ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit von Unternehmer und Verbraucher geschlossen werden können.

[40] Auf das Urteil des EuGH in der Sache *Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG* wird in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses hinsichtlich der Änderung des § 355 BGB mehrfach verwiesen, vgl. BT-Drucks 14/9266, S. 44 ff.

Regelung in Textform erfolgen. Für die Textform des Widerrufs ist erforderlich aber auch ausreichend, wenn aus den Äußerungen des Verbrauchers erkennbar wird, dass er den Vertrag nicht mehr gegen sich gelten lassen will;[41] den Begriff „Widerruf“ muss der Verbraucher nicht verwenden. Eine mündliche Erklärung ist nicht ausreichend, ein Widerruf in Schriftform i.S.v. § 126 BGB natürlich zulässig, da das höhere Formerfordernis dem niedrigeren gerecht werden kann.[42] Wegen der insoweit bei dem Verbraucher liegenden Beweislast über die Ausübung sollte bei einem schriftlichen Widerruf im Zweifel ein Einschreiben mit Rückschein gewählt werden.[43]

In Bezug auf den Vertragsabschluss wurde in dieser Arbeit mehrfach zwischen der Verwendung von Abrufdiensten im Rahmen von Tele- und Mediendiensten und anderen Fernkommunikationsmitteln unter Einschluss der E-Mail unterschieden. Diese Unterscheidung gilt auch hinsichtlich des Fristbeginns für das Widerrufsrecht. So beginnt die Widerrufsfrist nach § 312 d Abs. 2 BGB in Abweichung von § 355 Abs. 2 S. 1 BGB bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag ihres Eingangs bei dem Empfänger, bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor dem Eingang der ersten Teillieferung und bei Dienstleistungen nicht vor dem Tag des Vertragsabschlusses. Bei Warenbestellungen muss der Unternehmer also mit einem Widerruf innerhalb von 2 Wochen nach Eingang der Ware rechnen, bei Dienstleistungen innerhalb von 2 Wochen beginnend mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Dabei bleibt die Frage, ob diese von § 355 Abs. 2 S. 1 BGB abweichende Norm bedeutet, dass es sich um ersetzende Kriterien für den Beginn der Frist handelt oder ob es sich um kumulative Kriterien handelt. Nach der von dem deutschen Gesetzgeber getroffenen Schlussforderung über die alternative Geltung von § 355 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 3 der InformationsVO in Bezug auf die Widerrufsbelehrung handelt es sich hier insoweit um ersetzende Kriterien.

Erforderlich für den Lauf der regelmäßigen Widerrufsfrist ist außerdem die Einhaltung weitreichender Informationspflichten nach § 312 e Abs. 1 BGB. Die Informationspflichten aus § 312 e Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 BGB sind dabei zusätzlich zu jenen aus § 312 c BGB zu erfüllen, um die Widerrufsfrist beginnen zu lassen.[44] Da ein Widerrufsrecht nur einem Verbraucher zusteht und Abrufgeschäfte im Fernabsatz nach § 312 e BGB bei Beteiligung eines Verbrauchers zwingend auch von §§ 312 c und d BGB erfasst werden, gelten hier die obigen Ausführungen zu § 312 d Abs. 2 S. 1 BGB ergänzend auch in diesem Fall unmittelbar.

Neu ist auch die Vereinheitlichung der Beweislastverteilung für den Fristbeginn. Da der Widerruf eine rechtsvernichtende Einwendung begründet, würde der Verbraucher hierfür die Beweislast tragen. Nach § 355 Abs. 2 S. 4 BGB trifft sie den Unternehmer, womit eine Option aus Art. 11 Abs. 3 lit. A FARL erfüllt wird.

---

[41] BGH Urteil vom 25.04.1996 X ZR 139/94 – LM AbzG § 1 b Nr. 32 (9/1996), MDR 96, 892.
[42] In diesem Sinne auch der Rechtsausschuss in BT-Drucks 14/7052, S. 194.
[43] MüKo/Ulmer, § 355 Rn. 40.
[44] BT-Drucks 14/6040, S. 173.

Für die Fristwahrung genügt die rechtzeitige Erklärung des Widerrufs. Sie kann durch die Rücksendung der Sache oder durch Erklärung in Textform erfolgen (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB). Eine E-Mail ist daher ausreichend, wobei die Beweisbarkeit der Absendung beachtet werden muss.

4. Informationspflichten

Voraussetzung für den Lauf der regelmäßigen Widerrufsfrist ist die Einhaltung bestimmter Informationspflichten. Das Informationsmodell ist wesentliches Element der Richtlinie. Die ECRL stellen einheitlich darauf ab, dass der Verbraucher vor bzw. bei Vertragsabschluss und während des Laufens des Vertrages bestimmte Informationen erhält. Art. 5 der Richtlinie sieht eine allgemeine Informationspflicht unabhängig vom Verbraucherstatus des Nutzers vor. Dieser wird in Art. 6 auf das gewerbliche Angebot ausgeweitet, ohne dass es dabei auf die Zielrichtung Verbraucher ankommt.

Die Informationspflichten sind im deutschen Recht durch eine Rechtsverordnung zusammengefasst, die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nach Maßgabe von Art. 240 EGBGB erlassen worden ist (siehe § 312 c Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die entsprechende Informationsverordnung ist zum 15. Januar 2002 in Kraft getreten.[45] Zum 1. September 2002 ist die Zweite Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichtenverordnung in Kraft getreten[46], die einen neuen Abschnitt zur Belehrung über das Widerrufs- und Rückgaberecht in die Informationsverordnung einfügt. Die damit neu eingeführte Musterwiderrufsbelehrung wird jedoch vielfach in der Literatur als unzureichend kritisiert, da sie die disparaten Regelungen des Fernabsatz- und Verbraucherkreditrechts unzulässigerweise miteinander vermenge.[47]

a) Vorvertragliche Informationspflichten

Nach § 312 c Abs. 1 und 2 BGB hat der Unternehmer umfassende Impressums- und Informationspflichten zu erfüllen. Er muss seinen Fernabsatzvertrag mit dem Verbraucher so gestalten, dass für letzteren der geschäftliche Zweck und die Identität des Unternehmers erkennbar sind. Wie aber die ordnungsgemäße vorvertragliche Information zu erfolgen hat, wird vom Gesetz nicht näher geregelt. § 312 c Abs. 1 BGB stellt insoweit lediglich klar, dass die Informationen in einer „dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ erfolgen müssen. Hier wird zum Teil die Meinung vertreten, dass die Konzeption der Hinweise als Hyperlink[48] nicht den gesetzlichen Anforderung des § 312 c Abs. 1 BGB genüge, denn dieser besagt, dass der Unternehmer den Verbraucher „informieren“ muss. Ein bloßer Link sei

---

[45] Die mit Art. 7 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eingeführte BGB-Informationspflichten- VO ist am 8. Januar 2002 als Verordnung vom 2. Januar 2002 im BGBl. I 2002, S. 342 verkündet worden.

[46] BGBl. I, 2958.

[47] So etwa Masuch, NJW 2002, 2932.

[48] Textverweis in einem Internetdokument, der zu einer anderen Website bzw. einem anderen Text auf der gleichen Website führt.

deshalb keine Information. Hyperlinks seien vielmehr die Vorstufe der Information, d. h. sie bieten lediglich die Möglichkeit, die relevanten Informationen zur Kenntnis zu nehmen. Sinn und Zweck des § 312 c Abs. 1 BGB sei aber eine explizite Aufklärungsverpflichtung und nicht die bloße Bereitstellung der Informationen mit der vom Verbraucher wahrzunehmenden Obliegenheit, diese zu lesen. Fingiert, eine derartige Verpflichtung bestünde, wäre der Anbieter in der Konsequenz verpflichtet, zwingend eine sog. „Tunnelseite" mit den nach § 312 c Abs. 1 BGB erforderlichen Hinweisen vor die Bestellung zu schalten, durch die der Verbraucher durch die Ablauforganisation der Vorgänge und Geschäftsprozesse durch das Programm geleitet wird.[49]

In dieser Richtung hat auch die Rechtsprechung entschieden:[50] Der Unternehmer komme bei Fernabsatzverträgen seinen vorvertraglichen Informationspflichten nur nach, wenn der Nutzer die erforderlichen Informationen zwingend aufrufen muss, bevor er den Vertrag schließt. Die nach § 312 c Abs. 1 BGB erforderlichen Angaben könnten ihre verbraucherschützende Wirkung nur erfüllen, wenn der Verbraucher in der Praxis gezwungen sei, diese aufzurufen, bevor er den Vertrag schließt. Die bloße Möglichkeit, die Information über einen entsprechenden Hyperlink abzurufen, reiche für eine klare und verständliche, dem Internet entsprechende Information nicht aus.

Diese Ansicht ist m. E. abzulehnen. Denn darauf, ob der Verbraucher die dargebotenen Information tatsächlich liest, hat der Anbieter bei der zwingenden Vorschaltung einer Informationsseite keinen Einfluss. Der Unternehmer hat jedoch nach der Regelung des § 312 c Abs. 1 BGB gerade nicht dafür einzustehen, dass der Kunde die Information zur Kenntnis nimmt. Ein solches Verfahren widerspricht zudem dem Zweck des Gesetzgebers, den elektronischen Geschäftsverkehr zu fördern. Wer geringwertige Güter über das Internet erwerben möchte, will nicht zuvor einen mehrseitigen Text lesen müssen. Nach der Regelung des § 312 c Abs. 1 BGB soll der Verbraucher vielmehr in die Lage versetzt werden, die genannten Informationen unkompliziert zu erhalten, sofern er dies ausdrücklich wünscht. Dem Erfordernis ist daher genüge getan, wenn der Kunde deutlich auf die bereitgehaltene Information hingewiesen wird. Diese Ansicht wird weiter gestützt durch Art. 4 der FARL, deren Umsetzung § 312 c Abs. 1 BGB dient. Danach muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen lediglich „zur Verfügung stellen". Die Bezugnahme auf das eingesetzte Kommunikationsmittel in der Regelung des § 312 c Abs. 1 BGB eröffnet deshalb nach der hier vertretenen Ansicht den Raum, dass sich der Anbieter zur Erfüllung der Informationspflichten auch der gängigen und internet-typischen Methode der Verlinkung bedienen kann. Sichergestellt werden soll, dass der Verbraucher die Informationen zur Kenntnis nehmen und eine

---

[49] Ende/Klein, Vertriebsrecht im Internet, S. 157 mit Verweis auf Gärtner/Gierschmann, DB 2000, 1602, die vorschlagen eine obligatorisch zu lesende und zu bestätigende Informationsseite einzurichten.

[50] Beschluss des OLG Frankfurt vom 17. April 2001 - 6 W 37/01, CR 2001, S. 781 m. Anm. Vehslage = JurPCWeb.- Dok. 135/2001 <http://www.jurpc.de/rechtspr/20010135.htm>(Stand: 7.12.2001).

informierte Entscheidung treffen kann.

Das Argument, eine Zwangsführung diene dem Interesse der Verbraucher und Unternehmer, ist abzulehnen.[51] Die Frage ist nämlich nicht, welche Forderungen an eine optimale Gestaltung der Benutzerführung zu stellen sind, sondern welchen Zweck der Gesetzgeber verfolgt. Hierbei ist die entsprechende nationale Bestimmung im Lichte der europäischen Fernabsatzrichtlinie auszulegen. Mag es auch - aus Gründen der Beweissicherung - zweckmäßig sein, dem Verbraucher die Information vor Augen zu führen und per Mausklick die Kenntnisnahme der Information bestätigen zu lassen. Materiell-rechtlich ist dies jedoch nicht erforderlich. Die Zwangsführung des Nutzers leistet, wie aufgezeigt, mehr als notwendig. Sie geht über die Minimalanforderung hinaus, nach der ein hinreichend gekennzeichneter und inhaltlich beschriebener Link genügt. Das Optimum ist gerade nicht zwingend verlangt, sondern nur eine Minimalbelehrung.[52]

Im Ergebnis: Die Pflichtinformationen nach § 312 c Abs. 1 BGB müssen weder auf der Website selbst stehen, noch muss der Nutzer vor der Abgabe seiner auf den Vertragsabschluss gerichteten Erklärung diese zwangsweise abrufen. Ein entsprechend gekennzeichneter und optisch hervorgehobener Hyperlink ist ausreichend.

Die vorvertragliche Information des Nutzers selbst darf nach dem Sinn des § 312 c Abs. 1 und 2 BGB zwar nicht mit dem Vertragsabschluss zusammenfallen, sie kann jedoch, je nach Umständen des Einzelfalls, auch erst unmittelbar vor Vertragsabschluss erfolgen, wenn dies im Hinblick auf den Umfang und die Bedeutung der Informationen für den Verbraucher angemessen ist. Es ist daher in der Regel als eine rechtzeitige und ausreichende Information anzusehen, wenn die Informationen etwa auf der Website im Internet enthalten sind, aufgrund derer sich der Verbraucher zur Bestellung entschließt und er auf diese Informationen vor dem Vertragsabschluss hingewiesen wurde.

Den Anforderungen an die Transparenz, d. h. der Klarheit und Verständlichkeit, müssen die Informationen in einer dem Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise genügen (§ 312 c Abs. 1 Nr. 1 BGB). Grundsätzlich ist m. E. davon auszugehen, dass die Anforderungen an das Transparenzgebot denjenigen an die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme i.S.v. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB entsprechen. Denn auch dieser Maßstab wird in Abhängigkeit von der jeweiligen Abschlusssituation bestimmt.

b) Nachvertragliche Informationspflichten

Die genannten Informationen hat der Unternehmer gem. § 312 c Abs. 2 BGB dem Verbraucher alsbald nach dem Vertragsabschluss, spätestens jedoch bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung an

[51] Mankowski, CR 2001, 771, der jedoch der Ansicht ist, die Zwangführung gehe über die gesetzlichen Minimalanforderungen hinaus.
[52] Mankowski, CR 2001, 772.

den Verbraucher „in Textform“ zur Verfügung zu stellen. Hat der Unternehmer dies nicht schon vor dem Vertragsabschluss so organisiert, dass die Informationen in Textform mitgeteilt wurden, so muss er dies dann hier nochmals in Textform nachholen. Die Regelung geht damit von einem Modell der gestuften Präzisierung der vom Anbieter zu leistenden Information aus. Zur Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten reichen danach weniger präzise Angaben als nach dem Vertragsabschluss. Das ist einleuchtend z. B. für die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten. Möglicherweise wird damit auch Schwierigkeiten begegnet, die sich aus der Überfrachtung des Verbrauchers mit Informationen ergeben, die erst nach dem Vertragsabschluss für ihn interessant sind. Die Verlagerung (und Begrenzung der Informationen) auf den Zeitpunkt nach dem Vertragsabschluss ist aber in einer mehrfachen Hinsicht problematisch:

- Dem Unternehmer entstehen keine Nachteile, wenn er die Informationen bis zur Auslieferung der Ware zurückstellt.

- Die Rechtslage für den Zeitraum vor dem Vertragsabschluss wird dadurch nicht übersichtlicher. De lege lata enthalten bereits § 6 TDG und § 6 Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) Vorschriften zur Anbieterkennzeichnung, die sich vom sachlichen Anwendungsbereich mit § 312 c BGB überschneiden. Weitergehende Angaben sieht Art. 5 Abs. 1 der ECRL vor, der einen Mindestkatalog an Transparenzpflichten enthält. Dass diese Pflichten auch für den Fernabsatz gelten, ergibt sich aus § 312 c Abs. 4 BGB, wonach weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften unberührt bleiben. Dies spricht m. E. dafür, die Informationspflichten vor dem Vertragsabschluss in denjenigen Medien, in denen dies keine Probleme mit sich bringt, wie z. B. dem Internet, mit den Pflichten nach § 6 TDG und MDStV zu harmonisieren, wobei die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift klarstellend ausdrücklich aufgenommen werden sollte.

Die Forderung nach der Textform ersetzt dabei die bisher im FernAbsG enthaltene Forderung nach einem „dauerhaften Datenträger“.[53] Der neue Begriff verweist wiederum auf § 126 b BGB; er wiederholt aber den Begriff der Dauerhaftigkeit und führt daher zu der schwierigen und schon nach altem Recht problematischen Frage, wann ein Datenträger dauerhaft ist:

Nach § 126 b BGB muss eine Willenserklärung in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden. Entscheidend ist, dass die Datei dem Zugriff des anbietenden Unternehmers entzogen ist.[54] Probleme entstehen bei Übersendung der Erklärung als Teil einer E-Mail. Hier muss festgestellt werden, ob der Kunde die E-Mail wirklich erhalten und auf seinem Computer abgespeichert hat. Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn der

[53] Eingefügt in das BGB durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001, BGBl. I, 1542.
[54] Lorenz, NJW 2001, 2230,2231.

Verbraucher behauptet, eine entsprechende E-Mail nie erhalten zu haben. In diesem Fall wäre es denkbar gleichzeitig mit der E-Mail eine elektronische Empfangsbestätigung zu generieren. Aber auch die entsprechende Empfangsbestätigung kann absichtlich oder versehentlich vom Verbraucher gelöscht werden, so dass die Bestätigung ihrerseits nie den Server des Lieferanten erreicht. Noch schwieriger scheint die Situation bei der Unterrichtung über die Homepage. Hinzu kommt, dass es auf der Homepage an einer Übertragung der Informationen an den Verbraucher fehlt, so dass dieser die Informationen nicht i. S. v. Art. 5 Abs. 1 der FARL „erhalten" hat. Hier werden für den elektronischen Handel erhebliche Hindernisse durch die Umsetzung europäischer Verbraucherschutzvorgaben aufgebaut. Erstaunlicherweise gehen auch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der ECRL unkritisch vom Text aus und lassen konstruktive Vorschläge zur Lösung des Problems des dauerhaften Datenträgers vermissen. Die Regelung des Art. 5 S. 2 der Richtlinie stellt ausdrücklich auf die Schriftform ab und wird insofern erhebliche Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung der ECRL bereiten.

Die Informationen müssen dem Verbraucher in Textform mitgeteilt werden. Mittels welchem Medium die Informationen übermittelt werden, ist nicht näher bestimmt. Den Anforderungen des § 312 c Abs. 2 BGB ist genüge getan, wenn sichergestellt ist, dass die Informationen dem Verbraucher in einer Textform zugehen, die ihm eine inhaltlich unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt. Als Medium kommen auch elektronische Medien, wie z. B. Disketten oder CD-ROM in Betracht:[55] Dabei sind die subjektiven Verhältnisse des Nutzers unter Berücksichtigung des für die Bestellung benutzten Mediums zu beachten. Es reicht beispielsweise nicht aus, wenn der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen elektronisch in Dateiformat übermittelt, die er nicht „lesen" kann.[56] In der Regel verfügt der Nutzer jedoch über die Möglichkeit einen solchen Datenträger zu lesen. Diese können dem Verbraucher zwar grundsätzlich bei Lieferung körperlich übergeben werden, was beim Fernabsatz über das Internet aber kaum sinnvoll ist. Überdies wäre die Diskette oder CD-ROM in diesem Fall ein schlichtes Substitut zur schriftlichen Bestätigung der Informationen. Ziel ist es, dem Verbraucher einerseits die Möglichkeit zu verschaffen, sich über den Inhalt des geschlossenen Vertrages ausreichend zu informieren, anderseits will sich die Regelung aber nicht dem technischen Fortschritt versperren. Der Unternehmer soll bei dem Vertrieb im Rahmen des Fernabsatzes dem Verbraucher zweckmäßigerweise die notwendigen Informationen auch per E-Mail oder in einer ähnlichen Weise per Datenfernübertragung zusenden können, wenn sichergestellt ist, dass diese dem Verbraucher in Textform zugehen. Bei E-Mails ist dies beispielsweise dann gewährleistet, wenn diese auf einem Server beim Online-Provider des Verbrauchers abrufbar sind und der Verbraucher die E-Mail-Adresse dem Empfang rechtsgeschäftlicher Erklärungen gewidmet hat. Darauf, dass die Informationen von dem Verbraucher tatsächlich abgerufen und zur Kenntnis genommen werden, kommt es, wie im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigt wurde,

[55] Borges, S. 606.
[56] Borges, S. 606.

nicht an.

Die Übermittlung der Information als solche wird in § 312 c Abs. 2 BGB nicht geregelt. Es kommt entscheidend darauf an, dass die Informationen den Verbraucher mittels der gewählten Übermittlungsform auch tatsächlich erreichen können; der Zeitpunkt des Zugangs richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Dies gilt auch für das Informationsangebot im Internet. Allein das Bereithalten der Informationen auf dem Server des Unternehmers reicht nicht aus, um von einer zur Verfügung stehenden Textform zu sprechen. Die Informationen ins Internet zu stellen und den Verbraucher aufzufordern, den Text herunterzuladen oder auszudrucken, ist für Unternehmen kein geeigneter Weg. Allein durch das Bereithalten, etwa auf der Website des Unternehmers, ist weder ausreichend sichergestellt, dass sich der Verbraucher die Informationen „herunterlädt", d. h., dass die genannten Informationen dem Verbraucher auch tatsächlich zur Verfügung stehen, noch dass die Informationen nach dem Vertragsabschluss weiterhin und inhaltlich unverändert zur Verfügung stehen. Von einem entsprechenden Zugang kann erst geredet werden, wenn sich der Verbraucher die Informationen im Einzelfall tatsächlich auf seine Festplatte heruntergeladen oder ausgedruckt hat. Die automatisch generierte Speicherung auf Veranlassung des Anbieters genügt den Anforderungen des § 312 c Abs. 2 BGB. Für den Unternehmer ist es wichtig, dass er den Vorgang des Zugangs, der nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu beurteilen ist, dokumentiert. Er trägt im Streitfall die Beweislast dafür, dass dem Verbraucher die Informationen in Textform zugegangen sind. Die Wahl der hierfür geeigneten Mittel hat der Gesetzgeber dem Unternehmer überlassen.

Im Ergebnis: Der Verbraucher soll nach dem Vertragsabschluss im Fernabsatz dauerhaft in die Lage versetzt werden, den Inhalt der vertraglichen Regelung zu prüfen, um von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen zu können. Das bedeutet, die Informationen müssen in den Machtbereich des Verbrauchers gelangen.[57] Dies ist, wie im Rahmen der Arbeit untersucht wurde, der Fall, wenn die bestätigende E-Mail von dem Verbraucher nach ihrem Eingang in der Mailbox bei dem Provider abgerufen werden kann, nicht aber, wenn die erforderlichen Informationen auf der Website des Unternehmers zum Abruf bereitgehalten werden. Folgerichtig unterscheidet § 312 c BGB zwischen Informationspflichten vor Abschluss des Vertrages (Abs. 1) und solchen nach Abschluss des Vertrages (Abs. 2). Ließe man die bloße Möglichkeit des Herunterladens zu, ohne dass gleichzeitig der Zugang der Informationen bei dem Verbraucher sichergestellt ist, würde die Unterscheidung von Abs. 1 und 2 sinnlos.

[57] Der Abruf und das Herunterladen der Informationen aus dem Internet kann ausnahmsweise ausreichen, wenn der Verbraucher die Informationen bei sich auf einem dauerhaften Datenträger (z. B. der Festplatte) abspeichert oder ausdruckt. Der Unternehmer trägt in diesem Fall das Risiko dafür, dass dem Verbraucher die Informationen tatsächlich übermittelt, d. h. von diesem abgerufen werden, weswegen das Verfahren kaum praxistauglich ist.

c) Beweislast

Primäre Zielsetzung des § 312 c Abs. 2 BGB ist es, dem Verbraucher die Beweisführung hinsichtlich seines vorvertraglichen Informationsstands sowie hinsichtlich der vereinbarten Vertragsbedingungen zu ermöglichen. Die Verletzung dieser dokumentationsbezogenen Pflichten kann daher zu einer Änderung der Beweislastverteilung führen.[58] Der Unternehmer ist m. E. ohnehin beweispflichtig dafür, dass er den Verbraucher vor dem Vertragsabschluss ordnungsgemäß auf bestimmte Vertragskonditionen hingewiesen hat. Die Frage einer Beweislaständerung aufgrund eines Verstoßes gegen § 312 c Abs. 2 BGB ist daher dann relevant, wenn der Verbraucher behauptet, der Unternehmer habe ihn nicht über Identität und Anschrift, über bestimmte Eigenschaften der Leistung oder über Dritten gegenüber entstehenden Kosten aufgeklärt. Von Bedeutung ist zudem die Möglichkeit einer Beweislastumkehr, wenn der Unternehmer bestreitet, dass ein Vertragsabschluss zustande gekommen ist, oder wenn Unternehmer und Verbraucher einen abweichenden Inhalt der individuell vereinbarten Vertragsbedingungen vortragen.

Nach § 312 c Abs. 2 BGB ist der Unternehmer verpflichtet, den vorvertraglichen Informationsfluss vollständig zu dokumentieren, da die auf elektronischem Wege erteilte Information nicht beständig ist.[59] Fehlen in der Mitteilung in Textform bestimmte Angaben, so steht fest, dass der Unternehmer entweder den Verbraucher bereits vor Vertragsabschluss nicht ordnungsgemäß unterrichtet hat, oder aber seine Bestätigungspflicht nach § 312 c Abs. 2 BGB missachtet hat. In jedem Fall liegt ein Pflichtverstoß des Unternehmers vor. Dies rechtfertigt es, zugunsten des Verbrauchers von einer tatsächlichen Vermutung dahingehend auszugehen, dass Informationen, welche in der Mitteilung in Textform nicht enthalten sind, auch vor dem Vertragsschluss nicht erteilt wurden. Das gleiche gilt, wenn der Unternehmer dem Verbraucher überhaupt keine Bestätigung hat zukommen lassen. Es obliegt dann dem Unternehmer, diesen Anscheinsbeweis zu erschüttern.

d) Zwischenergebnis

Nach § 312 c BGB muss unterschieden werden zwischen vorvertraglichen Informationspflichten und solchen, die unmittelbar nach dem Vertragsabschluss, bei Waren spätestens mit der Lieferung, zu erfüllen sind. Diese treten kumulativ neben die anderen gesetzlich bestehenden Informationspflichten ein. Die nach § 312 c Abs. 1 BGB notwendigen Angaben kann der Unternehmer durch eine Verlinkung und einen entsprechenden Hinweis auf der Website, aufgrund derer sich der Verbraucher zu der Bestellung entschließt, dem Verbraucher zur Verfügung stellen. Eine explizite Aufklärung oder Kenntnisnahme ist nicht erforderlich. Nach dem Abschluss des Fernabsatzvertrages muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen in Textform übermitteln. Den Erfordernissen des § 312 c Abs. 3 BGB genügt daher die Übersendung eines

---

[58] Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (12) zu Art. 10 ECRL.
[59] 13. Erwägungsgrund FARL.

elektronischen Speichermediums wie einer Diskette oder CD-ROM, aber auch die Übermittlung per E-Mail, Briefpost oder Telefax. Anders als bei den vorvertraglichen Informationspflichten genügt die Möglichkeit, Informationen herunterladen zu können, nicht. Aus der Sicht des Unternehmers ist der Lieferschein nach wie vor das sicherste Mittel für die ordnungsgemäße Information. Dem Unternehmer entstehen keine Nachteile, wenn er die Information bis zur Auslieferung der Ware zurückstellt.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach § 312 c Abs. 3 BGB der Verbraucher auf bestimmte Informationen, wie das Widerrufsrecht, die ladungsfähige Anschrift und Gewährleistungsrechte sowie Garantiebedingungen hervorgehoben und in deutlich strukturierter Textform aufmerksam gemacht werden muss. Ob die E-Mail übersichtlich strukturiert ist, hängt vom konkreten Einzelfall ab.

5. Haftung aus Culpa in contrahendo

a) Schadensrechtlicher Aufhebungsanspruch aus c.i.c.

Sanktionen bei Verstoß des Anbieters gegen diese Verpflichtung sind von dem Gesetzgeber nicht vorgesehen. Die Rechtsfolgen, die sich aus einer Pflichtverletzung gegen die Informationspflichten bei dem Abschluss elektronischer Verträge im Übrigen ergeben, folgen - je nach im Einzelfall verletzter Pflicht - aus den allgemeinen Bestimmungen. So kann etwa die Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht durch den Unternehmer (z.B. seiner Pflicht, den Kunden über den technischen Vollzug des Vertragsschlusses und die Möglichkeiten zur Korrektur einer Eingabe hinreichend zu informieren) dazu führen, dass der Kunde sich über die Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung ("Klick-Fehler") oder aber den Inhalt der von ihm abgegeben Erklärung nicht bewusst ist. Eine Rechtsfolge daraus könnte also sein, dass überhaupt keine rechtsverbindliche Erklärung des Kunden vorliegt oder aber, dass diesem zumindest ein Anfechtungsrecht zusteht (§ 119 BGB). Darüber hinaus kommen bei der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten durch den Unternehmer Ansprüche des Kunden auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss (sog. culpa in contrahendo) in Betracht, ebenso wie Ansprüche auf eine nachträgliche Erfüllung der Informationspflichten durch den Unternehmer. Fehlen geeignete technische Mittel, mit denen der Nutzer Eingabefehler vor der Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann, oder wird er auf das Vorhandensein solcher Mittel, nicht oder nur unzureichend hingewiesen, so könnte eine Haftung des Anbieters aus §§ 312 e Abs. 1, 241 Abs. 2 i. V. m. § 280 Abs. 1 BGB (culpa in contrahendo) begründet sein. Der Anbieter hätte dann dem Kunden den Schaden zu ersetzen, vorausgesetzt, dass seine Pflichtverletzung für den ungünstigen Vertragsabschluss ursächlich war. Bei einer Verletzung vorvertraglicher Informations- und Ausklärungspflichten findet zu Gunsten des Kunden eine Beweislastumkehr statt[60] sowie, m. E., insbesondere dann, wenn der

[60] Der Anbieter hat daher zu beweisen, dass die Bestellung auch bei Vorhandensein technischer Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern und ordnungsgemäßer Aufklärung abgegeben worden wäre.

Anbieter nicht oder unzureichend über die einzelnen Schritte, die zum Vertragsabschluss führen, informiert hat. Die Verletzung nachvertraglicher Informationspflichten berechtigt in der Regel nicht zu einer Rückabwicklung des Vertrages.[61]

b) Zum Verhältnis von schadensrechtlichem Aufhebungsanspruch und den Bestimmungen über das Widerrufsrecht aus § 355 Abs. 1 BGB

Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 BGB zu, schließt dieses Recht einen Ersatzanspruch des Verbrauchers wegen ungenügender Informationserteilung vor dem Vertragsabschluss nicht aus. Die vorvertragliche Unterrichtung dient unter anderem der Vermeidung der hohen Transaktionskosten, welche durch den Versand des Kaufgegenstandes und die Vertragsrückabwicklung im Fall des Widerrufs verursacht werden. Erkennt der Verbraucher aufgrund der Mitteilung in Textform nach § 312 c Abs. 2 BGB oder aufgrund der Prüfung der Ware, dass ihm mangels ordnungsgemäßer Unterrichtung vor dem Vertragsabschluss ein Irrtum unterlaufen ist, und widerruft er daraufhin den Vertrag, so muss es ihm möglich sein, seinen über die reine Vertragsbindung hinausgehenden Schaden ersetzt zu verlangen.

In der Literatur wird teilweise aufgrund der Widerrufsberechtigung des Verbrauchers vertreten, dass die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten in der Regel nicht zu einem Schaden führt. [62] Dies ist in zweifacher Hinsicht zu kurz gegriffen: Zum einen steht dem Verbraucher bei Vertragsabschlüssen im elektronischen Geschäftsverkehr keineswegs immer ein Widerrufsrecht zu. Zum anderen heilt allein das Bestehen eines Widerrufsrechts die Informationspflichtverletzung des Unternehmers nicht, da die Widerrufsoption *per se* dem Verbraucher lediglich die Möglichkeit bietet, den Vertragsgegenstand zu untersuchen.

Vielmehr ist auf die nachträgliche Unterrichtung in Textform gem. § 312 c Abs. 2 BGB abzustellen. Ist diese erfolgt, so stellt es - quasi als Kehrseite des Widerrufsrechts - eine Obliegenheit des Verbrauchers dar, die ihm solchermaßen übermittelte Information zur Kenntnis zu nehmen, den Vertragsgegenstand zu prüfen und bei Nichtgefallen sein Widerrufsrecht auszuüben. Versäumt er dies, so hat er seiner Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 BGB nicht genügt. Denn die Bestätigung dient nicht nur dem Zweck, wesentliche Informationen für den Verbraucher dauerhaft zu dokumentieren, sondern auch der Prüfung, ob der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausüben will, und damit letztlich der Gewährleistung seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit auch noch nach Abschluss des Vertrages.

Die Nicht-Ausübung des Widerrufsrechts führt dazu, dass der Verbraucher den durch die ursprüngliche Informationspflichtverletzung verursachten Schaden

---

[61] Der Kunde kann jedenfalls aus dem abgeschlossenen Vertrag später die nachträgliche Erfüllung der Informationspflichten verlangen, soweit diese dann noch sinnvoll beansprucht werden kann.

[62] MüKo/Wendehorst, § 312c Rn. 76; Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1280.

allein zu tragen hat.[63] Übt der Verbraucher jedoch sein Widerrufsrecht aus, weil zu seinem Nachteil Divergenzen zwischen der vorvertraglichen Unterrichtung und der Mitteilung in Textform bestehen, so ist er berechtigt, seinen über die reine Rückabwicklung des Vertrages hinausgehenden Schaden geltend zu machen (etwa den Ersatz der Versandkosten oder der ihm nach § 357 Abs. 2 S. 1 BGB auferlegten Kosten der Rücksendung).

Es bleibt zu prüfen, ob die Bestimmungen über den Ausschluss des Widerrufsrechts (§§ 312 d Abs. 3 und 4, 355 Abs. 3 BGB) Vorrang gegenüber dem Ersatzanspruch aus culpa in contrahendo beanspruchen.[64] Anders ausgedrückt: Wird durch die Gewährung eines schadensrechtlichen Aufhebungsanspruchs nicht die Wertung des Gesetzgebers, dass eine Rückabwicklung des Vertrages für den Unternehmer unzumutbar sei, unterlaufen?

Die Ausschlusstatbestände des § 312 d Abs. 3 und 4 BGB knüpfen an dessen Absatz 1 an, welcher in Verbindung mit § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ein voraussetzungsloses zweiwöchiges Widerrufsrecht gewährt. Dass ein solches Widerrufsrecht bei bestimmten Rechtsgeschäften als unangemessen empfunden wird, ist leicht nachzuvollziehen. Dass eine Lösung vom Vertrag ebenfalls unangemessen sei, wenn der Vertragspartner eine im Interesse seines Gegenübers bestehende Rechtspflicht schuldhaft verletzt, folgt daraus jedoch nicht.[65] Um die vorvertraglichen Unterrichtungspflichten des § 312 c Abs. 1 BGB nicht vollkommen zu entwerten, muss eine anderweitige Sanktion nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts gleichwohl zulässig bleiben. Dies gebietet zumal Art. 11 Abs. 1 FARL, der über die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 und die Möglichkeit einer Verbandsklage hinaus[66] die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Interesse der Verbraucher für geeignete und wirksame Sanktionen gegen Pflichtverletzungen zu sorgen. Eine Spezialität des § 312 d BGB ist damit zu verneinen.

Nicht ganz eindeutig ist dies bezüglich des Widerrufsausschlusses wegen Ablaufs der absoluten Widerrufsfrist nach §§ 312 d Abs. 2, 355 Abs. 3 S. 1 BGB. Dabei kommt es entscheidend auf die Funktion dieser Ausschlussfrist an. Es ließe sich argumentieren, dass § 355 Abs. 3 S. 1 BGB eine generelle zeitliche Obergrenze für die Haftung des Unternehmers bei Verstößen gegen 312 c BGB darstellen sollte, um sechs Monate nach dem Vertragsabschluss oder der

---

[63] Die h. M. in Literatur und Rechtsprechung plädiert grundsätzlich – entgegen dem Wortlaut des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB – für den Ausschluss der Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht, vgl. MüKo/Oetker, § 254 Rn. 107.

[64] Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1156.

[65] Dies lässt sich besonders eindrücklich an der Unterrichtungspflicht über wesentliche Merkmale einer Dienstleistung belegen. Das Widerrufsrecht erlischt gem. § 312 d Abs. 3 mit Beginn der Leistung, sofern der Verbraucher diesem zugestimmt hat. Erst die Erbringung der Leistung ermöglicht dem Konsumenten jedoch die Feststellung, dass der Unternehmer ihn über wesentliche Merkmale der Leistung nicht unterrichtet hat.

[66] Vgl. Art. 11 Abs. 2 FARL: „Die in Abs. 1 genannten Mittel schließen Rechtsvorschriften ein (...)“. Damit müssen die nach Art. 11 Abs. 1 FARL geforderten Sanktionen notwendigerweise über das bloße Mittel einer Unterlassungsklage hinausgehen.

Lieferung der Ware Rechtssicherheit quasi als Korrelat für die besonderen Verpflichtungen im Fernabsatz zu gewähren. Auch dies ist m. E. unzutreffend. § 312 d Abs. 2 BGB eröffnet dem Verbraucher erhebliche Spekulationsmöglichkeiten zu Lasten des Unternehmers, sofern jener zwar den Vertrag ordnungsgemäß durchführt, aber der vertraglichen Nebenpflicht zur Dokumentation nach § 312 c Abs. 2 BGB nicht nachkommt. Es findet sich kein Indiz in der Entstehungsgeschichte der Fernabsatzvorschriften, dass diese Beschränkung auch auf einen Verstoß gegen § 312 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB Anwendung finden sollte, sofern dieser zu einem dem Verbraucher unerwünschten Vertrag geführt hat.[67]

6. Gesetzliche Rückgewährschuldverhältnisse

Durch den Widerruf wandelt sich der zunächst wirksame Vertrag mit Wirkung ex nunc in ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis um. Die beiderseitigen Leistungen sind nach §§ 346 ff. BGB Zug um Zug zurückzugewähren. Der Verbraucher ist zur Rücksendung und Rückübereignung der bezogenen Waren, der Unternehmer zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet. Nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 348 S. 2, 320 BGB steht jeder Partei die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu, solange die andere Partei die sie betreffenden Rückgewähransprüche nicht erfüllt hat. Der Unternehmer hat seine Rückgewährpflichten binnen 30 Tagen zu erfüllen, andernfalls gerät er - auch ohne Mahnung - in Verzug (§ 357 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 286 Abs. 3 BGB). Die Frist beginnt mit dem Zugang der Widerrufserklärung bzw. mit der Rücknahme der Ware durch den Unternehmer. Fraglich ist, ob der Verbraucher den Unternehmer durch eine ausdrückliche Mahnung vor Ablauf der 30 Tage in Verzug setzen kann. Die Regelung nach § 286 Abs. 3 BGB fordert, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, einen Ausschließlichkeitsanspruch, der einen Verzugseintritt vor Ablauf von 30 Tagen verhindert[68]. Unabhängig hiervon sind abweichende vertragliche Vereinbarungen zu Gunsten des Verbrauchers zulässig.[69]

7. BGH zum Widerrufsrecht bei eBay –Transaktionen

Endlich liegt auch ein Urteil des BGH vor, welches sich explizit mit der Frage befasst, ob auch bei Online-Auktionen ein 14-tägiges Widerrufs-/Rückgaberecht besteht.[70] Völlig zu Recht kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass einem

---

[67] Art. 11 Abs. 1 FARL sowie die Erwägungen des deutschen Gesetzgebers zu der Nachbarvorschrift des § 312 e Abs. 3 BGB, welche explizit als nicht abschließend bezeichnet wurde, sprechen gegen eine solche Annahme.

[68] Der durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I, 330) eingefügte § 286 Abs. 3 BGB ist nach h. M. gemeinschaftsrechtswidrig, Palandt/Heinrichs, § 286 Rn. 26. Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 200 vom 08.08.2000, S. 35. Art. 3 Abs. 1 lit. A) der Richtlinie hält fest, dass der Schuldner, der Zahlung zu einem bestimmten Zeitpunkt versprochen hat, bei Nichtleistung bereits am nächsten Tag und nicht erst nach Ablauf von 30 Tagen in Verzug kommt.

[69] Ende/Klein, Vertriebsrecht im Internet, S. 199.

[70] BGH Urteil vom 03.11.2004 - VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53, JurPC Web-Dok. 281/2004,

Verbraucher auch bei einer Online-Auktion wie eBay ein 14-tägiges Widerrufsrecht zusteht, sofern er die Waren von einem Unternehmer bzw. einem gewerblichen Anbieter ersteigert.

In dem Verfahren ging es um die Frage, ob einem Verbraucher, der von einem gewerblichen Anbieter über eBay ein Produkt ersteigert hatte, ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zusteht. In diesem Fall hätte er die ersteigerte Ware ohne Angabe von Gründen zurücksenden und den Preis (hätte er ihn überhaupt schon bezahlt) zurück verlangen können.

Gemäß § 312 d Abs. 1 BGB steht einem Verbraucher, der von einem Unternehmer Waren oder Dienstleistungen aufgrund eines Fernabsatzvertrages bezieht, grundsätzlich ein befristetes Widerrufsrecht zu. Im Vordergrund des Rechtsstreits stand die Frage, ob dieses Widerrufsrecht bei Internet-Auktionen gemäß § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausgeschlossen ist. Nach dieser Vorschrift besteht das Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen, die "in der Form von Versteigerungen (§ 156 BGB)" geschlossen werden. Diese Voraussetzung hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Internet-Auktion von eBay mit der Begründung verneint, hier liege aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung des Vertragsschlusses nicht die Form der Versteigerung vor, die in § 156 BGB geregelt sei und damit unter die Ausschlussregelung des § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB falle.[71] Der BGH stellte darauf ab, dass eine Versteigerung nach der Regelung in § 156 BGB den Zuschlag des Auktionators erfordere, der bei eBay - Auktionen gerade nicht erteilt werde.[72] Vielmehr komme der Vertrag durch Zeitablauf zustande. Es liege demnach ein sogenannter „Kauf gegen Höchstgebot“ vor.[73]

Gemäß § 156 S. 1 BGB kommt der Vertrag bei einer Versteigerung erst durch den Zuschlag des Versteigerers zustande. An einem solchen Zuschlag fehlte es bei der vorliegenden Internet-Auktion von eBay.[74] Der Vertrag kam hier durch ein verbindliches Verkaufsangebot des Klägers und die Annahme dieses Angebots durch das Höchstgebot des Beklagten – also nicht durch einen Zuschlag nach § 156 BGB - zustande.[75] Solche Formen des Vertragsschlusses, die von § 156 BGB abweichen, werden, wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, nicht von dem Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 d Abs. 4 Nr. 5

Abs. 1 bis 23.

[71] Siehe § 4 IV. 2.b) und c).

[72] Siehe auch OLG Brandenburg Urteil vom 16.12.2003, JurPC Web-Dok. 222/2004 Abs. 17, NJW 2004, 1456; LG Düsseldorf Urteil vom 29.10.2002, JurPC Web-Dok. 11/2003, CR 2003, 211; LG Hamburg Urteil vom 14.04.1999, JurPC Web-Dok. 213/1999 Abs. 18 ff., CR 1999, 526ff.; Ernst, CR 2000, 304, 305 ff.; Gabriel/Rothe, VuR 2004, 212, 213 f.; Heckmann, NJW 2000, 1370, 1373 ff.; Huppertz, MMR 2000, 65, 66 f.; Wiebe, MMR 2000, 323, 324.

[73] Vgl. auch OLG Hamm Urteil vom 14.12.2000, JurPC Web-Dok. 255/2000 Abs. 97, MMR 2001, 105; Ulrici, NJW 2001, 1112, 1113; Hollerbach, DB 2000, 2001, 2006.

[74] Siehe auch Spindler, ZIP 2001, 809, 810; a.A. LG Berlin Urteil vom 01.10.2003, JurPC Web-Dok. 43/2004, NJW 2003, 3493; AG Osterholz-Scharmbeck Urteil vom 23.08.2002, JurPC Web-Dok. 330/2003; Krugmann**,** NVwZ 2001, 651, 652; wohl auch LG Wiesbaden Urteil vom 13.01.2000, JurPC Web-Dok. 57/2000 Abs. 8, NJW-CoR 2000, 171=MMR 2000, 376; AG Bad Hersfeld Urteil vom 22.03.2004, MMR 2004, 500; Heiderhoff, MMR 2001, 640, 642.

[75] Vgl. oben § 4 II 4. b) und c).

BGB erfasst. Dafür sprechen zunächst die ausdrückliche Bezugnahme im Gesetzestext auf § 156 BGB und der Charakter der Vorschrift als - grundsätzlich eng auszulegende – Ausnahmebestimmung. Darüber hinaus fordert aber auch der Zweck des im Interesse des Verbraucherschutzes geschaffenen Widerrufsrechts eine enge Auslegung der Ausschlussregelung, da der Verbraucher, der einen Gegenstand bei einer Internet-Auktion von einem gewerblichen Anbieter erwirbt, den gleichen Risiken ausgesetzt und in gleicher Weise schutzbedürftig ist wie bei anderen Vertriebsformen des Fernabsatzes.

Diese Entscheidung entspricht der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum und dem überwiegenden Teil der Rechtsprechung.[76] Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zu § 312 d BGB ausdrücklich betont, dass Online-Auktionen wie eBay, nicht unter die Ausnahmeregelung von § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB fallen und keine Versteigerungen im Sinne von § 156 BGB sind.[77] Der BGH arbeitet schön heraus, dass der Vertragsschluss eben nicht durch den Zuschlag eines Auktionators, sondern durch Angebot und Annahme zustande kommt.[78] Die Entscheidung des BGH ist auch interessengerecht. Andernfalls hätte jeder gewerbliche Anbieter die Möglichkeit, seinen Online-Shop in eine Online-Auktion umzugestalten bzw. seine Waren nur bei eBay & Co. anzubieten, um so das für ihn unangenehme Widerrufsrecht zu umgehen.

Die verbraucherfreundliche Entscheidung des BGH zwingt die gewerblichen Anbieter bei eBay zum Umdenken. Nicht nur das zweiwöchige Widerrufsrecht ist zu beachten. Wer gewerblich Waren zur Versteigerung anbietet, muss den Verbraucher auch vor dem Vertragsabschluss deutlich auf sein Widerrufsrecht hinweisen. Denn wenn der Verkäufer den Kunden nicht ordnungsgemäß belehrt, kann der Kunde den Vertrag auf unbegrenzte Zeit widerrufen. Ein Hinweis auf das Widerrufsrecht kann jedoch nachgeholt werden, so dass die Zwei-Wochen-Frist ab dem Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung zu laufen beginnt.

Eine schnelle Reaktion der betroffenen gewerblichen Anbieter erfordert auch der Umstand, dass eine fehlende oder mangelhafte Widerrufsbelehrung wettbewerbswidrig ist. Liegt keine umfassende Widerrufsbelehrung vor, verschafft sich der Anbieter einen „Vorteil durch Rechtsbruch“. Wettbewerber

---

[76] BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 16, BGHZ 149, 129; OLG München Urteil vom 05.02.2004, JurPC Web-Dok. 195/2004, NJW 2004, 1328, Teuber/Melber, MDR 2004, 185, 188, Gabriel/Rothe, VuR 2004, 212, 213; Hartung/Hartmann, MMR 2001, 278, 279; Spindler, ZIP 2001, 809, 810; Wenzel, NJW 2002, 1550, 1551.

[77] Ebenso BGH Urteil vom 07.11.2001, JurPC Web-Dok. 255/2001 Abs. 15, BGHZ 149, 129; OLG Brandenburg Urteil vom 16.12.2003, JurPC Web-Dok. 222/2004 Abs. 17, NJW 2004, 1456; LG Düsseldorf Urteil vom 29.10.2002, JurPC Web-Dok. 11/2003; CR 2003, 211; LG Hof Urteil vom 29.08.2003, JurPC Web-Dok. 41/2004 und JurPC Web-Dok. 368/2002 Abs. 2, CR 2003, 854; AG Kehl Urteil vom 19.04.2002, JurPC Web-Dok. 243/2003 Abs. 14; AG Menden Urteil vom 10.11.2003, JurPC Web-Dok. 187/2004 Abs. 10, NJW 2004, 1329; AG Schwäbisch-Gmünd Urteil vom 23.07.2002, JurPC Web-Dok. 46/2004; Lettl, JuS 2002, 219, 222; Wenzel, NJW 2002, 1550 f.;

[78] Leible/Sosnitza, K&R 2002, S. 89, 89; Hager, JZ 2001, 715, 720.

und Verbraucherschutzverbände können dies abmahnen, wodurch Anwalts- und Gerichtskosten entstehen können.

Für die Verbraucher ändert sich also nichts. Gewerbetreibende werden es sich zunehmend genau überlegen, ob sie ihre Waren bei eBay anbieten oder nicht. Insgesamt ist zu erwarten, dass die Preise auf der Plattform steigen werden, da Unternehmer ihr Kostenrisiko, das mit dem Widerrufsrecht verbunden ist, auf den Verbraucher umlegen werden.

Ob die Entscheidung des BGH die Attraktivität von Internet-Auktionen für gewerbliche Anbieter einschränken wird, bleibt abzuwarten. Wichtig ist, dass die Widerrufsregeln nicht für Geschäfte zwischen zwei Verbrauchern oder zwischen zwei gewerblichen Anbietern (Unternehmern) gelten. Gewerbliche Anbieter bei eBay oder auf ähnlichen Plattformen sollten schnell reagieren und in ihren Angeboten eine ordnungsgemäße Belehrung über das zweiwöchige Widerrufsrecht mitteilen. Im Zweifel sollte für bereits abgewickelte Geschäfte die Belehrung nachgeholt werden.

III. Zusammenfassung

Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bei Bestellvorgängen im Fernabsatz, insbesondere über das Internet, ergibt sich aus der „Unsichtbarkeit des Vertragspartners und der Virtualität des Produkts“. Sie wird weiter dadurch verstärkt, dass die übermittelten Informationen flüchtig sind, d. h., beim Verbraucher nicht zuverlässig gespeichert werden können. Mit der FARL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz existiert ein einheitlicher europäischer Rahmen für Verträge, die unter Einsatz von Fernkommunikationstechniken geschlossen werden. Unabhängig vom konkreten Einzelfall wird bei dem Distanzvertrag unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, bei denen die Vertragspartner nicht gleichzeitig körperlich anwesend sind, eine Störung der Vertragsparität vermutet. Die Richtlinie verfolgt daher ein dreistufiges Schutzkonzept, das auf den klassischen und bewährten Instrumentarien des Verbraucherschutzrechts beruht: Unterrichtung des Verbrauchers vor und Übermittlung der Informationen nach Vertragsabschluss sowie das Recht zum entschädigungsfreien Widerruf ohne Angabe von Gründen. Die Umsetzung ins deutsche Recht erfolgte durch die Regelung des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach sich der Verbraucher ohne Angabe von Gründen vom schwebend wirksamen Vertrag lösen kann. Das neue Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat die Umsetzung zum Anlass genommen, mit dem neuen § 312 d BGB vereinheitlichte Normen für alle verbraucherschützenden Widerrufs- und Rückgaberechte zu schaffen.

Der Anbieter hat den Verbraucher künftig vor dem Abschluss des Fernabsatzvertrags umfassend zu unterrichten und die Informationen alsbald nach dem Vertragsabschluss in Textform zur Verfügung zu stellen. Hierbei handelt es sich um einen Schlüsselbegriff, der den besonderen Anforderungen des elektronischen Distanzvertriebs Rechnung trägt und neben dem

herkömmlichen Lieferschein auch E-Mail oder andere elektronische Medien wie CD-ROM genügen lässt, sofern eine unveränderte Wiedergabe der Informationen über einen angemessenen Zeitraum sichergestellt ist. Fehlt es an einer Information, so gilt eine außerordentliche Widerrufsfrist.

§ 6. Vertraulichkeit und Sicherheit beim Vertragsabschluss im Internet – digitale Signatur

I. Überblick

Bei der Nutzung von Internet-Diensten können übertragene Daten auch durch unbefugte Dritte verändert, gefälscht oder verzögert werden. Im elektronischen Verkehr bleibt der Benutzer im Regelfall nicht anonym.[1] Anhand der verwendeten E-Mail Adresse oder einer eindeutigen numerischen Adresse des im Internet eingebundenen Rechners (IP-Nummer) können Versender und Empfänger einer Nachricht, Zeitpunkt der Datenübermittlung oder auch der Abruf von Informationen durch einen Benutzer festgestellt werden. Diesbezüglich besteht nicht nur ein Gefährdungspotential für die Vertraulichkeit und Integrität der Daten, sondern vor allem die Gefahr, dass Datenspuren - ohne Wissen und Einwilligung der Betroffenen - zur Bildung von Kommunikations- und Nutzungsprofilen herangezogen werden.

Die unverschlüsselte Übermittlung von Daten über Netzwerke birgt Gefahren sowohl für Unternehmen als auch für Privatpersonen. Das Risikopotential reicht von Betriebsspionage über organisierten Datenhandel bis hin zu ungewollten Eingriffen in die Privatsphäre.

Durch neue Technologien sind die Möglichkeiten des Abhörens von Nachrichten, der Datenspeicherung sowie der Verfälschung von Nachrichten stark erweitert worden. Zur Zeit der Entstehung des Internets hatten Fragen des Datenschutzes und der Datensicherheit kaum nennenswerte Bedeutung. Die rasante Verbreitung des elektronischen Geschäftsverkehrs und der multifunktionalen Medien wirft eine Reihe von datenschutzrechtlichen Problemen auf. Eine Voraussetzung für die weitere rasche Entwicklung des Electronic Commerce ist die Garantie eines sicheren Datenverkehrs für alle Beteiligten.

Im Zeitalter von Informations- und Kommunikationstechnologie ersetzen zunehmend elektronische Daten die herkömmliche Schrift- und Papierform. Der Einsatz dieser verlangt wiederum eine Alternative für den Beweis der Authentizität, d. h., der Urheberschaft einer Willenserklärung. Gesamteuropäische wie einzelstaatliche Gesetzesinitiativen stellen zur Lösung dieses Problems die elektronische Signatur zur Verfügung, welche unter Einhaltung hoher Sicherheitsanforderungen sowohl die zweifelsfreie Zurechenbarkeit zu einer bestimmten Person als auch die Unverfälschtheit des Inhalts sicherstellen soll. Dabei stellen einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen auf internationaler Ebene eine Grundvoraussetzung für die breite Akzeptanz neuer technologischer Möglichkeiten dar.

---

[1] Das gilt nicht nur für das Internet, sondern auch für andere Arten der elektronischen Datenübertragung wie beispielsweise die uncodierte Übertragung von Daten im Rahmen von satellitengesteuerten Sicherheits- und Informationssystemen.

Die Richtlinie der Europäischen Union wurde erst kürzlich am 19.01.2000 im Amtsblatt L13/12 veröffentlicht und damit auch in Kraft gesetzt. Ihre Entstehung wurde maßgeblich vom deutschen Signaturgesetz und von den einschlägigen Gesetzen in den USA beeinflusst. Durch die Schaffung eines harmonisierten rechtlichen Rahmens für die Verwendung elektronischer Signaturen im Europäischen Raum wurde versucht, das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten.[2] Die Fixierung allgemeingültiger Sicherheitsanforderungen und die allmähliche Angleichung einzelstaatlicher Formvorschriften stand dabei im Vordergrund. Der Aufbau entsprechender technischer und vor allem grenzüberschreitend einsetzbarer Infrastruktur ist hierfür eine Grundvoraussetzung, bei deren Fehlen sämtliche legislativen Bemühungen erfolglos bleiben müssen. Die Richtlinie zielt allgemein gesprochen auf die Harmonisierung nationaler Gesetze, die Errichtung eines rechtlichen Rahmens für elektronische Signaturen und die Stärkung des Vertrauens in ebendieselben. Diese ermöglichen es - kurz zusammengefasst - dem jeweiligen Empfänger einer elektronisch übermittelten Nachricht, die Herkunft der Daten sowie deren Vollständigkeit und Authentizität zweifelsfrei zu überprüfen.

Die Signatur-Richtlinie wurde, bezogen auf das Signaturverfahren, durch das neue Signaturgesetz[3] (SigG) in das deutsche Recht umgesetzt. Der Anwendungsbereich des SigG erstreckt sich allgemein auf elektronische Signaturen und beschränkt sich im Gegensatz zum SigG 97 nicht mehr auf die Technologie der digitalen Signatur.[4]

Die Signaturverordnung (SigV) wurde erstmals am 1. November 1997 aufgrund des alten SigG erlassen. Am 16. November 2001 wurde basierend auf § 24 SigG die neue SigV erlassen.[5] Sie enthält die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zum Signaturgesetz.

II. Bedeutung, Funktionen und Rechtsfragen elektronischer Signaturen

1. Grundsätze und Ziele

Vorweggenommen seien vier Schlüsselbegriffe, die im Zusammenhang mit der Erörterung der konkreten Einsatzmöglichkeiten elektronischer Signaturen

---

[2] Durch die Vorgaben der Richtlinie (SigRL Abl. L 13/12 vom 19.01.2000, Erwägungsgrund 17) nicht berührt wird „nationales Vertragsrecht, insbesondere betreffend den Abschluss und die Erfüllung von Verträgen, oder andere, außervertragliche Formvorschriften bezüglich der Unterschriften“. „Einzelstaatliche Formvorschriften, die den Abschluss von Verträgen oder die Festlegung des Ortes eines Vertragsabschlusses betreffen“, bleiben weiterhin voll in Geltung. Weiter nicht angetastet wird der Grundsatz der Privatautonomie. Es wird den Geschäftspartnern überlassen, inwieweit sie elektronischen Signaturen in ihren wechselseitigen Geschäftsbeziehungen rechtliche Wirksamkeit zuzumessen gedenken.

[3] BGBl. 2001 I, S. 876.

[4] Miedbrodt/Mayr, MDR 2001, 434.

[5] BGBl. 2001 I, S. 3074.

wiederholt im Mittelpunkt des Interesses stehen: *Vertraulichkeit, Datenintegrität, Authentifizierung, Nichtbestreitbarkeit.* Um die absolute Vertraulichkeit einer übermittelten Nachricht zu gewährleisten, ist die Verschlüsselung dieser selbst notwendig; um die Integrität der Daten sicherzustellen, eine elektronische Signatur.

Im Wege elektronischer Datenübermittlung mittels Internet in dem privaten wie auch geschäftlichen Bereich konnte in Vergangenheit und Gegenwart erhebliche Zeit- und Kostenersparnis erzielt werden. Mit der weltweiten Vernetzung unvermeidlich verbunden ist jedoch auch das Auftreten gewisser Unsicherheitsfaktoren. Proportional mit der Kommunikation in öffentlichen und somit auch allgemein zugänglichen Netzen gestiegen ist die Gefahr von Missbrauch und Datenmanipulation. Die Mehrzahl der Rechtsgeschäfte ist dem „formfreien Bereich“ zuzuordnen, d. h. die Geschäftspartner sind an keine spezifischen Formerfordernisse gebunden. Im Sinne der Privatautonomie ist ein per Handschlag abgeschlossener Vertrag ebenso wirksam wie ein durch eine Person öffentlichen Glaubens beglaubigter Vertrag. Schon bisher konnten Verträge auch über das Internet geschlossen werden, es bedurfte und bedarf dazu lediglich zweier übereinstimmender Willenserklärungen über die wesentlichen Vertragsbestandteile. Insofern behalten sämtliche im herkömmlichen Geschäftsverkehr gültigen Normen und Regelungen auch in dem elektronischen Bereich ihre Anwendbarkeit. Ein spezielles, nur für das Internet geltendes und eigens dafür konzipiertes Recht gibt es nicht. Die Gültigkeit von elektronisch erzielten Übereinkünften war und ist unbestritten, doch ergeben sich insbesondere in dem Beweisrecht erhebliche Schwierigkeiten. Nur allzu leicht kann die Urheberschaft einer Online-Erklärung bestritten werden, der Beweis des Gegenteiles ist so gut wie unmöglich.

Für besonders risikobehaftete und beweisrelevante Rechtsgeschäfte ist durch Gesetz die Schriftform mit eigenhändiger Unterschrift vorgesehen. Diese kann – dem Willen des europäischen Gesetzgebers entsprechend - durch eine elektronische Signatur ersetzt werden, wobei im Hinblick auf die besonderen Sicherheitsanforderungen nur eine nach dem Signaturgesetz bzw. der Richtlinie als „sicher“ geltende einer konventionellen Unterschrift gleichwertig ist. Durch legislative Maßnahmen auf weltweiter, europäischer und nationaler Ebene besteht nun grundsätzlich in weiten Bereichen die Möglichkeit der freien Wahl zwischen herkömmlicher Schriftform und neuer elektronischer Form.

2. Bedeutung

„Virtuelle Kaufhäuser“ und „Online-Shopping“ mit Bezahlung per Mausklick und Online-Banking gewinnen immer mehr an wirtschaftlicher Bedeutung. Entwicklungs- und Produktionsdaten können zuverlässig vor Einsichtnahme und Veränderung Dritter geschützt werden, der Urhebernachweis von Software und wissenschaftlichen Erkenntnissen per elektronischer Signatur ist herkömmlichen Methoden vorzuziehen. Der Einsatz von Signaturverfahren

bietet einen besonderen Schutz vor Computerviren, da diese die übermittelten Daten verändern und dies im Rahmen der Signaturprüfung sofort erkennbar gemacht wird.

Die elektronische Signatur hat mit einer Unterschrift nur wenig gemeinsam. Eine Signatur ist keine Unterschrift im herkömmlichen Sinn, sondern vielmehr eine komplexe Reihenfolge von Buchstaben und Zahlenkombinationen. Durch die Komplexität des Signierungsverfahrens ist die Gefahr einer Verfälschung oder Manipulation viel geringer als bei eigenhändig gefertigten Unterschriften.

Die eigenhändige Unterfertigung erfüllt in einem Dokument verschiedenste Zwecke. Zum einen ermöglicht sie die zweifelsfreie Feststellung der Identität des Unterzeichnenden. Zum anderen identifiziert sich der Verfasser durch seine Unterschrift mit dem jeweiligen Erklärungsinhalt. In der Regel ist sich der Unterzeichner in dem Zeitpunkt des Unterfertigens der damit verbundenen Rechtsfolgen bewusst.

Durch spezielle Methoden der Ver- und Entschlüsselung wird die Echtheit und Unverfälschtheit sichergestellt. Nachträgliche Veränderungen des Textes, d. h., das Hinzufügen oder Wegnehmen von Textteilen ohne Wissen des Signierenden, werden sichtbar gemacht.

Die Verschlüsselung selbst ist dabei für jeden Empfänger, egal ob befugt oder unbefugt, erkennbar. Zum Zwecke der Erzielung von Integrität und Authentizität reicht eine elektronische Signatur aus, welche die Lesbarkeit des Inhalts selbst nicht berührt. Wird jedoch eine absolute Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung einer zu übermittelnden Nachricht bezweckt, so ist der gesamte Inhalt mittels einer elektronischen Signatur zu verschlüsseln.

Die Signierung elektronisch übermittelter Daten dient somit vornehmlich zwei Zielen. Zum einen wird das Vertrauen des jeweiligen Empfängers in die Identität des Übermittlers und die Integrität der Daten gestärkt. Zum anderen wird durch die Möglichkeit des eindeutigen Feststellens der Authentizität und Urheberschaft der Verfasser der versendeten Nachricht in rechtsverbindlicher Weise gebunden.

III. Eigene Stellungnahme

1. Einleitung

Nach Art. 5 der Signatur-Richtlinie sollen elektronische Signaturen die gleichen Rechtswirkungen haben wie handschriftliche Unterschriften und bei einem Gerichtsverfahren als Beweismittel zugelassen werden. Um den Anforderungen im Vergleich zur eigenhändigen Unterschrift zu genügen, muss die Signatur auf einem von einer Signaturerstellungseinheit qualifizierten Zertifikat beruhen, Art. 5 Abs. 1 der SigR. Dieses ist eine Bescheinigung in einer elektronischen Form, die eine Signaturprüfung einer Person zuordnet, die Identität dieser

Person verifizieren kann und mit den Anforderungen in Anhang I der Richtlinie korrespondiert. In der Anlage sind die Anforderungen enthalten, die an diese qualifizierten Zertifikate zu stellen sind. Allerdings darf gem. Art. 5 Abs. 2 SigR nicht schon deshalb einer elektronischen Signatur die rechtliche Wirksamkeit versagt werden, weil sie in elektronischer Form vorliegt oder nicht auf einem qualifizierten Zertifikat bzw. nicht auf einem von einem akkreditierten Zertifizierungsdienstleister ausgestellten qualifizierten Zertifikat beruht.

Neben der EU-Signaturrichtlinie ist auch die E-Commerce-Richtlinie[6] zu beachten. In den ihr vorangegangenen Begründungen heisst es, dass „die Mitgliedstaaten einen bestimmten Zustand herbeizuführen haben, ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften systematisch daraufhin zu überprüfen, ob sie die Verwendung elektronischer Verträge behindern, beschränken oder uninteressant machen." In Art. 9 der Richtlinie findet sich eine ausführliche Regelung zu der Frage der Schriftform. Nach Art. 9 Abs. 1 ECRL ist der Abschluss elektronischer Verträge zu ermöglichen. Insbesondere soll die Tatsache, dass ein Vertrag auf elektronischem Wege zustande gekommen ist, nicht zu einer Ungültigkeit oder Wirkungslosigkeit des Vertrages führen dürfen. Mit dem Inhalt des Art. 9 Abs. 1 ECRL dürfte sich der komplizierte Streit zwischen Deutschland und dem Rest der EU über die Formfrage digitaler Dokumente erledigt haben.[7] Jeder elektronische Text erfüllt danach die Schriftform, unabhängig davon, wie er zustande gekommen ist. Korrigierend greift der in Art. 9 Abs. 2 ECRL genannte Ausnahmekatalog ein, der Notarverträge, Verträge mit Registerpflicht sowie familien- und erbrechtlichen Vereinbarungen ausnimmt.[8] Diese Vorschrift überrascht insofern, als sich in dem Entwurf zu der Richtlinie der „Geist des Binnenmarktes" widerspiegelt, nun aber Gedanken zu einer Reform des Zivilrechts auftauchen. Familien- und Erbrecht haben mit Binnenmarkt an sich nichts zu tun. Im Übrigen werden Vereinbarungen auf diesen Gebieten wohl kaum über das Internet oder andere Onlinedienste geschlossen. Nach Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie sollen die jeweiligen Mitgliedstaaten der Kommission eine vollständige Liste von weiteren Ausnahmefällen vorlegen, so wie sie in Abs. 2 vorgesehen sind.

2. Elektronische Form (§§ 126 Abs. 3, 126 a BGB)

Das neue Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat in § 126 Abs. 3 BGB eine neue Form vorgesehen, die sog. „elektronische" Form, die in Zukunft als ein gleichwertiges Äquivalent zu der Schriftform gelten soll, sofern und soweit die

---

[6] Geänderter Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt v. 17. August 1999 – KOM (1999) 427 endg.

[7] Kuner, NJW-CoR 1996, 108; Malzer, DnotZ 1998, 96; Mertes, CR 1996, 769; Roßnagel, MMR 1998, 75.

[8] Nach dem ursprünglichen Entwurf vom 18. November 1998 sollte auch diese Liste von Ausnahmefällen von der Kommission einseitig geändert – also verlängert oder verkürzt – werden können. Im geänderten Vorschlag vom 17.08.1999 und in der verabschiedeten Richtlinie ist diese Regelung gestrichen worden.

spezifischen Funktionen einer Unterschrift auch in der elektronischen Umgebung voll erfüllt werden können.[9] Sieht das Gesetz ausdrücklich die Schriftform als ein konstitutives Wirksamkeitserfordernis vor, so ist in diesem Bereich auch weiterhin kein Raum für die neue Technologie.[10] In diesen Bereichen behält die Handschriftlichkeit oder alternativ dazu die notarielle Beurkundung weiterhin ihre konstitutive Bedeutung; die Unterzeichnung mittels elektronischer Medien führt in diesen Fällen zu der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.[11]

Eine Grundvoraussetzung für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der schriftlichen und elektronischen Form ist nach dem Sinn und Zweck des § 126a BGB die volle Funktionsäquivalenz, d. h. sämtliche im Rahmen der Schriftform verfolgten Ziele sind auch bei Verwendung einer Signatur bestmöglich zu erfüllen. Festzustellen ist hier jedoch, dass manche Funktionen von der Schriftform, manche wiederum von der elektronischen Form besser erfüllt werden können.[12] Im Hinblick auf die Funktion der Erbringung eines Beweises wird ein erheblich höherer Wert beigemessen. Der Gesetzgeber stellt elektronische Urkunden nicht bloß auf die Stufe schriftlicher Privaturkunden, sondern fügt eine neue Vorschrift in die deutsche Zivilprozessordnung ein, welche spezielle Beweiserleichterungen zugunsten des Signaturschlüssel-Inhabers normiert.[13] Dies erfolgt aufgrund der hohen technischen Sicherheitsanforderungen des Art. 5 SigR und des SigG anerkanntermaßen zurecht. Andererseits bestehen in Zusammenhang mit der Warnfunktion einer elektronischen Signatur offensichtlich Defizite. Diese sollen zumindest teilweise ausgeglichen werden durch eine dementsprechende Kompliziertheit und Aufwendigkeit des Verfahrens der Signierung. Dies allein vermag jedoch nicht, die schon allein aufgrund der langjährigen Tradition mit der Eigenhändigkeit einer Unterschrift verbundenen Vorteile vollständig auszugleichen. Diesem Umstand wird durch das zusätzliche Erfordernis einer auf besondere Weise zu erfolgenden Belehrung des Zertifikats- und Signaturschlüssel-Werbers entgegenzuwirken versucht. Diese hat durch eine Zertifizierungsstelle zu erfolgen, welche ihrerseits von staatlicher Seite hohen Anforderungen ausgesetzt ist, um ihre Vertrauenswürdigkeit bestmöglich zu

---

[9] Borges, S. 523.

[10] Die Schriftform bleibt allerdings bei bestimmten Konstellationen bestehen, z.B. bei § 623 BGB (Kündigung des Arbeitsvertrages), § 630 BGB, § 73 HGB (Zeugnis), § 766 S. 2 BGB (Bürgschaft), §§ 780, 781 BGB (Schuldversprechen und -anerkenntnis).

[11] Borges, S. 531.

[12] Wichtig ist dabei, dass nicht jede elektronische Signatur künftig die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform wahren kann, sondern nur die qualifizierte elektronische Signatur im Sinne des § 2 Nr. 3 SigG. In diesem Zusammenhang bedürfen auch ausländische elektronische Signaturen genauerer Prüfung. Sie sind qualifizierten elektronischen Signaturen gleichgestellt, wenn sie den Anforderungen der EU-Richtlinie entsprechen.

[13] Klarzustellen ist, dass der neue § 292 a Zivilprozessordnung (ZPO) nur der qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz diesen hohen Beweiswert beimisst. Danach werden also mittels qualifiziert elektronisch signierten Erklärungen gesetzliche Schriftformerfordernisse des Privatrechts in vielen Fällen, insbesondere im E - Commerce, eingehalten werden können. Für andere elektronische Signaturen bleibt die Rechtslage gegenüber der jetzigen unverändert.

gewährleisten, und ist vom Antragsteller zudem gesondert zu unterschreiben.

Mit Absatz 2 des § 126 a BGB soll sichergestellt werden, dass beide Vertragsparteien ihre Signatur unter ein inhaltlich übereinstimmendes Dokument setzen, so wie dies auch bei einem herkömmlichen Vertrag der Fall ist. Es kann daher auf keinen Fall genügen, dass der Anbieter lediglich sein eigenes Angebot und der Annehmende seine eigene Annahmeerklärung elektronisch signiert. Vielmehr ist zum Zwecke der Gegenzeichnung jeweils das konkrete Vertragsdokument mitsamt der zugehörigen elektronischen Signatur an den Geschäftspartner zu versenden.

3. Textform (§ 126 b BGB)

Unabhängig von der neu eröffneten Möglichkeit der Unterschriftsleistung durch eine qualifizierte elektronische Signatur, führt der Gesetzgeber in § 126 b BGB eine gegenüber der herkömmlichen Schriftform wesentlich erleichterte Form ein, die sogenannte „Textform“.[14] Um dieser zu genügen, muss die übermittelte Nachricht in lesbaren Schriftzeichen, d. h. in Buchstaben und Ziffern, bei dem Empfänger vorliegen.[15] Eine nur hörbare Mitteilung, welche erst durch ein entsprechendes Tätigwerden in einen Text umgewandelt wird, genügt diesem Erfordernis nicht. Handelt es sich aber etwa um eine E-Mail, von welcher sich der Empfänger mittels eines Mail-Call-Dienstes Kenntnis verschafft, so liegt eine in Schriftzeichen lesbare Erklärung sehr wohl vor. Die Textform ist, da die eigenhändige Unterschrift und das Urkundenerfordernis entbehrlich sind, nicht wie die Schriftform an eine Verkörperung gebunden, sondern sie kann daneben auch in einem elektronischen Dokument erfüllt werden.[16] Dadurch sind

[14] Nach der Begründung der Bundesregierung soll die Textform die strenge Schriftform insbesondere in den Bereichen ablösen, in denen es sich um Erklärungen ohne erhebliche Beweiswirkung sowie um Geschäfte mit nicht erheblichen oder leicht wieder rückgängig zu machenden Rechtsfolgen handelt und es keines dem schriftlichen Formgebot immanenten Schutzes des Erklärenden mittels der Warnfunktion bedarf. In diesen für die Formerleichterung in Betracht kommenden Fällen soll es nach Ansicht der Bundesregierung hauptsächlich um Informations- und Dokumentationsanforderungen gehen, die durch mündliche Erklärungen nicht angemessen erfüllt werden können, BT-Drucks 14/4987, S. 18, 19.

[15] Borges, S. 605.

[16] Der Verzicht auf die Verkörperung führte zu Gegenstimmen. Sowohl die Bundesnotarkammer (Stellungnahme vom 27.07.2000) als auch die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V. (Stellungnahme zum Gesetz vom 11.08.2000) kritisierten, dass mit der Aufgabe der Verkörperung auf die Signalfunktion einer eingehenden verkörperten Erklärung verzichtet würde. In der Tat ist dieser Kritik darin zuzustimmen, dass auch heute noch ein eingehender Brief in Schriftform oftmals eine wesentlich höhere Aufmerksamkeit des Empfängers fordert und erhält als eine einfach „wegzuklickende“ E-Mail, und damit eine Erklärung in elektronischer Form wesentlich leichter als eine schriftliche übersehen werden kann. Selbst ein Telefongespräch kann die Relevanz einer Erklärung oft deutlicher vor Augen führen als eine E-Mail. Allerdings liegt dieser Sachverhalt wohl auch darin begründet, dass das Internet für bedeutende Transaktionen heute noch eher selten genutzt wird (z.B. Bankgeschäfte) und dementsprechend Erklärungen im Internet eine geringere Aufmerksamkeit erhalten. Der Rechtsverkehr ist (noch) daran gewöhnt, dass wichtige Erklärungen per Brief zugestellt werden. Dies dürfte sich mit der Zeit ändern, wenn zukünftig immer mehr bedeutende Geschäfte über das Internet abgeschlossen werden. Zudem spricht die genannte Kritik nicht grundsätzlich gegen die Einführung einer elektronischen Form, sondern nur dagegen, die elektronische Form

Erklärungen in einer Textform jeder Übermittlungsart - ausgenommen der mündlichen – zugänglich. Sie können sowohl auf Papier als auch auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt werden.

Die Bezeichnung „Unterschrift“ allein deutet auf die Funktion des räumlichen Abschlusses einer Erklärung hin. Durch diese identifiziert sich der Unterschreibende mit dem jeweiligen Erklärungsinhalt.[17] Bedient man sich der Textform, so ist dafür Sorge zu tragen, dass das Ende, der Abschluss eines Textes erkennbar und offensichtlich ist, etwa durch Anbringung eines entsprechenden kurzen Zusatzes, eines Faksimile, einer eingescannten Unterschrift usw.[18] Wird anstatt gesetzlich normierter Textform eigenhändig unterschrieben, elektronisch signiert, notariell beurkundet oder öffentlich beglaubigt, so ist dem Formerfordernis selbstverständlich ebenso Genüge getan, da es sich bei all diesen Formen um höherwertige Ersatzformen handelt.

4. Gewillkürte Schriftform (§ 127 BGB)

Von großer praktischer Bedeutung sind Parteivereinbarungen, wonach Rechtsgeschäfte schriftlich vorgenommen werden müssen, für die der Gesetzgeber keine Formvorschriften vorgesehen hat. Von einer gewillkürten Schriftform spricht man, wenn die Parteien ein Formerfordernis für das Rechtsgeschäft durch Absprachen untereinander vereinbart haben. Dies kann mündlich, schriftlich oder auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) geschehen,[19] etwa durch Aufnahme der Klausel "Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform".

Für eine solcherart gewillkürte Schriftform enthält § 127 BGB eine Auslegungsregel, die immer dann zur Anwendung kommt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Demnach ist die vertraglich vereinbarte Schriftform im Zweifel auch dann gewahrt, wenn die betreffende Erklärung telegraphisch übermittelt wird. Diesen Grundsatz, der nach der Intention des Gesetzgebers nur für Telegramme gelten sollte, hat die Rechtsprechung auch auf Telefaxkopien und E-Mail-Versendung übertragen. Der vertraglich vereinbarten Schriftform ist deshalb auch mit der Versendung eines Faxes, sei es konventionell oder mittels Computer, oder auch durch die Versendung einer E-Mail Genüge getan, wenn die Parteien keine anderweitigen Regelungen getroffen haben. Allein die telefonische Mitteilung lässt die Rechtsprechung zur Wahrung der Form nicht ausreichen.

5. Zusammenfassung

Mit der aufkommenden kommerziellen Nutzung des Internets haben sich die

---

bzw. die Textform in elektronischer Form auch in den Fällen ausreichen zu lassen, in denen es spezifisch auf eine Signalwirkung ankommt.

[17] Borges, S. 609.

[18] Borges, S. 607.

[19] Borges, S. 657.

Anforderungen an das Netz grundlegend verändert. Wurde früher ausschließlich Wert auf die Ausfallsicherheit des Gesamtnetzes gelegt, so liegt heute der Schwerpunkt auf der sicheren Übertragung. Die Informationstechnologie weist neben zahlreichen betriebswirtschaftlichen Anwendungsmöglichkeiten ebenfalls verschiedene Risiken auf. Diese zeigen sich insbesondere in der Flüchtigkeit und Manipulierbarkeit elektronischer Daten.

Durch verschiedene Rechtsanpassungen auf europäischer und nationaler Ebene wurde ein elektronischer Signaturtyp geschaffen, der in Analogie zu der eigenhändigen Unterschrift, die Integrität und Authentizität von elektronischen Daten ermöglichen soll. Die Regelungen des Signaturgesetzes beschränken sich hierbei im Wesentlichen auf infrastrukturelle und informationstechnische Spezifikationen. Durch Formanpassungen in verschiedenen Bereichen des Privat- und öffentlichen Rechts wurde die qualifizierte elektronische Signatur teilweise zu einem vollwertigen rechtlichen Substitut der eigenhändigen Unterschrift.

Die digitale bzw. elektronische Signatur kann allerdings nur dann zu einer nachhaltigen Anwendung kommen, wenn die verschiedenen Rechtsnormen neben der bisherigen Schriftform auch die elektronische Form anerkennen, d. h., die elektronische Abbildung von Dokumenten muss zusammen mit ihrer elektronischen Übertragung Berücksichtigung und Rechtswirksamkeit erfahren.

Ein umfassendes Verständnis für elektronische Signaturen ist ohne die Unterscheidung der Verschlüsselung und des Signierens elektronischer Daten nicht möglich. Mit dem Signieren elektronischer Daten geht nicht zwangsläufig auch eine Verschlüsselung einher. Das Sicherheitsziel der Verschlüsselung ist ein Verbergen semantischer Inhalte gegenüber Dritten bzw. auch ein vollständiges „Verstecken“ ganzer Dateien. Die Verschlüsselungsverfahren beinhalten grundsätzlich keine primären Ansätze, um den Urheber von Daten zu identifizieren oder die Unverfälschtheit der Daten zu prüfen. Für die Verschlüsselung stehen somit Geheimhaltung bzw. Datenschutz im Vordergrund. Diese Aspekte sind jedoch nicht Gegenstand des SigG und liegen auch nicht dem Signieren von Daten zu Grunde. Auf die kryptographischen Grundlagen und Verfahren wird deshalb nur aus Sicht des Signierens Bezug genommen.

Auf Grund der besonderen Bedeutung des grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehrs ist eine weltweite Harmonisierung der Vorschriften zu erreichen. Um auch kleineren Unternehmen, wie sie im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs oft vorkommen, den Zugang zum Markt der Zertifizierungsdienstleister zu gewährleisten und den vielfältigen Einsatzgebieten elektronischer Signaturen gerecht zu werden, wäre bezüglich der Sicherheitsanforderungen und der daran geknüpften Rechtswirkungen ein stärker abgestuftes System marktgerechter zu gestalten.

IV. Exkurs: IT – Sicherheit

1.Grundlage

Die gewerbliche Wirtschaft hat frühzeitig die Vorteile des Versandes von E-Mails als neues Direktmarketing-Instrument entdeckt. Ein Anreiz zur Versendung von E-Mails zu Werbezwecken liegt darin, dass diese eine unmittelbare Interaktion mit dem angesprochenen Kunden ermöglicht, die sich weder bei dem herkömmlichen Brief noch bei dem Telefax bietet. Findet der Leser Interesse an dem beworbenen Produkt, kann er sofort und bequem gleich eine Bestellung losschicken. Bei einem Werbebrief oder –telefax sind der Aufwand und damit auch die Hemmschwelle für eine Antwort erheblich höher. Insofern nähert sich die E-Mail-Kommunikation derjenigen über das Telefon an. Allerdings hat der Versand einer Werbe-E-Mail gegenüber einem Telefonanruf den Nachteil, dass es dem E-Mail-Adressaten unbenommen bleibt, nicht zu antworten.

Ein anderer Vorteil der Werbe-E-Mails liegt darin, dass sie das im Internet bestehende Problem – der Kunde muss erst auf die Website des Anbieters stossen[20], umgehen. Der bedeutendste Vorteil der E-Mail-Werbung liegt aber wohl darin, dass die mit ihr verbundenen Kosten deutlich niedriger als bei der Verwendung herkömmlicher Vertriebskanäle sind. Es müssen lediglich die Kosten für die Übertragung der Datei bezahlt werden, auch wenn diese an Tausende versendet wird, was mit einer speziellen Software und mittels eines automatischen Versendungsverfahrens per Knopfdruck möglich ist. Papier- und Portokosten entstehen ebenfalls nicht. Da eine vorher elektronisch fixierte Nachricht verschickt wird, kann auf das bei der Telefonwerbung übliche qualifizierte Personal verzichtet werden. Zu den geringen Kosten tritt der Vorteil des geringen Zeitaufwandes. Die Versandzeit für eine E-Mail beträgt aufgrund der hohen Übermittlungsgeschwindigkeit in der Regel wenige Sekunden oder Minuten, sodass sich der Kommunikationsverlauf einer E-Mail deutlich zügiger als bei der Kommunikation per Post gestaltet.[21]

Aufgrund der Beliebtheit, der sich die E-Mail-Werbung als Direktmarketing-Instrument bei der gewerblichen Wirtschaft erfreut, konnte es nicht lange dauern, bis einige Unternehmen ihre Marketing-Aktivitäten übertrieben und begannen, eine E-Mail-Werbung unkontrolliert in Maßen zu versenden. Darüber hinaus wird die Sicherheit in der Informationstechnologie zum entscheidenden Wettbewerbsfaktor bei der Nutzung der neuen Kommunikationstechnologien. Die elektronische Abbildung der internen und externen Geschäftsprozesse sowie die Erschließung neuer Märkte lassen sich nur dann realisieren, wenn das notwendige Vertrauen in die Sicherheit der Informationstechnik geschaffen wird.

---

[20] Mankowski, GRUR 1999, 995, 1000.

2. Spam

a) Begriff

Da mittels elektronischer Post jede Information mit geringstem finanziellen Aufwand und in kürzester Zeit an eine unbegrenzte Zahl von Empfängern geschickt werden kann, eignet sich dieser Dienst des Internets wie kein anderer für Zwecke des Direktmarketings. Dabei beschränkt sich der Aufwand des Versenders auf das Verfassen einer einzigen E-Mail, die dann an alle E-Mail-Adressen geschickt wird, die dem Versender zur Verfügung stehen. Erst der Mailserver seines Internet Service Providers vervielfältigt den Inhalt der E-Mail für jeden Empfänger und erzeugt eine Flut identischer Nachrichten. Für den Versender fallen dadurch keine spürbaren Kosten an.

Für diese lästige Form von Nachrichten mittels elektronischer Post wurde der Begriff „Spam" eingeführt. Eine identische Definition des Begriffs zu finden, ist aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen von Spam leider nicht möglich[22], auch die gefundenen Gesetzesmaterialien gehen von keinem einheitlichen Spam-Begriff aus.

Die Definitionsversuche schwanken zwischen „unaufgeforderte Zusendung von Werbe-E-Mails", „das Versenden einer E-Mail an eine Vielzahl von Adressaten, ohne dass diese je Kontakt zum Absender gehabt oder Interesse an dem Erhalt der Email bekundet haben" oder „Maßenmails von meist kommerzieller Natur, die wiederholt und unverlangt an Personen versendet werden, mit denen der Absender vorher keinen Kontakt hatte, und deren E-Mail-Adressen aus den öffentlichen Bereichen des Internets, aus Newsgroups, Mailing Lists oder Websites gesammelt worden sind." Eine dem Internet entnommene Definition sieht in Spam „eine massive Flut von Geschwätz, die dazu dient, einen Kommunikationskanal zu überfluten und eine große Anzahl von Leuten übermäßig zu verärgern."[23]

Inhaltlich lassen sich zwei Arten von Spam unterscheiden, die zwar dieselben Auswirkungen für den Nutzer mit sich bringen, die aber aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielsetzung unterschiedliche technische und rechtliche Lösungsansätze erfordern.[24]

- Unsolicited Commercial E-Mail (UCE) – unverlangte kommerzielle Werbung per E-Mail und
- Unsolicited Bulk E-Mail (UBE) – unverlangte Maßenmails.

---

[21] Funk, CR 1998, 411, 413.
[22] Loacker, Datagraph 2000, 82.
[23] Spam Glossary, http://www.rahul.net/falk/glossary.html#spam.
[24] http://www.vibe.at/begriffe/spam_def.html.

b) Problematik

aa) Kosten

Ein Ansatzpunkt im Rahmen der Frage, ob eine die Wettbewerbswidrigkeit begründende Belästigung vorliegt, sind die durch Werbe-E-Mails entstehenden Kosten. Bei dem Versenden einer großen Anzahl von E-Mails fallen bei dem Versender keine nennenswerten Kosten an. Diese entstehen vielmehr erst bei dem Empfänger, wenn er seine E-Mails von seiner Mailbox abholt. Je mehr E-Mails nämlich in dieser Mailbox darauf warten, von dem Empfänger abgeholt zu werden, und je länger die damit verschickten Nachrichten oder Anhänge sind, desto länger und dementsprechend teurer wird die Verwaltung der eingegangenen E-Mails, da das Herunterladen dementsprechend eine längere Zeit in Anspruch nimmt, wodurch es zu einer Kostenüberwälzung von dem Werbenden auf den Beworbenen kommt.

Bei der Kostenbetrachtung ist zu beachten, dass die technischen Voraussetzungen bei den E-Mail-Benutzern sehr unterschiedlich sind. Sofern der Internet-Provider dem Nutzer die Möglichkeit bietet, zuerst nur die Kopfzeilen der E-Mails herunterzuladen, kann dieser eine als unerwünscht erkannte E-Mails direkt auf dem Server des Providers löschen, ohne diese komplett herunterladen zu müssen. Der Nutzer kann so Online-Zeit und Kosten sparen. Allerdings dürfte auch heute noch die Zahl der Internet-Provider überwiegen, die dem Nutzer allein den Download der gesamten E-Mail auf den Computer gestatten. Hinzu kommt, dass sich Werbe-E-Mails auch nicht immer anhand der Kopfzeile als solche identifizieren lassen. Sobald der Nutzer die E-Mail vollständig aus seinem Computer heruntergeladen hat, kann er die Verbindung zum Internet-Provider wieder trennen und die E-Mail „offline“ lesen. Die Annahme des LG Berlin[25], dass E-Mails nur gelesen werden können, während der Empfänger „online“ ist, ist daher in der Regel unzutreffend. Die für den Empfänger entstehenden Kosten ergeben sich daraus, dass beim „offline-model“ der Empfänger alle E-Mails komplett abruft. Eine vorherige Sortierung ist nicht möglich. Der Vorgang, bei dem Kosten entstehen, ist hier also der „Download“. Diese Kosten liegen jedoch bei einfachen Textnachrichten selbst unter Zugrundelegung eines normalen technischen Standards in einem kaum kalkulierbaren Bereich.[26] Die Kritik der Literatur, dass von den Gerichten ohne eine nähere Begründung eine Kostenbelastung des Empfängers unterstellt werde, scheint daher nicht ganz unbegründet zu sein.[27]

Anders ist es bei dem „online-model“. Hier kann der Nutzer die Nachrichten online verwalten. Ein Download aller Daten ist nicht notwendig, sodass z. B. das Aussortieren und Löschen von übergroßen oder unerwünschten E-Mails möglich ist, ohne dass diese komplett heruntergeladen werden müssen. Der

[25] LG Berlin Beschluß vom 14.05.1998, CR 1998, 499.
[26] Im Ergebnis auch so: LG Traunstein Urteil vom 18.12.1997, NJW 1998, 1648; LG Braunschweig Urteil vom 11.08.1999, MMR 2000, 50, 51; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145.
[27] Jankowski, K&R 2000, 499.

Nutzer kann also durch eine Sichtung vermeiden, dass ihm Kosten durch den Download entstehen. Zu beachten ist aber, dass dieses Verwalten der Nachrichten online erfolgt und so Gebühren nach sich zieht.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Kostenbelastung des Empfängers unverlangter E-Mails tatsächlich ein „Scheinargument“[28] ist. Hierfür spricht, dass die mit dem Empfang einer einzelnen Werbe-E-Mail verbundenen Gebühren gering sind. Anderseits können dem Empfänger dann erhebliche Kosten entstehen, wenn er mit E-Mail-Werbung überhäuft wird. Eine relevante Kostenbelastung lässt sich daher mit Hilfe des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr durch Mitbewerber begründen. Eine E-Mail-Werbung bietet dem Werbetreibende die Möglichkeit, mit einem geringen finanziellen Aufwand eine Vielzahl von Adressaten zu erreichen. Es ist daher zu befürchten, dass diese mit Werbebotschaften überflutet werden, wenn die unverlangte Zusendung von E-Mails zu Werbezwecken gestattet würde. Diese Gefahr besteht vor allem bei den kostenlosen webbasierten E-Mail-Accounts,[29] bei denen der Nutzer über die Website des Anbieters im Internet auf seine E-Mails zugreift, und die sich gerade bei Privatpersonen einer großen Beliebtheit erfreuen. Diese E-Mail-Dienste sind bereits heute einer zunehmenden E-Mail-Werbeflut ausgesetzt.[30]

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass nutzungsabhängige Kosten in relevanter Höhe durch eine einzige E-Mail grundsätzlich nicht entstehen. Erhält der Empfänger aber mehrere Werbe-E-Mails, so entstehen ihm Kosten in beachtlicher Höhe. Diese Kosten sind im Rahmen der Gesamtwürdigung zu beachten.

bb) Datenverlust

Ferner besteht durch die verstärkte Zusendung von E-Mails die Gefahr, dass die Speicherkapazität des betroffenen E-Mail-Accounts erschöpft wird.[31] Die meisten Anbieter von E-Mail-Accounts beschränken zumindest für den privaten Nutzer den Speicherplatz, der durch die eingehenden E-Mails auf dem Server belegt werden darf. Ist der Speicher voll, so schicken manche Anbieter die eingehenden E-Mails an den Absender zurück.[32] Durch E-Mail-Werbung wird aber nicht nur die Speicherkapazität des einzelnen Accounts belastet, sondern auch die zur Datenübertragung zur Verfügung stehenden Übermittlungskapazitäten. Durch große Mengen der versandten E-Mails werden die Mail-Server belastet, was dazu führt, dass diese langsamer werden. Vereinzelt sind sogar schon Server unter der Last von Maßen-E-Mails zusammengebrochen.

---

[28] Jankowski, K&R 2000, 499.
[29] Als Beispiel sind Hotmail, Gmx, Web.de, Lycos und Yahoo zu nennen.
[30] Zielscheibe von Werbenden ist insbesondere der Dienst „Hotmail“.
[31] Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145.
[32] So yahoo.

Fraglich ist, ob durch die Kennzeichnung einer kommerziellen elektronischen Post als Werbung eine Blockade des Speichers auf zumutbare Weise verhindert werden kann. Eine derartige Kennzeichnung ermöglicht grundsätzlich das Filtern der gekennzeichneten Nachrichten. Auch kann der Empfänger einfacher entscheiden, ob er die Werbung zur Kenntnis nehmen möchte. Andererseits besteht die Gefahr, dass auch erwünschte E-Mails automatisch herausgefiltert werden.[33] Es ergeben sich auch praktische Schwierigkeiten. So kann es durchaus möglich sein, dass in bestimmten Fällen ein Interesse an einer informativen Werbung besteht. Soll der Nutzer dann jedes Mal seinen Provider kontaktieren müssen, um bestimmte gewerbliche E-Mails erhalten zu können? Im Ergebnis könnten Werbetreibende selbst eine E-Mail-Werbung auf Wunsch des Kunden nur noch unter erschwerten Bedingungen durchführen.

Es bestehen aber auch in rechtlicher Hinsicht Bedenken. Diese resultieren daraus, dass immer zuerst eine Aktivität des Adressaten erforderlich ist, der sich mit seinem Provider in Verbindung setzen muss, um vor der Werbung geschützt zu werden. Den Empfänger einer Werbung trifft aber gerade keine Verpflichtung, sich aktiv gegen diese zu wehren.

Bei der Beurteilung ist zu beachten, dass der für eine Werbe-E-Mail benötigte Speicherplatz gering ist, insbesondere wenn diese nur aus einem kurzen Text besteht. Die Annahme einer unzumutbaren Belästigung durch Blockierung des Speichers kann sich dann wiederum nur unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr ergeben. In Maßen versandt, verstopfen auch kurze E-Mails den dem Benutzer vom Provider zugewiesenen Speicherplatz.

Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass der Benutzer ein Überquellen der Mailbox durch ein regelmäßiges Leeren derselben verhindern kann. Von einem privaten E-Mail-Nutzer kann ein tägliches Leeren nicht verlangt werden.[34] Geschäftliche E-Mail-Nutzer muss man zwar als verpflichtet ansehen, ihre E-Mails regelmässig abzufragen[35]; jedoch trifft sie nicht die Verpflichtung, eine Überfüllung der Mailbox durch inadäquaten Eingang von umfangreichem Werbematerial zu verhindern.[36]

E-Mails mit werblichem Inhalt stellen daher unabhängig davon, ob sie als eine Werbesendung gekennzeichnet sind, unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Blockierung des Speichers sowohl für private als auch geschäftliche E-Mail-Nutzer eine unzumutbare Belästigung dar, vorausgesetzt es wird der Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr berücksichtigt.

---

[33] Vgl. das Beispiel Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343, Fn. 85: Der Schlüsselbegriff „Werbung“ kann etwa dazu führen, dass auch die Antwort-Post mit der Betreffzeile „Re: Ihre Bewerbung“ als unzustellbar zurückgeschickt wird.
[34] Siehe § 2 II 5. b) aa).
[35] Siehe § 2 II 5. b) bb).
[36] Vgl. Ultsch, NJW 1997, 3007, 3008.

cc) Zeitaufwand

Ein weiterer Streitpunkt ist, ob sich die Wettbewerbswidrigkeit aus der mit E-Mail-Werbung verbundenen Zeit- und Arbeitsbelastung des Umworbenen ergibt. Der Empfänger elektronischer Werbung muss zunächst Zeit aufwenden, um die E-Mails von dem Server herunterzuladen. Danach muss er seine eingegangenen E-Mails nach individuellen Nachrichten und Werbungen selektieren. Dies kostet ihn wiederum Zeit und Mühe. Die Inanspruchnahme fremder Zeit zur Erzielung eines eigenen Werbeerfolges kann selbst in dem Fall einer umworbenen Privatperson zu der Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung führen. Der Werbende kann von einer Privatperson nicht verlangen, dass sie eine erhebliche Zeit in die Vernichtung einer unerwünschten Werbung investiert.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze wird teilweise die unverlangte E-Mail-Werbung als zulässig angesehen, wenn sie eindeutig als solche gekennzeichnet ist.[37] Dieser Ansicht ist insofern zuzustimmen, als bei einer eindeutigen Kennzeichnung in der Betreffzeile der Adressat jede Werbe-E-Mail anhand des Inhaltsverzeichnisses als solche erkennen und direkt löschen kann, ohne die E-Mail zuvor öffnen zu müssen. Die hierfür aufzuwendende Zeit hält sich in Grenzen.

Dieser Ansicht ist aber entgegenhalten, dass bei genereller Zulässigkeit einer gekennzeichneten E-Mail-Werbung diese Werbemethode überhandnehmen kann.[38] Die Zeitersparnis durch Löschen der Werbebotschaft bereits aus dem Inhaltsverzeichnis heraus würde bei einer starken Zunahme von Werbebotschaften wieder zunichte gemacht. Der verstärkte Einsatz von E-Mails für wichtige Korrespondenz birgt zudem die Gefahr in sich, dass bei einer Aussonderung von Werbung ohne Lesen des Textes auch erwünschte Sendungen vernichtet werden.[39] Die E-Mail ist als Kommunikationsmittel sehr viel bedeutender, als es der Btx-Mitteilungsdienst war.

Schließlich vermögen auch Filtersysteme auf Nutzerebene aus den bereits genannten Gründen den Empfang von gekennzeichneten Werbe-E-Mails nicht so zuverlässig zu verhindern, dass der Nutzer in sie keine Zeit mehr investieren müsste. Bei Filterfunktionen, die die elektronische Post in einen Ordner „Gelöschte Objekte“ verschieben, besteht die Gefahr, dass sich auch erwünschte Post dort wiederfindet. Für den Benutzer tritt keine Zeitersparnis ein, wenn er die einzelnen Ordner sicherheitshalber auf wichtige E-Mails durchsucht. Hinzu kommt, dass er zuvor manuell in der Filtersoftware speichern musste, welche E-Mails als Werbe-E-Mails gelten sollen. Entscheidend gegen die sog. Filterlösung spricht das rechtliche Argument, dass die Möglichkeit technischer Abwehrmechanismen die Wettbewerbswidrigkeit

[37] LG Braunschweig Urteil vom 11.08.1999, MMR 2000, 50, 51.
[38] Spindler/Fuchs, Vertragsrecht, Rn. 368.
[39] So LG Traunstein Beschluß vom 18.12.1997, NJW 1998, 1648, 1649.

der Versendung von E-Mail-Werbung nicht beseitigt.[40]

dd) Rechtswidrigkeit

Um gegen die Spams vorzugehen, müssten diese ausserdem rechtswidrig sein. Dies liegt unter anderem dann vor, wenn weder ein ausdrückliches noch ein mutmaßliches Einverständnis mit gerade jener Werbung abgegeben wurde.[41] Selbst im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung (z. B. zwischen einem Versicherungsunternehmen und seinen Kunden) sei ein Anruf, um dem Versicherungsnehmer die Versicherung eines weiteren Risikos anzubieten, unzulässig.[42] Allerdings kann in der Rücksendung einer Antwortpostkarte unter einer Angabe der privaten Telefonnummer ein konkludentes Einverständnis liegen.[43] Nicht jedoch kann das Einverständnis in vorformulierten AGB erklärt werden; hier steht nach der Auffassung des BGH § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen, da der Geschäftspartner durch eine solche Vereinbarung unangemessen benachteiligt werde.[44] Gegenüber Gewerbetreibenden kann hingegen unter Umständen auch ein nur vermutetes Einverständnis ausreichen. Dabei genügt aber die bloße Sachbezogenheit zu dem Geschäftsbetrieb des Umworbenen nicht; vielmehr muss der Werbetreibende aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Empfängers vermuten dürfen[45], wofür insbesondere eine bestehende Geschäftsbeziehung genügen kann, wenn die Werbung sich auf den dort betroffenen sachlichen Bereich bezieht.

Überträgt man diese Grundsätze auf die E-Mail-Werbung, so ergibt sich bei der Anpassung an die Verkehrsauffassung im Internet für private Nutzer Folgendes: Eine Kontaktaufnahme im privaten Bereich ist dann zulässig, wenn der angesprochene Internetnutzer zuvor bei einem Besuch auf der Homepage des Werbenden oder in einer Mailing-List bzw. Newsgroup seine private E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit den Werbe-Aktivitäten des Inhabers hinterlassen hatte.[46] Denn hierin ist - insbesondere angesichts der insgesamt liberaleren Gepflogenheiten bezüglich der Kontaktaufnahme im Netz - eine stillschweigende Einwilligung zu sehen, sofern sich die Werbemail im Folgenden auch gerade auf die Angebote bezieht, in deren Zusammenhang die Mailadresse hinterlassen wurde.[47]

---

[40] Horster/Fox/Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 1.
[41] Vgl. LG Ellwangen Urteil vom 27.08.1999, MMR 1999, 675, 676.
[42] BGH Urteil vom 18.12.1994, GRUR 1995, 220, 221 - „Telefonwerbung V".
[43] BGH Urteil vom 08.11.1989, GRUR 1990, 280, 281 – „Telefonwerbung IV".
[44] BGH Urteil vom 27.01.2000 - I ZR 241/97- „Telefonwerbung VI", Jur-Pc Web-Dok. 144/2000, Abs. 20 f., CR 2000, 596.
[45] BGH Urteil vom 24.01.1991, GRUR 1991, 764 – „Telefonwerbung IV".
[46] BGH Urteil vom 19.06.1970, GRUR 1970, 523; BGH Urteil vom 08.06.1989, GRUR 1989, 753; BGH Urteil vom 08.11.1989, GRUR 1990, 280, 281; BGH Urteil vom 24.01.1991, GRUR 1991, 764; BGH Urteil vom 18.12.1994, GRUR 1995, 220, 221 – „Telefonwerbung I-V".
[47] Ebenso LG Berlin Urteil vom 23.06.2000, CR 2000, 854=K&R 2000, 517; weitergehend LG Braunschweig Urteil vom 11.08.1999, MMR 2000, 50 f., wonach bereits der Besuch auf der fremden Homepage genügen soll.

Die letztgenannte Einschränkung ist streng anzuwenden. So darf insbesondere eine einmalige Bestellung nicht genügen, um fortan mit allgemeinen werbenden Angeboten des Vertragspartners behelligt zu werden. Vielmehr muss sich die Angabe der E-Mail-Adresse gerade auf die Werbung bezogen haben. Und thematisch müssen die Werbemails dem Bereich entsprechen, auf den sich diese Aktivitäten bezogen.

In seiner jüngst erlassenen „Telefonwerbung VI"-Entscheidung[48] stellte der BGH fest, dass ein unaufgefordert und ohne Einverständnis erfolgter Telefonanruf zu dem Zweck, einen Besuchstermin zu vereinbaren, der dem Abschluss eines Versicherungsvertrages dienen soll, außerhalb einer Versicherungsfragen betreffenden laufenden Geschäftsverbindung wettbewerbswidrig i. S. d. § 1 UWG sei. Eine vorformulierte Klausel in einem Antrag auf Eröffnung eines Sparkontos, in der der Kunde sich mit der „persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank einverstanden" erklärt, stelle kein wirksames Einverständnis mit einer solchen Telefonwerbung dar. Ausdrücklich bezieht sich der BGH in der Begründung, warum bei vorvereinbarter Telefonwerbung eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 BGB vorliege, auf den Schutz der Individualsphäre des Verbrauchers. Der private Bereich ist jedoch im Falle der E-Mail-Werbung nicht annähernd so stark betroffen wie bei dem persönlichen telefonischen Kontakt. Die Entscheidung erscheint deshalb nicht ohne weiteres übertragbar. Dabei ist aber abzuwarten, ob die Gerichte in der Zukunft nicht sogar die strenge Haltung des BGH zu der Telefonwerbung auch auf das E-Mail-Direktmarketing ausdehnen, welches dann - angesichts der noch strengeren Anforderungen an das vorherige Einverständnis - kaum je mehr zulässig wäre.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ergibt sich Folgendes: eine unverlangte E-Mail wird grundsätzlich als unzulässig angesehen. Eine schlüssig erteilte Aufforderung zu einer Werbung liegt vor, wenn der Beworbene seine E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit konkreten Werbe-Aktivitäten bei dem Werbenden hinterlassen hat und wenn sich die Mail gerade auf diese Aktivitäten bezieht. Die Beweislast für das Hinterlassen der E-Mail-Adresse trägt der Werbetreibende nach allgemeinen Grundsätzen.

Bei der Beurteilung des E-Mail-Direktmarketing gegenüber Gewerbetreibenden ist zu bedenken, dass die Sittenwidrigkeit sich im Falle der E-Mail-Werbung weniger auf den Eingriff in die Privatsphäre und mehr auf den Aspekt des Ressourcenverbrauchs gründet. Dieser Belästigungsfaktor beeinträchtigt Private und Gewerbetreibende gleichermaßen. Bei Letzteren kann zudem das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen sein (vgl. oben 1). Deshalb sollte das Erfordernis des vorherigen Einverständnisses im Falle der E-Mail-Werbung auch für Gewerbetreibende gelten, sodass auch in diesen Fällen

[48] BGH Urteil vom 27.01.2000 - I ZR 241/97 – „Telefonwerbung VI", Jur-Pc Web-Dok. 144/2000, Abs. 22, CR 2000, 596, abrufbar unter www.jurpc.de.

ein nur vermutetes Einverständnis nicht genügt, vielmehr die gleichen Anforderungen wie bei privaten Internetnutzern zu stellen sind.

ee) Technische Schutzmassnahmen

Auf Seite der Internet Service Provider werden bereits seit längerem Maßnahmen ergriffen, um Spam aufzuspüren und zu blockieren und so unerwünschte E-Mails gar nicht an ihre Kunden weiterzuleiten. Dies wird dadurch erreicht, dass das Mail-System nur E-Mails annimmt, die eine gültige Absenderadresse haben, und deren Empfänger ein Kunde des Providers ist. Dadurch wird verhindert, dass fremder E-Mail-Verkehr über das Mail-System des Internet Providers läuft. Eine inhaltliche Kontrolle oder Zensur der E-Mails findet dabei nicht statt. Das entscheidende Kriterium dafür, ob eine E-Mail zurückgewiesen oder angenommen wird, ist allein die IP-Adresse[49] des versendenden Rechners.

Auch auf der Seite der Empfänger besteht die Möglichkeit zu dem Einsatz von Filtern. Bei den meisten E-Mail-Clients ist diese Filterfunktion bereits eingebaut. Sie erlaubt es, eingehende E-Mails anhand bestimmter Schlagwörter zu filtern und in einen vorher bestimmten Ordner oder in den elektronischen Papierkorb zu verschieben. Der Empfänger kann damit zumindest entscheiden, ob er eine bestimmte E-Mail-Adresse oder E-Mails einer bestimmten Domain ein weiteres Mal in seinem Posteingang sehen will, oder ob er sie direkt in den elektronischen Papierkorb weiterleitet.

Am wirksamsten sind jene Filter, die von vornherein nur bestimmte definierte E-Mail-Adressen durchlassen. Sie haben jedoch den offensichtlichen Nachteil, dass jeder neue E-Mail-Partner zunächst einmal zugelassen werden muss, bevor eine eingehende E-Mail-Nachricht den Filter passieren kann. Diese Filter sind daher nur für Nutzer mit einer gleichbleibenden Anzahl von E-Mail-Partnern praktisch.

Filtersysteme verschaffen den Nutzern sicherlich kurzfristig eine Erleichterung bei der Behandlung von Spam. Allerdings können sie leicht umgangen werden und verursachen bei Systemen, die von Seiten der Internet-Provider zum Einsatz kommen, erhebliche Kosten, die wiederum auf deren Kunden, also die ohnehin leidgeprüften Empfänger, abgewälzt werden. Diese tragen damit nicht nur die eigenen Kosten von Spam, sondern auch die der Internet Provider. Zudem kommt es bei dem Einsatz von Filtern auf Seiten der Empfänger nur zu einer Problemverschiebung. Der Empfänger muss zwar nicht mehr eine Unmenge von E-Mails in seinem Posteingang aussortieren, da dies nun automatisch geschieht. Die E-Mails müssen jedoch nach wie vor von seiner Mailbox heruntergeladen werden, sodass seine Kosten dieselben sind. Außerdem besteht die Gefahr, dass auch erwünschte Nachrichten – eventuelle Geschäftspost – irrtümlich ausgefiltert werden. Demzufolge tritt für den

[49] Jeder einzelne Computer wird im Internet durch eine einmalige IP-Adressnummer identifiziert.

Benutzer keine Zeitersparnis ein, wenn er die einzelnen Ordner sicherheitshalber auf wichtige E-Mails durchsucht.[50]

Filter können daher nur dann wirklich effektiv eingesetzt werden, wenn sie eindeutig erkennen können, ob es sich um Spam handelt oder nicht. Ein Schritt in Richtung Lösung dieses Problems bietet die Einführung einer Kennzeichnungspflicht für Werbe-E-Mails.

c) Europäische Regelungen

aa) FARL

Die FARL enthält mit Art. 10 eine Regelung, welche die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne des Art. 2 Nr. 4 FARL auf Marketing und Vertragsabschluss beschränkt. So bedarf gemäß Art. 10 Abs. 1 FARL der Einsatz von Voice-Mail-Systemen und Telefax der vorherigen Zustimmung des Empfängers. Im Übrigen müssen gem. Art. 10 Abs. 2 FARL die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat. Die FARL sieht also für Voice-Mail-Systeme und Telefax eine Opt-In-Lösung vor, für die übrigen Formen der Telekommunikation inklusive E-Mail (vgl. Art. 2 Nr. 4 i.V.m. Anhang I FARL) hingegen eine Opt-Out-Lösung. Weiterhin sieht Art. 14 S. 1 FARL vor, dass die Mitgliedstaaten in dem Anwendungsbereich der Richtlinie strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher sicherzustellen. Nach Art. 14 S. 2 FARL können durch solche Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit der Vertrieb für bestimmte Waren und Dienstleistungen verboten werden.

Nach einer Ansicht der Rechtsprechung und Literatur ist gem. Art. 10 Abs. 2 FARL zwar die Nutzung einer E-Mail zu kommerziellen Zwecken erlaubt, es sei denn, der Verbraucher lehnt dies offenkundig ab. Art. 14 FARL lasse aber strengere Bestimmungen zu, und zwar auch die - durch die Rechtsprechung ausgestaltete - Regelung des § 1 UWG. Soweit die deutsche Rechtslage über Art. 10 Abs. 2 FARL hinausgehe, sei sie von Art. 14 FARL gedeckt.[51] Grund hierfür sei, dass Art. 10 FARL keine vollständige Harmonisierung enthalte, sondern nach dem ausdrücklichen Willen des Richtliniengebers nur einen Mindeststandard an Verbraucherschutz. Das Allgemeininteresse sei nicht abschliessend definiert und nicht teilweise auf die Opt-Out-Lösung reduziert worden. Vielmehr enthalte Art. 14 Abs. 1 FARL eine für Verbraucherschutzrichtlinien typische Mindestschutzklausel, welche den Mitgliedstaaten den Erlass von strengeren Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers erlaube.[52]

---

[50] Siehe bereits § 6 IV 2. b cc).

[51] LG Traunstein Beschluß vom 18.12.1997, MMR 1998, 109,110; Hoeren, MMR 1999, 192, 197; Schrick, MMR 2000, 399, 402; Dethloff NJW 1998, 1596, 1598.

[52] Martinek, NJW 1998, 207, 208; Schrick, MMR 2000, 399, 403; Westerwelle, MMR 1999,

In der Literatur und Rechtsprechung wird teilweise ein Verbot von E-Mail-Werbung sowohl gegenüber Privatpersonen als auch gegenüber Gewerbetreibenden als nicht vereinbar mit der FARL angesehen. Art. 10 Abs. 1 FARL treffe eine abschliessende Regelung hinsichtlich derjenigen Techniken, für die eine Opt-In-Regelung getroffen werden dürfe. Außerhalb des von Art. 10 Abs. 1 FARL gesteckten Rahmens sei ein Verbot von Direktmarketingformen nicht möglich.[53]

Aus dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 FARL ergebe sich, dass der europäische Gesetzgeber eine Opt-Out-Lösung anstrebe, also dass eine E-Mail-Werbung, außer im Falle des ausdrücklichen Widerspruches des einzelnen Empfängers, zulässig sei. In Art. 10 Abs. 2 FARL sei der Verbraucher anders als in anderen Vorschriften nur in der Einzahl genannt. Auch die Zeitform zeige, dass es sich hier um ein abgeschlossenes Geschehen handele. Ein solcher Akt, der die offenkundige Ablehnung durch die Masse der Verbraucher verdeutliche, sei nicht ersichtlich und auch nicht möglich. Der einzelne Verbraucher könne aber seine Ablehnung ohne weiteres kundtun.

Ferner zeige die systematische Trennung von Art. 10 und Art. 14 FARL, dass die nationalen Vorschriften nicht bestimmte Fernkommunikationstechniken tangieren dürften. Ebenfalls sprächen die Erwägungsgründe 10 und 24 hierfür.[54] Ebenso spräche Erwägungsgrund 4 gegen ein Verbot von E-Mail-Werbung. Hiernach sei es geboten, zur Vermeidung von negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen im Binnenmarkt durch unterschiedliche Verbraucherschutzbestimmungen eine Mindestzahl gemeinsamer Regelungen einzuführen. Ein Verbot von einer E-Mail-Werbung würde daher dem Sinn und Zweck der Richtlinie, der Harmonisierung der Rechtslage, widersprechen.[55]

Der oben erläuterten Ansicht, dass ein Verbot von E-Mail-Werbung mit der FARL nicht vereinbar sei, kann m. E. nicht gefolgt werden. Ob nach dem Wortlaut die in Art. 10 Abs. 2 FARL beschriebene Lösung tatsächlich eine Opt-Out-Lösung ist, welche eine E-Mail-Werbung außer bei einem offenkundigen Widerspruch des Empfängers erlaubt, kann dahingestellt bleiben. Die Frage ist, ob nach der FARL ein Verbot einer E-Mail-Werbung weiterhin zulässig ist. Unabhängig davon, erscheint aber die gewählte Auslegung zweifelhaft. Auch erscheint es fragwürdig, aus der Verwendung des Singulars bei dem Begriff Verbraucher zu schließen, dass allein eine individuell vom jeweiligen Verbraucher geäußerte Ablehnung von Bedeutung ist. Vielmehr ist auch eine Deutung dahingehend möglich, dass eine Ablehnung des Verbrauchers grundsätzlich anzunehmen ist, wobei als Begründung auf den Willen des Verbrauchers abgestellt wird. Unabhängig davon ist, wie oben bereits dargelegt, die Kundgabe einer grundlegenden Ablehnung nicht möglich, sodass

---

45, 46.

[53] LG Braunschweig Urteil vom 11.08.1999, MMR 2000, 50, 51; Ziem, MMR 2000, 129, 130; Schulte-Nölke, NJW 1998, 210, 211.

[54] Ziem, MMR 2000, 129, 133; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1149.

[55] Leible/Sosnitza, K &R 1998, 283, 289.

der Verweis hierauf fehlgeht.

Ferner trifft das Argument, Art. 14 FARL untersage ein Verbot bestimmter Kommunikationsformen, nicht zu. Insbesondere trifft nicht zu, dass der Wortlaut des Art. 14 S. 1 FARL ein Verbot, welches auf § 1 UWG (bzw. § 823 BGB) gestützt wird, nicht zulasse. Das Argument, dass eine „strengere Bestimmung“ keine auslegungsbedürftige Norm sein könne, geht fehlt. Jede Norm ist auszulegen, und nicht nur Generalklauseln. Würde man dieser Ansicht folgen, würde keine Norm unter Art. 14 S. 1 FARL fallen.

Gegen die Beschränkung der Möglichkeit, strengere Bestimmungen zu erlassen, spricht auch eine Zusammenschau von Art. 14 und Art. 6 FARL. Art. 6 Abs. 1 FARL bestimmt, dass die Widerrufsfrist mindestens sieben Werktage beträgt. Da Art. 14 S. 2 das Verbot des Vertriebes nicht aber andersartige strengere Vorschriften vorsieht, wäre eine Verlängerung der Widerrufsfrist nicht möglich, obwohl diese offensichtlich in Art. 6 Abs. 1 FARL vorgesehen ist, wie auch Erwägungsgrund 14 ergibt. Auch wäre die Umsetzung der FARL fehlerhaft, da § 355 Abs. 1 S. 2 BGB eine Widerrufsfrist von 14 Tagen vorsieht.

bb) ECRL

Im Gegensatz zu der FARL ist die ECRL keine Verbraucherschutzrichtlinie, sondern regelt allgemein bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft[56] und soll ein hohes Niveau an rechtlicher Integration in der Gemeinschaft garantieren.

Um das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarktes, insbesondere den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherzustellen[57], enthält die ECRL auch Regelungen für die Verwendung einer kommerziellen Kommunikation, die einen wesentlichen Bestandteil der meisten Dienste der Informationsgesellschaft darstellt, da ihr auch eine entscheidende Bedeutung bei der Finanzierung dieser Dienste und für die Entwicklung neuer Dienste zukommt.[58] Die ECRL versucht daher, die Bedingungen für den Einsatz kommerzieller Kommunikation zu klären und diesen dadurch zu erleichtern. Auch wenn der Schwerpunkt der ECRL also wirtschaftlicher Natur ist, wird doch auch durch Transparenz- und Informationspflichten um das Vertrauen der Verbraucher geworben, da ohne dieses die Dienste der Informationsgesellschaft selbst, und damit wieder die Wirtschaft, an ihrer Entwicklung behindert würden.[59]

---

[56] Art. 1 Abs. 1 ECRL.
[57] Art. 1 Abs. 1 ECRL.
[58] Erwägungsgrund 29 ECRL.
[59] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg. S. 19, http://ec.europa.eu/internal_market/en/ecommerce/com586de.pdf.

Art. 6 ECRL stellt zusätzlich zu den sonstigen gemeinschaftsrechtlichen Informationsanforderungen allgemeine Informations- und Kennzeichnungspflichten für kommerzielle Kommunikationen auf. Diese müssen klar als solche erkennbar sein[60], um nicht mit einer Fachinformation verwechselt zu werden. Dies ist von Bedeutung, da die Vermittlung von Informationen keine kommerzielle Kommunikation darstellt.[61] Außerdem muss der Auftraggeber klar identifizierbar sein[62], was in dem Bereich der elektronischen Post insbesondere dem Problem der falschen Absenderadressen abhelfen soll. Diese Regelung erfüllt denselben Zweck wie Art. 4 Z 3 FARL für die Telefonwerbung. Damit sollen die Nutzer die Möglichkeit bekommen, den künftigen Empfang von E-Mails des gleichen Ursprungs zu verhindern.[63]

Art. 7 ECRL enthält darüber hinaus spezielle Regelungen über nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post. Art. 7 Abs. 1 ECRL trägt jenen Mitgliedstaaten, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen, zusätzlich zu den sonstigen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auf, sicherzustellen, dass kommerzielle Kommunikationen für den Nutzer klar und unzweideutig als solche erkennbar sind. Daraus kann e contrario in Verbindung mit Art 14 FARL der Schluss gezogen werden, dass es auch Mitgliedstaaten geben muss, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post zulassen.

Damit stellt die ECRL eine zusätzliche Kennzeichnungspflicht auf, die das Ausfiltern von unerbetenen kommerziellen Kommunikationen ermöglichen, und es dem Nutzer erleichtern soll, kommerzielle Nachrichten schon bei ihrem Eingang als solche zu erkennen, damit er frei darüber entscheiden kann, ob er die Nachricht öffnen will oder nicht.[64] Hat er daran kein Interesse, soll er sie ohne Mühe löschen können.

Nach einer Auslegung ist ein Verbot von E-Mail-Werbung nicht mit der ECRL vereinbar. Aus der Kennzeichnungspflicht gem. Art. 7 Abs. 1 ECRL wird der Umkehrschluss gezogen, dass E-Mails ohne vorherige Zustimmung verschickt werden dürften. Ein gänzliches Verbot würde Art. 7 Abs. 1 ECRL leer laufen lassen, da eine Kennzeichnung nur dann möglich sei, wenn die Werbe-E-Mail überhaupt versandt werden dürfe. Dieser Umkehrschluss werde außerdem durch Art. 7 Abs. 2 ECRL gestützt. Die Einrichtung von Opt-Out-Registern mache nur dann Sinn, wenn grundsätzlich zulässige E-Mails abgewehrt werden

---

[60] Art. 6 lit. a ECRL.
[61] Vorschlag ECRL S. 23.
[62] Art. 6 lit. b ECRL.
[63] Bericht vom 23.04.1999 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, S. 66, abzurufen unter:
http://www.europarl.europa.eu/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0248+0+DOC+XML+V0//DE&L=DE&LEVEL=1&NAV=S&LSTDOC=Y.
[64] Bericht S. 41.

könnten.[65]

Dieser Meinung ist nicht zuzustimmen. Bei dieser Auslegung von Art. 7 ECRL wurde meist der Richtlinienvorschlag der Kommission[66] bzw. der geänderte Richtlinienvorschlag[67] herangezogen. Art. 7 ECRL weicht aber in diesen Fassungen erheblich von der endgültigen Fassung ab. Insbesondere findet sich in den Entwürfen der Kommission nicht der Zusatz in Absatz 1, dass die Kennzeichnungspflicht nur denjenigen Mitgliedstaaten auferlegt wird, "die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen". Aufgrund dieses Relativsatzes erübrigt sich nun aber die obige Diskussion. Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 ECRL ist eindeutig. Die ECRL trifft keine Entscheidung über die Zulässigkeit einer E-Mail-Werbung. Es wird den Mitgliedstaaten überlassen, ob die Werbung per E-Mail zulässig ist oder nicht. Dies geht auch aus den Erwägungsgründen 30 und 31 hervor. So stellt Erwägungsgrund 30 eindeutig fest, dass „die Frage der Zustimmung der Empfänger... nicht Gegenstand dieser Richtlinie" ist, sondern „bereits geregelt" ist, insbesondere durch die FARL. Ob und inwieweit E-Mail-Werbung grundsätzlich verboten ist und daher der vorherigen Zustimmung des Empfängers bedarf oder ob eine Ablehnung erforderlich ist, ist also nicht Gegenstand der Richtlinie. Ferner wird in den Erwägungsgründen 30 und 31 nur denjenigen Mitgliedstaaten bestimmte Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers auferlegt, welche E-Mail-Werbung zulassen. Die Option, Werbung dieser Art zuzulassen, liegt also bei den Mitgliedstaaten.

Ausdrücklich nicht Gegenstand der ECRL ist die Frage der Zustimmung des Empfängers in Bezug auf kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post, da diese bereits in der FARL geregelt ist.[68] Die Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation mittels elektronischer Post ist außerdem vom Herkunftslandprinzip[69] ausgenommen. [70]

Art. 7 Abs. 2 ECRL trägt den Mitgliedsstaaten weiter auf, dass sie - unbeschadet der FARL - und unabhängig davon, ob sie kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen oder nicht, Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass „Dienstanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen durch elektronische Post übermitteln, regelmäßig sogenannte „Robinson Listen" konsultieren, in die sich natürliche Personen (also Unternehmer und Verbraucher, aber nicht juristische Personen)

---

[65] Freytag, MMR 12/1998.
[66] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (1998) 586 vom 18.11.1998, ABl. C 30 vom 05.02.1999, S. 4.
[67] Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehr im Binnenmarkt, KOM (1999) 626 vom 26.11.1999, abzurufen unter: http://sunsite.rediris.es/pub/docs/security/PCA/misc/Europe/com1999_0626de01.pdf.
[68] Erwägungsgrund 30 ECRL.
[69] Art. 3 ECRL.
[70] Art. 3 Abs. 3 i.V.m. dem Anhang ECRL.

eintragen können, die keine derartige kommerzielle Kommunikation zu erhalten wünschen, und dass die Dienstanbieter diese Listen beachten.“ Dadurch soll der Mindeststandard des Art. 10 Abs. 2 FARL sichergestellt werden, da sich diejenigen Nutzer in diese Robinson Listen eintragen können, die den Erhalt von Werbe-E-Mails offenkundig ablehnen.

Der Sinn derartiger Listen für Werbung mittels elektronischer Post wird aus Sicht des Verbraucherschutzes allerdings in Frage gestellt. Durch die Globalität des Internets ergibt eine bloß europaweite Liste keinen Sinn, da diese auch in Staaten zugänglich wäre, die nicht dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unterliegen, wodurch wiederum die Gefahr des Missbrauchs und der Unterwanderung des Schutzniveaus des Gemeinschaftsrechts besteht. Nur eine international einheitliche Liste könnte dem Abhilfe schaffen. Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, dass Art. 7 Abs. 2 ECRL die Dienstanbieter lediglich dazu verpflichtet, die „Robinson Listen“ regelmäßig aufzusuchen, jedoch nicht systematisch jedesmal, bevor es zu kommerzieller Kommunikation mittels der elektronischen Post kommen soll. Aber auch aus Seite der Unternehmer wird diese Regelung als eher schwerfälliges Instrument betrachtet, da sie keine Rücksicht auf bestehende Verhältnisse – wie zum Beispiel eine bestehende Geschäftsverbindung - nimmt. Es stellt für ein Unternehmen einen unnützen Aufwand dar, wenn es seinen bestehenden Kundenkreis über seine letzten Produkte informieren will, und es zu einer Konsultation der Robinson Listen auch dann verpflichtet ist, wenn seine Kunden ihm gegenüber dem Erhalt von Werbe-E-Mails zugestimmt haben.

Trotz aller Vorsichtsmaßnahmen scheint die ECRL also – obwohl sie die Stellung des Verbrauchers verbessert[71] - die Opt-Out-Lösung zu fördern.

cc) Zwischenergebnis

Versucht man, eine Fassung der FARL und der ECRL in Bezug auf die kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post auszubauen, ergibt sich Folgendes:

- Das Versenden von Werbe-E-Mails an den Verbraucher ist zulässig, wenn der Verbraucher dies nicht offenkundig abgelehnt hat.[72] Der Verbraucher kann seiner offenkundigen Ablehnung dadurch Ausdruck verleihen, dass er sich in eine Robinson Liste eintragen lässt. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass Dienstanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post übermitteln, diese Robinson Listen regelmäßig konsultieren und beachten. [73]

[71] Loacker, Datagraph 2000, 82, 84.
[72] Art. 10 Abs. 2 FARL.
[73] Art. 7 Abs. 2 ECRL.

- Das Versenden von Werbe-E-Mails an Unternehmer ist grundsätzlich zulässig. Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur für Unternehmer, die juristische Personen sind, da sich alle natürlichen Personen, ob Verbraucher oder Unternehmer, in eine Robinson Liste eintragen lassen und dadurch zum Ausdruck bringen können, dass sie Werbe-E-Mails offenkundig ablehnen.

- Jede unaufgeforderte Werbe-E-Mail ist unabhängig davon, ob sie an einen Verbraucher oder Unternehmer, an eine natürliche oder eine juristische Person versendet wird, klar und unzweideutig als solche zu kennzeichnen.[74]

Es stellt sich allerdings die Frage, wie lange diese Zusammenfassung angesichts des folgenden Ausblicks auf die künftige Gesetzgebung der EU noch aktuell sein wird.

d) Rechtliche Maßnahmen gegen Spam in der Bundesrepublik Deutschland

Die rechtlichen Auswirkungen und Rechtsfolgen fehlender oder nicht ausreichender IT-Sicherheit können vielfältig sein. Es gibt keine Einzelvorschrift und auch kein einzelnes Gesetz, das hier eine abschließende Regelung enthält. Es ist vielmehr so, dass es zunächst davon abhängt, wo sich ein Schaden eingestellt hat.

aa) Unterlassungsanspruch

Liegt kein Wettbewerbsverhältnis vor, so greift jedenfalls für Gewerbetreibende ergänzend der Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog, da unerwünschte E-Mail-Werbung nach der herrschenden Meinung unter den deutschen Landgerichten einen unmittelbar zielgerichteten Eingriff in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb konstituiert.[75] Für Private wird ein Anspruch wegen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vom LG Kiel[76] wohlwollend erwogen, da der private E-Mail-Anschluss zum persönlich-häuslichen Bereich zähle, der der Privatsphäre zuzuordnen ist.

Im Einzelfall wird ein Unterlassungsanspruch dann im Ergebnis verneint, wenn es sich um ein konkretes Angebot auf Abschluss eines Vertrages handele. Ein solches Verhalten (z. B. das Vertragsschlussangebot an einen privaten Homepagebetreiber auf Abschluss eines Bannerwerbungsvertrags) sei - so das

---

[74] Art. 7 Abs. 1 ECRL.

[75] Rechtsanwälte haben einen Unterlassungsanspruch bei Zusendung von unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails, LG Berlin Urteil vom 07.01.2000 - Az. 15 0 495/99, CuR 2000, 622; LG Berlin Urteil vom 16.05.2002, NJW 2002, 2569=MMR 2002, 631=K&R 2002, 428.

[76] LG Kiel Urteil vom 20.06.2000, CR 2000, 848, 850 m. Anm. Schmittmann. Einen entsprechenden Anspruch bejaht das AG Brakel Urteil vom 11.02.1998, MMR 1998, 492.

LG Kiel – ein sozialtypisches Element des Rechtslebens. Zudem genüge „die durch Angebote erzeugte rechtliche Bindung gemäß § 145 BGB ...(als) ... ausreichende Schranke“, um zu verhindern, dass das E-Mail-Werbeverbot nunmehr durch eine Werbung in Form konkreter Angebote umgangen werde.
Über diese Einschätzung mag man streiten, doch zeugt die Argumentation des Gerichts von dem Bemühen, ein Kriterium zu finden, welches eine unerwünschte E-Mail-Werbung von einer erwünschten individuellen Ansprache zu trennen vermag. Einen geeigneteren Ansatzpunkt dürfte insoweit aber eher eine internetbezogene Absenkung der (strengen) Voraussetzungen bilden, die die Rechtsprechung an das vorherige Einverständnis des Nutzers stellt.

Zur Verallgemeinerung eignet sich die Entscheidung des LG Kiel aufgrund der genannten Besonderheiten (Betroffenheit eines Privaten, Übersendung eines konkreten Vertragsangebots) jedenfalls nicht. Sie lässt deshalb die Argumentation der anderen Landgerichte unberührt.

Dem Werbenden wird durch den Unterlassungsanspruch verboten, weitere Spams an den Kläger zu senden. Als besondere Voraussetzung bei der Erhebung von Unterlassungsklagen bedarf es einer Wiederholungsgefahr. Es muss daher die Möglichkeit bestehen, dass der Werbende nochmals eine E-Mail mit werbenden Inhalten an dieselbe Person schickt. Diese Wiederholungsgefahr kann nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeschlossen werden.[77] In den Folgen vergleichbar mit einem Unterlassungsurteil verpflichtet sich der Werbende, die zukünftige Sendung vom Spams an den Erklärungsempfänger zu unterlassen. Anderenfalls muss ein Ordnungsgeld gezahlt werden. Derartige Erklärungen sollten vor Erhebung einer möglichen Klage von dem Werbenden verlangt werden, da eine mögliche Wiederholungsgefahr vom Kläger zu beweisen ist.

Wird die Unterlassungserklärung abgegeben, bedarf es einer gerichtlichen Geltendmachung nicht. Wenn der Werber die Unterzeichnung aber ablehnen sollte, kann dies eine Wiederholungsgefahr begründen. Denn im Falle der Ablehnung zeigt sich, dass der Werbende selbst ein nochmaliges „Spamming“ nicht ausschließen kann und will.

Problematisch in der Praxis ist allerdings, gegen wen sich dieser Anspruch richtet. Naheliegend wäre zunächst der Versender der Mail. Dieser wird jedoch in nahezu allen Fällen gefälscht sein oder eine unerreichbare Adresse in den USA oder Asien verwenden. Daher wendet die Rechtsprechung in diesen Fällen das Instrument der so genannten „Mitstörerhaftung“ auf denjenigen an, der von der Werbe-Mail profitiert, also den Betreiber der beworbenen Website. Selbstverständlich wird dieser auch in aller Regel derjenige sein, der die Versendung des „elektronischen Mülls“ durchgeführt oder angeordnet hat. Die häufig gebrauchte Ausrede, man sei bei den Werbemails Opfer eines böswilligen Konkurrenten geworden, wirkt in aller Regel wenig glaubhaft und

[77] BGH Urteil vom 08.03.1990, WRP 1990, 685; andere Ansicht LG Augsburg Urteil vom 04.05.1999, NJW 2000, 593 f.

wird auch die Gerichte nicht überzeugen, zumal die Beweislast hierfür bei demjenigen liegt, der den Missbrauch behauptet.

Wird also per Mail unaufgefordert und ohne einen vorherigen Geschäftskontakt eine Werbemail versandt, so steht dem Empfänger gegen den Betreiber ein Unterlassungsanspruch zu,[78] den er mit Hilfe einer anwaltlichen Abmahnung oder persönlich geltend machen kann. In dem Schreiben ist der Sachverhalt darzulegen und die Gegenseite muss mit Fristsetzung zu der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert werden. Vorlagen für solche Abmahnungen finden sich an vielen Stellen im Internet. Allerdings ist das Abfassen einer Abmahnung verbunden mit einer Unterlassungserklärung juristisch nicht ganz einfach, so dass hier ein Anwalt konsultiert werden sollte. Erfolgt die Abmahnung rechtmäßig, so ist die Gegenseite zum Ersatz der angefallenen Anwaltskosten verpflichtet, allerdings bleibt ein gewisses Restrisiko, auf den Gebühren des Anwalts „sitzen zu bleiben“, wenn die Gegenseite zum Beispiel nicht eindeutig zu ermitteln ist. Wird eine solche Unterlassungserklärung nicht abgegeben, so besteht die Möglichkeit, vor Gericht eine einstweilige Verfügung gegen den Verantwortlichen der Spams zu erwirken, die diesem eine weiter elektronische Belästigung untersagt.

Darüber hinaus besteht auch ein Auskunftsanspruch gegen den Verwender der Mail-Adresse aus Datenschutzrecht, da E-Mail-Adressen in jedem Fall als personenbezogene Daten zu werten sind. Der Versender der Mail ist also auskunftspflichtig darüber, aus welchen Quellen er die Adressen bezogen hat. Ein Schadensersatzanspruch etwa für Downloadkosten oder verlorene Arbeitszeit wird dagegen von der Rechtsprechung bislang einmütig verneint.[79] Rein praktisch dürfte es auch sehr schwierig sein, den durch eine Werbe-Mail entstehenden Schaden auf den Cent genau zu beziffern.

Leider gelten diese Grundsätze nur für Werbung, deren Urheber in Deutschland zu belangen ist. Die Lage in Europa ist derzeit noch uneinheitlich und bis zu der Durchsetzung der EU-Richtlinie ist insoweit ein juristisches Vorgehen gegen Spam vergleichsweise riskant. Gleiches gilt auch für Werbemails mit Quellen außerhalb von Europa, gegen die es derzeit so gut wie keine rechtlichen Möglichkeiten gibt.

bb) Verstoß gegen Wettbewerbsrecht

Besonders für Firmeninhaber ist es bedeutsam, eine rechtliche Abwehrmöglichkeit gegen Spams zu haben. Denn gerade Firmen stellen für die Verwender von E-Mail-Werbung eine beliebte Zielgruppe dar. In vielen

---

[78] Das Interesse des Empfängers einer E-Mail an der ungestörten Ausübung des Gewerbebetriebes ist höher zu bewerten, als das Interesse des Absenders an dieser für ihn bequemen und kostengünstigen Werbemethode, LG Berlin Urteil vom 16.05.2002 - Az. 16 0 4/02, NJW 2002, 2569=MMR 2002, 631=K&R 2002, 428 f.

[79] LG Braunschweig Urteil vom 11.08.1999, MMR 2000, 50f.; AG Dachau Urteil vom 10.07.2001, NJW 2001, 3488=CR 2002, 455; AG Kiel Urteil vom 30.09.1999, MMR 2000, S. 704.

Gerichtsentscheidungen wurden Spams oftmals als Verstoß gegen die Wettbewerbsnorm im Sinne von § 3 n. F. des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingestuft. Grundlage dafür ist das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Versender und dem Empfänger der Werbe-Mails. Von einem Wettbewerbsverhältnis spricht man, wenn die Handlung des einen für die Förderung seiner Firma auf Kosten der anderen Firma geht. Gerade hier liegt aber oftmals ein Problem. In der Regel wird kein derartiges Verhältnis zwischen den betreffenden Parteien vorliegen. Vielmehr wird der Werbende nicht in der Branche des Firmeninhabers tätig sein. Ein Kampf um Kunden oder andere Vorteile ist folglich ausgeschlossen. In Betracht kommt dann jedoch ein Eingriff in § 823 des BGB, insbesondere in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.[80] Die ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebes wird durch § 823 Abs.1 BGB gewährleistet. Neben Firmen im sprachlichen Gebrauch, wird auch die wirtschaftliche Betätigung in freien Berufen (z.B.: Rechtsanwälte, Ärzte) geschützt. Dabei muss die E-Mail eine unmittelbare Beeinträchtigung des geschützten Bereiches von § 823 Abs.1 BGB darstellen. Nunmehr wird deutlich, dass durch Umwege doch eine Berücksichtigung des UWG erfolgen kann. Dies ist notwendig, da die Normen des UWG letztendlich zu Vermeidung von Wettbewerbsverstößen geschaffen wurden, somit ein Spezialgesetz darstellen. Denn auch wenn kein direktes Wettbewerbsverhältnis vorliegt, sind bei dem jeweiligen Firmeninhaber die gleichen Wirkungen der Spams zu verzeichnen.

cc) UWG-Reform: Das neue Wettbewerbsrecht

Anlass der Überarbeitung des UWG waren Liberalisierungstendenzen, die sich bereits durch den Wegfall des Rabattgesetzes oder der Zugabenverordnung gezeigt haben. Zudem ging es um eine Harmonisierung des europäischen Wettbewerbsrechtes und die Umsetzung von EU-Richtlinien. Das neue UWG ist am 08.07.2004 in Kraft getreten.

Die durch das UWG untersagten unlauteren Handlungen sind so vielgestaltig wie die Formen wettbewerblichen Verhaltens. Der Gesetzgeber hatte deshalb hauptsächlich mit Generalklauseln operiert, die von der Rechtsprechung anhand der zur Entscheidung gebrachten Fälle ausgefüllt und von der Wissenschaft wiederum in Fallgruppen systematisiert wurden. Das deutsche Lauterkeitsrecht ist deshalb in einem außergewöhnlich starken Maße durch die richterlichen Entscheidungen der jeweiligen Einzelfälle geprägt. Das neue UWG enthält lediglich noch eine Generalklausel (§ 3 UWG), auf die in den §§ 4 ff. UWG Bezug genommen wird. Letztere systematisieren das bisherige Fallmaterial.

Die Generalklausel des alten § 1 UWG ist in dem neuen § 3 UWG aufgegangen. Ergänzt wird die neue Generalklausel durch Regelbeispiele in § 4 UWG. Dies führt aber nicht zu der Durchbrechung des Generalklauselprinzips: § 4 UWG wird von dem Gesetzgeber lediglich eine erläuternde Funktion

[80] Vgl. AG Charlottenburg Urteil vom 21.03.2000, CR 2001, 197; LG Berlin Urteil vom 13.10.1998, MMR 1999, 43.

zugewiesen.[81] Der deutsche Gesetzgeber hat sich hier für ein Regelungskonzept entschieden. Das neue System hat Vor- und Nachteile. Zu begrüßen ist die Kodifikation der Fallgruppen unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Für den Normadressaten wird klarer erkennbarer, welche Verhaltensweisen im Wettbewerb auf jeden Fall zu unterlassen sind. Umgekehrt aber besteht die Gefahr, dass durch die Kodifikation von Beispielstatbeständen die weitere Rechtsentwicklung vorgezeichnet und eine dynamische Anpassung des Wettbewerbsrechts an sich verändernde Marktgegebenheiten erschwert wird.[82]

Die neue Generalklausel des § 3 UWG untersagt unlautere Wettbewerbshandlungen,[83] die geeignet sind, den Wettbewerb nicht unerheblich zu beeinträchtigen.[84] Dieses allgemein gehaltene Verbot des unlauteren Wettbewerbs grenzt das Wettbewerbsrecht vom Deliktsrecht ab. Entsprechend den Ausführungen zu § 1 ist der Gegenstand des UWG als Wettbewerbsgesetz nicht allgemein das Handeln eines Unternehmers im geschäftlichen Verkehr. Der Massstab des Lauterkeitsrechts ist nur an das marktbezogene Verhalten eines Unternehmers anzulegen.

Die Formulierung „zum Nachteil“ soll zum Ausdruck bringen, dass die Lauterkeit im Wettbewerb nicht um ihrer selbst Willen geschützt wird, sondern nur insoweit, als die Wettbewerbsmaßnahmen tatsächlich geeignet sind, zu einer Beeinträchtigung geschützter Interessen der Marktteilnehmer zu führen.

Die Verfälschung des Wettbewerbs muss darüber hinaus „nicht unerheblich“ sein. Damit soll zum Ausdruck kommen, dass die Wettbewerbsmassnahme von einem gewissen Gewicht für das Wettbewerbsgeschehen und die Interessen der geschützten Personenkreise sein muss. Dies bedeutet indes nicht, dass dadurch unlautere Wettbewerbshandlungen zu einem beachtlichen Teil legalisiert werden. Vielmehr soll die Verfolgung von reinen Bagatellfällen ausgeschlossen werden. Dementsprechend ist die Schwelle auch nicht zu hoch anzusetzen.

Das Verlangen eines „nicht unerheblichen Wettbewerbsverstoßes“ blendet Bagatellverstöße aus dem Anwendungsbereich des UWG aus. Damit ist auf der Ebene des Verbotstatbestandes eine Möglichkeit zu einer Bekämpfung von Abmahnmissbräuchen gegeben. Es bleibt aber abzuwarten, ob hier eine Überschreitung der Bagatellgrenze ähnlich großzügig wie bei § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG a. F. bejaht wird.[85] Der Gesetzgeber jedenfalls ist einer niedrigen Schwelle gegenüber nicht abgeneigt.[86]

Zu beachten ist bei § 3 UWG weiter, dass der Wortlaut keine subjektiven

---

[81] BT-Drucks 15/1487, S. 13.
[82] Skeptisch auch Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 36.
[83] Vgl. Heermann, Die Erheblichkeitsschwelle i.S. des § 3 UWG-E, GRUR 2004, 94 ff.
[84] Der unscharfe und nicht mehr zeitgemäße Begriff der "Sittenwidrigkeit" wird zugunsten des Maßstabs der "unlauteren Wettbewerbshandlung" unter rechtsvergleichenden Aspekten mit Blick auf die Regelungen in anderen europäischen Ländern fallen gelassen.
[85] Vgl. den Rechtsprechungsüberblick bei Köhler/Piper, a.a.O. (Fn. 26), § 13 Rdn. 15 ff.
[86] Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks 15/1418 S. 17.

Tatbestandsmerkmale verlangt. Die Entscheidung über etwaige subjektive Anforderungen hat der Gesetzgeber bewusst Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überantwortet.[87] Es bleibt daher abzuwarten, ob die aus dem Begriff der Sittenwidrigkeit entwickelten Anforderungen an die subjektiven Voraussetzungen des Wettbewerbsverstosses weiter Bestand haben werden.[88] Die Frage ist nicht ohne Bedeutung. Lässt man einen objektiven Wettbewerbsverstoß genügen, erübrigen sich für die Feststellung des Wettbewerbsverstoßes Erwägungen zur Kenntnis der Tatumstände. Jedenfalls ist aber eine Reihe von Fallgruppen unlauterer Werbung ohne subjektive Elemente nicht vorstellbar (Beispiel: ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz, insbes. § 4 Nr. 9 lit. c UWG).

Wer dem § 3 UWG zuwiderhandelt, kann gem. § 8 Abs. 1 UWG auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.[89] Die Ansprüche aus § 3 Abs. 1 UWG stehen gem. § 8 Abs. 3 UWG jedem Mitbewerber (also dem unmittelbar Verletzten im Sinne der bisherigen Rechtsprechung), jedem – bestimmte Kriterien erfüllenden – Schutzverband, qualifizierten inländischen und ausländischen[90] Verbraucherverbänden und den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern zu. Zu den Mitbewerbern können auch *branchenfremde* Gewerbetreibende gehören, wenn sie durch die Art der beanstandeten Wettbewerbshandlung mit dem Kläger in Wettbewerb getreten sind.[91]

Die bisherige Einschränkung, dass der Anspruch eine Handlung betreffen muss, durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden, ist weggefallen. Soweit bei einem Wettbewerbsverstoss Belange der Verbraucher nicht berührt sind, besteht von vornherein kein Interesse an einer Klage. Die Verfolgung von Bagatellverstößen ist bereits durch § 3 UWG ausgeschlossen.[92] Gegen die missbräuchliche Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen schützt § 8 Abs. 4 UWG. Wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche einzelner Verbraucher sind nicht vorgesehen.[93]

Die ratio einer solchen Regelung ergibt sich mittelbar aus der Begründung[94] der Einführung des umstrittenen[95] **Gewinnabschöpfungsanspruchs** des § 10

---

[87] Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks 15/1487, S. 40.
[88] Köhler/Piper, a.a.O. (Fn. 26), Einführung Rn. 294.
[89] Bornkamm, in: Baumbach/Hefermehl, § 8 Rn. 1.30 ff und 1.52 ff.
[90] Die im Verzeichnis der EuK nach Art. 4 UnterlassungsklagenRL 98/27/EG eingetragen sind.
[91] Sack, RegEntw, BB 2003, 1073, 1077.
[92] Dazu Lettl, Verbraucherschutz, GRUR 2004, 449, 450.
[93] Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht § 13 Rn. 34a; auch nach der RL-UGP sind die MS nicht gezwungen, den Verbrauchern individuelle Ansprüche oder Gestaltungsrechte zu gewähren (Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1047.
[94] BT-Drucks 15/1487, S. 23.
[95] Zu diesem Anspruch auch Köhler, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265; ausf Sack, WRP 2003, 549; ders, Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003, 1073, 1080; diesen als „Papiertiger“ abl. Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559.

UWG. Die BT-Begründung konstatiert zutreffend, dass es bei unlauteren Wettbewerbshandlungen häufig zu sog. **Streuschäden** kommt, also Fallkonstellationen, in denen durch ein wettbewerbswidriges Verhalten eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt wird, die Schadenshöhe im Einzelnen jedoch gering ist. Typische Beispiele sind die Fälle der Einziehung geringer Beträge ohne einen Rechtsgrund, wie dies in dem Internetgeschäft häufiger vorkommt, Vertragsschlüsse aufgrund einer irreführenden Werbung, gefälschte Produkte oder „Mogelpackungen“, in denen schlicht eine geringere Menge enthalten ist, als auf der Verpackung angegeben. Insoweit wird zweifellos zu Recht hervorgehoben, dass die Betroffenen bei Bagatellschäden regelmäßig von einer Rechtsverfolgung absehen werden, da Aufwand und Kosten in keinem Verhältnis zu dem Schaden stehen.[96] Auch Mitbewerbern steht ein Schadensersatzanspruch in diesem Fall nicht zwangsläufig zu, weshalb der Zuwiderhandelnde bislang den bis zum Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung erzielten Gewinn häufig behalten kann.[97]

Das neue UWG trifft nunmehr erstmalig konkrete Regelungen, die sich mit der Zulässigkeit von Werbung per E-Mail, Telefax oder Telefon befassen. Mit welcher Intention dies geschieht, macht schon die Überschrift des § 7 UWG deutlich. Interessant ist dabei die unzumutbare Belästigung. Die Belästigung bezieht sich auf eine unerwünschte Werbung und soll für einen entsprechenden Schutz vor Spam, Faxen und Telefonanrufen sorgen.

Eine Werbung ist insbesondere immer dann unzumutbar, wenn erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht. Dies ist beispielsweise bei Postwurfsendungen schon dann der Fall, wenn der Empfänger deutlich gemacht hat, dass er mit einem Einwurf derartiger Werbung nicht einverstanden ist. Die Werbung mit Telefonanrufen, Faxgeräten oder E-Mail ist grundsätzlich von einer Einwilligung des Empfängers abhängig. Insofern führt das neue UWG dahingehend zu einer Klarheit, dass das sogenannte "Opt-In"-Prinzip favorisiert wird. Dies bedeutet, dass nur bei einer nachgewiesenen Einwilligung des Empfängers eine Werbung in dieser Art statthaft ist. Eine Einwilligung ist ein vorheriges Einverständnis, tatsächlich eine Werbung zu empfangen. An dieser fehlt es bereits dann, wenn der Angerufene bspw. erst im Rahmen eines Gespräches gefragt wird, ob er mit einem derartigen Anruf überhaupt einverstanden ist.

Neben der fehlenden Einwilligung muss ferner die Bagatellgrenze des § 3 UWG überschritten sein, da § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nur eine Konkretisierung

---

[96] BT-Drucks 15/1487, S. 50.

[97] Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung - Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruches im UWG, 2003, S. 80 f., unterscheiden in diesem Zusammenhang drei Fallgruppen von Bagatellschäden: 1) Maßnahmen, die auf eine unmittelbare Benachteiligung des Verbrauchers zielen (z.B. Abbuchungen ohne Rechtsgrund, „Mogelpackungen“, unberechtigte Gebührenforderungen); 2) das Erwecken falscher Vorstellungen (z.B. Werbung für Jobs mit 0190 - Nummern, Hervorrufen der Überzeugung, mit einem Geschäftsabschluss die Gewinnchancen erhöhen zu können) und 3) unlauteres und belästigendes Direktmarketing (z.B. unzulässige Telefonwerbung)

von § 7 Abs. 1 UWG ist und dieser wiederum auf § 3 UWG verweist.[98] Die Bagatellgrenze verlangt eine Wettbewerbshandlung, die einen Mitbewerber, den Verbraucher oder einen sonstigen Marktteilnehmer "nicht nur unerheblich" beeinträchtigt. Wörtlich führt die Gesetzesbegründung dazu aus, "dass die Wettbewerbsmaßnahme von einem gewissen Gewicht für das Wettbewerbsgeschehen und die Interessen der geschützten Personenkreise sein muss".[99] Diesbezüglich bestehen keine Bedenken.

Das Gesetz erkennt unterschiedliche Anforderungen an die Einwilligung. Bei einer Werbung mit Telefonanrufen wird auf die sogenannte mutmaßliche Einwilligung abgestellt. Es ist daher ein besonderes vermeintliches mutmaßliches Interesse des Angerufenen zu erkennen, das zu einer Einwilligung führt. Es reicht nicht aus, dass der Anrufer ein besonders günstiges Angebot unterbreiten kann oder einen bestimmten Bedarf beim Angerufenen annimmt. Bei einer Werbung per Telefax, Anrufmaschinen oder E-Mail reicht die mutmassliche Einwilligung nicht aus. In diesen Fällen muss gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine konkrete Einwilligung des Adressaten tatsächlich vorliegen.

Auf Grund der hohen Anforderung an die tatsächliche Einwilligung des Empfängers der Werbung bieten sich verschiedene Modelle an, eine entsprechende Einwilligung zu erhalten. Vorformulierte Einwilligungserklärungen, z. B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind problematisch. Die Rechtsprechung sieht in vorformulierten Einwilligungserklärungen, wie bspw. bei Vertragsabschlüssen, stets einen Verstoß gegen ein Verbot der unangemessenen Benachteiligung.[100] Dies ist bspw. dann der Fall, wenn der Kunde bei Vertragsabschluss die Möglichkeit hat, in dem Vertrag anzukreuzen, ob er weitere telefonische Beratung wünscht oder nicht wünscht. Eine rechtswirksame Möglichkeit, eine Einwilligung seines Kunden in die Zusendung weiterer Informationen zu erhalten, besteht bei Vertragsabschlüssen wohl nur dann, wenn der Kunde explizit und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er sein Einverständnis in den Erhalt weiterer Informationen erteilt. Der entsprechende Hinweis, dass der Kunde ein Einverständnis zu dem Erhalt weiterer Werbung erteilt, kann daher - so der Praxistipp - gar nicht deutlich und transparent genug mitgeteilt werden. Eine ausdrückliche Einwilligung liegt bei Verbrauchern jedenfalls dann unproblematisch vor, wenn diese um einen Rückruf bitteln oder bei der Aufnahme des Geschäftskontaktes erklärt haben, mit einer telefonischen Betreuung einverstanden zu sein. Problematisch sind stillschweigende Einwilligungen, bei denen der Verbraucher bspw. seine Telefonnummer in Telefonbüchern oder Visitenkarten bekannt gibt.

Fühlt sich der Empfänger eines Telefaxes oder einer E-Mail belästigt, besteht

---

[98] BT-Drucks 15/1487, S. 21.
[99] BT-Drucks 15/1487, S. 17.
[100] BGH Urteil vom 27.01.2000 – I ZR 241/97 – „Telefonwerbung VI“, JurPC Web-Dok. 144/2000, Abs. 20 f., CR 2000, 596.

auch bei Gewerbebetrieben als Empfänger immer die Gefahr, dass das Handeln wettbewerbswidrig ist oder aufgrund allgemeiner rechtlicher Grundsätze zu unterlassen ist. Nach einer aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes[101] hat allein der Versender zu beweisen, ob ein die Wettbewerbswidrigkeit ausschließendes Einverständnis des Empfängers vorliegt. In diesem Zusammenhang wird immer wieder gerne übersehen, dass ein entsprechendes Einverständnis natürlich gegenüber dem Versender der Werbung erteilt werden muss. Hat der Unternehmer die E-Mail-Adresse bspw. nicht von dem Kunden selbst, sondern irgendwo gekauft, liegt insofern kein Einverständnis vor.

Hinsichtlich der E-Mail-Werbung trifft § 7 Abs. 3 UWG eine Sonderregelung. Eine unzumutbare Belästigung bei einer E-Mail-Werbung ist nicht anzunehmen, wenn vier Voraussetzungen eingehalten worden sind:

- Der Unternehmer muss im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung die E-Mail-Adresse des Kunden erhalten haben. Die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung ist somit grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Versender die E-Mail-Adresse von Dritten erhalten hat. Wichtig ist auch, dass tatsächlich ein Vertragsschluss erfolgt sein muss. Hat der Versender schon vorher in irgendeinem Zusammenhang von dem E-Mail-Empfänger dessen Adresse erhalten, kam es jedoch nicht zu einem Vertragsschluss, gilt die Ausnahmeregelung nicht.

- Der Unternehmer muss die Adresse zu der Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwenden.

  Es muss sich daher zwangsläufig um eigene Produkte handeln. Die Weitergabe der E-Mail-Adresse an Dritte oder die Verwendung der E-Mail-Adresse zur Direktwerbung für Produkte Dritter ist daher ausgeschlossen. Zudem muss eine gewisse Ähnlichkeit zu dem bereits gekauften Produkt bestehen. Die Ähnlichkeit bezieht sich auf den typischen Verwendungszweck oder den Bedarf des Kunden. Insbesondere können hierzu auch funktionell zusammengehörige Produkte, wie z.B. Zubehör oder Ergänzungen gehören. Wer bspw. einen Computer gekauft hat, könnte Interesse an einem weiteren Zubehör, wie einer anderen Festplatte, einem DSL-Anschluss oder einem Monitor haben.

.

- Der Kunde darf der Verwendung der E-Mail-Adresse nicht widersprochen haben.

- Der Kunde muss bei der erstmaligen Speicherung der E-Mail-Adresse, sowie bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen werden, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann.

[101] BGH Urteil vom 11.03.2004 - Az.: I ZR 81/01, NJW 2004, 1655=CR 2004, 445.

Die letzte Voraussetzung für die Zulässigkeit einer E-Mail-Werbung hat es in sich. Letztlich muss der Kunde schon bei der erstmaligen Kontaktaufnahme bzw. der erstmaligen Überlassung seiner E-Mail-Adresse darauf hingewiesen worden sein, dass er ihrer Verwendung jederzeit widersprechen kann.

Da im Grunde erst nach der Neufassung des UWG im Juli 2004 bzw. der davor schon geltenden EU-Datenschutzrichtlinie, diese Voraussetzungen bekannt waren, ist die Verwertung von Adressaltbeständen außerordentlich problematisch.

Liegt ein derartiger Nachweis vor, ist der Unternehmer verpflichtet, bei jeder Nutzung der E-Mail-Adresse klar und deutlich darauf hinzuweisen, dass der Kunde zukünftig der Verwendung seiner E-Mail-Adresse für Werbezwecke widersprechen kann. Dies geschieht klassischer Weise, indem man am Ende einer Werbe-E-Mail darauf hinweist, an wen sich der Kunde wenden kann, wenn er keine weitere Werbung wünscht. Für diese Mitteilung dürfen dem Kunden nur die Standardübermittlungskosten entstehen, wie sie bspw. bei einer Internetverbindung möglich sind. Eine kostenpflichtige Möglichkeit der Abbestellung über Mehrwertdienstnummern ist in diesem Zusammenhang nicht zulässig.

Grundsätzlich empfiehlt es sich daher bspw. bei einem Onlineauftritt, den Kunden bei einer Bestellung deutlich und ordnungsgemäß darauf hinzuweisen, dass man beabsichtigt, seine E-Mail-Adresse weiter zu verwenden. Unbedingt erforderlich wird es sein, dieses Einverständnis auch entsprechend zu protokollieren und abzuspeichern.

dd) Ausnahme für Angebote

Nach der Rechtsprechung sind die für Werbung geltenden Überlegungen nicht auf ein Angebot zum Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages anzuwenden. Eine Werbung stelle grundsätzlich kein Angebot zum Abschluss eines Vertrages dar, sondern beinhalte in der Regel lediglich eine invitatio ad offerendum. Diese Differenzierung führe auch nicht dazu, dass eine E-Mail-Werbung in Gestalt von Angeboten betrieben werde. Die rechtliche Bindung, welche ein Angebot erzeugt, stelle eine ausreichende Schranke dar, um dieser Gefahr zu begegnen.[102]

Grundsätzlich ist dieser Einordnung zuzustimmen. Zwischen einer Werbung und einem bindenden Angebot besteht ein Unterschied, welcher die Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es ist aber zumindest zweifelhaft, ob der Gefahr, dass E-Mail-Werbung künftig in Gestalt von Angeboten betrieben wird, tatsächlich durch die rechtliche Bindungswirkung des Angebots eine ausreichende Schranke gesetzt wird.

Die rechtliche Bindung hat für den Werbenden nur dann eine negative und

[102] LG Kiel Urteil vom 20.06.2000, DuD 2000, 737, 739.

somit einschränkende Wirkung, wenn dieser dem Angebot nicht nachkommen kann, sich also schadensersatzpflichtig macht. Solange er aber der rechtlichen Verpflichtung nachkommen kann, also den Vertrag erfüllen kann, ist die Wirkung für den Werbenden nur positiv.

Offensichtlich existiert die Schranke nicht, wenn das Angebot unbegrenzt ist. Dieser Fall ist besonders im Internet denkbar, so z. B., wenn es sich bei der Ware um eine Software handelt, welche mit Hilfe des Internets heruntergeladen werden muss. Aber auch in dem Normalfall, bei dem die angebotene Ware mengenmäßig begrenzt ist, ist die einschränkende Wirkung der rechtlichen Bindungswirkung des Angebots eher begrenzt. Selbst wenn aufgrund der Begrenztheit des Angebots die Lieferung nicht möglich ist, ist es äußerst zweifelhaft, dass der Kunde, welcher den schnellen, einfachen und billigen Weg des Internets zum Vertragsabschluss gewählt hat, den Klageweg sucht, der insbesondere im internationalen Kontext mit erheblichen Kosten und geringen Erfolgschancen verbunden sein kann. Ferner ist zu beachten, dass der Werbende ohne weiteres sein Angebot derart formulieren kann, dass die Risiken, auf Schadsenersatz in Anspruch genommen zu werden ausgeschlossen sind. So kann er sich lange Lieferfristen ausbedingen, sein Angebot zeitlich begrenzen oder sein Angebot mit einer Klausel wie „solange der Vorrat reicht“ versehen.

Unabhängig davon läuft die Schranke aus Sicht des Empfängers und Verbrauchers ohnehin leer. Er kann sich nur gegen die „werbenden Angebote“ wehren, indem er sie annimmt und so den Versender eventuell auf Schadenersatz in Anspruch nehmen kann. Dabei läuft er aber immer Gefahr, dass er die Ware erhält, obwohl er sich eigentlich nur gegen die Zusendung der Angebote, welche sich in ihren Auswirkungen von einer normalen E-Mail-Werbung nicht unterscheiden, wehren wollte.

Letztlich kann es aber dahingestellt bleiben, ob die einschränkende Wirkung wirklich besteht. Die Umgehungsgefahr ist ohnehin ausgeschlossen, da bei der Beurteilung, ob ein Angebot vorliegt oder nur eine nicht bindende „invitatio ad offerendum“, der Empfängerhorizont maßgeblich ist. Solange aber die Nachricht eines für den Empfänger Unbekannten nicht persönlich an ihn gerichtet ist, sondern nur einen allgemein gehaltenen Textkörper enthält, ist diese ebenso wie Auslagen in Schaufenstern oder Werbungen in Zeitungen nicht als Angebot anzusehen. Ebenso wenig wie ein an „alle Haushalte“ gerichteter Werbebrief ein Angebot darstellt, ist eine E-Mail, welche sich wie in dem Fall, der dem LG Kiel vorlag, an den „Internet-User“ richtet, als ein Angebot zu qualifizieren.

3. Zusammenfassung

Die unerwünschten Werbemails stellen für die Verwendung des Internets, insbesondere in dem Geschäftsbereich, ein ernsthaftes Problem dar. Bereits der Versand einer einzigen Werbe-E-Mail ist wettbewerbswidrig, wenn sich der

Werbende über den erklärten Willen des Empfängers, von einer E-Mail-Werbung verschont zu bleiben, hinwegsetzt. Der Erhalt einer E-Mail-Werbung trotz Widerspruchs überschreitet daher das dem Werbeadressaten noch zumutbare Maß an Belästigung. Im Übrigen tritt die mit dem Empfang von Werbe-E-Mails verbundene Belästigung nicht schon bei einer einzigen unerwünschten E-Mail auf; vielmehr überschreitet die Belästigung das zumutbare Maß erst dann, wenn maßenweise E-Mails an einen E-Mail-Account gesendet werden. Aus diesem Grund gewinnt bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der E-Mail-Werbung der Aspekt der Nachahmungsgefahr durch Mitbewerber an Bedeutung. Aufgrund der Eigenart des Werbemittels, mit einem geringen finanziellen Aufwand weltweit unzählige Adressaten zu erreichen, ist zu befürchten, dass es bei einer Gestattung der unverlangten Zusendung von Werbe-E-Mails zu einer Überflutung der E-Mail-Accounts mit Werbebotschaften kommt. Eine unzumutbare Belästigung der E-Mail-Nutzer wäre die Folge: der Empfang einer E-Mail-Werbung verursacht bei dem Adressaten Kosten in Form von Providergebühren, die für die Zeit anfallen, in der er die E-Mails oder deren Kopfzeilen auf seinen Computer herunterlädt. Da der dem Nutzer von dem Internet-Provider eingeräumte Speicherplatz für eingehende E-Mails begrenzt ist, besteht des weiteren die Gefahr, dass der Eingang großer Mengen werbender E-Mails die Mailbox verstopft. Die Werbung kann somit dazu führen, dass der Empfänger an der bestimmungsgemäßen Nutzung des für seine eigenen Zwecke angeschafften Kommunikationsmittels gehindert ist. Ferner zwingt der Werbende den Empfänger dazu, Zeit und Mühe aufzuwenden, um die unerwünschte Werbung auszusortieren und zu vernichten.

Bei der unzulässigen Zusendung einer E-Mail-Werbung kann der einzelne Werbeadressat unter Umständen einen auf die §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog gestützten zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend machen.

Durch das neue UWG wurde das deutsche wettbewerbliche Lauterkeitsrecht weiter liberalisiert. Nach der Neufassung des Gesetzes richtet sich die Zulässigkeit von Werbe-Mails nach dem Opt-In-Modell. D. h., Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post ist nur zulässig, sofern der Empfänger zuvor eingewilligt hat (§ 7 UWG). Fehlt die Einwilligung, so ist die Werbemaßnahme als eine unzumutbare Belästigung wettbewerbswidrig. Einen eigenen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch hat der Empfänger jedoch nicht. Für Spam gilt insbesondere § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG. Falsche Adressen oder eine verschleierte Identität ist demzufolge unzulässig. Es muss zumindest ein Absender vorhanden sein, bei dem der Empfänger die Werbung abbestellen kann. In dem geschäftlichen Verkehr sind Werbe-E-Mails möglich, sofern der Absender seine Annahme des Einverständnisses aus den Umständen und Aktionen des Empfängers ableiten durfte.[103]

[103] Bei einer bestehenden Geschäftsverbindung zwischen einem Werbetreibenden und einem Unternehmer jedoch dürfte in der Regel ein Einverständnis mit E-Mail-Werbung ohnehin zu

Die neue Generalklausel des § 3 UWG untersagt unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb nicht unerheblich zu beeinträchtigen. Das Verlangen eines „nicht unerheblichen Wettbewerbsverstoßes“ blendet Bagatellverstöße aus dem Anwendungsbereich des UWG aus. Es bleibt aber abzuwarten, ob hier eine Überschreitung der Bagatellgrenze ähnlich großzügig bejaht wird. Der Gesetzgeber jedenfalls ist einer niedrigen Schwelle gegenüber nicht abgeneigt.[104] Zu beachten ist bei § 3 UWG weiter, dass der Wortlaut keine subjektiven Tatbestandsmerkmale verlangt. Die Entscheidung über etwaige subjektive Anforderungen hat der Gesetzgeber bewusst Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überantwortet.[105]

Da alle Fälle eines unlauteren Wettbewerbs auf der Generalklausel des § 3 UWG beruhen, knüpft auch das Kapitel 2 des Gesetzes (Rechtsfolgen) an das Zuwiderhandeln gegen § 3 UWG an. Wer dem § 3 UWG zuwiderhandelt, kann gem. § 8 Abs. 1 UWG auf Beseitigung und bei einer Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche einzelner Verbraucher sind nicht vorgesehen.

Die Rechtslage in Deutschland verlangt im Ergebnis eine Opt-In-Lösung. Dabei wird aufgrund differenzierter Beurteilungskriterien untersucht, ob der Empfänger mit der Zusendung einverstanden ist bzw. sein Einverständnis etwa im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung vermutet werden kann. Im geschäftlichen Verkehr sind Werbe-E-Mails möglich, sofern der Absender seine Annahme des Einverständnisses aus den Umständen und Aktionen des Empfängers ableiten durfte.

---

vermuten sein, so dass eine Inanspruchnahme des Werbetreibenden schon an der fehlenden Rechtswidrigkeit scheitert.

[104] Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks 15/1418, S. 17.

[105] Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks 15/1487, S. 40.

§ 7. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Problemstellung

1. Einbeziehungsvereinbarung

Die Vertragsbedingungen elektronisch abgeschlossener Bestellungen werden regelmäßig nicht individuell von den Parteien ausgehandelt, sondern mittels vorformulierter Erklärungen auf der Website vom Anbieter festgelegt. Die technisch bedingten Restriktionen bedeuten einen Eingriff in die Vertragsfreiheit, die vom Kunden mangels Alternative bewusst oder unbewusst hingenommen werden. Diesen Umstand machen sich Anbieter von Waren- oder Dienstleistungen im Internet zu Nutze, die den Vertrag in der Regel nicht ohne ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) abschließen möchten. Stellen von Vertragsbedingungen bedeutet, dass der Verwender die Einbeziehung in den Vertrag verlangt und dem Vertragsgegner ein konkretes Einbeziehungsangebot macht.

Zur Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag bedarf es einer vertraglichen Abrede. Deren Besonderheit besteht darin, dass die AGB nicht inhaltlich ausgehandelt werden, sondern lediglich ihre Geltung vereinbart wird. Sie werden nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn beide Parteien mit ihrer Geltung einverstanden sind. Hierfür hat sich die Bezeichnung Einbeziehungsvereinbarung durchgesetzt. Laut § 305 Abs. 2 BGB hat der Verwender den Vertragsgegner ausdrücklich auf die AGB hinzuweisen (Nr. 1) und diesem die Möglichkeit zu verschaffen, von ihrem Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen (Nr. 2). Die Regelung begründet Obliegenheiten des Verwenders, von deren Erfüllung zwar nicht der Vertragsabschluss als solcher, wohl aber die vertragliche Einbeziehung der AGB abhängt. Mangels Einbeziehungsvereinbarung finden die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung.

2. Anwendung der AGB für Verbraucherverträge

Nach der Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten die Vertragsbedingungen bei Verbraucherverträgen als vom Unternehmer gestellt. Zugleich bestätigt die Regelung die Interpretation, die das Merkmal des „Stellens“ durch die h. M. und Rechtsprechung erfahren hat. Danach ist für das „Stellen“ von AGB nur erforderlich, dass eine Vertragspartei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen vorschlägt. Nicht erforderlich ist, dass die Vertragsbedingungen dem anderen Teil auferlegt oder einseitig durchgesetzt werden, wenn dies auch in der Praxis häufig vorkommen dürfte. Die Regelung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB bringt für den elektronischen Vertragsabschluss insgesamt wenig Neues.

Gleiches gilt für die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der AGB durch § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf vorformulierte Einzelverträge, soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Dies bedeutet, dass auch die vorformulierten Individualverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern wesentlichen Bestimmungen der AGB unterliegen. Das Problem fehlender Einflussmöglichkeit auf den Inhalt ist beim

elektronischen Vertragsabschluss aufgrund der aufgezeigten positiven und negativen Restriktionen zweifellos gegeben. In der Praxis des Online-Handels spielen vorformulierte Einzelverträge jedoch praktisch keine Rolle, da es sich durchweg um für eine Vielzahl von Verträgen formulierte Vertragsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt.

II. Ausdrücklicher Hinweis und Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB)

Für die Einbeziehung von AGB im Online-Bereich sind zunächst bestimmte allgemeine Anforderungen zu erfüllen.[1] Dazu gehören der Hinweis auf die AGB und die zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit. Die Einbeziehung in den Vertrag erfordert gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass der Verwender auf seiner Website oder außerhalb der Website in seiner Willenserklärung ausdrücklich auf die AGB hinweist. Die vom Gesetz vorgesehene Alternative eines „deutlich sichtbaren Aushangs“ macht im Internet keinen Sinn und greift zudem nicht, da es keine „unverhältnismäßigen Schwierigkeiten“ bereitet, online auf die AGB hinzuweisen.[2] Ausdrücklich ist der Hinweis des Verwenders auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen im vorformulierten Antragsformular nur dann, wenn er so angeordnet und gestaltet ist, dass er von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden kann.[3] Dies kann bei verstecktem oder nicht klar verständlichem Hinweis auf einer Website zur Ungültigkeit der AGB führen. Dem Erfordernis eines ausdrücklichen Hinweises ist nur dann Genüge getan, wenn der Hinweis **unmissverständlich** und **in nicht zu übersehender Weise** erfolgt.[4]

Unproblematisch ist eine Bezugnahme des Verwenders auf seine AGB bei dem „interaktiven shopping“. Hierunter fallen diejenigen Erscheinungsformen des elektronischen Vertragsabschlusses, bei denen die Präsentation der Waren oder Dienstleistungen und der Vertragsabschluss als solcher über das gleiche Medium erfolgen, wie beispielsweise über das Internet. Nicht erforderlich ist dagegen eine unmittelbare Dialogmöglichkeit. Es genügt, wenn das vom Anbieter vorformulierte und dem Verbraucher übermittelte Bestellformular eine deutliche und unmissverständliche Einbeziehung der AGB enthält.[5] Der Hinweis in geeigneter Form ist im Internet problemlos durch einen deutlich sichtbaren Hyperlink möglich, den der Kunde anklicken kann, woraufhin die auf einer anderen Website gespeicherten AGB aufgerufen werden. Darüber hinaus muss der Verwender ausdrücklich darauf hinweisen, dass der Vertrag unter Zugrundelegung seiner AGB abgeschlossen werden soll und welche Klauseln Vertragsinhalt werden sollen.[6] Auch bei Einladungen zum Vertragsabschluss

---

[1] Borges, S. 282 ff.
[2] Köhler/Arndt, Recht des Internet, III 4. a.
[3] BGH Urteil vom 18.06.1986, NJW-RR 1987, 113.
[4] Vgl. Waldenberger, Multimediarecht, Kap. 13.4 Rn. 175.
[5] Vgl. auch LG Essen Urteil vom 13.02.2003 - Az. 16 O 416/02, NJW-RR 2003, 1207: Allgemeine Geschäftsbedingungen können über einen Link im Bestellvorgang wirksam in den Vertrag miteinbezogen werden.
[6] OLG Nürnberg Urteil vom 21.03.1990, WM 1990, 1371.

oder bei Vertragsangeboten des Verwenders, die dem Kunden in der Regel per E-Mail übermittelt werden, ist stets der ausdrückliche Hinweis auf die AGB erforderlich.

Muss der Kunde für die Bestellung das Medium wechseln, da die Präsentation der Ware bzw. Dienstleistungen und der Vertragsabschluss getrennt erfolgen, reicht ein Hinweis auf die Geltung der AGB bei der Präsentation der Waren nicht aus, damit das Angebot des Kunden als Bezugnahme auf die AGB des Verwenders zu verstehen ist. Wegen der Flüchtigkeit der Präsentation am Bildschirm kann die Kenntnisnahme des Kunden bei der Bestellung nicht erwartet werden. Erforderlich ist ein erneuter und unmissverständlicher Hinweis anlässlich des separaten Vertragsabschlußes. Dabei können die Kunden die Bestellung per Telefon, Fax oder aber per E-Mail aufgeben. Im ersten Fall kommt ein erneuter Hinweis des Telefondienstes des Unternehmers anlässlich des zum Vertragsabschluss führenden Telefonats in Betracht, während eine wirksame Einbeziehung von AGB bei der gesonderten Bestellung per Fax oder E-Mail bereits an der fehlenden Hinweismöglichkeit des Verwenders scheitert. Komplizierter als das Erfordernis des ausdrücklichen Hinweises auf die Einbeziehung der AGB ist aber die regelmäßig fehlende Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB.

1. Hinweis bei Vertragsabschluss

Der Hinweis auf die AGB im Hauptmenü der Homepage des Anbieters genügt nicht.[7] Der Kunde wird, wenn die Geschäftsbedingungen nur am Anfang erwähnt werden, alsbald diesen Hinweis aus den Augen verlieren und sich im Zeitpunkt der Bestellung hieran kaum noch erinnern können.[8] Notwendig ist der Hinweis in direktem zeitlichen Zusammenhang mit der Bestellung. Unabhängig davon, wer das Angebot zum Vertragsabschluss unterbreitet, ist der maßgebliche Zeitpunkt der Moment, in dem das Bestellformular bzw. die Vertragsschlussmaske vom Verbraucher abgerufen wird. Um den Anforderungen des Gesetzes gerecht zu werden, sollte der ausdrückliche und deutliche Hinweis bei interaktiven Websites daher in das Auftragsformular integriert oder der Bestellschaltfläche unmittelbar vorangestellt werden.[9] Bei passiven Websites, die über keine integrierte Bestellfunktion verfügen, muss der Nutzer regelmäßig auf anderem Wege mit dem Anbieter in Kontakt treten. Er wird dies entweder schriftlich oder per E-Mail tun.

Der Hinweis hat jedenfalls spätestens oberhalb des Bestellbuttons zu erfolgen. Findet sich der Hinweis erst unter dem Bestellbutton, erfolgt dieser unter zweierlei Gesichtspunkten grundsätzlich verspätet. Zum einen kann es vorkommen, dass der Hinweis auf Grund der Bildschirmauflösung beim abschließenden Klick gar nicht bzw. erst durch Scrollen sichtbar war und daher dem Nutzer nicht zur Kenntnis gelangen musste. In diesem Fall hilft es auch nicht, wenn der Hinweis besonders deutlich, etwa durch auffallende Farben,

[7] Borges, S. 280.
[8] Köhler/Arndt, Recht des Internet, S. 85; Hoffmann, Beil. zu NJW H. 14/2001, 10.
[9] OLG Hamm Urteil vom 14.12.2000, NJW 2001, 1142.

Blinken oder andere optische Mittel hervorgehoben wurde.[10] Zum anderen entspricht das Betätigen des Bestellbuttons einer Unterschrift auf einer Vertragsurkunde und besitzt eine Art Abschlussfunktion. Das endgültige Auslösen der Bestellung schließt die Erklärung räumlich ab und macht deutlich, dass keine weiteren Erklärungen mehr folgen sollen, diese also vollständig ist. Durch diesen Vorgang hebt sich der bloße Entwurf vom Vertrag ab und erlangt Verbindlichkeit. Für den Nutzer macht es dabei keinen Unterschied, dass es sich in Wahrheit nicht um den Vertragsabschluss an sich, sondern nur um die Erstellung eines Angebots handelt.

Zweifelsohne ist der Hinweis verspätet, welcher sich in der Bestätigung des Zugangs einer elektronischen Vertragserklärung befindet. Diese Bestätigung stellt eine bloße Wissenserklärung dar und soll lediglich den erfolgreichen Zugang des elektronischen Angebots bekunden. Als Annahme gilt sie nur dann, wenn dies eindeutig aus ihrem Inhalt hervorgeht.

Wenn der Kunde zwingend mit den AGB konfrontiert wird, indem die AGB dem Bestellbutton auf der gleichen Bildschirmseite unmittelbar vorangestellt werden, so ist dies unbedenklich, da der Kunde diese zwangsläufig über den Bildschirm laufen lassen muss, um zum Auftragsformular zu gelangen.[11] Der Hinweis ergibt sich dann bereits daraus, dass die AGB in den dem Kunden vorliegenden Vertragstext integriert sind. Damit steht zugleich eindeutig fest, welche Klauseln Vertragsinhalt werden, da der Kunde durch Mausklick unmittelbar auf die Seite mit den geltenden Geschäftsbedingungen geführt wird.

2. Möglichkeit der Kenntnisnahme

Die Möglichkeit der Kenntnisnahme setzt voraus, dass der Kunde die AGB bei der Abgabe seiner Willenserklärung tatsächlich verstehen kann. Bei elektronischen Vertragsabschlüssen ist die Kenntnisnahme zumindest immer dann möglich, wenn die AGB auf der Website des Verwenders abrufbar sind. Die auszugsweise Darstellung[12] oder der Hinweis des Verwenders auf der Website, die Einsichtnahme sei im Katalog möglich[13], sind nicht ausreichend. Ebenfalls ist es nicht hinreichend, wenn der Verwender, um vordergründig den Anforderungen des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu genügen, auf dem Bestellformular dem Bestellbutton einen Hinweis auf die AGB voranstellt, diese aber von dort nicht abgerufen werden können. Der Kunde muss in diesem Fall nach dem Ausfüllen des Bestellformulars mühsam zur Startseite zurückblättern, um dort nach dem entsprechenden Verweis auf die AGB zu suchen. Es fehlt an der Möglichkeit, die Bedingungen bei Abgabe der Erklärung einsehen zu können. Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass der Kunde in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Bestellung auf die AGB des Verwenders

[10] Das OLG Hamburg sah es in der Entscheidung vom 13.06.2002 ebenfalls als maßgeblich an, dass sich der Hinweis an einer Stelle befindet, die zwangsläufig von jedem Kunden wahrgenommen wird, OLG Hamburg Urteil vom 13.06.2002 - 3 U 168/00, CR 2002, 915=MMR 2002, 677.
[11] Koehler, MMR 1998, 291.
[12] BGH Urteil vom 14.02.1991, NJW-RR 1991, 727.
[13] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 47.

hingewiesen werden muss, die er sogleich per Hyperlink abrufen kann; ob er die AGB liest oder nicht, ist grundsätzlich unbedeutend.[14] Im Zweifel trifft die Beweislast für die Möglichkeit der Kenntnisnahme den Verwender.[15]

Denkbar ist, ob der Kunde auf die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme verzichten kann. Dies ist m. E. nicht zu bejahen. Ein formularmäßiger Verzicht ist grundsätzlich ausgeschlossen.[16] Jedoch ist ein individueller Verzicht auch nicht möglich. Das Gesetz will verhindern, dass der AGB-Verwender, der die Vertragsgestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt, den anderen Teil unangemessen benachteiligt. Bei einem zulässigen Verzicht auf die Förmlichkeit des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB wäre dieser weitgehend schutzlos gestellt.[17] Der Kunde soll die Wahl haben, ob er von der Möglichkeit der Kenntnisnahme Gebrauch machen will. Im Unterschied zum fernmündlichen Vertragsabschluss, bei dem die Problematik überwiegend diskutiert wird, besteht beim elektronischen Vertragsabschluss grundsätzlich immer die Möglichkeit, dem Kunden in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt der AGB zu verschaffen. Schließlich spielen Individualvereinbarungen bei der elektronischen Bestellung so gut wie keine Rolle.

3. Zumutbarkeit

Aus § 305 Abs. 2 BGB resultieren allgemeine Mindestvoraussetzungen für die Gestaltung von AGB-Texten. Was dem Kunden zumutbar ist, richtet sich grundsätzlich nach den Umständen bei Vertragsabschluss und nach den Bedürfnissen der beteiligten Kundenkreise. Für den Fall, dass der Nutzer die AGB vollständig studieren möchte, bietet der Fernabsatz Vorteile, die bei der Beurteilung des zumutbaren Umfanges der elektronischen AGB berücksichtigt werden müssen. Vielmehr kann der Nutzer die AGB downloaden und wenn nötig auch offline in aller Ruhe durcharbeiten. Eine Überrumpelungssituation ist im Internet nicht vorstellbar. Dieser Umstand spricht sogar für die Zulässigkeit umfangreicherer AGB bei Rechtsgeschäften, die über elektronische Medien abgeschlossen werden.

Das Risiko ungeklärter Themenbereiche ist für alle Unternehmer dasselbe und unabhängig von der Höhe der einzelnen Transaktionen, da ein Anbieter von Waren geringen Wertes eben eine höhere Stückzahl verkaufen muss, um wirtschaftlich überlebensfähig zu bleiben. Für den Käufer hingegen hängt das Risiko tatsächlich vom Wert der Einzeltransaktion ab. Er kann dabei aber selbst entscheiden, ob etwaige, ihm nachteilige Klauseln in den AGB für seine Situation so einschneidend wären, dass er darauf vorbereitet sein muss. Bei Geschäften mit einem geringen Volumen wird der herkömmliche Käufer ohnedies meist darauf verzichten, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu lesen, oder zumindest nur die für ihn wichtigen Informationen (anhand der Überschriften) herausfiltern. Davon ging auch das Landgericht Berlin in der

[14] Waldenberger, Multimediarecht, Kap. 13.4 Rn. 176.
[15] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 66.
[16] BGH Urteil vom 24.03.1988, NJW 1988, 2108.
[17] Müller, MDR 1997, 608.

Entscheidung vom 17.09.2002[18] aus, in der es feststellte, dass den Informationspflichten in den AGB nicht nachgekommen werden kann. Die AGB-Seiten werden nämlich viele Kunden gar nicht anklicken, weil bei Geschäften des täglichen Lebens über geringpreisige Gegenstände die AGB regelmäßig nicht von Interesse sind.

Aus den genannten Gründen sollte die Bedeutung des Geschäftstyps für die Beurteilung des zumutbaren Umfanges von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr Gewicht haben als die übrigen Kriterien der Zumutbarkeit. Eine Gesamtbetrachtung der AGB im konkreten Einzellfall ist unumgänglich.

III. Einbeziehung von AGB im Internet

1. Bezug zu einem konkreten Vertrag

Der Hinweis auf die AGB muss bei Geschäften mit Verbrauchern Bezug zu einem konkreten Vertrag haben. Der herkömmliche Besucher eines Webshops interessiert sich in der Regel lediglich für eine bestimmte Warengruppe oder gar nur für ein einzelnes Produkt. Hat der Nutzer das gesuchte Angebot gefunden, wird er andere Websites oder Menüpunkte nicht mehr beachten. Aber für den Fall, dass Interesse am gesamten Webangebot eines E-Händlers besteht und der Nutzer beim Besuch sämtlicher Websites irgendwann auf den Hinweis auf die AGB stößt, ist dieser von der Abgabe des bindenden Angebots zeitlich zu weit entfernt und daher bedeutungslos. Von einem Nutzer kann nicht erwartet werden, dass er sich noch vor seiner Kaufentscheidung - beim „Stöbern“ im Angebot - mit Bestandteilen eines möglichen Vertragsabschlusses auseinandersetzt.[19] Empfehlenswert ist es daher den Hinweis auf die Einbeziehung der AGB auf einer Website zu platzieren, die der Käufer zwingend unmittelbar vor der Abgabe seiner Willenserklärung besuchen muss. Dazu bietet sich jene Seite besonders an, auf der der Kunde seine Bestelldaten angibt. Ist der Hinweis vor dem Bestellformular zu finden, entgeht man auch dem Risiko, dass durch das Setzen eines Deep-Links die Seite übersprungen wird, auf der die AGB in den Vertrag einbezogen werden. Am kundenfreundlichsten ist es natürlich, den Hinweis gleich zu Beginn des Bestellformulars zu setzen, da in diesem Fall der Käufer vor dem Ausfüllen sämtlicher Felder auf die Vertragsbestimmungen trifft und sich mit diesen auseinandersetzen kann.[20] Eine gesetzliche Verpflichtung dazu besteht jedoch nicht. Zusammenfassend: Setzt der Verwender auf seiner Website einen Hyperlink, so ist jedoch erforderlich, dass der Verbraucher problemlos und direkt die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf seinem Computer abrufen, in wiedergabefähiger Form speichern und später am Bildschirm des Computers wieder darstellen kann. Für eine positive Geltungskontrolle beim Verbrauchergeschäft ist lediglich

[18] Landgericht Berlin Urteil vom 17.09.2002 - 103 O 102/02, CR 2003, 139=MMR 2003, 202f.
[19] Auch nach Ansicht des OLG Hamburg in der Entscheidung vom 13.06.2002, genügt es nicht, dass der Vertragspartner lediglich die Möglichkeit hat, bei seiner Recherche im Internet-Auftritt auf die AGB des Verwenders zu stoßen, OLG Hamburg Urteil vom 13.06.2002 - 3 U 168/00, CR 2002, 915=MMR 2002, 677.
[20] Waldenberger, Multimediarecht, Kap. 13.4 Rn. 176.

obligatorisch, dass sich der Hinweis auf einer Website befindet, die in konkretem Bezug zu dem Vertragsabschluss steht und vor der Bestellung aufgerufen werden muss. Muss er sich dagegen durch die Websites des Verwenders „durchhangeln“ und gelangt er erst nach mehreren Links zum eigentlichen AGB-Text, so ist ihm dessen Kenntnisnahme nicht mehr zumutbar.[21]

Etwas weniger streng sind die Anforderungen an die räumliche Stellung des Hinweises im B2B-Bereich. Ein geschäftserfahrener Kunde weiß bzw. muss auf Grund seiner Erfahrung wissen, dass Massenverträgen AGB zu Grunde liegen. An seine Aufmerksamkeit und Sorgfalt können daher höhere Anforderungen gestellt werden als bei Verbrauchern. Von einem geschäftserfahrenen Kunden kann nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er den Hinweis auf die AGB wahrnimmt, auch wenn er nicht in Bezug zu einem konkreten Vertrag steht. Für Verträge mit Kaufleuten reicht es demnach aus, wenn der Hinweis sich in der Basisnavigationsleiste befindet und diese beim Aufruf jeder Website zur Verfügung steht. Unzureichend ist es hingegen auch im B2B-Bereich, wenn der Hinweis lediglich auf der Homepage des Anbieters zu finden ist, da der Einstieg zu einem Webshop nicht zwingend über diese erfolgen muss. Bestehen und Branchenüblichkeit eines Handelsbrauches sind Tatfragen und von dem zu beweisen, der sich auf sie beruft.

2. Die ausdrückliche Unterwerfungserklärung

Im Idealfall für den Verwender erklärt der Kunde mit eigenen Worten explizit und unmissverständlich, dass er der Geltung der AGB zustimmt. Tatsächlich wird das aber selten der Fall sein, weil Angebote über das Internet meist über Abfragemasken erfolgen und bei Massengeschäften individuelle, von Standardantworten abweichende Eingaben nicht vorgesehen sind. Könnte oder müsste der Kunde mit eigenen Worten seine Einwilligung erklären, käme der Verwender um die manuelle Kontrolle der Erklärung nicht umhin. Um das zu verhindern ist nach Methoden zu suchen, die gleichwertige und rechtswirksame Alternativen zum Idealfall darstellen. Willenserklärungen über Abfragemasken haben eine größere "Irrtumsanfälligkeit" als die vom Kunden frei formulierten.[22] Wenn der Kunde nur zwischen zwei oder mehreren zur Wahl stehenden Antworten wählen kann, ist der Kunde im Ausdruck seines Willens stark eingeschränkt. Aus diesem Grund zählt es zu den Schutzpflichten des Dienstanbieters, die Benutzeroberfläche einer Abfragemaske so übersichtlich zu gestalten, dass Erklärungsirrtümer des Kunden vermieden werden können.

Unterlässt der Dienstanbieter eine entsprechende technische Ausgestaltung des Webformulars und nimmt er das Angebot des Kunden ohne weiteres (etwa durch Zusendung der Ware) an, kommt der Vertrag ohne Geltung der AGB zustande. Nach Abschluss des Vertrages kann die Einbeziehung von AGB nur mehr durch eine Vertragsänderung erfolgen, welche der Zustimmung des Kunden bedarf. Dass dem Verwender diese Zustimmung in der Regel verwehrt bleiben wird, liegt auf Grund der für den Kunden meist nachteiligen Klauseln in den AGB

[21] Redeker, IT-Recht in der Praxis, S. 355.
[22] OLG Nürnberg Urteil vom 09.10.2002 - 12 U 1346/02, MMR 2003, 183.

wohl auf der Hand. Erkennt der Verwender den Mangel der Zustimmung jedoch rechtzeitig, bleibt ihm die Möglichkeit, eine Gegenofferte zu stellen und auf die Zustimmung des Kunden zu hoffen.

Ausdrücklich erfolgt die Willensäußerung weiterhin dann, wenn die Zustimmungserklärung als Link unter dem Hinweis erscheint und - um im Bestellvorgang weiter zu kommen - dieser zwingend betätigt werden muss. Bsp.: „Ich erkläre mich ausdrücklich einverstanden“. Formulierungen wie diese machen jedoch eine Willenserklärung - ohne verpflichtendes Tätigwerden des Kunden - keinesfalls zu einer ausdrücklichen. Stellt sich die obige Formulierung bloß als Text und nicht als weiterführender Link dar, kann allenfalls von einer stillschweigenden, nicht jedoch von einer ausdrücklichen Willenserklärung ausgegangen werden. Entscheidend ist, dass der Kunde durch nach außen hin erkennbare Handlungen seine Zustimmung zur Geltung der AGB äußert.

Großer und entscheidender Vorteil einer ausdrücklichen Unterwerfungserklärung ist, dass sich der Kunde im nachhinein nicht mit Erfolg auf das Vorliegen eines undeutlichen Hinweises berufen kann. Wo sich der Hinweis auch immer befunden hat, der Dienstanbieter kann auf Grund der ausdrücklichen Zustimmung darauf vertrauen, dass der Kunde auf ihn gestoßen ist. Fehlt es an einem deutlichen Hinweis, schadet dieser Mangel nur dann nicht, wenn die Geltung der AGB dem Kunden tatsächlich bekannt war. Das Vorhaben der verpflichtenden Abgabe einer ausdrücklichen Unterwerfungserklärung ist daher vor allem deshalb empfehlenswert, weil auf Grund tatsächlicher Kenntnis der Geltung der AGB dem Dienstanbieter die Beweisführung des deutlichen Hinweises erspart bleibt.

3. Die stillschweigende Unterwerfungserklärung

Liegt keine ausdrückliche Unterwerfungserklärung vor, ist zu prüfen, ob der Kunde seine Zustimmung durch solche Handlungen gegeben hat, die unter Berücksichtigung aller Umstände keinen begründeten Zweifel daran gebieten. Passives Verhalten oder bloßes Schweigen auf ein Angebot stellt mit wenigen Ausnahmen keine Annahmehandlung dar. Ein Verhalten hingegen, das nach dem Grundsatz von Treu und Glauben als Zustimmung gedeutet werden kann, gilt als Annahme des Angebots. Die Willenserklärung ist nach ihrem objektiven Erklärungswert dahingehend auszulegen, ob die AGB Bestandteil des Vertrags werden sollten. Basisvoraussetzung, um von einer stillschweigenden Unterwerfungserklärung ausgehen zu können, ist das gesetzeskonforme Setzen des Hinweises. Ein Handeln kann keinesfalls als Zustimmung ausgelegt werden, wenn nicht feststeht, dass der Kunde vom Verlangen auf Einbeziehung der AGB Kenntnis erhalten musste. Eine stillschweigende Unterwerfung kann aber auch dann vorliegen, wenn der Hinweis zwar nicht den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, der Verwender jedoch den Nachweis zu erbringen vermag, dass der Kunde tatsächlich vom Bestand der AGB wusste. Ist der Hinweis undeutlich oder versteckt angebracht, kann die Einbeziehung der AGB somit lediglich als Folge einer expliziten Erklärung oder der tatsächlichen Kenntnis des Kunden erfolgen.

Findet sich der Hinweis auf die Geltung der AGB in der oben genannten Weise und sendet ein Kunde daraufhin seine Bestellung vorbehaltlos ab, kann der Verwender darauf vertrauen, dass eine (stillschweigende) Unterwerfungserklärung vorliegt. Wünscht der Kunde jedoch den Vertrag ohne Einbezug der AGB abzuschließen, ist er auf Grund seiner Kenntnis vom Bestand der AGB verpflichtet, seine Ablehnung kundzutun. Tatsächlich steht dem Kunden diese Widerspruchsmöglichkeit aber nur in den seltensten Fällen zur Verfügung. Bemerkungen oder von den Standardantworten abweichende Eingaben sind in Webformularen im Normalfall nicht möglich und zwingen den Kunden, die Vertragsbestimmungen - wie sie sind - anzuerkennen oder gänzlich vom Vertrag Abstand zu nehmen.

Im Verkehr zwischen Kaufleuten ist die Unterwerfungserklärung in der Regel dann entbehrlich, wenn der Vertragspartner trotz eines erkennbaren Hinweises und der Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen, der Einbeziehung nicht widerspricht.[23]

4. Einverständnis des Kunden

Erst, wenn die Förmlichkeiten seitens des Verwenders erfüllt sind, werden die AGB durch eine Einverständniserklärung der anderen Vertragspartei Vertragsinhalt. Die Annahmeerklärung der anderen Vertragspartei richtet sich nach §§ 145 ff. BGB. § 305 Abs. 2 BGB beinhaltet insoweit keine Sonderregelung mehr. Der Hinweis am Ende von Abs. 2 stellt nur klar, dass für die wirksame Einbeziehung die Erfüllung der Förmlichkeiten nach Nrn. 1 und 2 nicht ausreicht, sondern dass entsprechend der Vertragsnatur der AGB der Kunde mit ihrer Geltung einverstanden sein muss. Darüber hinaus ist aber nicht erforderlich, dass der Kunde den Inhalt der AGB kennt oder der Einbeziehung ausdrücklich zustimmt. Ein konkludentes Einverständnis ist ausreichend.[24]

a) Bestellung per E - Mail.

Bei der Abgabe der Willenserklärung per E-Mail ist zu differenzieren, ob die elektronische Willenserklärung über die Website des Verwenders abgegeben wurde oder nicht:

- Wird das Angebot oder die Annahmeerklärung des Kunden durch Verwendung eines E-Mail-Hyperlinks auf der Website des AGB - Verwenders übermittelt und genügt die Platzierung und Gestaltung des Hinweises den Anforderungen des § 305 BGB, so wird man entsprechend der Abgabe einer Willenserklärung mittels Bestellformular hierin eine Einverständniserklärung erkennen können, sofern die Website einen entsprechenden Hinweis enthält.[25] In der Literatur wird oftmals die Meinung vertreten, dass sich das Angebot des Kunden, nur auf einen Katalog oder einen Prospekt beziehen müsse, in welchem ein

[23] Vgl. OLG Hamburg Urteil vom 13.06.2002 - 3 U 168/00, CR 2002, 915=MMR 2002, 677.
[24] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 61.
[25] So im Ergebnis Koehler, MMR 1998, 291, der jedoch nicht danach unterschiedet, ob die E-Mail über die Website des AGB - Verwenders vermittelt wurde.

ausdrücklicher Hinweis auf die AGB oder deren Inhalt vollständig abgedruckt ist. Der Kunde habe kein Interesse daran, den Vertragsabschluss als solchen bzw. den Zeitpunkt in Frage zu stellen, wenn unzweifelhaft erkennbar sei, dass der Verwender zum Abschluss des Vertrages nur unter Berücksichtigung seiner AGB bereit sei und verzichte deshalb auf die wiederholte Hinweispflicht.[26] Finden sich die AGB des Verwenders lediglich in seinen Katalogen, Prospekten oder Preislisten, nicht jedoch auf seiner Website, so liegen diese der Bestellung über das Internet nicht zugrunde.[27] Die AGB werden in diesem, in der Praxis eher seltenen, Fall nicht wirksam.

- Wird das Angebot des Kunden übermittelt, sprich die Bestellung per Mail, ohne dass die entsprechende Website des Verwenders aufgerufen wurde, wird er dagegen regelmäßig nicht auf die für ihn meist ungünstigen Vertragsklauseln des Verwenders Bezug nehmen.[28] Nimmt der Unternehmer das Angebot des Nutzers ohne weitere Erklärung an, so kommt nach § 306 Abs. 1 BGB der Vertrag ohne die AGB zustande. Ein entsprechender Hinweis im Katalog oder Prospekt reicht nicht aus. Der Unternehmer, der nicht ohne seine AGB abschließen will, muss deshalb den Antrag unter ausdrücklichem Hinweis auf seine AGB annehmen. Die Annahme unter Vorbehalt bedeutet nach § 150 Abs. 2 BGB regelmäßig die Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag. Mit dem neuen Antrag muss der Kunde wiederum sein Einverständnis erklären. Damit kann als Ergebnis folgendes festgehalten werden: Mangels eines ausdrücklichen Hinweises verbleibt dem Unternehmer bei der „gewöhnlichen" E-Mail-Bestellung nur die Möglichkeit, den umständlichen Weg zu gehen und dem Kunden seinerseits einen Antrag unter Einbeziehung seiner AGB zu machen, den dieser nicht annehmen muss, oder aber er verzichtet auf die Einbeziehung seiner AGB. Gleiches gilt für den Fall einer Annahmeerklärung unter Einbeziehung der AGB; das neue Angebot nach § 150 Abs. 2 BGB enthält die AGB nur, wenn der Hinweis auf die AGB den Anforderungen des § 305 BGB genügt.

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch, wenn der Verwender das neue Angebot in Form einer Auftragsbestätigung gestaltet. Auch hier muss der Hinweis auf die AGB deutlich erkennbar hervortreten, wenn die Auftragsbestätigung nicht als unveränderte Annahme des „AGB-losen" Kundenangebots gelten soll. Die Differenzierung der elektronischen Post in Bezug auf die Frage, ob sie über die Website des Verwenders übermittelt wurde, bereitet nur theoretisch Schwierigkeiten. In der Praxis ist eine solche Unterscheidung unproblematisch technisch zu bewerkstelligen. Darüber hinaus können auch unterschiedliche E-Mail-Adressen verwendet werden, die einen Rückschluss auf die Herkunft der elektronischen Post erlauben. Wird die auf der Website angegebene E-Mail-Adresse verwendet, so spricht m. E. der Beweis des ersten Anscheines dafür, dass der Kunde sein Einverständnis bzgl. der Geltung

[26] Paefgen, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht, 1988, S. 38.
[27] Vgl. für Btx Warenbestellungen Brinkmann, BB 1981, 1189.
[28] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 30.

der AGB erklärt.

Die gleiche Überlegung ist auch für den folgenden Fall anzustellen: Bei der Nutzung des Internets als elektronisches Vertriebsmittel stellt der Dienstanbieter die angebotenen Leistungen auf seiner Website zum Abruf bereit. Von hier aus können sie ohne weitere Zwischenschritte direkt vom Nutzer in Anspruch genommen oder heruntergeladen werden. Speziell beim Herunterladen von Software, aber auch vermehrt bei anderen virtuellen Waren wie z.B. digital gespeicherten Texten, Bildern, Musik oder Videos erscheint vor der Installation eine Routine, in der der Käufer sein Einverständnis bezüglich der AGB des Verkäufers erklären soll. Diese ist nur durch eine bejahende Reaktion zu passieren, andernfalls wird die Installation nicht fortgesetzt. Ist der Kaufvertrag nach den genannten Regeln bereits geschlossen und das Produkt elektronisch übermittelt, so ist eine nachträgliche Einbeziehung nur einverständlich möglich.[29]

Dies bedeutet im Einzelnen: Nach Vertragsabschluss können die AGB des Anbieters allenfalls durch ausdrückliche Zustimmung des Kunden zur Vertragsänderung in den Vertrag einbezogen werden, wobei die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB auch hinsichtlich der Vertragsänderung erfüllt sein müssen. Ein konkludentes Verhalten reicht dabei nicht aus. Für die Annahme, die Affirmation könne durch Mausklick erfolgen, fehlt es an einem triftigen Grund. Es wäre lebensfremd zu glauben, der Nutzer sei zu diesem Zeitpunkt bereit auf die Ware zu verzichten, um mit dem Anbieter über dessen AGB zu diskutieren.[30] Deshalb kommt den scheinbar bejahenden Handlungen des Kunden keine Rechtsverbindlichkeit zu. Die AGB werden nach § 306 BGB nicht wirksamer Vertragsbestandteil.

b) Online – Bestellformular

Das Einverständnis mit den AGB bringt der Kunde zum Ausdruck, indem er seine Willenserklärung mittels Bestellformular auf der Website des Unternehmers abgibt. Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zum herkömmlichen Vertragsabschluss: Beim elektronischen Vertragsabschluss ist bedingt durch die technischen Restriktionen der Online-Bestellung mittels Bestellmasken die Ablehnung oder Einschränkung der Geltung der AGB in der Praxis ausgeschlossen. Die Implementierung einer solchen Funktion wäre theoretisch problemlos möglich, sie liegt jedoch nicht im Interesse des Verwenders, der den Vertrag nur unter Einbeziehung seiner AGB schließen will. Dem Kunden, der mit der Einbeziehung nicht einverstanden ist, bleibt nur die Möglichkeit, den Vertragsabschluss insgesamt scheitern zu lassen. Im Falle eines Irrtums über die Einbeziehung der AGB kann der Kunde seine Erklärung nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten, wenn der Irrtum für den Vertragsabschluss kausal war.[31] Die Beweislast für die Erfüllung der Pflicht des § 305 Abs. 1 BGB und der wirksamen Einbeziehungsvereinbarung trägt derjenige, der sich auf die AGB

[29] BGH Urteil vom 16.12.1982, BGHZ 86, 135, 137.
[30] Ernst, NJW-CoR 1997, 167.
[31] Staudinger/Dilcher, § 119 Rn. 24.

beruft. Dies ist fast immer der Verwender. Hieran ändert auch eine Bestätigungsklausel mit folgendem sinngemäßen Inhalt nichts: der Kunde habe von den AGB Kenntnis genommen und sei mit ihrem Inhalt einverstanden.[32] Eine solche Klausel ist jedoch nicht rechtlich bedeutungslos: Steht diese deutlich sichtbar auf dem Bestellformular, oder wird sie vom Kunden zusätzlich per Mausklick bestätigt, ist dies ein Indiz, sowohl für den ausdrücklichen Verwenderhinweis als auch für das Einverständnis des Kunden hinsichtlich der Einbeziehung. Die Frage der zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme beurteilt sich dagegen nach objektiven Kriterien, insoweit ist eine Bestätigungsklausel ohne Bedeutung.

5. Die zumutbare Kenntnisnahme

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme ist in besonderer Weise auf die Besonderheiten der Darstellung von AGB im Internet zu achten. Neuere Entwicklungen gehen dahin, mittels einer fähigen Software-Programmierung eine individuelle Darstellung der Internet-Seiten zu erreichen, die sich je nach Verbindungsart und Bildschirmgröße den individuellen Bedürfnissen des Nutzers anpasst. Darüber hinaus kann zurzeit der Text der AGB über die Bildlaufleiste des Programms am Stück fließend dargestellt werden, so dass kein Wechsel zwischen unterschiedlichen Seiten mehr notwendig ist, um den gesamten AGB-Text am Stück zu lesen. Häufig ist der Inhalt der AGB auf der Bestellseite vorgeschaltet, so dass der Kunde die AGB erst vollständig über den Bildschirm laufen lassen muss, um am Ende des Textes auf die Eingabefelder und den Bestellbutton zu stoßen. So durchläuft er den Text zwangsläufig in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Bestellung.

Im Unterschied zum herkömmlichen Vertragsabschluss unter Anwesenden mittels vorgedruckter Formulare, bei denen der Kunde unter Zeitdruck steht, kann der Internet-Nutzer in Ruhe überlegen, bevor er sich zur Abgabe seiner Willenserklärung entschließt.[33] Erforderlich ist dagegen nicht, vor allem bei längeren AGB, dem Verbraucher die AGB schon vor der Produktionsvorstellung oder vor Erreichen des Bestellformulars bekannt zu geben.[34]

Nicht ausreichend ist die Möglichkeit, die AGB abzuspeichern und diese auf dem Bildschirm wiederzugeben, da der Kunde die Geschäftsbedingungen dann nur mittels elektronischer Hilfsmittel lesen kann.[35] Erforderlich ist die Gelegenheit, die AGB „offline“ zur Kenntnis nehmen zu können. In der Regel wird der Kunde die AGB ausdrucken, wenn er die gespeicherten AGB auf dem Bildschirm wiedergeben kann. Diese Beurteilung ist abhängig vom Einzelfall. Dabei ist auch auf die Kenntnisse des Kunden abzustellen.[36] Von einer Ausdrucksmöglichkeit ist nur auszugehen, wenn die AGB unmittelbar über den Druckbefehl der Menüleiste des Internet-Browsers ausgedruckt werden können oder ein entsprechender Button zum Ausdruck unmittelbar auf der Website

[32] BGH Urteil vom 24.03.1988, WM 1988, 609.
[33] A.A. Schwerdfeger, Verbraucherschutz, 6-3.1, S. 9.
[34] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 49a.
[35] Kamanabrou, CR 2001, 423.
[36] Kamanabrou, CR 2001, 423.

selbst integriert ist.

Als Ergebnis ist festzustellen, dass auch umfangreiche AGB bei Internet-Angeboten wirksam einbezogen werden können, sofern der Kunde die Möglichkeit hat, sie durch Herunterladen zu kopieren und auszudrucken.[37] Die Bereitstellung der AGB hat in „druckgerechter" Form zu erfolgen, d. h. der Kunde muss die Möglichkeit haben, mittels seines Browsers oder unmittelbar über die Website selbst, die AGB auszudrucken. Der Verwender von AGB im Internet muss sicherstellen, dass diese leicht zugänglich, und ebenso wie bei herkömmlichen papiergebundenen AGB, mühelos lesbar, übersichtlich strukturiert und vom Umfang her angemessen sind.

Die Kenntnisnahme der AGB ist unzumutbar, wenn der Link zu den AGB nicht funktioniert. Fraglich ist deshalb, wie nachgewiesen werden kann, dass ordnungsgemäß auf die Existenz der AGB hingewiesen wurde und ein entsprechender funktionierender Link bestand. Die Beweislast trägt in diesem Fall der Anbieter. Die Behauptung eines Kunden, der Link habe im Zeitpunkt der Bestellung nicht funktioniert, kann widerlegt werden, indem Aufrufe der Seiten beim Provider nachgewiesen werden. Hat der Behauptende die entsprechende Website nach dem Protokoll nicht aufgerufen, ist dies aber gleichzeitig durch andere Benutzer geschehen, spricht m. E. der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Link funktioniert. Das Beweisproblem kann auch wie folgt gelöst werden: Dem Kunden wird nach Abgabe seiner Vertragsofferte eine E-Mail mit den AGB zugesandt, in der ein Link enthalten ist, bei dessen Anklicken ein Vertrag zustande kommen kann. In diesem Fall kann eindeutig nachgewiesen werden, dass der Kunde die E-Mail und damit die AGB erhalten hat, da er andernfalls den Link nicht hätte anklicken können. In der Praxis dürfte dieses umständliche Verfahren, bei dem das Medium gewechselt werden muss, einen zum Kauf geneigten Kunden wohl eher von einem Vertragsabschluss abhalten. Darüber hinaus ist der Empfang derartiger mit aktiven Inhalten versehenen E-Mails dem Benutzer, nach der hier vertretenen Ansicht unzumutbar, weshalb dieser zur Verweigerung der Annahme berechtigt ist.

Umstände aus der Sphäre des Nutzers, die diesen an der Kenntnisnahme der ordnungsgemäß zu Verfügung gestellten AGB hindern, sind für die Frage der Zumutbarkeit der Kenntnisnahmeverschaffung unbeachtlich. Ob dem Kunden die erforderliche Ausstattung zur Verfügung steht, um die AGB zu speichern und zu lesen, fällt nicht in den Risikobereich des Verwenders.

Inwieweit in fremder Sprache formulierte Geschäftsbedingungen zumutbar im Sinne des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB sein können, ist streitig.[38] Die Frage dürfte jedoch im Hinblick auf die Internationalität des Internets nicht gänzlich zu verneinen sein. Vielmehr dürfte ausschlaggebend sein, in welcher Sprache das Angebot im Internet präsentiert wird. Grundsätzlich können beim elektronischen Vertragsabschluss im Internet die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur

[37] Vgl. OLG Hamm Urteil vom 14.12.2000, NJW 2001, 1142 a.E.; Löhning, NJW 1997, 1688.
[38] Gimmy, in: Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internetrecht, S. 73; Boehme-Neßler, S. 152 f.; Härting, Internetrecht, S. 142.

in der Muttersprache des Verbrauchers, sondern auch in einer Verhandlungssprache stehen, die sich nach der von den Verhandlungspartnern bei den Vertragsverhandlungen übereinstimmend tatsächlich benutzten Sprache bestimmt.[39] Dann kann der Verwender davon ausgehen, dass der Verbraucher dieser Sprache hinreichend mächtig und in der Lage ist, auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in dieser Sprache zu verstehen. Soweit aber die Sprache der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Verhandlungssprache auseinanderfallen, so ist davon auszugehen, dass der Verbraucher fremdsprachig abgefasste Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht versteht und nicht zumutbar zur Kenntnis nehmen kann, es sei denn, der Verbraucher ist dieser Sprache erwiesenermaßen mächtig und kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Mühe verstehen.

6. AGB für die bloße Nutzung von Websites

Besonders überraschend und dem internationalen Trend vollkommen zuwiderlaufend ist es, dass im deutschsprachigen Raum nur die wenigsten Websites AGB für die bloße Nutzung ihres Angebotes vorsehen. Üblichweise wird in solchen Nutzungsbedingungen geregelt, dass ohne Zustimmung zu den Bestimmungen die Nutzung der Website untersagt ist und dass der Inhalt sämtlicher Webpages des Angebotes dem Urheberrecht unterliegt und ein Kopieren, Bearbeiten oder Verlinken der Zustimmung des Autors bedarf. Außerdem wird zumeist die Nutzung des Angebotes durch Minderjährige untersagt und eine Gerichtsstandsklausel angeführt. Unerlässlich sind Allgemeine Nutzungsbedingungen jedenfalls für Websites, die Diskussionsforen anbieten. Da der Dienstanbieter unter Umständen auch für fremde Inhalte auf seinen Webpages haftet, sollte unbedingt darauf verwiesen werden, dass keine gesetzesverstoßenden Postings gesetzt werden dürfen und die „Netiquette“ einzuhalten ist.

Beim Besuch einer Website schließt der Besucher mit dem Websitebetreiber einen Nutzungsvertrag. Ob die Zustimmung zu den Bedingungen des Nutzungsvertrages ausdrücklich oder konkludent erfolgt, hängt davon ab, ob sich der Nutzer registrieren muss oder ob er das Angebot auch anonym nutzen kann. Ist eine Registrierung notwendig, gelten die selben Regeln bezüglich der Einbeziehung der Nutzungsbedingungen wie bei der Einbeziehung der AGB in einen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag. Es ist an geeigneter Stelle – vor Abgabe der Zustimmung durch den Nutzer – auf die Geltung der Nutzungsbedingungen deutlich hinzuweisen und der Kunde muss die Möglichkeit haben, vom Inhalt der Bestimmungen Kenntnis zu erlangen. Aber auch wenn keine Registrierung vorgesehen ist, kann die Nutzung der Website Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterstellt werden. In diesem Fall ist die Einbeziehung jedoch an besondere Anforderungen geknüpft.

Unzureichend ist es dennoch, wenn lediglich auf der Homepage ein Hinweis auf die Geltung der Nutzungsbedingungen zu finden ist. Nicht selten kommt es nämlich vor, dass die Besucher direkt auf eine der Unterseiten des Angebotes

[39] MüKo/Basedow, Bd. 2a, § 305 BGB, Rn. 66.

zugreifen und die Homepage gar nicht passieren. Ist der Hinweis ausschließlich auf der Einstiegsseite, darf der Verwender nicht davon ausgehen, dass der Besucher von der Geltung der Nutzungsbedingungen Kenntnis erlangt. Eine geeignete Stelle für den Hinweis auf die Nutzungsbedingungen ist beispielsweise das Hauptmenü, sofern dieses auch auf jeder Unterseite erscheint. Versteckte oder unklare Hinweise führen nicht zur Geltung der AGB. Sollte es jedoch, wie dies im amerikanischen Raum bereits der Fall ist, Standard werden, dass auf jeder Seite am Ende die AGB zu finden sind, kann der Verwender darauf vertrauen, dass der Kunde von der Geltung der AGB Kenntnis erlangen konnte.

7. Besonderheiten bei den Online – Auktionen

a) Verwender

Die AGB der Handelsplattformen bestehen nicht nur aus wenigen Regelungen, sondern stellen ein längeres Regelwerk dar.[40] Die Kenntnisnahme von AGB bei Online-Auktionen wird in der Regel bereits bei der Registrierung durch einen Mausklick bestätigt. Weiter muss der Kunde die Möglichkeit haben, die AGB problemlos herunterzuladen und auszudrucken, um schließlich die Verfügbarkeit der AGB auch nach erfolgtem Vertragsabschluss zu gewährleisten. Damit hätte der Kunde die Möglichkeit, auch für sich ein Exemplar der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses online publizierten AGB in Reserve zu haben, denn von einer späteren Veränderung der AGB auf dem Internet würde der Kunde sonst nichts bemerken.

Fraglich ist bei Online-Auktionen, wer der Verwender der AGB ist. Allgemein ist Verwender derjenige, von dem das Angebot zur Einbeziehung der AGB in den Vertrag ausgeht.[41] Dies ist bei Online-Auktionen weder der Anbieter noch der Bieter. Die AGB werden einseitig vom Auktionshaus gestellt. Die AGB dem Anbieter zuzurechnen, da es für einen objektiven Empfänger so erscheint, als sei er als „Initiator“ Verwender der AGB, ist abzulehnen.[42] Es fehlt an der erforderlichen Einseitigkeit des „Stellens“ der AGB, denn dem Bieter sind die AGB gleichermaßen bekannt wie dem Anbieter. Ebenso können nicht beide als Verwender der AGB angesehen werden. AGB müssen grundsätzlich einer Partei zuzurechnen sein, welche darüber die Gestaltungsmacht hat. Ansonsten macht zum Beispiel die Regelung des § 305 c Abs. 2 BGB, wonach Zweifel zu Lasten des Verwenders gehen, keinen Sinn.[43] Somit ist keine Partei des Kaufvertrages Verwender der AGB des Auktionshauses.[44] Verwender der AGB bleibt das Auktionshaus, womit die Bedingungen der vollen AGB-Kontrolle unterliegen.[45] Diese Kontrolle im Verhältnis Auktionshaus-Teilnehmer rechtfertigt sich daraus, dass viele der das Marktverhältnis betreffenden Klauseln durchaus im Interesse des Auktionshauses gefasst werden.[46]

---

[40] Hoffmann in Leible/Sosnitza, Rn. 87.
[41] Rüfner, MMR 2000, 597, 600.
[42] So jedoch Lettl, JuS 2002, 219, 221.
[43] Spindler, ZIP 2001, 809, 813.
[44] BGH Urteil vom 07.11.2001, MMR 2002, 95, 97; Rüfner, MMR 2000, 597, 600.
[45] Wiebe in Spindler/Wiebe, S. 112 Rn. 136.
[46] Rüfner, MMR 2000, 597, 601 f.; Sester, CR 2001, 98, 102.

Umstritten ist jedoch, ob die Vorschrift des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB ihrem Schutzzweck nach auf Online-Auktionen anwendbar ist. Dies wird zum Teil verneint.[47] Die Vorschrift diene dem Verbraucherschutz. Erforderlich sei deshalb, dass der Verbraucher in der konkreten Situation dem Unternehmer unterlegen sei.[48] Bei Online-Auktionen ist dieses nicht der Fall, da sich Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen den AGB des Auktionshauses unterwerfen und keine Einflussmöglichkeit auf die Gestaltung der AGB haben.[49] Gegen eine solche Auslegung, die im Ergebnis zur Nichtanwendbarkeit des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB hinsichtlich der AGB des Auktionshauses bei Online-Auktionen führt, spricht sowohl der Wortlaut des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als auch der Inhalt der dieser Norm zu Grunde liegenden EG-Richtlinie 93/13.[50] Dieser stellt allein darauf ab, ob der Verbraucher Einfluss auf den Inhalt der Klauseln nehmen konnte. Ist dies nicht der Fall, sollen die Klauseln dem Unternehmer zuzurechnen sein. Hinzu kommt, dass Klauseln, die von einem Dritten, etwa einem Makler vorgeschlagen wurden, nach h. M. als vom Unternehmer gestellt angesehen werden.[51] Diese Beispiele weichen inhaltlich kaum von der Situation bei Online-Auktionen ab. Daher soll mit den Vertretern der Gegenmeinung angenommen werden, dass bei Verbraucherverträgen der beteiligte Unternehmer als Verwender der AGB des Auktionshauses gilt.

Da diese AGB sowohl vorformuliert sind als auch für eine Vielzahl von Verträgen gelten, liegen AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB vor.

b) Vertrag zwischen zwei Verbrauchern

Bedenklich ist, was gilt, wenn der Anbieter nicht Unternehmer ist. In diesem Fall findet § 310 Abs. 3 BGB keine Anwendung. Mangels Verwendereigenschaft liegen demnach keine AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB vor. Auf Grund der fehlenden Verwendereigenschaft wird zum Teil angenommen, dass die AGB des Auktionshauses lediglich bei der Auslegung der Parteierklärungen zu berücksichtigen sind.[52] Wenn die Erklärung eines Teilnehmers aus sich heraus nicht verständlich ist, können die AGB zur Auslegung herangezogen werden.[53] Die AGB des Auktionshauses haben also nur mittelbar Auswirkungen auf das Verhältnis von Anbieter und Bieter.[54]

Nach anderer Meinung sollen die auf den Kaufvertrag bezogenen Klauseln in das Teilnehmerverhältnis einbezogen werden.[55] Wie eine solche Einbeziehung erfolgt, ist für den Einzelfall zu klären und oftmals umstritten: Zum einen wird

---

[47] Burghard, WM 2001, 2102, 2108; Wenzel, DB 2001, 2233, 2233.
[48] Burghard, WM 2001, 2102, 2108; Wenzel, DB 2001, 2233, 2234.
[49] Burghard, WM 2001, 2102, 2108; Wenzel, DB 2001, 2233, 2234.
[50] Text in NJW 1993, 1838 ff.
[51] BGH Urteil vom 10.03.1999, NJW 1999, 2180, 2181; Burghard, WM 2001, 2102, 2108.
[52] BGH Urteil vom 07.11.2001, MMR 2002, 95, 96; Winter, CR 2003, 295, 296; Ulrici, NJW 2001, 1112, 1112.
[53] BGH Urteil vom 07.11.2001, MMR 2002, 95, 96.
[54] Mehrings, BB 2002, 469, 473.
[55] Sester, CR 2001, 98, 107; Burghard, EWiR 2002, 139, 140; Wiebe, MMR 2000, 323, 325; Spindler, ZIP 2001, 809, 811; Wiebe CR 2002, 216, 217

die Meinung vertreten, dass es sich bei dem Nutzungsvertrag um einen Vertrag zu Gunsten Dritter, also des künftigen Vertragspartners, handelt.[56] Dies ist jedoch schon deshalb abzulehnen, weil der Nutzungsvertrag auch belastende Regelungen für den Nutzer enthält. Einen solchen Vertrag zu Lasten Dritter kennt das Gesetz nicht[57], demnach ist er unzulässig. Anderseits wird oft die Meinung vertreten, dass durch die Konstruktion eines Rahmenvertrages die Einbeziehung der vertragsabschlussregelnden AGB angenommen wird. Dieser Rahmenvertrag soll bei Abschluss des Nutzungsvertrages so abgeschlossen werden, dass die vertragsabschlussbezogenen Klauseln der Auktionshaus-AGB unmittelbar im Verhältnis der Teilnehmer untereinander gelten sollen.[58]

Die Annahme des Abschlusses eines Rahmenvertrages ist jedoch abzulehnen. Da ein solcher nicht ausdrücklich abgeschlossen wird, müsste eine Auslegung gemäss §§ 133, 157 BGB ergeben, dass die Nutzer diesen konkludent abschließen wollen. Die Nutzer erklären sich im Rahmen der Registrierung mit sämtlichen Vertragsbedingungen einverstanden, sowohl das Nutzungs- als auch das Teilnehmerverhältnis betreffend. Daraus allein lässt sich jedoch nicht schlussfolgern, dass sie die auf der Handelsplattform in Zukunft zu schließenden Verträge auch nach den dortigen Regeln abwickeln möchten. Zwar würde dies Rechtssicherheit bezüglich der Vertragsabschlussmodalitäten bedeuten; die Privatautonomie wäre aber erheblich eingeschränkt: Die Nutzer sind an Regeln gebunden, die einseitig durch das Auktionshaus aufgestellt werden und somit auch an die Verbindlichkeitsregelung in den AGB. Im Einzelfall können sie jedoch ein berechtigtes Interesse an einer Abweichung von dieser Regel haben. So zum Beispiel, wenn sie mit bestimmten Bietern, etwa auf Grund schlechter Bewertungen oder Erfahrungen, keinen Vertrag abschließen wollen. Die Einbeziehungslösung ist daher im Interesse der Privatautonomie abzulehnen.

8. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB

Die Regelung des § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 dient der Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 ECRL ins deutsche Recht. Durch die Verpflichtung des Unternehmers, dem Kunden die Möglichkeit zu schaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern, soll sichergestellt werden, dass diese dem Kunden bereits bei Vertragsschluss speicherbar zur Verfügung stehen. Unter den Begriff der "Vertragsbestimmungen" fallen nicht sämtliche, zu erteilende Informationen (unter Umständen auch Informationen nach den Verbraucherschutzvorschriften bezogen auf den Fernabsatz)[59], sondern nur der eigentliche Vertragstext und ggf. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.[60]

9. Einzelfragen

---

[56] Wiebe, MMR 2001, 109,110.
[57] Medicus, SchuldR I, AT, Rn. 759; MüKo/Gottwald, § 328, Rn. 171.
[58] Burghard, WM 2001, 2102, 2106; Sester, CR 2001, 98, 108; Spindler, ZIP 2001, 809, 811.
[59] Vgl. § 312 c BGB.
[60] Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses; BT-Drucks 14/7052, S. 299.

Die AGB müssen auf die in Frage kommende Vertragsart zugeschnitten sein. Bietet der Verwender unterschiedliche Waren und Dienstleistungen an, muss er den Kunden auf die Einbeziehung der entsprechenden AGB ausdrücklich und unmissverständlich hinweisen und sicherstellen, dass der Kunde die entsprechenden produktabhängigen AGB in zumutbarer Art und Weise zur Kenntnis nehmen kann. Werden in den jeweiligen AGB weitere Leistungsangebote miteinbezogen, ist dies insoweit unwirksam, wenn die zusätzlichen AGB bei dem Vertragsabschluss nicht vorhanden waren bzw. nicht unmissverständlich zur Kenntnis genommen werden konnten.

Probleme ergeben sich beim Vorliegen mehrerer Versionen derselben AGB auf dem Server des Verwenders. Im Zweifel werden nur die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen, die die Förmlichkeit des § 305 BGB erfüllen. Im Regelfall sind das AGB, die in das Bestellformular integriert sind oder von dort per Link zu erreichen sind. Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders.

IV. Rahmenvereinbarungen nach § 305 Abs. 3 BGB

1. Hintergrund

Rahmenvereinbarungen dienen der Erleichterung des Geschäftsverkehrs zwischen Parteien mit ständigen Geschäftsbeziehungen auf der Basis einer Vielzahl gleichartiger Verträge. Der Rahmenvereinbarungen kommt im Rahmen des elektronischen Vertragsabschlusses Bedeutung vor allem für diejenige Fälle zu, in denen der anderen Vertragspartei eine Kenntnisnahme in zumutbarer Art und Weise wegen der Besonderheiten der verwendeten Kommunikationsmittel nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist. Ein häufiger Anwendungsfall der Rahmenvereinbarungen ist der elektronische Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen.[61] Das die Versteigerungsplattform zur Verfügung stellende Unternehmen ist im Vorfeld des späteren Vertragsabschlusses zwischen den Teilnehmern für die Stellung der Auktionsbedingungen zuständig; mit diesen Bedingungen müssen sich alle Versteigerer und Bieter einverstanden erklären. Die Vereinbarung nach Abs. 3 des § 305 BGB ist als *Dauerschuldverhältnis eigener Art,* gerichtet auf die Festlegung eines durch die AGB konkretisierten Vertragsrahmens für die zwischen den Parteien abzuschließenden Einzelgeschäfte, anzusehen.[62] In der Entscheidung, ob sie derartige Einzelverträge abschließen wollen, bleiben die Parteien zwar frei, kommt es aber zum Abschluss, so richtet sich das „Wie“ der Durchführung nach der in der Rahmenvereinbarung festgelegten Vertragsordnung.[63]

2. Inhalt und Voraussetzungen

Laut § 305 Abs. 2 S. 1 BGB muss der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die Einbeziehung der AGB hinweisen und ihr die Möglichkeit

---

[61] Wiebe, MMR 2000, 325.
[62] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 74.
[63] Ulmer/Bradner/Hensen, a.a.O.

verschaffen, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Dies erfolgt bei dem herkömmlichen Vertragsabschluss durch schriftliche Übersendung des Antrags auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Denkbar und zulässig ist aber auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung auf elektronischem Weg, etwa über das Internet, sofern die Förmlichkeiten des § 305 Abs. 2 BGB beachtet sind. Dem Hinweis auf die Einbeziehung der AGB entspricht im Fall der Rahmenvereinbarung der auf ihren Abschluss gerichtete Antrag des Verwenders. Der Antrag muss dem Kunden ausdrücklich zugehen, während dieser ihn auch konkludent annehmen kann.[64]

Für den Abschluss einer Einbeziehungsvereinbarung für alle künftig geschlossenen Einzelverträge sind zwei Voraussetzungen erforderlich:

- Die Vereinbarung muss diejenigen Rechtsgeschäfte genau bezeichnen, für die es zur Anwendung der AGB des Verwenders kommen soll. Die andere Partei soll wissen, wann die AGB des Verwenders in den Vertrag einbezogen werden. Deshalb ist die generelle Einbeziehung für sämtliche, künftig zwischen dem Verwender und dem Kunden zustande kommenden Verträge zu unbestimmt.

- Die Rahmenvereinbarung muss sich auf bestimmte AGB des Verwenders beziehen. Arbeitet der Verwender mit mehreren AGB und ist aus der Rahmenvereinbarung nicht anschaulich zu erkennen, welche AGB bei künftigen Geschäften einbezogen werden sollen, so geht die Unklarheit zu Lasten des Verwenders. Insofern gilt das zu Abs. 1 des § 305 BGB schon Erörterte. Eine Anwendung und Einbeziehung neugefasster AGB macht eine Änderungskündigung unter erneuter Beachtung der Förmlichkeit des § 305 Abs. 1 BGB notwendig.[65]

V. Ergebnis

Bestandteil der Website als eigener Inhalt sind Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die bestehende Gesetzeslage hinsichtlich des Einbeziehens von AGB ist grundsätzlich ausreichend und kann ohne besondere Schwierigkeiten auf elektronisch abgeschlossene Verträge angewendet werden. Die Legaldefinition der Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet sich in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach § 305 Abs. 2 BGB muss der Verwender den Verbraucher auf die Einbeziehung der AGB ausdrücklich hinweisen (Nr. 1) und diesem vor dem Vertragsabschluss Gelegenheit geben, sich in zumutbarer Weise von Inhalt der AGB Kenntnis zu verschaffen (Nr. 2). Die in dieser Arbeit erörterten Ausführungen zur Einbeziehungen von AGB in dem elektronischen Geschäftsverkehr gelten entsprechend. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme muss daher aber in besonderer Weise auf die Eigenarten der Darstellung von AGB im Internet Rücksicht genommen werden.

---

[64] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 74.
[65] Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 76.

Innerhalb der drei Prüfungsabschnitte in Bezug auf die Einbeziehung der AGB (Hinweis auf die Geltung der AGB, Zustimmungserklärung und zumutbare Kenntnisnahme) ist die Häufigkeit der Verstöße nicht zu ignorieren. Da die Zustimmungserklärung des Kunden auch konkludent erfolgen kann und für diese konkludente Zustimmung der deutliche Hinweis auf die AGB ausschlaggebend ist, wird in den seltensten Fällen die Unwirksamkeit der AGB aus der mangelnden Zustimmung resultieren. Vielmehr wird die Geltung der AGB häufig schon aus einem undeutlichen Hinweis erfolgen. Viele Websites haben lediglich im Hauptmenü einen Link auf die AGB und weisen nicht deutlich genug darauf hin, dass diese AGB den abzuschließenden Verträgen zu Grunde gelegt werden sollen. Solche Verstöße sind gravierend und stehen der Geltung der AGB entgegen.

Auf der Basis der im Rahmen dieser Untersuchung gefundenen Ergebnisse ist eine wirksame Einbeziehung von AGB bei dem Vertragsabschluss im Internet möglich, wenn die Einhaltung folgender zwingender oder aus der Sicht des Unternehmers zumindest empfehlenswerter Kriterien sichergestellt ist:

- Unübersehbarer Hinweis des Verwenders auf die Einbeziehung der AGB an exponierter Stelle bei Abgabe der Bestellung, der in das Bestellformular oder die Vertragsschlussmaske integriert sein sollte.

- Information über die für den Vertragsabschluss unter Einbeziehung der AGB zur Verfügung stehenden Sprachen.

- Zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme d. h., permanente Abrufmöglichkeit der AGB durch Mausklick auch nach dem Abschluss der Transaktion.

- Leicht verständliche, gut lesbare und klar gegliederte AGB (Transparenzgebot).

- Einbindung der AGB in die Benutzerführung, z. B. zwingender Aufruf der Seite mit den AGB vor dem elektronischen Vertragsabschluss.

- Bestätigung der Kenntnisnahme der AGB durch den Verbraucher vor dem Vertragsabschluss

Neben diesen Anforderungen ist es wichtig, eine Vereinbarung über die Rechtssicherheit der elektronischen Vertragsbeziehungen bezüglich der vom Partner zu wählenden digitalen Signatur und Verschlüsselung zu treffen.

Abschließend sei angemerkt, dass, wie viele andere Bereiche des Internets auch, das Recht der elektronischen AGB noch einiger Konkretisierungen durch die Gerichte bedarf. Streitigkeiten um die Einbeziehung der AGB werden nicht mehr lange auf sich warten lassen und es ist Aufgabe der Gerichte, klare und deutliche Richtlinien für die Geltungskontrolle im Internet festzulegen. Zu achten ist im Sinne des grenzüberschreitenden Handels vor allem darauf, dass innerhalb Europas eine einheitliche Rechtsprechung zu den Fernabsatzgeschäften

entstehen muss. Die Gerichte müssen sich darüber im Klaren sein, dass ihre Urteile gewichtigen Anteil am Funktionieren des E-Commerce haben und ihrer Verantwortung gemäß entscheiden. Der E-Commerce wird zum großen Teil vom gegenseitigen Vertrauen, das zwischen Dienstanbietern und Nutzern aufgebaut werden muss, getragen. Die Notwendigkeit des Konsumentenschutzes muss hoch, darf aber nicht überbewertet werden und muss immer im Verhältnis zu den Interessen der Unternehmer gesehen werden. Erfolg oder Misserfolg eines Webshops hängt entscheidend von der graphischen Gestaltung ab. Durch überzogene gesetzliche Anforderungen darf eine Website nicht mit rechtlichen Informationen und Hinweisen „überflutet“ werden. Wird der oft zitierte goldene Mittelweg gefunden, sind dem E-Commerce weiterhin jährlich steigende Wachstumszahlen sicher und die europäische Wirtschaft kann enorm von den modernen technischen Möglichkeiten profitieren.

Zusammenfassung

In Bezug auf den elektronischen Handel, der der Kern dieser Arbeit ist, ist der Begriff der Willenserklärung näher zu untersuchen. Die Regeln für Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte sind auf die elektronische Willenserklärung, mit Beachtung der Besonderheiten ihrer Herstellung, anwendbar. Eine Gleichstellung der Computererklärung mit der Willenserklärung und deren Einordnung in das System des BGB ist zu bejahen. Von zentraler Bedeutung werden die gefundenen Ergebnisse für die Arten und Mischformen sein, bei denen Menschen und EDV – Systeme an der Erklärung und deren Transport beteiligt sind, sowie für die fehlerhaften Willenserklärungen, insbesondere für das fehlerhafte Erklärungsbewusstsein (das fehlende Wissen, dass eine Erklärungshandlung bestimmte Rechtsfolgen hat). Infolge der technischen Besonderheiten bei der Abgabe von Willenserklärung im Internet besteht die Gefahr, dass der Nutzer eine Erklärung abgeben kann, ohne sich dessen bewusst zu sein. Wenn der Erklärende bei der Abgabe einer elektronischen Bestellung mittels Bestellformular oder per E-Mail über die Bedeutung des Erklärungszeichens irrt oder ihm ein Tipp- oder Auswahlfehler bei der Daten- oder Befehlseingabe unterläuft, kann er seine Willenserklärung nach allgemeinen Regeln wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 BGB anfechten. Relevant sind nur die Fehler, die bei der Abgabe der Erklärung unterlaufen. Kein Anfechtungsrecht besteht, wenn es sich um interne Rechenfehler handelt, da diese nur einen Motivirrtum in Form eines Kalkulationsirrtums darstellen.

Was das konkrete Zustandekommen eines elektronischen Vertrages durch Angebot und Annahme angeht, stellt sich dabei in der Praxis allerdings die Frage: Ist das "Angebot" auf einer Website bereits als verbindlicher Antrag im Sinne des § 145 BGB auf Abschluss eines Vertrages anzusehen oder handelt es sich um eine invitatio ad offerendum, bei der sich der Anbieter bewusst noch nicht binden will? Wie ein Webangebot zu qualifizieren ist, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Die Fragestellung richtet sich nicht nach dem inneren Willen des Erklärenden, sondern nach dem objektiven Erklärungswert seines Verhaltens. Dabei kommt es auf die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der Warenpräsentation bzw. des Internetauftritts an. Maßgeblich für die Auslegung der Erklärung des Anbieters ist nämlich, wie der Erklärungsempfänger den Inhalt der Internetseite nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss. Stellt die Präsentation eines Gutes auf der Website des Anbieters nur eine Einladung zur Offertestellung dar, ist es der Kunde, welcher dem „Anbieter“ gegenüber ein Angebot macht, und zwar entweder durch eine E-Mail oder durch die Übermittlung eines ausgefüllten Bestell-Formulars; damit ein Vertrag zustande kommt, muss das rechtserhebliche und verbindliche Angebot des Kunden vom „Anbieter“ der Waren oder Dienstleistungen angenommen werden. Bringt der Anbieter dagegen auf der Website ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck, dass er sich vertraglich binden will, so liegt nicht nur eine Aufforderung zur Angebotsabgabe, sondern ein bindendes Angebot zum Vertragsabschluss vor.

Angesichts des Verbraucherschutzes entsteht das Problem des fehlenden

Erklärungsbewusstseins und des mangelhaften Rechtsfolgewillens und damit die Verpflichtung des Anbieters, den Verbraucher über die wichtigen Umstände im Bezug auf den Online-Vertragsabschluss zu informieren. Nach § 312 c BGB muss unterschieden werden zwischen vorvertraglichen Informationspflichten und solchen, die unmittelbar nach Vertragsabschluss, bei Waren spätestens mit der Lieferung zu erfüllen sind. Diese treten kumulativ neben die anderen gesetzlich bestehenden Informationspflichten ein. Die Pflichten des Unternehmers nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BGB dienen dem Zweck, den Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr transparent zu gestalten. Die Unterrichtung über die zum Vertragsabschluss führenden Schritte sowie die Einrichtung von und Aufklärung über Korrekturmöglichkeiten sollen einem Auseinanderfallen von Wille und Erklärung des Verbrauchers vorbeugen. Gleichzeitig beseitigt die Erläuterung der zum Vertragsabschluss führenden Schritte Unsicherheiten hinsichtlich des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses.

Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bei Bestellvorgängen im Fernabsatz, insbesondere über das Internet, ergibt sich aus der „Unsichtbarkeit des Vertragspartners und der Virtualität des Produkts“. Sie wird weiter dadurch verstärkt, dass die übermittelten Informationen flüchtig sind, d. h. beim Verbraucher nicht zuverlässig gespeichert werden können. Mit der FARL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz existiert ein einheitlicher europäischer Rahmen für Verträge, die unter Einsatz von Fernkommunikationstechniken geschlossen werden. Die Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht erfolgte durch die Regelung des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach sich der Verbraucher ohne Angabe von Gründen vom schwebend wirksamen Vertrag lösen kann. Das neue Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat die Umsetzung zum Anlass genommen, mit dem neuen § 312 d BGB vereinheitlichte Normen für alle verbraucherschützende Widerrufs- und Rückgaberechte zu schaffen.

Der Einsatz von Signaturverfahren bietet einen besonderen Schutz vor Computerviren, da diese die übermittelten Daten verändern und dies im Rahmen der Signaturprüfung sofort sichtbar gemacht wird. Durch spezielle Methoden der Ver- und Entschlüsselung wird die Echtheit und Unverfälschtheit sichergestellt. Nachträgliche Veränderungen des Textes, d. h., das Hinzufügen oder Wegnehmen von Textteilen ohne Wissen des Signierenden, werden sichtbar gemacht. Der Nachweis der Echtheit einer elektronischen Signatur ist um einiges leichter zu erbringen, als dies bei der eigenhändigen Unterschrift der Fall ist. Das Überprüfen und Sichtbarmachen von Manipulationen erfolgt vollautomatisch durch die entsprechende, sicherheitsgeprüfte Software. Die Signierung elektronisch übermittelter Daten dient somit vornehmlich zwei Zielen. Zum einen wird das Vertrauen des jeweiligen Empfängers in die Identität des Übermittlers und die Integrität der Daten gestärkt. Zum anderen wird durch die Möglichkeit des eindeutigen Feststellens der Authentizität und Urheberschaft der Verfasser der versendeten Nachricht in rechtsverbindlicher Weise gebunden. Die digitale bzw. elektronische Signatur kann aber nur dann zu nachhaltiger Anwendung kommen, wenn die verschiedenen Rechtsnormen neben der bisherigen Schriftform auch die elektronische Form anerkennen, d. h. die elektronische Abbildung von Dokumenten muss zusammen mit ihrer

elektronischen Übertragung Berücksichtigung und Rechtswirksamkeit erfahren.

Die unerwünschten Werbemails stellen für die Verwendung des Internets, insbesondere im Geschäftsbereich, ein ernsthaftes Problem dar. Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) trifft nunmehr erstmalig konkrete Regelungen, die sich mit der Zulässigkeit von Werbung per E-Mail, Telefax oder Telefon befassen. Mit welcher Intention dies geschieht, macht schon die Überschrift des § 7 UWG deutlich. Interessant ist dabei die unzumutbare Belästigung. Die Belästigung bezieht sich auf eine unerwünschte Werbung und soll für einen entsprechenden Schutz vor Spam, Faxen und Telefonanrufen sorgen. Eine Werbung ist insbesondere immer dann unzumutbar, wenn erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht. Die Werbung mit Telefonanrufen, Faxgeräten oder E-Mail ist grundsätzlich von einer Einwilligung des Empfängers abhängig. Insofern führt das neue UWG dahingehend zu einer Klarheit, dass das sogenannte "Opt-In" Prinzip favorisiert wird. Dies bedeutet, dass nur bei einer nachgewiesenen Einwilligung des Empfängers Werbung in dieser Art statthaft ist. Eine Einwilligung ist ein vorheriges Einverständnis, tatsächlich Werbung zu empfangen. Neben der fehlenden Einwilligung muss ferner die Bagatellgrenze des § 3 UWG überschritten sein, da § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nur eine Konkretisierung von § 7 Abs. 1 UWG ist und dieser wiederum auf § 3 UWG verweist.

Auch im elektronisch vermittelten Rechtsverkehr kommt den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine erhebliche Bedeutung zu. Die bestehende Gesetzeslage hinsichtlich der Einbeziehung von AGB ist grundsätzlich ausreichend und kann ohne besondere Schwierigkeiten auf elektronisch abgeschlossene Verträge angewendet werden. Wie bei herkömmlich geschlossenen Verträgen werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders gem. § 305 Abs. 2 BGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Kunde bei Vertragsabschluß auf die Geschäftsbedingungen ausdrücklich hingewiesen und dem Kunden darüber hinaus die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme eingeräumt wird. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme muss aber in besonderer Weise auf die Eigenarten der Darstellung von AGB im Internet Rücksicht genommen werden. Unter Kaufleuten werden hinsichtlich der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ein Vertragsverhältnis andere Anforderungen gestellt, als bei Verbrauchern. Im unternehmerischen Verkehr reicht es aus, dass die Parteien sich auf irgendeine Weise konkludent über die Einbeziehung der AGB einigen. Es genügt, wenn der Verwender erkennbar auf seine AGB verweist und der unternehmerische Vertragspartner deren Geltung nicht widerspricht. Schließlich ist zu beachten, dass wie viele andere Bereiche des Internetrechts auch das Recht der elektronischen AGB noch einiger Konkretisierungen durch die Gerichte bedarf. Streitigkeiten um die Einbeziehung der AGB werden nicht mehr lange auf sich warten lassen, und es ist Aufgabe der Gerichte, klare und deutliche Richtlinien für die Geltungskontrolle im Internet festzulegen.