

Schriften des Zentrums für angewandte
Rechtswissenschaft, Universität Karlsruhe (TH)
5

Christian Kau

Vertrauensschutzmechanismen im Internet, insbesondere im E-Commerce



Christian Kau

**Vertrauensschutzmechanismen im Internet,
insbesondere im E-Commerce**

Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft

Band 5

ZAR | Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft

Universität Karlsruhe (TH)

Herausgeber der Schriftenreihe: *Prof. Dr. Thomas Dreier M.C.J.*

Prof. Dr. Jürgen Kühling LL.M.

Prof. Dr. Peter Sester Dipl.-Kfm.

Vertrauensschutzmechanismen im Internet, insbesondere im E-Commerce

von
Christian Kau



universitätsverlag karlsruhe

Dissertation an der Universität Freiburg i. Br., Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i.Br.:

Prof. Dr. jur. Andreas Voßkuhle

Erstgutachter:

*Prof. Dr. jur. Thomas Dreier, MCJ, Institut für Informationsrecht,
Universität Karlsruhe (TH)*

Zweitgutachter:

*Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M., Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,
Universität Freiburg i.Br.*

Ort und Tag der mündlichen Prüfung:

Freiburg i. Br., am 30. November 2005

Die Dissertation wurde am Institut für Informationsrecht der Universität
Karlsruhe (TH) geschrieben. Stand Dezember 2005.

Impressum

Universitätsverlag Karlsruhe
c/o Universitätsbibliothek
Straße am Forum 2
D-76131 Karlsruhe
www.uvka.de



Dieses Werk ist unter folgender Creative Commons-Lizenz
lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>

Universitätsverlag Karlsruhe 2006
Print on Demand

ISSN 1860-8744
ISBN 3-86644-036-7

Consider that a large audience will see your posts.
That may include your present or your next boss.
Take care in what you write.

Remember too, that mailing lists and Newsgroups are frequently archived,
and that your words may be stored for a very long time
in a place to which many people have access.

[...]

Do NOT assume that ANY information you find is up-to-date and/or accurate.
Remember that new technologies allow just about anyone to be a publisher,
but not all people have discovered the responsibilities which accompany publishing.

RFC 1855

Netiquette Guidelines

October 1995

„Vertrauensmechanismen im Internet, insbesondere im E-Commerce“ - ein solcher Titel öffnet ein weites Feld, in dem nicht nur gesetzte Rechtsdogmatik verankert werden kann, sondern auch andere, progressive Denkansätze ihren Platz finden sollen.

Vertrauen ist zunächst einmal die emotionale Sicherheit, einem anderen Menschen offen gegenüberzutreten zu können. Es geht als ursprüngliche Haltung von der Verlässlichkeit der Umstände und anderer Menschen sowie von deren guten Absichten aus.

Wege, Vertrauen zu untersuchen, gibt es viele. Das liegt daran, dass das Vertrauen ein ambivalentes Phänomen ist, so dass sich gleich mehrere Wissenschaftsdisziplinen mit ihm beschäftigen. Vertrauen hat nicht nur eine juristische, sondern etwa auch eine psychologische und soziologische Komponente. Diese verschiedenen Aspekte aufzugreifen, soll in dieser Arbeit zumindest zum Teil erfolgen - wenngleich eine Dissertation an einer rechtswissenschaftlichen Fakultät sicherlich weit überwiegend rechtliche Fragen behandelt.

Bei einer Untersuchung, die die Juristerei und die Netzwerktechnik miteinander verbindet, ist es wesentlich, bei der Behandlung des einen stets auch die Vorgaben des anderen zu berücksichtigen. So würde eine rechtliche Prüfung ohne Einbeziehung der technischen Grundlagen des Internet an seinen tatsächlichen Bedürfnissen vorbeigehen. Umgekehrt steht bei von der Internetpraxis entwickelten Ansätzen zur Vertrauensstärkung stets auch deren „juristische Machbarkeit“ im Raum.

In der Tat zeigt sich bei der Bearbeitung eines solchen Themas, dass die Ergänzung der reinen Rechtsdogmatik durch interdisziplinäre Ansätze ein mitunter lohnenswerter Weg ist, der auch der Erweiterung des rechtlichen Horizontes dient. Für diese Möglichkeit des Erkenntnisgewinns und für sämtliche wertvollen Hinweise und Anregungen möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Dreier, M.C.J., ebenso sehr danken wie für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe des ZAR.

Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M., möchte ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich darüber hinaus meinen lieben Freunden und Kollegen, die mich in der Dissertationszeit fachlich und geistig unterstützt haben - insbesondere der Doktorandenraum C mit den Herren Thomas Huber, Christian Morawetz, André Nourbakhsch, Bastian Reissinger und Sheng-Wei Tsai. Ebenso herzlich danken möchte ich Herrn Dr. Tobias Paul für die stets motivierende Unterstützung und die überaus hilfreichen Korrekturvorschläge in den letzten Tagen vor Abgabe der Arbeit, sowie nicht zuletzt Herrn Götz Münchow für fortwährenden internet- und computertechnischen Beistand .

Ich widme diese Arbeit meinen lieben Eltern, die mich nicht nur während des Studiums und der Promotion stets in jeder Hinsicht unterstützt haben.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind berücksichtigt bis Ende des Jahres 2005. Einige Auflagen des Jahres 2006 konnten ebenfalls noch einbezogen werden. Alle im Text angegebenen Websites wurden zuletzt am 07.04.2006 besucht.

Wenn diese Arbeit dazu dient, die momentan immer noch bestehenden Vorbehalte gegenüber dem - gar nicht mehr so neuen - Medium, wenn auch nicht komplett auszuräumen, so doch ihnen zumindest in gewissem Umfang zu begegnen, ist ihr Ziel erreicht.

Düsseldorf, im April 2006

Christian Michael Kau

Einführung	1
I. Informationen und Internet	1
II. Die Situation im Internet	1
III. Die wirtschaftliche Komponente des Vertrauens	2
IV. Misstrauensgründe sind häufig unspezifiziert	3
V. Ausblick auf den Gang der Untersuchung	4
VI. Ziel der Arbeit	5
1. Kapitel - Gegenstand der Untersuchung	7
I. Gründe für die Unsicherheit im Internet	7
II. Begrifflichkeiten	10
III. Die Besonderheiten des Internets in Bezug auf die verschiedenen Vertrauens- schutzmechanismen	18
IV. Die Atmosphäre im Internet - besteht Bedarf nach Rechtssicherheit?	24
2. Kapitel - Unverbindlichkeit im Internet und Beständigkeit von Informationen (Gedanken zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung)	27
I. Die Haftung aufgrund Vertrauensschutzes	27
II. Vertrauensschutz in seinen verschiedenen Ausformungen	28
III. Der Kern des Vertrauensschutzprinzips	39
IV. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Vertrauenstatbestandes im Internet	48
V. Fazit: Der Vertrauensschutz als Weg zur Sicherheit?	64
3. Kapitel - Das Internet als Informationsquelle	67
I. Zweck der Haftung	67
II. Information als Hauptleistung	68
III. Fazit	104
4. Kapitel - Das Internet als Handelsplattform	105
I. Die E-Commerce-Richtlinie/Information als Nebenleistung	105
II. 1. Phase: Die Kontaktaufnahme	106
III. 2. Phase: Vor Vertragsschluss	112
IV. 3. Phase: Nach Vertragsschluss	127
V. Fazit	133
5. Kapitel - Die Abgabe von Informationen	135
I. Abgabe und Zugang von Willenserklärungen	135
II. Die rechtliche Behandlung von Zugangshindernissen	141
III. Beweisbarkeit des Zugangs?	143
IV. Zur Wiederholung: Die Bindung des Absenders an eine Willenserklärung	145
V. Fazit	145

6. Kapitel - Datenschutzrechtliche Grundlagen	147
I. Ausgangspunkt und Entwicklung des Datenschutzes	148
II. Grundlagen des Datenschutzes im Internet	149
III. Die stetige Weiterentwicklung des Datenschutzes	152
IV. Ansätze zur Modernisierung des Datenschutzes	153
V. Fazit: Datenschutz als Wettbewerbsfaktor	157
7. Kapitel - Mechanismen der Selbstregulierung	159
I. Modelle der Regulierung	159
II. Ansatzpunkte der Selbstregulierung	163
III. Bewertung der Selbstregulierung im Internet	190
8. Kapitel - Ergebnisse und Ausblick	193
I. Auf dem Weg zu einem globalen Internetrecht?	194
II. Bestehender Regulierungsrahmen	194
III. Selbstregulierung als Modell für die Zukunft?	196
IV. Gefahren der Selbstregulierung	197
V. Regulierung durch Technik?	199
VI. Rechtliche Sicherheit im Internet, insbesondere im E-Commerce	201
Literaturverzeichnis	203

Inhaltsübersicht	iii
Inhaltsverzeichnis	v
Abkürzungsverzeichnis	xi
Einführung	1
I. Informationen und Internet	1
II. Die Situation im Internet	1
III. Die wirtschaftliche Komponente des Vertrauens	2
IV. Misstrauensgründe sind häufig unspezifiziert	3
V. Ausblick auf den Gang der Untersuchung	4
VI. Ziel der Arbeit	5
1. Kapitel - Gegenstand der Untersuchung	7
I. Gründe für die Unsicherheit im Internet	7
II. Begrifflichkeiten	10
1. Die Information	10
Exkurs: Das Verhältnis von Daten zu Informationen	12
2. Das Verhältnis von Vertrauen und rechtlicher Sicherheit	13
a. Inhalt der Erwartung	14
b. Grund der Erwartung	15
3. Der Hintergrund des Transparenzprinzips und dessen Auswirkungen im Internet	16
III. Die Besonderheiten des Internets in Bezug auf die verschiedenen Vertrauensschutzmechanismen	18
1. Das Grundprinzip des Internets	19
2. Was passiert bei der Datenübertragung?	19
3. Die nötige Hardware	20
4. Die Funktion der Protokolle	21
a. Das Transfer Control Protocol (TCP)	21
b. Das Internet Protocol (IP)	21
5. Administration	22
6. Anwendungen im Internet	23
IV. Die Atmosphäre im Internet - besteht Bedarf nach Rechtssicherheit?	24
2. Kapitel - Unverbindlichkeit im Internet und Beständigkeit von Informationen (Gedanken zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung)	27
I. Die Haftung aufgrund Vertrauensschutzes	27
II. Vertrauensschutz in seinen verschiedenen Ausformungen	28
1. Vertrauensschutz im BGB	29
2. Untersuchung der Vertrauenstatbestände	29
a. § 122 BGB	30

b. §§ 133, 157 BGB	30
c. §§ 170 - 173 BGB	31
aa. Duldungsvollmacht	31
bb. Anscheinsvollmacht	31
cc. Voraussetzungen für eine allgemeine Rechtsscheinsvollmacht	32
(1) Rechtsscheinstatbestand	32
(2) Zurechnung	32
(3) Schutzwürdigkeit des anderen	32
(4) Kausalität	33
d. § 179 BGB	33
e. § 242 BGB	33
aa. Schrankenfunktion	34
(1) venire contra factum proprium	34
(2) Verwirkung	34
bb. Korrekturfunktion	35
f. §§ 280 Abs. 1 i.V.m. 311 Abs. 2 und 3 BGB (c.i.c.)	35
g. § 823 BGB	36
h. §§ 892 f., 932 ff. BGB	36
i. § 2366 BGB	38
j. § 15 HGB	38
III. Der Kern des Vertrauensschutzprinzips	39
1. Die Voraussetzungen des normativen Vertrauens	39
a. Vertrauensveranlassender Kontakt	39
b. Durch ein Verhalten veranlasster Rechtsscheinstatbestand	40
c. Kenntnis des Verhaltens durch den Vertrauenden	42
d. Vertrauensinvestition/Disposition	43
e. Schutzwürdigkeit	43
2. Kernvoraussetzungen eines allgemeinen Vertrauenstatbestandes	44
3. Vergleich der gefundenen Prinzipien mit dem allgemeinen Vertrauenstatbestand	45
4. Die Rechtsfolgen des normativen Vertrauens	46
IV. Die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzes im Internet	48
1. Gegenüberstellung der hinter dem Vertrauensschutz stehenden allgemeinen Prinzipien mit der rechtlichen Struktur des Internets	48
a. Der Hintergrund des Vertrauensschutzprinzips	48
b. Die rechtliche Struktur des Internets	50
2. Vereinbarkeit der Struktur des Internets mit dem Vertrauensschutz und seinen dahinterstehenden Prinzipien	50
a. Allgemeiner Umstand: Vertrauensveranlassender Kontakt	51
b. Seite des Vertrauensveranlassers: Durch ein bestimmtes Verhalten veranlasster Rechtsscheinstatbestand	51
c. Seite des Vertrauenden: Kenntnis dieses Verhaltens	52

d. Seite des Vertrauenden: Vertrauensinvestition/Disposition	52
e. Seite des Vertrauenden: Schutzwürdigkeit	52
3. Ergebnis der Untersuchung	52
4. Die Anonymität im Netz als Problem des Vertrauensschutzes?	53
a. Haftung durch Rechtsscheinsvollmacht?	54
b. Die Zweifel der Gerichte bezüglich der Sicherheit von Passwörtern	55
c. Mehr Sicherheit durch Technik? - Die digitale Signatur	57
d. Authentifizierung über die IP-Adresse?	60
e. Authentifizierung über PIN und TAN?	61
f. Identifizierung mittels sonstiger Trägermedien	61
5. Die Beständigkeit von Informationen als Problem des Vertrauensschutzes?...	62
V. Fazit: Der Vertrauensschutz als Weg zur Sicherheit?	64
3. Kapitel - Das Internet als Informationsquelle	67
I. Zweck der Haftung	67
II. Information als Hauptleistung	68
1. Spezialgesetzliche Regelungen?	68
2. Die entgeltliche Weitergabe von Informationen	69
a. Zugang zur Information	69
aa. Der Vertragsschluss	69
bb. Die vertragliche Qualifizierung	71
(1) Eine Beurteilung anhand von Softwareüberlassungsverträgen	72
(2) Eine Beurteilung anhand der Datenbanknutzung	73
(3) Eine Beurteilung bei individualisierten Informationen	73
(4) Die Beurteilung nach der Schuldrechtsreform	74
cc. Informationsverträge als Verbrauchsgüterkauf?	76
dd. Fernabsatz und E-Commerce	77
b. Inhalt der Information	79
aa. Die mangelhafte Information	79
(1) Der Einfluss von Werbeäußerungen	81
(2) IKEA-Klausel auch bei Software?	82
(3) Rechtsmangel bei Informationen?	82
bb. Die Gewährleistungsrechte beim Informationskauf	85
(1) Nacherfüllung	85
(2) Rücktritt und Minderung	86
(3) Schadensersatz bei behebbaren Mängeln	87
(4) Gewährleistungsrechte bei unbehebaren Mängeln, insbesondere Schadensersatz	90
cc. Ausschluss und vertragliche Gestaltung der Gewährleistung	90
Exkurs: Ausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	91
dd. Garantien	92

ee. Mitverschulden des Nutzers	93
3. Die unentgeltliche Weitergabe von Informationen	94
a. Zugang zur Information	94
aa. Der Vertragsschluss	94
bb. Die vertragliche Qualifizierung	96
b. Inhalt der Information	97
aa. Die Gewährleistungsrechte bei unentgeltlichen Informationen	97
bb. Ausschluss der Gewährleistung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	98
4. Statuierung einer Vertrauenshaftung?	99
5. Deliktische Ansprüche bei mangelhaften Informationen	99
6. Produzentenhaftung bei fehlerhaften Informationen	102
7. Produkthaftung bei fehlerhaften Informationen?	102
III. Fazit	104
4. Kapitel - Das Internet als Handelsplattform	105
I. Die E-Commerce-Richtlinie /Information als Nebenleistung	105
II. Die 1. Phase: Die Kontaktaufnahme	106
1. Werbung	106
2. Anbieterkennzeichnung nach dem TDG/MDStV	108
3. Anbieterkennzeichnung im Fernabsatzrecht	110
4. Angaben auch Geschäftsbriefen	111
5. Nicht erforderliche Angaben	111
III. Die 2. Phase: Vor Vertragsschluss	112
1. Merkmale der Ware bzw. Dienstleistung	112
2. Angabe des Preises	113
3. Angaben beim Vertragsschluss	115
4. Sonstige Begleitinformationen i.R.d. §§ 312 c ff. BGB	117
5. Informationspflichten im Rahmen der Datenerhebung	118
6. Zeitpunkt der Informationsabgabe	119
7. Erfüllung der Informationspflichten im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	119
8. Form der Informationspflichten vor Vertragsschluss	120
9. Sanktionen bei einer Verletzung der Informationspflichten aus §§ 312 c und e BGB	122
a. Sanktionen aus dem UKlaG und UWG	122
b. Haftung aus c.i.c?	123
c. Beeinflussung der Wirksamkeit des Vertrags?	124
d. Verschiebung des Beginns der Widerrufsfrist	125
e. Bewertung der Sanktionsmöglichkeiten	126
10. Überforderung des Anbieters?	126
IV. Die 3. Phase: Nach Vertragsschluss	127

1. Inhalt und Form der Informationspflichten im Rahmen des Fernabsatzrechts...	127
2. Sanktionen bei Nichterfüllung der Informationspflichten	129
3. Informationspflichten als allgemeine Nebenpflichten	129
a. Die Verletzung einer - sonstigen - leistungsbezogenen Nebenpflicht	129
b. Die Verletzung einer - sonstigen - nicht-leistungsbezogenen Nebenpflicht ..	130
4. Informationspflichten bei Übernahme einer Garantie im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs	131
5. Mindestangaben auf Rechnungen	132
6. Informationspflichten des Nutzers	132
V. Fazit	133
5. Kapitel - Die Abgabe von Informationen	135
I. Abgabe und Zugang von Willenserklärungen	135
1. Bestimmung des Machtbereichs für den Zugang	136
2. Zeitpunkt des Zugangs	138
a. Einheitliche Betrachtung von Geschäfts- und Privatverkehr?	139
b. Längere Abwesenheit des Empfängers	141
II. Die rechtliche Behandlung bei Zugangshindernissen	141
III. Beweisbarkeit des Zugangs?	143
1. DSN-Erweiterung im Rahmen von SMTP	143
2. Empfangsbestätigung	143
3. „Internet-Einschreiben“	144
4. Keine Anwendbarkeit von § 292 a ZPO	144
IV. Zur Wiederholung: Die Bindung des Absenders an eine Willenserklärung	145
V. Fazit	145
6. Kapitel - Datenschutzrechtliche Grundlagen	147
I. Ausgangspunkt und Entwicklung des Datenschutzes	148
II. Grundlagen des Datenschutzes im Internet	149
III. Die stetige Weiterentwicklung des Datenschutzes	152
IV. Ansätze zur Modernisierung des Datenschutzes	153
1. Staatliche Sanktionen und neue Ansätze	153
2. Datenschutz durch Eigenständigkeit der Nutzer	154
3. Hilfe durch Verbände und Gütesiegel?	155
4. Datenschutz durch Hardware	156
V. Fazit: Datenschutz als Wettbewerbsfaktor	157
7. Kapitel - Mechanismen der Selbstregulierung	159
I. Modelle der Regulierung	159
1. Auf der Suche nach dem geeigneten Regulierungsmodell	160
2. Sinn und Zweck der Selbstregulierung	161
3. Selbstregulative Sanktionierung	161

II. Ansatzpunkte der Selbstregulierung	163
1. Die Netiquette	163
2. Die Gütesiegel als Verhaltenskodizes	164
a. Gütesiegel in der Praxis	165
b. Mittel zur Eindämmung der Siegelflut?	166
c. Rechtlicher Gehalt der Siegel	168
aa. Gehalt der Siegel-Garantie?	169
bb. Alternative Streitbeilegung (ADR) im Internet	172
(1) Idee und Entwicklung der ADR	172
(2) Prinzipien der ADR	173
Exkurs: Das UDRP-Verfahren als Beispiel der ODR	175
(3) Die Durchsetzung des Verhandlungsergebnisses	175
(4) Das Verhältnis von ADR und Recht	178
(a) § 15 a EGZPO	178
(b) § 36 a UrhG	180
(c) Zwischenbewertung	181
(5) Die weitere Entwicklung der ADR/ODR: Problem des Über- angebots?	182
(6) Bewertung der ADR/ODR	182
cc. Die Bewertung von Gütesiegeln als Verhaltenskodizes	183
3. Sonstige Verhaltenskodizes	185
Exkurs: Die Robinson-Liste	185
4. Die unternehmensinterne, individuelle Selbstregulierung	186
a. Das Bewertungsprofil	187
b. Die Verschärfung des Bewertungsgedankens - Überwachung einer Community durch die unternehmensinterne Aufsicht	188
c. Ein Bewertungsforum als Grundlage eines Internet-Gütesiegels	188
5. Die Einbeziehung vertrauenswürdiger Dritter (TTP)	189
6. Vertrauen durch Versicherung?	190
III. Bewertung der Selbstregulierung im Internet	190
8. Kapitel - Ergebnisse und Ausblick	193
I. Auf dem Weg zu einem globalen Internetrecht?	194
II. Bestehender Regulierungsrahmen	194
1. Deterritorialisierung des Rechts	195
2. Extemporalisierung des Rechts	196
III. Selbstregulierung als Modell für die Zukunft?	196
IV. Gefahren der Selbstregulierung	197
V. Regulierung durch Technik?	199
VI. Rechtliche Sicherheit im Internet, insbesondere im E-Commerce	201
Literaturverzeichnis	203

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	Alternative/Appropriate Dispute Resolution
a.F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGBs	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ähnl.	ähnlich
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Art(t).	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bit	Binary Digit (Binärzeichen)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
c.i.c.	culpa in contrahendo
CR	Computer und Recht
CRi	Computer Law Review International
DB	Der Betrieb
ders./dies.	derselbe/dieselbe
DIN	Deutsche Industrie-Norm
DNS	Domain Names System
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSN	Delivery Status Notification
DSWR	Datenverarbeitung Wirtschaft
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E-Commerce	Electronic Commerce
E-Mail	Electronic Mail
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

Vertrauensschutzmechanismen im Internet

EWG	Europäische Wirtschafts-Gemeinschaft (Bezeichnung der von der EWG erlassenen Richtlinien)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
FTP	File Transfer Protocol
GfK	Gesellschaft für Konsumforschung
ggf.	gegebenenfalls
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
i.S.d.	im Sinne des
i.S.e.	im Sinne eines
i.S.v.	im Sinne von
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IMAP	Internet Message Access Protocol
inkl.	inklusive
InterNIC	International Network Information Center
IP	Internet Protocol
IRC	Inter Relay Chat
ISO/OSI	International Standardization Organization/Open Systems Interconnection
IT	Information Technology
IuR	Informatik und Recht
Jg.	Jahrgang
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
LM	Lindenmaier-Möhring
m.a.W.	mit anderen Worten
MAC	Media Access Control
MDN	Message Disposition Notification
MDStV	Mediendienstestaatsvertrag
MMR	Multimedia und Recht
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NIC	Network Information Center
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report
NNTP	Network News Transfer Protocol
NOC	Network Operation Center
o.ä.	oder ähnliche
ODR	Online Dispute Resolution
OLG	Oberlandesgericht
PAngV	Preisangabenverordnung
PC	Personal Computer
PDA	Personal Digital Assistant
PIN	Personal Identification Number
POP	Post Office Protocol
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sms	short message service
SMTP	Simple Mail Transfer Protocol
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
TAN	Transaction Number (Transaktionsnummer)
TA-Nachrichten	Schriftreihe des Instituts für Technikfolgenabschätzung und Systemanalyse, Karlsruhe (fortgeführt als TA-Datenbank-Nachrichten)
TCG	Trusted Computing Group
TCP	Transfer/Transmission Control Protocol
TDG	Teledienstegesetz
TTP	Trusted Third Party
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UDRP	Uniform Domain Name Resolution Policy
UIG	User Instruction Group (Benutzerbefehlsgruppe)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UrhWG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz)
URL	Uniform Resource Locator

usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
WAP	Wireless Application Protocol
WIPO	World Intellectual Property Organization
WM	Wertpapiermitteilungen
WTO	World Trade Organization
www	World Wide Web
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Einführung

Im Massenphänomen Internet ist mangelndes Vertrauen nach wie vor das grundlegendste Hindernis für eine Ausnutzung seiner Potentiale. Obwohl allerorten die Informationsgesellschaft¹ proklamiert und angesichts des sich global ausbreitenden Datenstromes das Entstehen einer Netzwerkgesellschaft vorhergesagt wird, stockt die Entwicklung des E-Commerce.²

I. Informationen und Internet

Dabei gewinnt der Handel mit und der Zugriff auf Informationen stetig an Relevanz. Der elektronische Markt ist längst zum wirtschaftlichen Rückgrat des Internets geworden.³ Informationen sind häufig entscheidend für Erfolg oder Misserfolg eines Geschäftes. Wer Informationen hat, hat Macht. Damit geht eine Einteilung der Gesellschaft in zwei Klassen einher: diejenigen, die Informationen besitzen und diejenigen, die keine haben. Informations-, „Insider“ und -, „Outsider“. Informationsasymmetrien gab es allgemein schon immer. Allerdings könnte diese Ungleichverteilung durch die Struktur des Internets geändert worden sein. Denn mit der symmetrischen Eins-zu-eins-Kommunikation macht es den Nutzer gleichzeitig zum Sender und zum Empfänger.⁴ Diese Sichtweise wäre jedoch zu einseitig. Vielmehr ist eine Ausdifferenzierung nach verschiedenen funktionalen Teilbereichen erforderlich, denn das Internet bietet eine ganze Reihe von informationsspezifischen Diensten. In den meisten Teilen bleibt der asymmetrische Charakter der Kommunikation durchaus erhalten. War früher der Umfang und der Verbreitungsgrad von relevanten Informationen noch durch das räumlich recht enge Umfeld des Menschen begrenzt, hat sich dies in Zeiten der Globalisierung tiefgreifend geändert. Weltweit sind Informationen wichtiger denn je. Dabei kommt es aber zum einen darauf an, eine Information entsprechend verwerten zu können und zum anderen auf die Rechtzeitigkeit der Information. Häufig ist sie nur dann etwas wert, solange nicht auch der Konkurrent sie besitzt. Nicht nur der Inhalt der Information spielt demnach eine Rolle, sondern auch, wer sie bekommt und wie schnell er sie bekommt. Ein wesentliches Geschäft der Zukunft wird demnach der Handel und die Verwertung von Informationen sein. Dieser Entwicklung entspricht die Regelung des Austausches von Informationen als eine der wichtigsten anstehenden Aufgaben des Rechts.

II. Die Situation im Internet

Als ein neues Medium zum relativ schnellen und umfassenden Austausch von Informationen hat sich in den letzten Jahren mehr und mehr das Internet etabliert und dadurch einen immer größeren Einfluss als Informationsquelle gewonnen. Die Anzahl der im Internet geschlossenen Rechtsgeschäfte wächst stetig - auch wenn sich nach der anfänglichen Euphorie in den 1990er Jahren die Zahlen nicht mehr

¹ Der Begriff „Informationsgesellschaft“ steht für eine Wirtschafts- und Gesellschaftsform, in der der produktive Umgang mit der Ressource „Information“ und die wissensintensive Produktion eine herausragende Rolle spielen; *Waldner*, S. 4 mwN. Zu den Prinzipien einer humanen und sozialen Informationsgesellschaft vgl. *Rolf H. Weber*, „From ‚Many Voices One World‘ to ‚Information Society‘“, *CRi* 2004, S. 97 - 104. Vgl. ansonsten nur *Eggs*, S.1; *Corsten*, S.1; *Week*, S. 222 ff.

² *Kelly*, S. 22; vgl. auch *Thome/Schinzer/Hepp*, S. 1 f.

³ *Ruess*, S. 2 mwN. Zur Begrifflichkeit unter wirtschaftswissenschaftlichen Aspekten s. *Corsten*, S. 11 f.

⁴ *Debatin/Funioke/Bohlken*, S. 46.

ganz so erwartungsgemäß entwickeln⁵. Die technologische Grundlage des E-Commerce, das Internet, wächst dagegen noch immer doppelt so schnell wie die übrige Wirtschaft und schneller als jede andere Technologie.⁶ Daher steigt der Wert des Internets als Informationssystem mit jedem Internetzugang, mit jeder Schnittstelle, die neu eingerichtet wird. Je mehr Teilnehmer durch den Anstieg der Gesamtnutzerzahl erreicht werden können, desto größer ist die Steigerung des Nutzens für den einzelnen.⁷ Und je mehr Nutzer es gibt, desto größer ist auch der Bedarf des Austausches von Informationen. Da verwundert es nicht, dass vom Internet als Marktplatz der Zukunft gesprochen wird.

Die abgerufenen Informationen sind häufig die Grundlage für das spätere Verhalten der Nutzer.⁸ Dabei ist es unerheblich, zu welchem Zweck das Internet genutzt wird. Ob als Datenbank zur Suche nach einer bestimmten Auskunft oder als virtuelles Kaufhaus zum Erwerb eines bestimmten Gegenstandes - stets ist der Nutzer auf eine korrekte und vollständige Information angewiesen. Im Internet besteht demnach ein Informationsgefälle zwischen den jeweiligen Kommunikationspartnern. Der eine Teil stellt die Information zur Verfügung; der andere Teil begehrt sie. „Insider“ und „Outsider“. Eine solche Beziehung birgt die Gefahr, dass der Insider seinen Informationsvorsprung gegenüber dem Outsider missbraucht und diesen - auf welche Weise auch immer - ausbeutet.

Dieser Entwicklung entspricht die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung. Wer Informationen von einem anderen erwirbt, muss sich darauf verlassen können, dass diese Informationen seinen Bedarf tatsächlich befriedigen, dass die Informationen also auch die jeweils richtigen Spezifikationen enthalten. Das bedeutet, dass sie diejenigen sein müssen, die verlangt wurden und dass sie inhaltlich richtig zu sein haben. Wer keine Information(en) besitzt, muss mangels anderer Möglichkeiten auf die Angaben seines Gegenübers vertrauen.⁹ Dies ist ein Grundsatz des Vertrauens. Wer die gewünschte Information schon hat und weiß, dass sie richtig ist, ist nicht mehr auf Vertrauen angewiesen. Inwiefern das Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit von Informationen geschützt werden kann, soll im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden.

III. Die wirtschaftliche Komponente des Vertrauens

Vor allem die wirtschaftswissenschaftliche Literatur, die sich mit dem Internethandel beschäftigt, weist immer wieder darauf hin, dass das Vertrauen von Internetnutzern gegenüber dem Anbieter Grundbedingung für seinen Erfolg darstellt.¹⁰ Vertrauen hängt allerdings von vielen psychologischen Faktoren und Begleitumständen ab.¹¹ Dies gilt selbstverständlich nicht nur für den Bereich des Online-Handels;

⁵ Ruess, S. 3.

⁶ Eggs, S. 1. Nach einer Prognose der GfK Medienforschung wird die Nutzung des Internets schon mittelfristig für mindestens die Hälfte der europäischen Gesellschaft zu einem alltäglichen Verhalten werden; GfK, S. 39.

⁷ Ökonomen sprechen hier vom Netzeffekt. Die Menge erzeugt den Wert. Kelly, S. 61; Latzer/Schmitz, S. 68 ff.; Timmers, S. 17 f.

⁸ Weck, S. 4. Damit korrespondiert das Bestreben, den Nutzer vor mangelhaften, manipulierten Informationen zu schützen, vgl. auch Tinnefeld, DuD 2005, S. 328.

⁹ Luhmann, Vertrauen, S. 31. Vgl. auch Tinnefeld/Schuster, DuD 2005, S. 78.

¹⁰ Vgl. nur die von der OECD-Konferenz 1998 zum Thema „Elektronischer Geschäftsverkehr“ vertretene Ansicht. Materialien hierzu unter <<http://www.ottawaoecdconference.org>> sowie als Kurzartikel im DSB 1998, S. 3 f. Weiterhin Grzebiela, S. 27.

¹¹ Klitmann/Klitmann, S. 21.

auch bei der Nutzung des Internets als Informationsquelle herrscht eine Unsicherheit der Nutzer hinsichtlich der rechtlichen Abwicklung und der Sicherheit der Übertragungswege. Sie ist ein wesentliches Hemmnis für deren Vertrauensbildung.

Aus wirtschaftlicher Sicht stehen zwei Begriffe im Vordergrund: Kundenorientierung und Prozessoptimierung.¹² Dies sind zentrale Begriffe aus dem Qualitätsmanagement. Die Zugrundelegung und Einhaltung von Qualitätsmaßstäben dient zur Schaffung eines effizienten elektronischen Handels. Dass die Kunden - gerade in Europa - die Online-Geschäftsmöglichkeiten zurückhaltend nutzen, ist ein Zeichen, dass in Sachen Qualitätsmanagement noch Potenzial für Verbesserungen besteht. Auch wenn sich viele Nutzer über entsprechende Angebote im Netz informieren, nutzen es bislang jedoch nur wenige als Handelsplattform.¹³

IV. Misstrauensgründe sind häufig unspezifiziert

Qualitätsmanagement betrifft nicht nur systematische oder logistische Lösungsansätze, sondern vor allem auch den rechtlichen Bereich. Vertrauensschutz durch Rechtssicherheit ist eines der Schlagworte.¹⁴ Allzu häufig werden die rechtlichen Unwägbarkeiten und die damit verbundenen Risiken vom Kunden höher bewertet als die Aussicht auf erfolgreiche Geschäfte.¹⁵ Berechtigtes Vertrauen in abgerufene Informationen und in die Möglichkeiten des Internets ist daher von dem Gefühl des Kunden abhängig, sich in rechtlich ausgebauten und erprobten Bahnen zu bewegen.

Daher werden bei Umfragen zu Hindernissen des E-Commerce oftmals unbestimmt „Sicherheitsprobleme“ angegeben; es sei sicherer und mache mehr Spaß, im Geschäft einzukaufen. Schließlich wisse man nicht, was man beim Online-Kauf tatsächlich bekomme.¹⁶ Diese Unsicherheit betrifft sowohl Verbraucherkunden als auch Geschäftskunden. Hinzu kommt die Angst vor Betrug, sei es hinsichtlich des „herkömmlichen“ Betrugs, z.B. die Nichtlieferung von Produkten trotz Bezahlung, sei es hinsichtlich eines Missbrauchs im Internet, z.B. bezüglich der Kundendaten.¹⁷

Ursprung der unspezifischen Vorbehalte sind die gegenüber dem klassischen Ladenbesuch völlig geänderten Einkaufsbedingungen. Vor diesem Hintergrund verwundern auch nicht die bereits während des E-Commerce-Booms zu hörenden kritischen Töne. „Das Internet, trotz aller Wunder, über die in den Medien berichtet wird, ist ein schrecklicher Platz, um ein T-Shirt zu kaufen.“, hieß es im Jahre 1997.¹⁸ Anders als in einem realen Ladengeschäft sind die Daten, Bilder und sonstigen Informationen, die über den Bildschirm des Nutzers flimmern, nicht greifbar. Ein reales Geschäft vermittelt dem Kunden die Sicherheit, einen bestandsfesten Anlaufpunkt zu haben, an den man sich im Falle von Problemen wen-

¹² Merx/Tandler/Hahn/Lubmer, 3.2. Vgl. auch Corsten, S. 210 ff. und Kliemann/Riemer/Totz, S. 183 ff. Zum „Beziehungsmanagement im Internet“ ausführlich Marc Alexandre Ludwig unter dem gleichnamigen Titel, Lohmar/Köln 2000. Als empirischen Beitrag zur Kundenzufriedenheit vgl. Dieter Ahlert/Heiner Evanschitzky/Josef Hesse, „Konsumentenverhalten im Internet: Die E-Zufriedenheit“, in: Klaus-Peter Wiedmann et al., S. 119 ff.

¹³ Rieß, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.

¹⁴ Merx/Tandler/Hahn/Lubmer, 3.3; vgl. auch Gassen, S. 22.

¹⁵ Zum Endowment-Effekt im E-Commerce vgl. Bizer, DuD 2004, S. 69 ff. Allg. Merx/Wierl in Hermanns/Sauter, S. 95.

¹⁶ Ergebnisse einer Studie von Taylor Nelson Sofres (Jahr 2001), vgl. hierzu Rieß, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.

¹⁷ Rieß, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.; Latzer/Schmitz, S. 121f.

¹⁸ Krause, 1.2, S. 17. Zitat von Christopher Anderson, CEO Netscape, in einer Sonderausgabe des Economist von 1997.

den kann. Diese Sicherheit geht in der virtuellen Welt verloren.¹⁹ Verständlich, bei Betrachtung der Internet-Nutzung in der Praxis: Hat sich ein Nutzer gerade eben noch auf einer Versandwebsite eines ausländischen Anbieters aufgehalten und in dessen Angebot herumgestöbert - ein Druck auf die Reset-taste am Computer, und er befindet sich unmittelbar wieder im heimischen Wohnzimmer, in seiner eigenen Privatsphäre. Diese Nähe von Privatleben und Geschäftswelt ist mitunter praktisch, erzeugt aber auch große Unsicherheit bei demjenigen, der im Internet ein Geschäft abschließen und sich damit rechtlich binden will. Wer weiß, ob das, was er gerade auf dem Bildschirm hatte, beim nächsten Internet-Besuch noch besteht.²⁰

Daneben sorgt eine weitere Besonderheit des Internets für Unsicherheit: Die Tendenz hin zur Kostenfreiheit von Informationen. Informationen können verkauft werden und somit kostenpflichtig sein; sie können aber auch von Anfang an kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Generell kann allerdings beobachtet werden, dass Informationen mit zunehmendem Zeitablauf immer günstiger werden - bis hin zur Kostenfreiheit.²¹ Informationen sind im Internet frei verfügbar und somit keine knappe Ressource mehr.²² Häufig besteht bei den Nutzern jedoch der Glaube, dass nur das etwas wert sei, wofür man tatsächlich bezahlen müsse. Ein Beispiel für die Verbilligungstendenz sind Echtzeit-Aktiennotierungen: Anfänglich waren sie als Informationen direkt vom Insider teuer. Mittlerweile stehen sie so allgemein zur Verfügung, dass sie einem Standard entsprechen müssen, damit Web-Browser sie einheitlich interpretieren können.²³

Die Anbieter sind deshalb gut beraten, sich den Vorbehalten zu stellen und sie auszuräumen. Dies kann durch Eigenleistung geschehen, aber auch die Legislative und Judikative sind gefordert. Entsprechend hat sich in den letzten Jahren auf dem Gebiet des Internet-Rechts einiges getan.

V. Ausblick auf den Gang der Untersuchung

Um die verschiedenen Ansätze verfolgen zu können, ist es notwendig, die unterschiedlichen Misstrauensgründe zusammenzutragen und kapitelweise abzarbeiten. Im ersten Kapitel dieser Arbeit werden grundsätzliche Begrifflichkeiten geklärt und eine Einteilung der Vorbehalte in verschiedene Problembe- reiche vorgenommen. Diese Bereiche werden ab dem zweiten Kapitel näher betrachtet.

Um den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden, kann es allerdings nicht lediglich bei einer Be- schreibung der juristischen Ansätze bleiben, sondern die gefundenen Möglichkeiten müssen sich auch in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen halten. Daher ist es wichtig, auf die Umsetzbarkeit der juristischen Lösungen in der Praxis zu achten. Andersherum müssen aber auch bereits bestehende ver- trauensbildende Maßnahmen im Rahmen der Selbstregulierung auf ihren juristischen Gehalt hin unter-

¹⁹ *Tinnefeld/Schuster*, DuD 2005, S. 78.

²⁰ Vgl. hierzu auch *Klietmann/Riemer/Totz*, S. 180.

²¹ Vgl. *Latzner/Schmitz*, S. 107 ff.

²² *Klietmann/Piller*, S. 90.

²³ *Kelly*, S. 79.

sucht werden. Bei alledem müssen stets die strukturellen Besonderheiten des Internets und daraus folgend etwaige technische Sicherungsmaßnahmen beachtet werden.²⁴

Den gestellten Fragen nähert sich diese Arbeit auf der Grundlage des deutschen Rechts unter Berücksichtigung der europäischen und weltweit geltenden Regelungen, soweit sie im deutschen Recht beachtet werden müssen. Rechtliche Sicherheit ist grundlegend für die reibungslose Abwicklung des einzelnen Rechtsgeschäfts, gleichzeitig aber auch eines der Grundprinzipien einer jeden Rechtsordnung. Es würde den Umfang der Arbeit allerdings übersteigen, wenn in die Untersuchung auch Aspekte anderer Rechtsordnungen einfließen sollten. In Ergänzung mit weiteren Arbeiten auf der Basis anderer Rechtskulturen lässt sich jedoch ein Gesamtbild entwickeln. Ausgehend vom deutschen Rechtsverständnis sollen daher Grundtendenzen und Lösungsansätze vorgestellt werden, um diese - unter Umständen in der Entwicklung hin zu einem globalen Recht des Internets²⁵ - zur Diskussion zu stellen.

Mit der Frage des im Einzelfall anwendbaren Rechts beschäftigt sich eingehend die einschlägige Literatur. Denn den Betroffenen interessiert zunächst, ob er ein ihm zustehendes Recht auch gerichtlich durchsetzen kann. Die vorliegende Arbeit begnügt sich in diesem Zusammenhang nur mit einer Faustregel und verweist ansonsten auf die entsprechende Literatur²⁶: Aufgrund des Schutzgedankens wird der Streitfall bei Verbraucherverträgen nach dem Recht des Verbrauchers geklärt, während bei Verträgen zwischen Geschäftsleuten oder Verbrauchern untereinander i.d.R. das Recht des Lieferanten Anwendung findet.

VI. Ziel der Arbeit

Mechanismen zur Vertrauensgewinnung - damit beschäftigt sich die vorliegende Arbeit.

Wenn sich auch die Rechtswissenschaft einig ist, dass das Internet keinen rechtsfreien Raum²⁷ darstellt, so steht doch seine rechtliche Durchdringung noch am Anfang. Daher bewegen sich viele Fälle in der rechtlichen Grauzone.²⁸ Noch immer wird das Internet als Spielwiese angesehen, auf der sich der Stärkere durchsetzt. Die Einschränkung dieser Fälle durch ein juristisches Bearbeiten des Bodens ist Voraussetzung dafür, die Stellung des Internets als Marktplatz der Zukunft zu festigen. Dazu will die vorliegende Arbeit ein Stück beitragen.

²⁴ Angedeutet bei *Roßnagel*, MMR 2002, S. 69 f.

²⁵ Dieser Gedanke wird im Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“, unter I. weitergeführt.

²⁶ Instrukтив *Pfeiffer*, JuS 2004, S. 282 ff. sowie *Helmut Rießmann*, „Verbraucherschutz im Internet“, K&R 1998, S. 129 ff. Explizit mit der internationalen Zuständigkeit aufgrund der EuGVVO beschäftigen sich *Nina Wernicke/Vera Hoppe*, „Die neue EUGVVO - Auswirkungen auf die internationale Zuständigkeit bei Internetverträgen“, MMR 2002, S. 643 ff.

²⁷ Z.B. *Schwerdtfeger*, S. 8; *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.3.

²⁸ Entsprechend negativ fällt eine Analyse diverser Rechtspraktiken bei Online-Shops aus, *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.3.

1. Kapitel - Gegenstand der Untersuchung

Hatten die ersten Großrechner noch experimentellen Charakter und konnten nur einfache Befehle ausführen, ergaben sich mit ihrer Weiterentwicklung und geschäftlichen Nutzung mehr und mehr Möglichkeiten, Informationen zu speichern, zu nutzen und zu verarbeiten. Mit der Einführung des „Personal Computer“ für den privaten Haushalt Mitte der siebziger Jahre haben sich diese Möglichkeiten exponentiell gesteigert. Die breite Vernetzung der PCs durch das Internet war ein weiterer entscheidender Schritt für einen schnellen und unkomplizierten Datenaustausch. Das Volumen des Informationsaustausches hat sich damit sprunghaft erhöht. Die zunehmende Verfeinerung der Netzwerktechnik trägt ihr übriges zur fortlaufenden Entwicklung bei. Das Internet hält die verschiedensten Möglichkeiten der Informationsbeschaffung bereit, von einfachen Gratisinformationen bis hin zu kostenpflichtigen Informationsdiensten für einen fachkundigen Nutzerkreis. In den meisten Fällen besteht ein Bedarf nach zeitgemäßen und zügig bereitgestellten Informationen, denn mit fortschreitendem Zeitablauf verlieren Informationen an Aktualität und damit an Wert. Durch seine Geschwindigkeit läuft das Internet langsameren Informationsquellen, wie Zeitungen oder Auskunftsdiensten, den Rang ab. Es ist ein neues Feld wirtschaftlicher Betätigung.¹

I. Gründe für die Unsicherheit im Internet

Die Skepsis der Nutzer dem neuen Medium gegenüber ist ein Produkt mehrerer Faktoren. Entsprechend stellen sich die Gründe der Unsicherheit bezüglich dem Internet und seiner geschäftlichen Möglichkeiten undifferenziert dar. Aufgabe ist es daher, die unterschiedlichen Faktoren zusammenzutragen und in sinnvolle Einheiten aufzuteilen, die dann in den folgenden Kapiteln näher betrachtet werden. Die folgende Zusammenstellung gibt demnach zugleich den Gang der Arbeit wieder. Dies gewährleistet eine systematische Aufarbeitung der verschiedenen Problembereiche.

Dabei lassen sich allerdings nicht alle Faktoren berücksichtigen. Häufig spielen in den Motivbündeln der Nutzer auch Umstände eine Rolle, die keiner rechtlichen Untersuchung zugänglich sind, wie das Image der handelnden Akteure oder das Markenimage der Produkte. In dieser Arbeit werden jedoch nur diejenigen Faktoren behandelt, die mit der Sicherheit von Geschäften und damit verbundener Transaktionen zusammenhängen.²

- Im Internet besteht eine Atmosphäre der **Unverbindlichkeit**, sei es beim Abschluss oder der Erfüllung von Geschäften, sei es bezüglich der Richtigkeit oder der Vollständigkeit von Informationen. Ein Verhalten im Internet scheint nicht unbedingt rechtliche Auswirkungen zu haben. Das Internet

¹ Vgl. *Rauschnig*, S. 132. Von *Kelly* wird Kommunikation - der Austausch von Informationen - sogar mit der Wirtschaft gleichgesetzt, S. 14. In diese Richtung auch *Brin*, S. 178 ff.: „All the world is a digital marketplace“.

² In der einschlägigen Literatur wird dieses Schlagwort häufig auch als Misstrauensgrund per se angegeben, vgl. *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.; *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.2; *Klietmann/Klietmann*, S. 20.

stellt sich als „rechtsfreier Raum“ dar.³ „Rechtsfrei“ wird in diesem Kontext also „folgenlos“ gleichgesetzt.⁴

Dieser Unverbindlichkeit ließe sich mit einer Vertrauenshaftung begegnen. Gemäß dem Titel dieser Arbeit, „Vertrauensschutzmechanismen im Internet“, werden daher im zweiten Kapitel Gedanken zu einer **allgemeinen Vertrauenshaftung im Internet** angestellt. Eine solche Haftung könnte auch die Lösung für weitere Misstrauensgründe darstellen. Denn Vorbehalte haben die Nutzer auch wegen der Flüchtigkeit der Daten, die jederzeit scheinbar willkürlich verändert oder gelöscht werden können, ohne dass dies erkennbar ist. Dies betrifft mithin die Beständigkeit von Informationen. Mittels einer Vertrauenshaftung könnte der Nutzer u.U. vor der missbräuchlichen Änderung von Daten geschützt werden. Die Unverbindlichkeit im Internet rührt auch von einer generellen Anonymität her. „On the Internet, nobody knows you're a dog“ lautet denn auch ein bekannter Satz unter einer Karikatur, die einen Hund beim Internet-Surfen vor dem Computerbildschirm zeigt. Tatsächlich kann jeder Nutzer seine „Web-Identität“ nach Belieben ändern. Dies führt dazu, dass sich im Internet die Wenigsten festlegen und für ihr Verhalten einstehen wollen. Werden an ein bestimmtes Verhalten Rechtsfolgen geknüpft, wird dem oft entgegengesetzt, es sei doch alles gar nicht so gemeint gewesen. Jedoch ist ein Nutzer, der sich im Netz ernsthaft rechtsgeschäftlich binden will, darauf angewiesen, dass sein Gegenüber nach der gleichen Maßgabe handelt. Insofern muss untersucht werden, unter welchen Umständen nicht auf die Unverbindlichkeit des Netzes verwiesen werden kann.

- Wer **das Internet als Informationsquelle** nutzt, möchte Gewissheit darüber haben, ob abgerufene Informationen auch inhaltlich richtig sind, und zwar unabhängig davon, ob sie kostenpflichtig oder kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Daher müssen die damit einhergehenden Rechte - und im Falle des Abrufs „mangelhafter“ Informationen entstehenden Schadensersatzansprüche betrachtet werden. Dementsprechend geht es im dritten Kapitel um den rechtlichen Schutz des Nutzers hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit von Informationen.
- Wer **das Internet als Handelsplattform** nutzt, braucht bestimmte Informationen im Hinblick auf einen evtl. Vertragsschluss. Dies betrifft zunächst die Identität des Geschäftspartners, um so einen Missbrauch virtueller Identitäten ausschließen zu können. Hierbei könnten auch technische Besonderheiten des Internets eine Erleichterung bringen, wenn z.B. mittels Benutzerregistrierung die Teilnehmer zweifelsfrei festgestellt werden können.

Ebenso betrifft es alle weiteren Informationen, die für einen Vertragsschluss wichtig sind. Eine vom Nutzer nicht zu erkennende Änderung von Informationen auf einer Website kann zu Irrtümern und damit zum Abschluss eines so nicht gewollten Geschäftes führen. Hinzu kommt das Problem, dass bestimmte Tatsachen nicht mehr bewiesen werden können, wenn die betreffenden Daten gelöscht wurden. Zur Sicherung der Beständigkeit könnte neben der zunächst angedachten Vertrauenshaftung eine Verpflichtung zur Vorhaltung von bestimmten Mindestinformationen entgegengesetzt werden.

³ Vgl. nur *Schwerdtfeger*, S. 8; *Merx/Tandler/Hahn/Luhmer*, 3.3.

⁴ *Waldner*, S. 40 mwN.

Auch Orientierungsprobleme sind ein Grund für den Nutzer, ein Online-Angebot nicht wahrzunehmen. Wer zu viel Zeit mit der Suche nach dem gewünschten Produkt verbringt, wird sich schnell wieder vom E-Commerce abwenden.⁵ Alle in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme werden im vierten Kapitel behandelt.

- Seinerseits möchte der Nutzer bei der **Abgabe von Informationen** sichergehen, dass diese den Empfänger auch erreichen. Dies betrifft im Rahmen rechtsgeschäftlichen Handelns häufig die Abgabe von Willenserklärungen. Dabei stellt sich auch die Frage, ob der Nutzer den Zugang einer Willenserklärung beweisen kann. Das wird im fünften Kapitel geklärt.
- Die Eigenheiten des Internets können durchaus gegensätzliche Vorbehalte auslösen. Verunsichert die generelle Anonymität bezüglich der Identität des Gegenübers, möchten dennoch die wenigsten ihre Kontaktdaten gerne unmittelbar preisgeben. Zu groß ist die Befürchtung, dass der Nutzer zum gläsernen Menschen werden könnte. Daher sind viele Nutzer besonders empfindlich, was den **Schutz ihrer persönlichen Daten** angeht.⁶ Auch bei der Übertragung können Daten ausgespäht werden. Wenn es auch mittlerweile technische Möglichkeiten gibt, ungebetenen Zugriff auf den eigenen Computer abzuwehren, ist damit noch nicht das Problem der Spuren beseitigt, die der Nutzer beim Surfen u.U. hinterlässt und die wertvolle Hinweise über seine Person liefern können. Wie die Übertragungswege gesichert werden können, ist nicht nur eine Frage des Rechts, sondern auch eine Frage der Technik und wird im sechsten Kapitel näher ausgeführt.
- Wenn auch die Anbieter der Erforderlichkeit eines Qualitätsmanagements gewahr wurden, vergessen sie doch häufig, dass es sich beim E-Commerce v.a. um eine Technologie handelt, die jedoch nicht unbedingt immer kundenorientiert eingesetzt wird.⁷ Die Virtualität und räumliche Trennung erschwert die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Anbieters.⁸ Versäumnisse bei der Kundenorientierung sollen durch eigene Initiativen im Rahmen einer **Selbstregulierung** aufgeholt werden. Die Zugrundelegung und Einhaltung von Qualitätsmaßstäben dient der Schaffung eines effizienten elektronischen Handels. Qualitätskriterien werden durch neue Ansätze wie beispielsweise Gütesiegel für Online-Shops bewiesen.⁹ Dies ist Thema des siebten Kapitels.
- Im achten Kapitel schließlich werden die **Ergebnisse** der vorangegangenen Problembereiche nochmals kurz zusammengefasst und ein **Ausblick** auf die weitere Entwicklung im Internet gegeben.

Insgesamt zeigt sich, dass die Sicherheit der Geschäftstransaktionen maßgeblich von Verbindlichkeit und Verlässlichkeit durch transparente Regeln beeinflusst wird.¹⁰ Vor allem bei Verbraucherverträgen besteht seitens der Verbraucher-Kunden noch Unsicherheit über die rechtlichen Bestimmungen. Dabei ist es unerheblich, welche Rolle die Information im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Handelns spielt,

⁵ Puchert, S. 12; Klietmann/Klietmann, S. 27 und 37.

⁶ Puchert, S. 12.

⁷ Klietmann/Schögel, S. 212

⁸ Klietmann/Riemer/Totz, S. 176.

⁹ Merx/Tandler/Hahn/Lubmer, 3.2.

¹⁰ Hoeren/Queck/Hahn, S. 146.

ob sich das Geschäft mithin im Abruf der Information erschöpft oder ob sie als Begleitinformation einem anderen, darüber hinausgehenden Geschäftszweck dient.

II. Begrifflichkeiten

Mittlerweile sind im Text schon einige Male die Begriffe „Information“, „Vertrauen“, „rechtliche Sicherheit“ und „Transparenz“ gefallen. Um sie sachgerecht verwenden zu können, ist es wichtig, vorab die genauen Begrifflichkeiten und ihren Zusammenhang zu klären. Scheint dies auch müßig zu sein, weil es sich bei diesen Begriffen um keine Fachtermini handelt und sie daher allgemein bekannt sind, ist es gleichwohl schwierig, solch abstrakte Ausdrücke in umschreibende Worte zu fassen. Dies umso mehr, wenn es um eine präzise Anwendung im Recht geht und diese Begriffe quasi technisch verwendet werden.

Das Internet ist Beziehungstechnologie, ein Medium der Kommunikation.¹¹ Kommunikation dient dabei zunächst einmal dem Austausch von Informationen.¹² Dieser Austausch muss durch Sicherungsmechanismen geschützt werden, um so Vertrauen bei den Nutzern zu erzeugen. Schutzmechanismen können dabei entweder beim Nutzer selbst oder bei der ausgetauschten Information ansetzen. Ob sich einer dieser Ansätze alleine durchsetzt oder beide nebeneinander stehen, wird in den folgenden Kapiteln untersucht. Zu diesem Zweck müssen zunächst die Besonderheiten der Information betrachtet werden.

1. Die Information

Als in den 1970-er Jahren erste Überlegungen zum Gegenstand eines Informationsrechts gemacht wurden, versuchte man, die Information als Begriff abzugrenzen. So entstand eine Fülle von Definitionen, die jedoch allesamt die Information in ihrer Gesamtheit nicht zu erfassen vermochten, sondern lediglich verschiedene Situationen des Informationsaustauschs behandelten.¹³ Teilweise wurde Information auch nur in ihrer Auswirkung beschrieben.¹⁴ Mit der Zeit kam die Erkenntnis, dass die Information als solche juristisch nicht zu definieren sei. „Niemand weiß, was Information ist“.¹⁵ Folglich kann auch niemand benennen, was Information darstellt. Informationen existieren aber trotzdem; sie sind allgegenwärtig. Versuche, eine Definition möglichst weit zu fassen, münden in konturlose Begrifflichkeiten. Daraus folgt auch die Erkenntnis, dass eine umfassende Beschreibung der Information als jede „Kenntnisbeziehung zu jedem realen und unrealen Gegenstand der Welt“¹⁶ nicht weiterführt.¹⁷

¹¹ Vgl. nur *Kelly*, S. 190; *Ruess*, S. 1.

¹² Daher auch die Bezeichnung „Informationsübermittlungssystem“ von *Rauschnig*, S. 129.

¹³ Beispielhaft sollen hier nur die Bemühungen von *Wersig* genannt werden, der entsprechend dem Erscheinen der Information 16 verschiedene Definitionen zusammenstellte, *Wersig* S. 28 ff.; vgl. auch die Anm. von *Gaigl*, DSWR 1978, S. 39 ff. sowie *Weck*, S. 3 mwN. *Kloepfer* spricht von den verschiedenen „Dimensionen“ der Information, § 1, Rn. 53 ff.

¹⁴ Information als „nationaler Rohstoff“, *Pietsch*, IBM-Nachrichten 1961, S. 1338.

¹⁵ *Hoeren*, JuS 2002, S. 947.

¹⁶ *Welp*, IuR 1988, S. 445.

¹⁷ *Hoeren*, JuS 2002, 948.

Immerhin muss es möglich sein, sich diesem Phänomen durch Beschreibung seiner Eigenschaften zumindest anzunähern. Auch wenn die „Information“ einer Bestimmung nicht zugänglich ist, muss ihr jedoch - in ihrer Funktion als Rechtsgut¹⁸ - der für die rechtliche Behandlung erforderliche Inhalt gegeben werden.

- Die bloße Information an sich ist nicht körperlich. Folglich ist sie nach Wertung des Bürgerlichen Rechts, § 90 BGB, keine Sache.¹⁹ Sie ist auch kein Recht, da sie niemanden unmittelbar in die Lage versetzt, von einem anderen etwas verlangen zu können oder etwas im Rahmen der objektiven Rechtsordnung zu verändern. Das BGB ist hingegen auf diese klassische Dichotomie ausgelegt.²⁰ Information lässt sich also nicht so einfach in den Kanon der „Gegenstände“ im Sinne des BGB einordnen.
- Informationen können von einer Person auf die andere übertragen werden. Gegenüber einer Sache oder einem Recht gibt es jedoch einen wesentlichen Unterschied. Die Information steht nach der Übertragung nicht ausschließlich dem Erwerber zur Verfügung, sondern verbleibt gleichzeitig beim Veräußerer.²¹ Denn dieser besaß die Information und besitzt sie auch nach Weitergabe. Eine Besonderheit der Information ist demnach ihre beliebige Reproduzierbarkeit.²² Das hat zur Folge, dass sich nur schlecht Ausschließlichkeitsrechte an einer Information begründen lassen.²³ Zu untersuchen ist demnach stets, wem eine Information zugeordnet werden kann.
- Anders als bei einer Sache können verschiedene Personen an verschiedenen Orten dieselbe Information zeitgleich nutzen, ohne sich dabei gegenseitig in der Nutzung der Information, d.h. im Konsum des Gutes, zu behindern.²⁴
- Informationen können wertvoll oder wertlos sein. Der Wert einer Information hängt von drei Faktoren ab. Zum ersten kommt es darauf an, wer die Information besitzt. Eine fachliche Information nutzt einem Laien weniger als einem Experten, da er diese nicht umsetzen kann. Insofern ist der Wert der Information vom Hintergrundwissen abhängig.²⁵ Zum zweiten ist entscheidend, wie viele Menschen diese Information besitzen.²⁶ Für die Weitergabe einer raren, u.U. geheimen Information werden höhere Preise bezahlt als für einfacher zu erlangende Informationen. Je öfter eine Information weitergegeben wird, desto mehr Personen besitzen sie und umso weniger ist sie auch wert. Wenn schließlich jeder sie kennt, ist niemand mehr bereit, dafür zu zahlen. Durch ihre unbegrenzte Reproduzierbarkeit hat die Information also eine Tendenz hin zur Kostenlosigkeit. Zum dritten muss der Zeitfaktor beachtet werden. Eine Information, die zu spät kommt, nützt weniger als eine rechtzeitige.

¹⁸ Dass Information ein Rechtsgut darstellen kann, darüber besteht Einigkeit, vgl. beispielsweise die nur nebensächliche Erwähnung bei *Kloepfer*, § 1, Rn. 55 sowie bei *Debatin/Funiok/Weber*, S. 98.

¹⁹ Daher werden - wie auch in den anderen Rechtsordnungen - bezüglich Informationen überwiegend nicht die Vorschriften zur Regelung einer Sache angewandt; *Sieber*, NJW 1989, S. 2574 f.

²⁰ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 82; ähnlich *Hoeren*, NJW 1998, S. 2849.

²¹ *Mebrings*, NJW 1993, S. 3103.

²² *Sieber*, NJW 1989, S. 2577.

²³ *Hoeren*, JuS 2002, 948.

²⁴ *Mebrings*, NJW 1993, S. 3102.

²⁵ *Luft*, S. 73.

²⁶ Vgl. *Hoeren*, JuS 2002, S. 948.

Es wird deutlich, dass Informationen ein anderes Gut darstellen als Sachen oder Rechte. Informationen scheinen nur dann greif- und damit regelbar, wenn sie an einen stofflichen Informationsträger gebunden sind.²⁷ Die Rechtswissenschaft hat Schwierigkeiten bei der Beurteilung von reinen Informationen und den Fragen ihrer Übertragung. Dies verstärkt das Erfordernis, den Austausch von Informationen zu regeln. Sicher ist zumindest, dass Informationen weitergegeben werden können.

Beim Erwerb von Informationen stellt sich die Frage nach der Vertragstypisierung, ob Informationen beispielsweise ein dem Gesetz nach zulässiger Kaufgegenstand sind. Wenn das BGB von Sachen und Rechten als Kaufgegenstand ausgeht, erscheint es schwierig, hier auch Informationen mit einzubeziehen. Tatsächlich hat sich der BGH auch nur in wenigen Fällen für eine kaufrechtliche Mängelgewährleistung ausgesprochen, die zumindest mittelbar Informationen betraf.²⁸ Daher besteht die Notwendigkeit, diesbezügliche Rechtsfragen zu klären. Denn häufig werden in diesem Bereich Vorschläge gemacht, die schlichtweg unrealistisch, weil undurchführbar sind.²⁹ Um eine rechtlich korrekte Behandlung von Informationen zu gewährleisten, werden Überlegungen bezüglich einer eigenen Informationsrechtsordnung angestellt.³⁰ Nach Vorstellung der Befürworter soll in Zukunft ein eigenständiges Informationsgesetzbuch (InfoGB) entstehen.³¹ Auch wenn diese Überlegungen auf dem Datenschutzrecht gründen³² und daher nicht unmittelbar die soeben genannten rechtlichen Fragen behandeln, ist doch deutlich eine Tendenz hin zur rechtlichen Emanzipierung der Information spürbar.³³

Nach alledem lässt sich jedenfalls feststellen, dass Informationen aufgrund ihres besonderen Charakters anders als Sachen oder Rechte behandelt werden müssen. Daher wird zu prüfen sein, inwiefern aufgrund dieser Besonderheiten bestehende Regelungen differenziert oder Analogien vorgenommen werden müssen.

Exkurs: Das Verhältnis von Daten zu Informationen

Der Austausch von Informationen zwischen Computern geschieht durch Datenversand auf elektronischem Wege. Dabei werden elektrische Impulse versandt, die sich auf unterster Ebene auf „Strom fließt“ oder „Strom fließt nicht“, auf 1 oder 0 reduzieren lassen. Ob der Zustand 1 oder 0 besteht, ist für den Computer eine Art von Information. Daher stellt sich die Frage, wie sich Daten und Informationen zueinander verhalten. Der Datenbegriff ist in diversen Kontexten gesetzlich definiert worden.

²⁷ Vgl. hierzu die Rspr. zum Stichwort „Software als Sache“. Mehr dazu im Kapitel „Das Internet als Informationsquelle“, unter II. 2. a. bb. (1).

²⁸ BGH NJW 1958, 138 ff.: Ein tendenziöses Geschichtsbuch wurde als nur eingeschränkt verwertbar beurteilt. BGH NJW 1970, 1973 ff.: Ein Medizinbuch war mit besonders vielen Druckfehlern behaftet. Bei beiden Entscheidungen konnte der BGH jedoch gedanklich insoweit auf die Sacheigenschaft abstellen, als die fehlerhafte Information als Druckwerk und damit als Sache vorlag.

²⁹ So zum Thema Sperrung und Filterung ausdrücklich *Schneider*, MMR 2004, S. 18.

³⁰ Vgl. den Vorschlag von *Ingwer Ebsen*, „Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung“, DVBl. 1997, S. 1039 ff. Natürlich werden solche Erfordernisse auch bestritten, hier nur *Druey*, S. 106.

³¹ Beschluss des 62. Deutschen Juristentages in Bremen 1998, Abteilung Öffentliches Recht Nr. 4, DVBl. 1998, S. 1218; *Kloepfer*, K&R 1999, S. 241 ff.

³² Vgl. Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter IV.

³³ Vgl. hierzu auch das am 01.01.2006 in Kraft getretene „Informationsfreiheitsgesetz des Bundes“ und der gleichnamige Aufsatz von *Dieter Kugelmann*, NJW 2005, S. 3609 - 3613.

Nach § 202 a Abs. 2 StGB sind Daten „elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert“. Daten sind nach diesem Verständnis Informationen, die nicht unmittelbar zugänglich sind. Die Formulierung des Gesetzes legt jedoch nahe, dass insoweit nur der Anwendungsbereich der Norm, nicht jedoch der Datenbegriff als solcher eingeschränkt werden sollte.³⁴ Insofern existieren auch andere Legaldefinitionen: Nach § 3 Abs. 1 BDSG sind Daten „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse“. Bei einer solchen Definition besteht wiederum die Gefahr der Uferlosigkeit. Es entsteht der Verdacht, dass sich Daten und Informationen begrifflich nicht sauber voneinander trennen lassen.³⁵ So wird denn auch versucht, sich den Daten - ebenso wie den Informationen - durch Herausarbeitung ihrer Eigenschaften zu nähern.³⁶ Eine hilfreiche und insoweit auch akzeptable Charakterisierung wird durch die DIN 44300 Nr. 19 vorgenommen. Hiernach sind Daten „Gebilde aus Zeichen oder kontinuierliche Funktionen, die aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachung Informationen darstellen“.³⁷ Dies führt zumindest insofern weiter, als deutlich wird, dass Informationen und Daten fest voneinander abhängen. § 3 Abs. 2 UIG bestätigt dies, wonach (Umwelt-)Informationen „alle in Schrift, Bild oder auf sonstigen Informationsträgern vorliegenden Daten“ sind. Entsprechend führt die Kommentierung aus, dass „Information [...] jedes gespeicherte Datum“ ist.³⁸ Eine Trennung der beiden Begriffe ist demnach nicht möglich. Daten stellen nichts anderes dar als digitalisierte Informationen. Bei der Betrachtung von Daten und Informationen müssen also gleichermaßen deren entsprechende Besonderheiten berücksichtigt werden.³⁹

2. Das Verhältnis von Vertrauen und rechtlicher Sicherheit

Auch „Vertrauen“ ist als Begriff schwer zu fassen. Das liegt daran, dass Vertrauen ein solch weitgreifendes Phänomen ist, dass sich gleich mehrere Wissenschaftsdisziplinen mit ihm beschäftigen. Je nachdem, aus welcher Perspektive das Vertrauen betrachtet wird, stehen andere Eigenschaften im Vordergrund. Wenn auch im Rahmen dieser Arbeit v.a. rechtswissenschaftliche Aspekte behandelt werden, genügt es dennoch nicht, den Begriff rein juristisch zu bestimmen. Denn die Frage des Vertrauens der Nutzer im Internet lässt sich nicht nur mit juristischen Ansätzen erfassen. Vertrauen ist hier vielschichtiger. Daher ist es wichtig, vorab die Zusammenhänge des Entstehens von Vertrauen zu erläutern.

Wie schwierig es ist, Vertrauen zu erklären, zeigt sich in den vielen Versuchen, das Phänomen zu umschreiben. Vertrauen wird als elementarer Bestandteil des sozialen Lebens⁴⁰ beschrieben. Es zielt auf Sicherheit im zwischenmenschlichen Umgang⁴¹ ab und bezeichnet daher vor allem eine innere Einstellung gegenüber anderen. Gerade weil Vertrauen von der individuellen Einstellung des einzelnen ab-

³⁴ Schönke/Schröder/Lenckner, § 202 a, Rn. 3; Welp, IuR 1988, S. 444.

³⁵ Beispielhaft sei hier *Rauschnig* genannt, der die „Computer-Kommunikation“ als „Informationssystem“ und Information als „im Binärcode gespeichert“ bezeichnet, S. 129 ff.

³⁶ Vgl. *Luft*, S. 73, der Daten aufgrund ihrer Eigenschaften als spezielle Informationen ansieht.

³⁷ Müller/Pfützmann/Dierstein, S. 36.

³⁸ Turiaux, §§ 2,3, Rn. 37.

³⁹ Zur begrifflichen Unterscheidung von „Computerrecht“, „Internetrecht“, „IT-Recht“ und „Telekommunikationsrecht“ *Schulte/Dreier/Würfel*, S. 525 ff.

⁴⁰ *Luhmann*, Vertrauen, S. 1; *Schwarz*, S. 31.

⁴¹ *Schottlaender*, S. 19.

hängt, ist es eine persönlichkeitspezifische Variable⁴², die mithin eine von Person zu Person unterschiedliche Intensität erfährt. Im Cyberspace ist es ein knappes Gut, das weder gekauft noch heruntergeladen werden kann. Denn Vertrauen entsteht nicht unmittelbar. Vielmehr bildet es sich nur langsam, ist u.U. jedoch schnell wieder zerstört.⁴³ Das liegt daran, dass Vertrauen eine bestimmte Erwartung gegenüber dem anderen beinhaltet.⁴⁴ Was Inhalt und Grund dieser Erwartung ist, ist die Kernfrage, der in den verschiedenen Wissenschaften nachgegangen wird.

a. Inhalt der Erwartung

Wer einem anderen vertraut, verlässt sich auf ihn.⁴⁵ Denn Vertrauen begründet die Erwartung, der andere werde sich an das Vereinbarte halten. Andersherum gesagt: Der andere wird mit seinem Verhalten den Erwartungen des Vertrauenden gerecht.⁴⁶ Daher wird Vertrauen allgemein beschrieben als „Erwartung gegenüber einer Person [...], daß diese sich hinsichtlich eines bewußtgemachten Ereignisses dem Vertrauenden gegenüber zumindest nicht opportunistisch“⁴⁷ verhält. Vertrauen ist hiernach die berechnete Erwartung, dass sich der andere nicht eigennützig verhält. Wer eigennützig handelt, handelt zu seinem eigenen Vorteil. Wieso sollte sich der andere also gerade nicht so verhalten? Dies liegt an der Interessenabwägung im Verkehr: Wer vertraut, gibt ein Stück seiner Sphäre preis. Vertrauen birgt aus diesem Grund stets die Gefahr der Verletzlichkeit und beinhaltet damit Konfliktpotenzial. Wer sich auf einen anderen verlässt, geht automatisch das Risiko eines Vertrauensbruches ein.⁴⁸ Prägnant formuliert ist Vertrauen „riskante Vorleistung“⁴⁹. Vertrauen beinhaltet damit stets die Gefahr einer Fehlentscheidung.⁵⁰

Der Vertrauende ist somit zumindest zum Teil vom anderen abhängig. Dies führt zu einem Gefälle zwischen Vertrauendem und Vertrautem und ist dem gemäß ein Grund für die Herleitung von Verhaltensregeln innerhalb der Gesellschaft.⁵¹ Auf juristischer Ebene wird der Schutzbedürftigkeit des Vertrauenden insoweit Rechnung gezollt, als das Vertrauen von der Rechtsordnung in gewissem Umfang gesichert wird.⁵² Das ist der Ursprung des gesetzlichen Vertrauensschutzes. Folge dieses gesetzlichen Schutzes ist es, das an sich so unerswingbare Naturell des Vertrauens in rechtliche und damit auch gerichtlich durchsetzbare Bahnen zu lenken.⁵³ Erzwingbar ist dabei allerdings stets nur das, was die Folge

⁴² Plötner, S. 61.

⁴³ Plötner, S. 117. Vertrauen ist demnach ein sehr „fragiles Gut“, Libotzky, S. 129 mwN.

⁴⁴ Schwarz, S. 31 und S. 35 mwN; Eichler, S. 4.

⁴⁵ Vgl. insoweit die begriffliche Gleichsetzung bei Eichler, S. 16; ebenso Wolf/Larenz, § 2, Rn. 32.

⁴⁶ Vgl. die Ausführungen von Plötner, S. 41.

⁴⁷ Plötner, S. 36; Eggs, S. 72 f. mwN; Hladjk, DuD 2002, S. 598; ähnlich Grzebiela, S. 97.

⁴⁸ Schottlaender, S. 31. Eine Risikosituation als Voraussetzung des Vertrauens ist in der soziologischen Literatur weit verbreitet, vgl. Lubmann, Vertrautheit, S. 148; Hartmann/Offe/Hartmann, S. 19, wenn auch nicht völlig unumstritten, vgl. Hartmann/Offe/Lagerspetz, S. 102 ff. (der aber letztlich nur das Risiko als Ausformung der Ethik bezeichnet und daher anders verortet, S. 112); Hartmann/Offe/Endreß, S. 173.

⁴⁹ Lubmann, Vertrauen, S. 27. Im Rahmen eines synallagmatischen Vertrages ist diese Idee auch schon in Hobbes' Leviathan angeklungen: Erbringt eine Partei ihre Leistung vor der anderen, so muss sie ihr in der Zwischenzeit Vertrauen entgegenbringen, Kapitel XIV.

⁵⁰ Plötner, S. 11 mwN; ähnlich Hladjk, DuD 2002, S. 598.

⁵¹ Lubmann, Vertrauen, S. 1.

⁵² Vgl. Eichler, S. 1; Lubmann, Vertrauen, S. 29.

⁵³ Schottlaender, S. 32.

des Vertrauens darstellt. Das Vertrauen selbst bleibt nur Auslöser des rechtlichen Schutzes, kann aber niemals selbst gerichtlich erzwungen werden.⁵⁴

b. Grund der Erwartung

Neben der Frage, was die Erwartung beinhaltet, ist entscheidend, was überhaupt der Grund für den Vertrauenden ist, sich auf eine andere Person zu verlassen.

Vertrauen entsteht meist über einen langen Zeitraum hinweg und über vielfache Vertrauensbeweise.⁵⁵ Gründe für die Entstehung von Vertrauen gibt es viele. Neben einfacher menschlicher Zuneigung⁵⁶ kommen Erfahrungswerte in Betracht. Wer vertrauen übt, tut dies aufgrund seiner Erfahrung, die er im Umgang mit dem anderen gesammelt hat. Allgemein sucht der Vertrauende objektive Anhaltspunkte dafür, ob sein Vertrauen gerechtfertigt ist oder nicht.⁵⁷ Dafür braucht er allerdings bereits vorher Informationen, auch wenn diese noch nicht vollständig oder zuverlässig sind. Beim Vertrauensakt werden diese Informationen „überzogen“⁵⁸. Insofern entsteht Vertrauen in einem Zustand, der sich zwischen umfassender und Nicht-Informiertheit seitens des Vertrauenden bewegt.⁵⁹ Daher ist Ziel des Vertrauens stets das Erreichen eines hohen Informationsstandes.⁶⁰

Dabei können verschiedene Faktoren für das erforderliche Mindestmaß an Informationen sorgen. Zunächst kann das System selbst, in dem es zum Vertrauen kommt, seine Entstehung veranlassen.⁶¹ Dies geschieht durch die Kontrolle, die das System ausübt, m.a.W. im Rahmen des Rechts durch rechtliche Sicherheit.⁶² Auch im wirtschaftlichen Bereich wird aus dem Blickwinkel des Qualitätsmanagements auf die rechtliche Sicherheit als unabdingbare Voraussetzung für Vertrauen verwiesen.⁶³ Die Behebung mangelnder rechtlicher Sicherheit ist daher ein Ansatzpunkt zur Schaffung käuferzentrierter Systeme. Grund hierfür ist die Umwandlung des klassischen Verkäufermarktes in einen Käufermarkt⁶⁴ aufgrund des generellen Übersteigens der Nachfrage durch das Angebot⁶⁵. Doch nicht nur dem Kunden kommt rechtliche Sicherheit bei der Geschäftstransaktion zugute, auch der Anbieter profitiert hiervon. Neben der gewonnenen Planungssicherheit bewirkt sie eine Reduzierung der Kosten durch die Erleichterung der Auftragsabwicklung.

⁵⁴ So wird der Rechtsschutz nicht ausgelöst mit der Argumentation, jemand sei vom anderen dazu gezwungen worden, ihm gegenüber Vertrauen auszuüben.

⁵⁵ *Kelby*, S. 184.

⁵⁶ Dieser Vertrauensgrund mag für die Psychologie interessant sein, spielt in rechtlicher Hinsicht jedoch keine Rolle und soll daher außer Betracht bleiben.

⁵⁷ *Lubmann*, Vertrauen, S. 40.

⁵⁸ *Lubmann*, Vertrauen, S. 40.

⁵⁹ *Lubmann*, Vertrauen, S. 47. Ähnlich *Hladjk*, DuD 2002, S. 597 f.

⁶⁰ *Tinnefeld/Schuster*, DuD 2005, S. 78.

⁶¹ *Lubmann*, Vertrauen, S. 112.

⁶² Nach *Lubmann* ist Vertrauen darauf angewiesen, dass die Risikoneigung unter Kontrolle gehalten und damit die Enttäuschungsquote nicht zu groß wird, Vertrauen, S. 118.

⁶³ *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.2.

⁶⁴ *Backhaus*, S. 1.

⁶⁵ Vgl. *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, S. 8.

Daneben stellt die Reputation des anderen einen weiteren relevanten vertrauensbildenden Faktor dar. Reputation ergibt sich aus der Summe der Einzelerwartungen von Vertrauenswürdigkeit und Kompetenz.⁶⁶ Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob Quelle der Reputation der andere selbst oder ein Dritter ist. Wenn die Reputation durch den anderen geäußert wird, ist ein Mindestmaß von Offenheit und Kommunikationsbereitschaft notwendig.⁶⁷ Solchermaßen verbreitete Informationen müssen dabei für die Vertrauensbildung geeignet sein. Beispielsweise kommt es für die vertrauenskstituierende Wirkung eines Verhaltens des anderen darauf an, ob es freiwillig erbracht oder durch besondere äußere Umstände ausgelöst wurde.⁶⁸ Ist Quelle der Reputation dagegen ein Dritter, so z.B. bei Internet-Gütesiegeln⁶⁹, bedarf es einer entsprechenden Reputation des Dritten, d.h. die Attestierungs-Instanz muss selbst vertrauenswürdig sein⁷⁰. Dem Nutzer kann nicht faktisch verordnet werden, wem er zu vertrauen hat. Vielmehr bedarf es einer Vertrauenswürdigkeits-Kette. Grund der vertrauensbildenden Eigenschaft der Reputation ist der potenzielle Schaden des anderen durch den Verlust seiner Reputation - je größer der mögliche Schaden, desto größer ist seine Glaubwürdigkeit.⁷¹

Ähnlich der Reputation durch den anderen stellt sich die bereits gewonnene persönliche Erfahrung des Vertrauenden mit dem anderen dar. Quelle der Reputation ist in diesem Fall quasi der Vertrauende selbst. Wer vertraut, projiziert seine positiven Erfahrungen in die Zukunft. Vertrauen kann demnach auch aufgrund der „Extrapolation von Erfahrungen“⁷² entstehen. Die Erfahrungen der Vergangenheit stellen die Basis für die zukünftigen Erwartungen gegenüber dem anderen dar.

So lassen sich zwei relevante Faktoren für die Bildung der Erwartung - und damit des Vertrauens - herausarbeiten: rechtliche Sicherheit und die Kommunikation von vertrauensbegründenden Informationen. Diese beiden Faktoren werden denn auch in den nächsten Kapiteln wiederholt Ausgangspunkt der Überlegungen zur Erzeugung des Vertrauens(schutzes) im Internet sein.

3. Der Hintergrund des Transparenzprinzips und dessen Auswirkungen im Internet

Im Zusammenhang mit der Weitergabe von Informationen kommt es grundlegend auf deren Gestaltung an. Ob der Empfänger eine ihm übermittelte Information tatsächlich bewusst zur Kenntnis nimmt, hängt davon ab, wie sich diese Information ihm - im wahrsten Sinne des Wortes - präsentiert. Schlagwort hierfür ist die „Transparenz“ der Information. Dabei ist es unerheblich, ob sich das Gebot zur Transparenz auf die einzelne Information oder auf ein Informationsbündel, wie eine gesamte Website, bezieht.⁷³

⁶⁶ Plötner, S. 43.

⁶⁷ Plötner, S. 68. Dies klingt auch an bei Libotzky, S. 98.

⁶⁸ Plötner, S. 73. Ein Beispiel für ein solches erzwungenes Verhalten ist die Erbringung von Zusatzleistungen an den Kunden, die allerdings gerichtlich erstritten wurden. Die an sich vertrauenskstituierende Information der Erbringung von Zusatzleistungen verliert damit an „Wert“.

⁶⁹ Zu diesen Qualitäts-Zertifikaten vgl. das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2.

⁷⁰ Am Beispiel von TCG - vgl. dazu das Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“ unter IV. 3. - Dix/Pfützner, DuD 2003, S. 562.

⁷¹ Latzer/Schmitz, S. 120 mwN.

⁷² Plötner, S. 47 mwN; vgl. auch Libotzky, S. 128.

⁷³ Vgl. Puchert, S. 12, wonach Orientierungsprobleme auf einer Website den Nutzer abschrecken.

Das Transparenzgebot in seinem heute verstandenen Sinne - Klarheit und Verständlichkeit einer Information - wurde durch zwei BGH-Urteile im Jahr 1989 begründet.⁷⁴ Der BGH entschied in diesem Zusammenhang, dass eine AGB-Klausel auch dann unwirksam sein kann, wenn sie zwar inhaltlich den gesetzlichen Vorgaben entspricht, aber für den Vertragspartner unübersichtlich gestaltet ist. Zuvor war der Transparenzgedanke zwar schon im Rahmen von Billigkeitserwägungen erörtert worden, wurde jedoch noch nicht als allgemeines Prinzip verstanden.⁷⁵ Nicht allgemein gesetzlich normiert, wurde das Transparenzgebot vom BGH in Ergänzung zum damaligen § 9 AGBG, jetzt § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB entwickelt.⁷⁶ Grundaussage des Transparenzgebotes war und ist es, dass die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar dargestellt werden sollen bzw. umgekehrt, dass sie nicht durch eine unklare oder schwer verständliche Darstellung verschleiert werden sollen.⁷⁷ Das Gebot zur Transparenz soll denjenigen, der eine Information weitergibt, nach Ansicht des BGH allerdings nicht über alle Maßen vereinnahmen. Vielmehr genügt es, wenn es möglich und zumutbar ist, eine für den Durchschnittskunden verständliche Darstellung zu gewährleisten.⁷⁸ Problematisch ist in diesem Zusammenhang das Leitbild, das der Gesetzgeber insbesondere vom Verbraucher-Kunden hat. Dies betrifft vor allem die grafische Gestaltung eines Online-Shops und damit Fragen im Zusammenhang mit der Erfüllung von Informationspflichten mittels Links, der Zumutbarkeit des Scrollens etc. So erfolgt eine Unterrichtung allgemein dann nicht „klar und verständlich“, wenn sie in kleiner Schrift an versteckter Stelle erscheint und der Kunde keine Veranlassung hat, nach weiteren Angaben zu suchen, weil er annimmt, die vollständigen Informationen bereits erhalten zu haben.⁷⁹ Auf diesbezügliche Einzelfragen wird in den folgenden Kapiteln einzugehen sein.

Ebenfalls Bestandteil des Transparenzgebotes ist die Verpflichtung, Aussagen möglichst bestimmt zu gestalten.⁸⁰ Hinter all dem steckt der Hauptzweck des Transparenzgebotes, wonach der Vertragspartner den Sinn und die Tragweite einer Regelung durchschauen und bewerten können muss.⁸¹ Die Transparenz erfordert vor diesem Irreführungsverbot auch eine Vollständigkeit der Aussage.⁸² Eine Intransparenz kann vom Informationsgeber u.U. durch mündliche oder schriftliche „Nachleistung“ ausgeräumt werden.⁸³

Aufgrund der Vielgestaltigkeit des Inhalts des Transparenzgebotes und der damit verbundenen Unsicherheit über dessen konkrete Reichweite und Umsetzung wurde in der Literatur Kritik geübt.⁸⁴ Die Situation änderte sich zumindest teilweise dadurch, dass in der „Richtlinie 93/13/EWG über miss-

⁷⁴ BGH NJW 89, 222 und 530.

⁷⁵ Zur Entwicklung des Transparenzgebots sehr ausführlich *Kreienbaum*, 31 ff.

⁷⁶ BGH, NJW 89, 222 und 530. Hierzu *Kreienbaum*, S. 229 ff. Kritisch zur dogmatischen Einordnung Hansen, WM 1990, S. 1522 ff.; *Koller*, „Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen“, FS Steindorff, S. 667 ff.; *Pflug*, „ABG und Transparenzgebot“, AG 1992, 1 ff.; weiterhin BGH, BB 1988, 2410 [2412]; NJW 1990, 2383; BB 1996, 1402 [1404].

⁷⁷ BGHZ 106, 42 [49]. Vgl. auch *Hansen*, WM 1990, S. 1522 mwN.

⁷⁸ BGH, BB 1990, 1656 [1657]; *Thamm/Pilger*, § 9 AGBG, Rn. 13; *Kreienbaum*, S. 263 ff.

⁷⁹ *Schmittmann*, K&R 2004, S. 364.

⁸⁰ *Thamm/Pilger*, § 9 AGBG, Rn. 13.

⁸¹ BGH BB 1988, 2410 [2412]; BB 1990, 1656 [1657]; BB 1994, 885 [888]. Ähnlich BGHZ 106, 259 [264].

⁸² BGH BB 1985, 694 [694].

⁸³ BGH BB 1995, 1503 [1504].

⁸⁴ *Taupitz* spricht vom „wenig transparenten Charakter des Transparenzgebots“, EWiR 1990, S. 1043.

bräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“ der Transparenzgedanke aufgegriffen wurde.⁸⁵ Die Richtlinie wurde im Jahre 1996 von Deutschland umgesetzt, womit das AGBG die stärkste Veränderung seit seiner Entstehung erfahren hat.⁸⁶ Jedoch blieb das Transparenzgebot der Richtlinie inhaltlich hinter den Anforderungen des deutschen Rechts zurück.⁸⁷ Mit der Schuldrechtsreform hat das Transparenzprinzip Eingang ins BGB gefunden. § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB und § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB verweisen darauf, dass die erforderlichen Informationen „klar und verständlich“ mitgeteilt werden müssen und greifen damit die Formulierung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auf. Die Normen haben im Transparenzgebot die gleichen Wurzeln.⁸⁸ Insofern liegt es auch nahe, die Aussagen bezüglich des Transparenzgebotes im Rahmen des AGB-Rechts auf den des Fernabsatzrechts und des elektronischen Geschäftsverkehrs zu übertragen.

Transparenz ist nicht nur eine rechtliche Pflicht, sondern auch ein wirtschaftlicher Faktor zur Gewinnung des Kundenvertrauens. Obwohl der Nutzer beim Surfen bewusst den Cyberspace als Informationsmedium gewählt hat, besteht in der virtuellen Welt das Problem des mangelnden „haptischen Eingangskanals“. Dieses Problem betrifft die Wahrnehmungspsychologie: Der Mensch will etwas in der Hand haben, anfassen, be-, „greifen“⁸⁹. Die bloße Bildschirmanzeige befriedigt sein Bedürfnis der Wahrnehmung nicht vollständig. Diesem Manko lässt sich entgegenwirken, wenn Informationen besonders übersichtlich präsentiert und Geschäftsabläufe besonders nachvollziehbar gestaltet werden. Die Schnittstellentechnologie sollte in ihrer Bedienung also bereits aus diesen Gründen klar und einfach gestaltet sein.

III. Die Besonderheiten des Internets in Bezug auf die verschiedenen Vertrauensschutzmechanismen

Bei der Suche nach Vertrauensmechanismen im Internet müssen vor allem dessen strukturelle Möglichkeiten berücksichtigt werden. Technische Vorrichtungen können mit herkömmlichen Ansätzen verknüpft und so die Sicherheit für den Nutzer vergrößert werden. Mit solch technischen Möglichkeiten⁹⁰ lässt sich z.B. sicherstellen, dass die Akteure authentifiziert und damit Handlungen - mit deren Folgen - zugerechnet werden können. So kann der Nutzerkreis durch eine Registrierungskontrolle eingeschränkt und die Identifizierung sichergestellt werden. Oder Daten werden bei ihrer Übertragung durch Verschlüsselungsprogramme geschützt.

Dabei soll zugunsten der Praxisnähe darauf geachtet werden, ob sich solche Vorrichtungen auch tatsächlich durchsetzen lassen oder nur theoretische Möglichkeiten sind. So werden von den Juristen teilweise Lösungsvorschläge entwickelt, die an der informationstechnischen Realität vorbeigehen.⁹¹ Das ist

⁸⁵ Art. 4 Abs. 2 und 5 der Richtlinie bestimmen, dass schriftlich niedergelegte Klauseln „klar und verständlich“ abgefasst sein müssen.

⁸⁶ *Thamm/Pilger*, Einl., S. 41; ausführliche Darstellung bei *Heinrichs*, FS Trinkner, S. 168 ff.

⁸⁷ *Heinrichs*, FS Trinkner, S. 173 f.; *Kreienbaum*, S. 311.

⁸⁸ Vgl. *Mankowski*, CR 2001, 770; *Roth*, JZ 2000, 1016.

⁸⁹ *Puchert*, S. 14.

⁹⁰ *Eggs* nennt sie „harte Sicherheitsmechanismen“, S. 69.

⁹¹ *Schneider*, MMR 2004, S. 18.

nicht nur ärgerlich, sondern für die Anbieter steigt dadurch die Rechtsunsicherheit beträchtlich. Daher ist im Zusammenspiel von Rechtswissenschaft und Technik eine gewisse Grundkenntnis der Struktur und der Funktionsweise des Internets erforderlich. Im Rahmen der verschiedenen Problembereiche wird dann auf die jeweiligen technischen Möglichkeiten zurückzukommen sein. Daher werden nun die Prinzipien des Internets und die Möglichkeiten seiner Anwendung näher betrachtet. Um die technischen Vorgänge nicht unnötig zu verkomplizieren, werden zugunsten der Verständlichkeit die Abläufe teilweise vereinfacht dargestellt. Für eine detailliertere Erklärung sei an geeigneter Stelle auf die entsprechende Fachliteratur verwiesen.⁹²

1. Das Grundprinzip des Internets

Das Internet wurde entwickelt als ein Datenübermittlungsnetz, bei dem Technologie und Infrastruktur besonders gut für die darauf aufsetzende Rechnerkommunikation geeignet sind.⁹³ Die Verantwortung für die Datenübertragung liegt bei den beiden Endpunkten der Kommunikation, Sender und Empfänger. Der Grundgedanke eines solchen verteilten Systems ist die Ausführung von Teilaufgaben auf mehreren unabhängigen Rechnern.

Das Internet funktioniert nach dem Client-Server-Prinzip. Das ist ein Mechanismus, mit dem Informationen und Daten zwischen zwei Kommunikationspartnern, Client und Server, ausgetauscht werden können. Der Client richtet die anwendungsspezifischen Anforderungen an den Server. Dieser nimmt die Anfrage entgegen, bearbeitet sie und liefert dann ein Ergebnis an den Client zurück. Der Client nimmt die zurückgelieferten Ergebnisse entgegen und bereitet sie ggf. weiter auf.

Die Begriffe Client und Server sind im Hardware- und im Softwarebereich gleichermaßen gebräuchlich. Ein Client ist i.d.R. ein normaler PC mit Internetzugang. Ein Server ist ein Computer, der entsprechend seines Einsatzzwecks, nämlich Clientanfragen zu bearbeiten, mit besonderen Leistungsmerkmalen ausgestattet ist. So haben Server-Rechner besonders große Arbeitsspeicher, spezielle Betriebssysteme, Notstromversorgung, Klimatisierung usw. Da sich mittlerweile auch normale PCs durch eine hohe Performance auszeichnen, können auch sie generell als Server verwendet werden. Prinzipiell kann jeder Rechner gleichzeitig als Client und Server betrieben werden.

2. Was passiert bei der Datenübertragung?

Das Internet ist ein typischer Vertreter der sog. Maschen-Topologie. Das bedeutet, dass jeder Netzteilnehmer mit jedem anderen Netzteilnehmer verbunden sein kann. Das muss nicht ein direktes Kabel zwischen den beiden Rechnern sein, sondern kann über viele Zwischenstationen gehen. Ein Rechner ist

⁹² Eine erste Einführung gewähren *Federrath/Pfitzmann* in *Moritz/Dreier*, Teil A, Rn. 1 ff. sowie *Börner*, S. 24 ff.; *Köhler*, Rn. 8 ff.; *Hoeren/Queck/Roessler*, S. 1 ff.; *Börner*, S. 24; *Corsten*, S. 2 ff. Zur vertieften Darstellung der Funktionsweise von Netzwerken sei auf die Bücher von *Olbrich* (im Literaturverzeichnis) und *Douglas E. Comer*, *Computernetzwerke und Internets*, 3. Aufl., München 2002 (orig.: *Computernetworks and internets*, 3. ed., New York 2001) verwiesen.

⁹³ *Schneider*, MMR 2004, S. 20. Eine ausführliche Darstellung zur Geschichte des Internets findet sich bei *Gézy-Sparwasser*, Kap. 1. Kurze geschichtliche Abrisse finden sich bei *Börner*, S. 23 ff.; *Waldner*, S. 23 ff.; *Neumann*, S. 5 ff.; *Corsten*, S. 2 ff.; *Weck*, S. 94 ff.

somit über mehrere Verbindungswege erreichbar. Der Vorteil einer solchen Topologie ist die Ausfallsicherheit des Netzes. Wenn eine Verbindung zwischen zwei Netzteilnehmern - etwa wegen einer Beschädigung eines Kabels - unterbrochen ist, kann eine neue Verbindung auf anderem Wege aufgebaut werden. Innerhalb des ISO/OSI-Schichtenmodells, welches den gesamten Datenübertragungsprozess hardware-unabhängig in sieben Schichten hierarchisch darstellt, sind Protokolle dafür zuständig, den Datenstrom in einzelne Pakete zu zerlegen, die dann einzeln über verschiedene Wege - je nach Auslastung und Schnelligkeit der einzelnen Verbindungen - vom Sender zum Empfänger gelangen. Einerseits können zwar alle Stationen zu jeder Zeit Daten versenden, andererseits kann aber immer nur jeweils ein Datenpaket über die Leitung übertragen werden. Eine übergeordnete Synchronisation, die die Sendeabläufe koordiniert, ist nicht vorhanden. Daher müssen in den Stationen selbst allgemeingültige feste Regelungen getroffen werden, um ein wildes Durcheinandersenden bestmöglich zu vermeiden und eine geordnete Kommunikation zu gewährleisten. Dies wird durch die Festlegung bestimmter konstanter Übertragungs- und Zeitparameter erreicht.

Die Datensätze werden zu ihrer Versendung in sog. Frames eingekleidet, so dass sie als abgeschlossenes Paket identifizierbar sind. Um den Netzteilnehmern die für die Steuerung der Pakete notwendigen Informationen zu geben, wird in jedem Frame dem eigentlichen Datenblock ein Header vorangestellt. Dieser enthält nicht nur Absender- und Zieladresse, sondern auch Steuerungs- und Kontrollfelder, mit denen das Datenpaket gesteuert werden kann und geprüft wird, ob es schadhaft ist oder nicht.

3. Die nötige Hardware

Damit ein Rechner an einem Netz partizipieren kann, muss er genau definierte netzspezifische Parameter erfüllen. Neben der physikalischen Anbindung muss jeder Rechner eine grundsätzliche Information aufweisen, ohne die kein Netz funktionieren würde – die Hardwareadresse, auch „Media Access Control-Adresse“ (MAC-Adresse) genannt. Diese ist in die Netzwerkkarte fest eingebrennt. Sie weist einen Netzteilnehmer weltweit absolut unverwechselbar aus. Er kann daran im Netz stets eindeutig identifiziert werden. Dies ist notwendig, um den jeweiligen Rechner als Sender oder Adressaten isolieren zu können, damit die Datenpakete auch dort ankommen, wo sie es sollen. Das Internet ist eine Verknüpfung vieler einzelner Netzwerke. Die Verbindungsgeräte zwischen den einzelnen Netzwerken sind die sog. Router. Ein Router ist dafür zuständig, maßgeblich den Weg der Paketweiterleitung zu bestimmen. Dazu hält er Listen mit Netzadressen und Verbindungen zu anderen Routern vor, anhand derer er aktuell entscheidet, wohin das anliegende Paket weitergeleitet werden soll. Dabei stehen meist mehrere Möglichkeiten offen, die es dem Router ermöglichen, auf unterschiedliche Situationen reagieren zu können und kurzerhand eine Alternativroute auszuwählen. Dies geschieht beispielsweise dann, wenn Verbindungen unterbrochen oder überlastet sind.

4. Die Funktion der Protokolle

Damit sich die verschiedenen Rechner im Netz gegenseitig verstehen, ist ein einheitliches Protokoll notwendig. Das auch heute noch gültige TCP/IP (Transfer bzw. Transmission Control Protocol/Internet Protocol) wurde aus einem Vorgängerprotokoll entwickelt und 1983 eingeführt. Protokolle regeln den Verbindungsaufbau und den Informationsaustausch und bilden damit die gemeinsame Basis zur Kommunikation. Auf den verschiedenen Schichten des ISO/OSI-Referenzmodells, die die Daten durchlaufen müssen, sind mitunter verschiedene Protokolle beteiligt. Wenn es auch neben TCP/IP noch andere Protokolle zur Netzwerkkommunikation gibt, so hat sich dennoch TCP/IP als Standard für das Internet durchgesetzt. Auch wenn diese beiden Protokolle meist zusammen genannt werden, handelt es sich doch um unterschiedliche und eigenständige Softwarekomponenten.

a. Das Transfer Control Protocol (TCP)

Dieses Protokoll ist kein eigenständiges Softwareprodukt, sondern integraler Bestandteil des Betriebssystems eines Rechners. TCP hat mehrere Aufgaben, die sich zusammenfassend wohl am besten als Kommunikationsüberwachung beschreiben lassen. Das Protokoll kümmert sich um die Bereitstellung eines bidirektionalen Datentransfers, d.h. zum Rechner hin und von ihm weg. Nicht zustellbare oder beschädigte Datenpakete werden erkannt und erneut gesendet (retransmission). Der Sender erhält durch TCP fortlaufend Kenntnis über die aktuelle Empfangskapazität des Empfängers und steuert entsprechend seine Sendemenge. Mehrere Anwendungen und Dienste eines Systems können unabhängig voneinander gleichzeitig TCP-Verbindungen aufbauen und darüber Daten transferieren (multiplexing). Dabei kann jede Anwendung für ihre zu versendenden Daten Prioritäten und Sicherheitsmaßnahmen festlegen.

b. Das Internet Protocol (IP)

Dieses Protokoll gewährleistet die Verbindung beliebiger Rechner und eine weltweit eindeutige logische Adressierung. Damit sind die Voraussetzungen für ein Versenden von Datenpaketen über die Grenzen eines lokalen Netzwerkes⁹⁴ hinaus gegeben. Mit Hilfe des IP-Protokolls werden netzwerkfähigen Geräten sog. IP-Adressen zugewiesen. Sie müssen innerhalb des Netzes absolut eindeutig sein, da es bei der Kommunikation andernfalls zu erheblichen Konflikten kommt. Bei den IP-Adressen handelt es sich um logische Adressen, deren Geltungsbereich im ISO/OSI-Modell ausschließlich auf die unterste Schicht, die Netzwerkschicht, beschränkt ist. Die Protokolle in den anderen Schichten arbeiten mit der MAC-Adresse. Die IP-Adresse wird von der zentralen Vergabestelle InterNIC vergeben. Sie kann einem Rechner statisch oder dynamisch zugewiesen werden. Im ersten Fall behält der Rechner die IP-Adresse dauerhaft. Im zweiten Fall wird die IP-Adresse mit jeder neuen Einwahl vergeben und nach dem Ausloggen, d.h. nach dem Verlassen des Internets, wieder freigegeben.

⁹⁴ „Local Area Network“ bzw. LAN. Dies bezeichnet ein abgeschlossenes Netzwerk in einem begrenzten räumlichen Umfang, z.B. das Netzwerk in einem Unternehmen.

IP-Adressen werden als Integerwert bestimmter Breite - je nach Version 32-Bit oder 128-Bit - dargestellt. Der Nachteil ist, dass sich kaum jemand eine bloße Zahlenfolge als Adresse merken kann. Außerdem lassen sich aus den IP-Adressen keinerlei geographische Information entnehmen. Man sieht einer Zieladresse nicht an, ob sie in Australien oder in Deutschland lokalisiert ist, außer man kennt zufällig die gewählten Zahlen. Daher wird mit dem DNS, dem Domain Names System, ein Dienst angeboten, der es ermöglicht, jedem Netzwerkobjekt verständliche Eigennamen zu geben. Dabei gibt es einige Varianten. Ein Netzobjekt mit einer IP-Adresse kann mehrere Funktionen haben und daher auch mehrere Namen, die auf diese Funktionen hinweisen. Genauso kann ein Objekt, z.B. ein Router, viele IP-Adressen haben, aber nur einen Namen. Die Domainnamen werden von ICANN⁹⁵, einer nicht kommerziellen Organisation, nach allgemeingültigen Konventionen verwaltet. Hieraus erklärt sich die Namensbezeichnung, wenn man einen Rechner im Internet ansprechen will, z.B. www.jura.uni-freiburg.de. Da die Rechner mit den Namen selbst nichts anfangen können, müssen diese intern jedes Mal wieder in IP-Adressen umgesetzt werden. Dieser Vorgang wird Namensauflösung (name resolving) genannt. Zuständig dafür sind Programme, die auf speziellen „Nameservern“ ständig im Hintergrund mitlaufen und die Namen in die entsprechenden IP-Adressen übersetzen. Insofern ist ein Rechner also sowohl an seiner IP-Adresse als auch an seinem Domainnamen zu identifizieren.

Zur Versendung der Datenpakete arbeitet IP verbindungslos, d.h. es besteht während des Datenaustausches zwischen Sender und Empfänger keine dedizierte Verbindung. Die einzelnen Datenpakete können auf völlig unterschiedlichen Wegen zum Empfänger gelangen. Daher ist der genaue Weg der einzelnen Pakete und die Reihenfolge ihres Eintreffens beim Empfänger nicht vorhersehbar. Die Router treffen spontan die Entscheidung, welchen Weg sie einem Datenpaket zuweisen und kommen damit der Forderung nach einer möglichst ausfallsicheren Datenübertragung nach. Das IP-Protokoll kennt selbst keinen Mechanismus, der sicherstellt, dass der Empfänger überhaupt erreichbar ist oder dass alle Datenpakete vollständig und unverändert zugestellt werden konnten. Das ist u.a. die Aufgabe von TCP, das die einzelnen Pakete kennzeichnet, um sie später wieder korrekt zusammensetzen zu können. Die Datensicherheit muss daneben von anderen Anwendungen gewährleistet werden. Hierauf wird in den folgenden Kapiteln zurückzukommen sein.

5. Administration

Obwohl bereits verschiedene Organisationen angesprochen wurden, die einen bestimmten Teil des Internets beaufsichtigen, existiert keine übergeordnete Organisation, die das Verhalten der Nutzer im Internet generell kontrolliert. Allerdings gibt es allgemein anerkannte Arbeitskreise, die ihre Mitglieder aus dem Kreis der Nutzer rekrutieren.⁹⁶ Die Entscheidungen dieser Versammlungen werden von der Internetgemeinschaft als verbindlich akzeptiert. Das höchste Gremium im Internet ist das Internet Architecture Board.⁹⁷ Es überwacht Entscheidungen über Standards und Adressvergabe und lässt diese Entscheidungen bekannt geben. Technische und betriebliche Probleme werden zuvor in der Internet

⁹⁵ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, im Internet unter <www.icann.org>.

⁹⁶ Vgl. *Wack*, S. 96.

⁹⁷ Im Internet unter <www.iab.org>.

Engineering Task Force⁹⁸ behandelt, deren Treffen jedem zugänglich sind. Hier werden Standards entwickelt und dokumentiert. Die Verwaltung der Namens- und Adressräume wird durch die schon angesprochene ICANN geregelt. Ausführende Institutionen sind hierbei sogenannte NICs (Network Information Centers) und NOCs (Network Operation Centers), die auf weltweiter, kontinentaler, nationaler und regionaler Ebene arbeiten. Die Aufgabe eines NICs ist die Vergabe und Koordination von eindeutigen Adressen und Namen im Internet.⁹⁹ Ein NOC kümmert sich um den Betrieb des Netzes. Dazu gehören die Konfiguration der Netzkomponenten (i.d.R. Router), die Behebung von Netzfehlern und die Beratung und Koordination der Netzteilnehmer.

6. Anwendungen im Internet

Das World-Wide-Web (www) ist die wohl populärste Anwendung im Internet. Aus diesem Grund wird das www oft fälschlicherweise mit dem Internet gleichgesetzt.¹⁰⁰ Es basiert auf einer Technologie namens Hypertext und ermöglicht so auf einfache Art und Weise die Recherche nach der gewünschten Information. Im Hypertext wird die Information so präsentiert, dass bestimmte (Schlüssel)-Wörter eines Textes durch Mausklick zu weiterer Information expandiert werden können. Das www ist der Versuch, die gesamte Information im Internet logisch zu verknüpfen und über ein einziges Benutzeroberfläche zugänglich zu machen. Dazu existieren verschiedene Programme, sog. „Browser“, die das www verfügbar machen. Bei der Internetrecherche begegnet man unter Umständen recht unterschiedlichen Quellen und Dateiformaten, z.B. FTP, News, Telnet, Audio, Video usw. www ist jedoch sehr flexibel und kann daher einen FTP-Server, einen Telnet-Zugang, einen News-Reader oder anderes komfortabel präsentieren, so dass es für viele Nutzer nur noch dieses einzige Tool gibt, um im Internet zu recherchieren. Ein weiteres Merkmal des www ist die Schreiboption. Damit ist es beispielsweise möglich, Bestellscheine von Online-Shops auszufüllen. Virtuelle E-Shopping-Systeme basieren zumeist auf der www-Technologie. Dem Kunden werden auf einer Homepage in Katalogform Waren angeboten, wobei die Artikelsuche oftmals durch eine Suchfunktion vereinfacht wird. Ein Online-Shop besteht aus einem Webadapter, einem Application-Server und verschiedenen Datenbanken.¹⁰¹ Der Webadapter ist der sichtbare Teil des Systems und damit vergleichbar mit der „Ladentheke“. Alle Katalogdaten sowie Kunden-, Transaktions- und weiteren Daten sind in besonders geschützten Datenbanken gespeichert. Auf diese Daten greift der Application-Server zurück, wenn er die vom Kunden angeforderten Informationen zusammenstellt und ausgibt. Er ist außerdem für die Verwaltung der Transaktion bei Bestellungen zuständig.

Das Wireless Application Protocol (WAP) ermöglicht die Kommunikation zwischen einem WAP-Server und kleinen, mobilen Endgeräten wie Mobiltelefonen oder PDAs. Über dieses Protokoll können prinzipiell alle Dienste des www in Anspruch genommen werden. So sind nicht nur Navigationsdienste, sondern auch Online-Bestellungen möglich.

⁹⁸ Im Internet unter <www.ietf.org>.

⁹⁹ Für .de-Domains beispielsweise die Denic, im Internet unter <www.denic.de>.

¹⁰⁰ Schneider, MMR 2004, S. 21.

¹⁰¹ Genauer hierzu Federrath/Pfützmann in Moritz/Dreier, Teil A, Rn. 54.

Eine wichtige Anwendung, die auf den Domain-Name-Service zurückgreift, ist der Mailservice. Ein Mailsystem mittels des IP-Protokolls SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) steht auf allen TCP/IP-fähigen Rechnern zur Verfügung. Auf PCs ist die Anwendung generell dadurch beschränkt, dass dieser als Server konfiguriert werden und immer online sein müsste, um E-Mails empfangen zu können. Da PCs jedoch normalerweise für diese Betriebsweise nicht gedacht sind, werden die Dienste von speziellen Mailservern zur Verfügung gestellt. Diese Server speichern ankommende Nachrichten und erlauben, sie über die Protokolle POP oder IMAP auf den PC herunter zu laden. Zum Verschicken und Versenden von E-Mails gibt es eine Vielzahl von Programmen. Häufig wird das beim Microsoft-Betriebssystem „Windows“ integrierte „Outlook Express“ eingesetzt.

Aufbauend auf NNTP (dem Network News Transfer Protocol), bietet News dem Nutzer die Möglichkeit, weltweit oder regional Meinungen und Informationen zu bestimmten Themengebieten in sog. „News-Groups“ öffentlich auszutauschen. Dazu wird eine bestimmte Schnittstelle benötigt, der News-Reader, der über NNTP Verbindung mit dem News-Server aufnimmt. Dieser ist ein für eine bestimmte Region zentraler Server, welcher die News-Datenbank vorhält und in bestimmten Zeitabständen aktualisiert und somit für die Verbreitung von neuen Artikeln sorgt.

In manchen Kreisen ist das "Inter Relay Chat" (IRC) sehr beliebt, auch kurz "Chatten" genannt. Damit lassen sich in einem virtuellen Raum, dem Chat-Room, Kurzmitteilungen unter den Teilnehmern verschicken. Chat-Rooms stehen generell jedem offen, der sich vorher registriert hat. Jedoch werden an die Richtigkeit der Angaben kaum Anforderungen gestellt.¹⁰²

Das Internet bietet mithin eine Fülle von Angeboten für die unterschiedlichsten Interessen. So bunt und vielfältig wie die Gebrauchsmöglichkeiten sind auch die Nutzer. Bei einem solch breiten Spektrum von Teilnehmern ist es schwierig, von einer homogenen Internetgemeinde zu sprechen. Damit stellt sich jedoch die Frage, ob es überhaupt sinnvoll und möglich ist, Regelungen zu treffen, die für alle Nutzer gleichermaßen gelten und nach denen sich auch alle zu richten haben oder ob es nicht vielmehr regelungsfreie Bereiche geben muss.

IV. Die Atmosphäre im Internet - besteht Bedarf nach Rechtssicherheit?

Begonnen hatte es als wissenschaftliches Experiment, fortgeführt wurde das Internet zunächst durch Insider mit entsprechenden Computerkenntnissen, die in ihm die Möglichkeit zu einem privaten Austausch fanden. Nur wer sich ausreichend auskannte, konnte partizipieren. Dadurch war schon allein aufgrund des erforderlichen technischen Wissens sichergestellt, dass das Internet nur einer bestimmten Nutzergruppe zugänglich war. Mit der Entwicklung benutzer- und laienfreundlicher Software wurden seine Möglichkeiten jedoch einem weitaus größeren Publikum eröffnet, das ganz unterschiedliche Bedürfnisse und Vorstellungen hatte. Die Intimität der Anfangsphase schwand. Wenn auch der Umgang etwas formeller wurde¹⁰³, sind dennoch viele vertraute Prinzipien beibehalten worden¹⁰⁴. So ist der Um-

¹⁰² Dies wird häufig als Besonderheit der Echtzeit-Kommunikation gegenüber speicherbasierten Diensten gesehen.

¹⁰³ Ein Hinweis darauf ergibt sich aus den unverbindlichen Umgangsregeln im Internet, der sog. Netiquette, im Internet unter < <http://www.sri.ucl.ac.be/documents/rfc1855.txt> >.

gang zwischen den Nutzern tendenziell unförmlich, beispielsweise spricht man sich oftmals auf Anheb mit „Du“ an. Schreibfehler im E-Mail-Verkehr werden zu Gunsten der Geschwindigkeit der Kommunikation häufig ignoriert. In Chat-Rooms kann sich jeder Teilnehmer völlig frei äußern. Aufgrund freiwählbarer Pseudonyme und der damit verbundenen Anonymität kommt es auch nicht unbedingt immer auf die Richtigkeit der Informationen an.¹⁰⁵ Der Umgang miteinander ist von einer gewissen Unverbindlichkeit geprägt.¹⁰⁶

Einer solchen Atmosphäre tritt nun eine Untersuchung über Mechanismen der rechtlichen Sicherheit entgegen. Sie wäre von Anfang an zum Scheitern verurteilt, wenn sie an den Notwendigkeiten im Netz vorbeiginge, wenn sie also Organisation dort zu schaffen versuchte, wo sie nicht angenommen wird. Wenn die Bereitschaft zur Akzeptanz rechtlicher Ansätze im System „Internet“ fehlt, ist die Folge entweder Nichtbeachtung der Ansätze oder die Lahmlegung des Systems. Wie so oft, lässt sich dieses Problem nicht pauschal lösen. Im Internet hat sich ein virtueller Sozialraum gebildet, in dem es alle Bereiche menschlicher Kommunikation gibt. Daher bedarf es allgemeinverbindlicher Regelungen, die den neuen Sozialraum ordnen.¹⁰⁷ Entsprechend der Lebenswirklichkeit lassen sich jedoch keine Lösungen finden, die sämtliche Bereiche abdecken. Aus diesem Grund ist eine Ausdifferenzierung nach verschiedenen funktionalen Teilbereichen erforderlich.¹⁰⁸ Die durch das Internet ermöglichten Kommunikationsakte haben eine große Bandbreite. Sie umfassen das gesamte Spektrum von intim-privater Konversation bis hin zur geschäftlichen Kommunikation.¹⁰⁹ Die Regeln, die für den einen Bereich aufgestellt werden, müssen nicht auch in einem anderen gelten. Daher ist darauf abzustellen, wie das Internet jeweils genutzt wird. Wer sich in einem Chat-Room vergnügen will, hat andere Erwartungen als der Kunde eines Online-Shops. Doch der E-Commerce würde ohne verbindliche Regelungen nicht funktionieren.¹¹⁰ Da rechtliche Sicherheit dabei sowohl dem Anbieter als auch dem Kunden entgegenkommt, besteht ein vitales Interesse an entsprechenden Lösungen.

¹⁰⁴ Zur Anarchie im Internet vgl. *Dreier*, Einl zum UrhG, Rn. 25 sowie *Detjen*, AfP 1996, S. 44; *Engel*, AfP 1996, S. 220 mwN.

¹⁰⁵ *Engel*, AfP 1996, S. 220.

¹⁰⁶ Zur „Anarchie“ des Netzes vgl. *Brin*, S. 151 ff.

¹⁰⁷ *Roßnagel*, MMR 2002, S. 67.

¹⁰⁸ *Ladeur*, ZUM 1997, S. 379.

¹⁰⁹ *Debatin/Funiok/Bohlken*, S. 47.

¹¹⁰ *Roßnagel*, MMR 2002, S. 67.

2. Kapitel - Unverbindlichkeit im Internet und Beständigkeit von Informationen - Gedanken zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung

Das Internet gilt dank seiner Anonymität als Ort der Unverbindlichkeit - sei es bei der Nutzung als Informationsquelle, sei es als Handelsplattform. Aufgrund der Virtualität scheint ein Verhalten im Internet nicht unbedingt rechtliche Auswirkungen zu haben; Rechtsfolgen werden nicht befürchtet.¹ Doch wer sich im rechtlichen Geschäftsverkehr bewegt, löst mit seinem Verhalten stets auch rechtliche Folgen aus, ob gewollt oder ungewollt. Ein Nutzer, der sich im Netz ernsthaft rechtsgeschäftlich binden will, ist darauf angewiesen, dass sein Gegenüber nach der gleichen Maßgabe handelt. Wenn das nicht der Fall ist, kommt eine Vertrauenshaftung in Betracht. Der Vertrauensschutz ist eine Grundentscheidung² des Bürgerlichen Rechts für die Teilnehmer am Rechtsverkehr. Jeder soll sich auf die Rechtserheblichkeit des Verhaltens anderer verlassen können. Damit ließen sich u.U. auch Probleme lösen, die die Anonymität im Netz und die Flüchtigkeit der Daten betreffen. Ob eine solche Haftung im Internet möglich ist, wird in diesem Kapitel untersucht. Nachdem im ersten Kapitel der Vertrauensbegriff näher ausgeführt wurde, soll nun das Gleiche mit der juristischen Dimension des Vertrauens, dem Vertrauensschutz, geschehen.

I. Die Haftung aufgrund Vertrauensschutzes

Der Vertrauensschutz wird häufig als ein unserer gesamten Rechtsordnung immanentes Rechtsprinzip bezeichnet³, doch was sich genau juristisch dahinter verbirgt, wird kaum dargestellt. Grund hierfür ist, dass sich dieses Phänomen dogmatisch nur schwer greifen lässt.⁴ Teilweise wird deshalb auf die Gefahr hingewiesen, dass „die Idee des Vertrauensschutzes zu einer Disziplinlosigkeit des juristischen Denkens und damit letztlich zu einer Bedrohung der Transparenz juristischen Argumentierens und der Rechtsfindung schlechthin“⁵ führe. Dies liegt vor allem auch daran, dass „Vertrauen“ nicht definiert ist.⁶ Im ersten Kapitel wurde bereits auf das Vertrauen als soziales Phänomen eingegangen. Aus diesen Erkenntnissen lassen sich bereits erste Rückschlüsse auf den rechtlichen Vertrauensschutz bilden.

Das Vertrauensschutzprinzip wird in der Literatur ausreichend berücksichtigt, jedoch nur in wenigen Fällen einer dogmatischen Zuordnung unterzogen.⁷ Oft genug wird es stattdessen behelfsmäßig mit Leerformeln ausgefüllt.⁸ Das mag daran liegen, dass Vertrauensschutz in verschiedenen Formen zu erscheinen vermag. Daher wird er ebenso dargestellt als „juristischer Landstreicher“, aus dem kein ge-

¹ Waldner, S. 40 mwN.

² So Bork, S. 107.

³ Lenz, Vorwort; Demelius, AcP 1954, S. 38; Schwarz, S. 31; Canaris weitet den Vertrauensgedanken zu einem fundamentalen Prinzip einer jeden Rechtsordnung aus, Canaris § 2, S. 3. Im Gegensatz dazu lehnt Flume ein eigenständiges allgemeines Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung ab, AT II, § 10 5, S. 132.

⁴ Vgl. nur die Beschreibung „diffuser Charakter dieses Prinzips“ bei Preuß, JA 1977, S. 268.

⁵ Ossenbühl, DÖV 1972, S. 34 f.

⁶ Roellecke, FS Schneider, S. 409. Dieses Problem gibt es allerdings nicht nur in der juristischen Wissenschaft, auch die anderen Geisteswissenschaften verweisen auf die Definitionslosigkeit, z.B. für die Philosophie Hartmann/Offe/Lagerspetz, S. 85 und für die Soziologie Luhmann, Vertrautheit, S. 141.

⁷ Die wohl umfangreichste dogmatische Untersuchung stammt von Canaris mit seiner Habilitationsschrift von 1971 „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“.

⁸ Schwarz, S. 44; nach Roellecke entzieht sich der Vertrauensschutz der Positivierung, FS Schneider, S. 426. Holoch weist auf die „schillernde Vieldeutigkeit“ des Standardbegriffes „Vertrauenshaftung“ hin, NJW 1979, S. 2369.

festigter Gedanke gewonnen werden kann, wie als Tragbalken von Normen und Rechtsinstituten.⁹ Ein solchermaßen unbestimmter Vertrauensschutz führt jedoch in einer Untersuchung über seine Anwendbarkeit im Internet nicht weiter. Daher muss zunächst der Kern des Vertrauensschutzes dogmatisch hergeleitet werden. Dies geschieht im folgenden durch das Zusammentragen verschiedener Normen und Grundsätze aus dem Bürgerlichen Recht, denen der Vertrauensgedanke zugrunde liegt. Durch einen Vergleich der Normen können die bestehenden Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden, um somit die allgemeinen Prinzipien des Vertrauensschutztatbestandes zu extrahieren. Anschließend wird untersucht, ob sich diese Tatbestandsprinzipien auch auf das Internet übertragen lassen, wobei hier v.a. die Besonderheiten des Internets zu berücksichtigen sein werden. Wichtig ist es allerdings, in diesem Zusammenhang darauf zu achten, nicht um der Übertragbarkeit willen den Tatbestand so allgemein zu fassen, dass er wiederum völlig konturlos wird.¹⁰

Der Schwerpunkt wird zwar auf der praktischen Anwendung des Vertrauensschutzprinzips im modernen Recht liegen. Dennoch bedarf es bei seiner dogmatischen Herleitung eines gewissen Tiefgangs, so dass am Anfang dieses Kapitels auch Überlegungen angestellt werden, die nur sehr wenig mit dem Internet, geschweige denn mit dem E-Commerce zu tun haben werden. Die Untersuchung wird sich aber stets im Bereich des Bürgerlichen Rechts bewegen. So sei hier nur am Rande darauf hingewiesen, dass sich das Vertrauensschutzprinzip in der gesamten Rechtsordnung wiederfindet, mithin sowohl im Strafrecht¹¹ als auch im Öffentlichen Recht¹². Zumindest für einige allgemeine Aussagen zum Vertrauensschutzprinzip wird auch Literatur aus dem Strafrecht und dem Öffentlichen Recht mit herangezogen. Dies ist ein deutlicher Hinweis auf die vollständige Durchdringung unserer Rechtsordnung durch das Vertrauensschutzprinzip.

II. Vertrauensschutz in seinen verschiedenen Ausformungen

Bei der Darstellung des Vertrauensschutzes begnügt sich die Lehre oft mit der Feststellung, dass das BGB Vertrauensschutz in vielfältiger Weise gewähre¹³ und wartet mit entsprechenden Beispielen auf. Die ausdrückliche Erwähnung des Begriffes „Vertrauensschutz“ ist dabei nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, ob nach der Gesamtregelung ein solcher gewährt wird.¹⁴

Zunächst wird eine Reihe typischer Normen aufgezählt, die mit dem Vertrauensschutz in Zusammenhang stehen (1). Da das Vertrauensschutzprinzip die Rechtsordnung in weiten Teilen durchdringt, mögen sich sicherlich noch weitere Fälle finden lassen. Jedoch würde ihre Erörterung keine neuen Aspekte

⁹ Huber, FS Kägi, S. 201.

¹⁰ Gerade bei solcherlei unbestimmten Rechtsinstituten wie dem Vertrauensschutz muss davor gewarnt werden, sie zu sehr zu verallgemeinern, da sie auf den Einzelfall bezogen durchaus in verschiedenen Ausformungen auftreten können. Dass der Vertrauensschutz nicht unbegrenzte Anwendung finden darf, wird in der Literatur des öfteren betont. Die Eingrenzung anhand des jeweiligen Einzelfalles ist dabei die Aufgabe des Juristen, um so überflüssige Parallelkonstruktionen zu besser ausformulierten Konstruktionen zu vermeiden; vgl. für das Verwaltungsrecht Huber, FS BVerwG, S. 336. In letzter Hinsicht gefährdet eine allzu euphorische Anwendung des Vertrauensschutzprinzips durch die Justiz auch die Gewaltenteilung; so Lubmann, Vertrauen, S. 44. Daher ist das Ziel auch nicht die Suche nach einem allgemeinen Vertrauenstatbestand, mit dem sämtliche ausgeformten Vertrauenstatbestände nivelliert werden, sondern die Suche der dogmatischen Grundlage des Vertrauens, um Ihre Anwendbarkeit auch im Bereich des E-Commerce untersuchen zu können.

¹¹ Siehe hierzu die ausführliche Darstellung von Roxin, § 24, Rn. 21 ff.

¹² Instrukтив Lenz und Schwarz, passim.

¹³ Wolf/Larenz, § 2 Rn. 33.

¹⁴ Eichler, S. 5.

aufwerfen. Daher soll nur eine begrenzte Anzahl von Normen berücksichtigt werden. Danach folgt eine ausführliche Darstellung der genannten Normen (2), um schließlich durch ihre Verallgemeinerung den Kern des Vertrauensschutzprinzips erfassen zu können (3).

1. Vertrauensschutz im BGB

§ 157 BGB verweist bei der Vertragsauslegung auf den Gedanken von Treu und Glauben und die Verkehrssitte. Die §§ 170 ff. BGB schützen das Vertrauen in eine nach außen bekannt gemachte Vollmacht. In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass das Prinzip des Vertrauensschutzes auch ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen zugrunde liegt. Nach den Grundsätzen der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht darf der Geschäftspartner unter gewissen Umständen auf das Bestehen der Vertretungsmacht eines angeblichen Vertreters vertrauen.¹⁵ In § 242 BGB wird für das gesamte Schuldrecht der Grundsatz von Treu und Glauben normiert, der sich in seinem Kern ebenfalls auf den Gedanken des Vertrauensschutzes stützt.¹⁶ Teilweise hat dieser Gedanke nach der Schuldrechtsmodernisierung von 2002 auch in § 313 BGB einen zusätzlichen Regelungsort gefunden. In §§ 932 ff. BGB, § 366 HGB wird der gute Glauben bei der Verfügung von beweglichen Sachen geschützt; §§ 892 f. BGB beinhalten eine entsprechende Regelung für den Immobiliärerwerb. In § 2366 BGB wird das Vertrauen auf die Richtigkeit des Erbscheines geschützt.¹⁷ Auch im Handelsrecht geschieht dies in § 15 HGB bezüglich der Richtigkeit der Einträge im Handelsregister. In eine andere Richtung weisen daneben die Normen, die einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens geben, wenn ein wirksames Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen ist. Einen solchen Schadensersatz gewähren die §§ 122, 179 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB sowie bei unerlaubter Handlung die deliktischen Ansprüche.

2. Untersuchung der Vertrauenstatbestände

Um den Vertrauensschutz als generelles Rechtsprinzip erfassen zu können, müssen die genannten Normen zu einer allgemeinen dogmatischen Grundlage verdichtet werden.¹⁸

In der obigen Aufzählung wurden bestimmte Normen nicht berücksichtigt, die ebenfalls auf Vertrauen zurückgreifen. Dabei handelt es sich um solche Normen, die den Vertrauenscharakter aus einem „privaten Rechtsverhältnis“¹⁹ schöpfen. Der Vertrauensgehalt dieser Normen ist persönlicher Natur, weil sie typischerweise dann zur Anwendung kommen, wenn zwischen den Beteiligten persönliche Beziehungen bestehen. Beispiele für solche Normen sind § 627 BGB, der Vertrauensbruch als Kündigungsgrund des § 626 BGB, oder gesellschaftsrechtliche Vertrauensbeziehungen. Hintergrund des Vertrauens ist hierbei nicht nur eine längere Beziehung aufgrund des Dauercharakters der Schuldverhältnisse, sondern auch eine aufgrund der Beziehung besondere Stellung der Beteiligten zueinander. Bei diesen Normen spielen mithin eher - im weitesten Sinne - zwischenmenschliche Gefühle und irrationale Zuneigungen eine Rolle. Solche Vertrauensansätze werden jedoch beim E-Commerce üblicherweise nicht zu finden sein. Daher können sie in diesem Zusammenhang unbeachtet bleiben.

¹⁵ Vgl. nur *Leipold*, Rn. 732.

¹⁶ *Palandt/Heinrichs*, § 242, Rn. 3.

¹⁷ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2366, Rn. 1.

¹⁸ Dabei werden die Normen nach der Reihenfolge ihres Erscheinens im Gesetzestext dargestellt.

¹⁹ So die Bezeichnung bei *Eichler*, S. 36.

a. § 122 BGB: § 122 Abs. 1 BGB gewährt demjenigen Schadensersatz, dem gegenüber eine Willenserklärung angefochten wurde bzw. wenn sich der Erklärende auf die Nichtigkeit seiner Willenserklärung berufen hat. Der Regelung liegt demnach folgende Situation zugrunde: Es wird eine Erklärung abgegeben, deren Empfänger auf ihren Bestand vertraut. Nun will der Erklärende sein Verhalten im Nachhinein ändern; er möchte nicht mehr an seiner Erklärung festhalten. Obwohl sich der Empfänger mit seinem Verhalten auf den Bestand der Erklärung verlassen hat, gewährt das Gesetz dem Erklärenden die Möglichkeit der nachträglichen Änderung. Insofern überwiegt nach der gesetzlichen Wertung das Interesse des Erklärenden daran, von seiner ursprünglichen Erklärung wieder loszukommen. Um einen Interessensausgleich zu erreichen, wird dem Empfänger im Gegenzug aber der Schaden ersetzt, den er aufgrund seines Vertrauens in den Bestand der Erklärung erlitten hat. Daher wird vom Vertrauensschaden bzw. negativen Interesse gesprochen.²⁰ Der Anspruch setzt dabei kein Verschulden des Erklärenden voraus.²¹ Vielmehr beruht er auf dem Gedanken einer Veranlassungshaftung²², die nur an die Tatsache der fehlerhaften Erklärungsabgabe als solche anknüpft²³. Nach § 122 Abs. 2 BGB tritt die Schadensersatzpflicht nicht ein, wenn der Erklärungsempfänger den Mangel der Erklärung kannte oder kennen musste. Wer demnach die wahre Rechtslage kennt bzw. (fahrlässig) kennen konnte, ist nach der Gesetzeswertung auch nicht schutzwürdig.

b. §§ 133, 157 BGB: § 157 BGB enthält eine Auslegungsregel für Verträge - und daneben auch für einseitige Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen²⁴. Nach allgemeiner Ansicht sind für eine Auslegung stets §§ 157 und 133 BGB nebeneinander heranzuziehen.²⁵ Sie ist dann notwendig, wenn die Erklärung mangels Eindeutigkeit auslegungsbedürftig ist. Auch wenn § 133 BGB bei der Auslegung einer Erklärung auf den wirklichen Willen abstellt, gilt dies doch nur für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen. Bei empfangsbedürftigen Erklärungen, also solchen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, kommt es vielmehr auf den Empfängerhorizont an.²⁶ Die Erklärung wird danach mit dem Inhalt wirksam, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.²⁷ Das heißt, dass auf den Kenntnisstand des Empfängers abzustellen ist. Weichen Wille und Erklärung des Erklärenden voneinander ab, so ist zu berücksichtigen, dass dieser Fehler in der Sphäre des Erklärenden gebildet wurde. Der Erklärungsempfänger dagegen muss mangels entgegenstehendem anderen Auslegungsmaterials auf die Erklärung, so wie er diese verstehen durfte, vertrauen können.²⁸ Daher wird die Erklärung auch in diesem Sinne wirksam. Dem Erklärenden wird dem Grunde nach eine Erklärung unterstellt, die dieser gar nicht so abgeben wollte.²⁹ Der Grund für diese Fiktion ist, dass er die Erklärung gerade so abgegeben hat, dass der Empfänger sie so verstehen durfte, wie er sie auch verstanden hat. Der Erklärende hat schließlich die von ihm benutzte Ausdrucks-

²⁰ Vgl. nur *Leipold*, Rn. 577.

²¹ *Palandt/Heinrichs*, § 122, Rn. 1.

²² RGZ 81, 395 [399]; BGH NJW 1969, 1380 [1380].

²³ *Erman/Palm*, § 122, Rn. 1; *Staudinger/Dilcher*, § 122, Rn. 2.

²⁴ So die herrschende Meinung, vgl. nur RGZ 169, 122 [124 f.]; BGHZ 47, 75 [78].

²⁵ *Palandt/Heinrichs*, § 157, Rn. 1.

²⁶ *Medicus*, AT, Rn. 323.

²⁷ RGZ 169, 122 [124 f.]; BGHZ 36, 30 [33].

²⁸ Vgl. *Brox*, AT, Rn. 134.

²⁹ Das Bedürfnis nach Vertrauensschutz schränkt also die „reine Willensherrschaft“ des Erklärenden ein, *Wolf/Larenz*, § 28, Rn. 14.

form und das entsprechende Ausdrucksmittel frei gewählt.³⁰ Dadurch hat er den Empfänger dazu veranlasst, die Erklärung entsprechend anders zu verstehen.

c. §§ 170-173 BGB: Die §§ 170-173 BGB normieren nach herrschender Meinung eine Rechtsscheinshaftung des Vertretenen.³¹ Sie schützen denjenigen, der auf den Bestand einer Vollmacht vertraut, die in Wahrheit nicht oder nicht mehr besteht.³² Vertrauen kann aber nur derjenige, der die wahre Rechtslage weder kennt noch kennen konnte. Wenn dies der Fall ist, spricht das Gesetz von Gutgläubigkeit, andernfalls von Bösgläubigkeit. Mithin soll gem. § 173 BGB der bösgläubige Dritte auch nicht geschützt werden. Voraussetzung für den Schutz durch die §§ 170 ff. BGB ist, dass der Vollmachtgeber durch ein entsprechendes Verhalten das Entstehen von Vertrauen veranlasst hat. Der äußere Tatbestand ist in den §§ 170 ff. BGB die durch Erklärung gegenüber dem Geschäftsgegner erteilte Außenvollmacht i.S.d. § 167 Abs. 1 BGB. Daher gilt diese Vollmacht so lange fort, bis dem Geschäftsgegner gem. § 170 BGB ihr Erlöschen angezeigt wird.

Neben diesen gesetzlichen Fällen wurden mit der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht aber auch Fälle einer ungeschriebenen Rechtsscheins- bzw. Vertrauenshaftung³³ entwickelt.³⁴ Dabei stellt sich die Frage, welches Verhalten des „Vollmachtgebers“ die entsprechenden Folgen auslöst. Da hier gerade keine Bevollmächtigung nach außen vorliegt, muss die Haftung durch ein anderes Verhalten ausgelöst werden.

aa. Duldungsvollmacht: Bei der Duldungsvollmacht ist dieses Verhalten nach allgemeiner Ansicht das Gewährenlassen des Vertreters. Wer es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, so dass der Geschäftsgegner den Vertreter als wirksam bevollmächtigt ansehen darf³⁵, muss dessen Verhalten auch gegen sich gelten lassen. Daher wird in einer Kurzformel die Haftungsgrundlage der Duldungsvollmacht mit einer „wissentlichen Schaffung eines Scheintatbestandes“ dargelegt.³⁶

bb. Anscheinsvollmacht: Bei der Anscheinsvollmacht wird das vertrauenveranlassende Verhalten darin gesehen, dass der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters zwar nicht kennt, es bei pflichtgemäßer Sorgfalt aber hätte erkennen und verhindern können und der Geschäftsgegner annehmen durfte, der Vertretene billige das Handeln des Vertreters.³⁷ Noch deutlicher als bei der Duldungsvollmacht zeigt sich in diesem Fall, dass der Vertretene nicht nach außen gehandelt hat. Er ist dem Geschäftsgegner gegenüber nicht einmal aufgetreten. Daher liegt überhaupt kein äußerer Tatbestand vor. Dennoch muss für eine Rechtsscheinshaftung ein vertrauenveranlassendes Verhalten vorliegen. Erklärt

³⁰ *Wolf/Larenz*, § 28, Rn. 14.

³¹ RGZ 170, 281 [284]; BGHZ 5, 111 [116]; *Staudinger/Schilken*, § 167, Rn. 44; *Leipold*, Rn. 728; anders *Flume*, der die §§ 171, 172 BGB als Fälle einer rechtsgeschäftlichen Vollmachtserteilung ansieht, *Flume*, § 49 2 c.

³² *Palandt/Heinrichs*, § 173, Rn. 1.

³³ So die Bezeichnung bei *Canaris*, § 5 II 2, S. 42.

³⁴ Begründet wurde diese Ansicht von *Wellspacher*, S. 95 ff., und *von Seeler*, ArchBürgR 1906, 51 f. Gegen diese Rechtsscheinstheorie und für eine Rechtsgeschäftstheorie im Rahmen der Duldungsvollmacht steht v.a. *Flume*, § 49 3; *Staudinger/Schilken*, § 167, Rn. 29a. Nach dieser Meinung ist die Duldungsvollmacht ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand; das Gewährenlassen stellt eine schlüssige Willenserklärung des Vertretenen dar.

³⁵ BGH LM § 167 Nr. 4, 13; NJW 1956, 460 [460].

³⁶ *Canaris*, § 5 II 2, S. 42. Dagegen in jüngerer Zeit *Hanno Merkt*, „Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand“, AcP 204 (2004), S. 638 - 659, der die Duldung des Vertretenen dogmatisch nicht als Rechtsscheintatbestand, sondern als konkludent erklärte rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung verstanden wissen möchte.

³⁷ BGHZ 5, 111 [116]; BGH NJW 1981, 1727 [1728]; 1998, 1854 [1855]; BGH LM § 167 BGB Nr. 4, 1. Leitsatz.

werden kann dieser scheinbare Widerspruch mit dem Sinn und Zweck der §§ 170 ff. BGB. Das Gesetz geht davon aus, dass dem Geschäftsgegner die Nachprüfung der Bevollmächtigung nicht zuzumuten ist, wenn das Verhalten des Vertretenen auf das Bestehen einer Vollmacht schließen lässt.³⁸ Dabei reicht auch ein bloßes Verhalten nach innen aus, da gem. § 167 Abs. 1 BGB auch eine Innenvollmacht gegenüber dem Vertreter zulässig ist. Es liegt damit ein Verhalten des Vertretenen vor, das vom Geschäftsgegner in bestimmter Weise - im Sinne des Vorliegens von Vertretungsmacht - interpretiert wird. Auf die Interpretation verlässt sich der Geschäftsgegner mangels anderer Hinweise und bezieht diese in seine weiteren Dispositionen ein. Die Betrachtung schwenkt für die Erklärung des Haftungsgrundes also vom Verhalten des Vertretenen hin zur Schutzwürdigkeit des Vertrauenden. Ein Versuch, die Rechtsscheinhaftung dennoch durch ein äußeres Verhalten des Vertretenen zu erklären, ist der Erklärungsansatz, es seien bei der Anscheinsvollmacht lediglich die Anforderungen an das Verhalten des Vertretenen abgeschwächt worden: „An die Stelle der bewußten Schaffung eines Scheintatbestandes tritt [...] dessen lediglich fahrlässige Verursachung.“³⁹ Durch den Wechsel der Sichtweise entsteht jedoch das Problem, dass nicht erklärt werden kann, wieso ein Rechtsscheintatbestand ohne äußeres Handeln des Veranlassers besteht, zumal er in diesem Fall nicht wissentlich handelt. Als Ausweg aus diesem Dilemma wird vorgeschlagen, die Anscheinsvollmacht als Sondertatbestand zu behandeln, der keine Anerkennung im allgemeinen Bürgerlichen Recht verdient.⁴⁰ Tatsächlich nimmt die Anscheinsvollmacht insofern eine Sonderstellung ein. Wenn auch bei der Rechtsscheinhaftung die Schutzwürdigkeit des Vertrauenden eine große Rolle spielt, so vermag sie alleine nicht die Notwendigkeit eines Rechtsscheintatbestandes zu überbrücken.

cc. Voraussetzungen für eine allgemeine Rechtsscheinsvollmacht: In der Rechtsprechung und wissenschaftlichen Literatur sind anhand der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht die Voraussetzungen für eine allgemeine Rechtsscheinsvollmacht entwickelt worden.⁴¹ Diese wird sogar teilweise mit dem Vertrauensschutz gleichgesetzt, so dass ihre Voraussetzungen gleichzeitig auch den Tatbestand des Vertrauensschutzprinzips bilden sollen.⁴² Ob sie diesen Erwartungen gerecht werden können, wird sich später bei der Formulierung des allgemeinen Vertrauensschutztatbestandes zeigen:

- (1) Es bedarf eines Rechtsscheintatbestandes, d.h. eines vertrauensbegründenden Sachverhaltes. Das ist bei beiden Fällen der Rechtsscheinsvollmacht das wiederholte Auftreten des Vertreters als Bevollmächtigter.
- (2) Der Rechtsscheintatbestand muss dem Vertretenen zugerechnet werden können. Er muss das entsprechende Vertrauen des anderen durch sein Verhalten veranlasst haben. Die Zurechnung findet bei der Duldungsvollmacht statt aufgrund des Nichteinschreitens gegen das Verhalten des Vertreters trotz Kenntnis.⁴³ Bei der Anscheinsvollmacht ist es die Nichtkenntnis des Verhaltens, obwohl dieses bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkannt und verhindert werden können.⁴⁴
- (3) Der andere Teil, d.h. der Geschäftsgegner, muss schutzwürdig sein. Das ist er dann, wenn er vertrauen darf. Vertrauen darf er aber nur, wenn er - so der Gesetzeswortlaut - gutgläubig ist. Gutgläu-

³⁸ Palandt/Heinrichs, § 173, Rn. 9.

³⁹ Canaris, § 5 IV, S. 48.

⁴⁰ Canaris, § 5 IV, S. 51.

⁴¹ Verwiesen sei hier auf die recht strukturierten Darstellungen von Bork, Rn. 1538 ff. und Brox, AT, Rn. 562 ff.

⁴² Ausführlich Bork, Rn. 1538; Hübner, Rn. 587 ff.

⁴³ BGH LM § 167 Nr. 10, 13.

⁴⁴ BGH LM § 167 Nr. 3, 4, 17.

big ist er wiederum dann, wenn er die tatsächliche Sachlage nicht kennt, wenn er also nicht weiß, dass der Rechtsschein nicht der Realität entspricht. Dabei kann u.U. auch - je nach Gesetzeslage - schon fahrlässige Unkenntnis zur Bösgläubigkeit führen.

- (4) Der Rechtsscheinstatbestand muss für das Vertrauen kausal sein. Dazu ist es erforderlich, dass der andere den Rechtsscheinstatbestand gekannt hat. Daneben muss Kausalität bestehen zwischen dem Vertrauen und entsprechendem rechtsgeschäftlichem Handeln des Geschäftsgenegers. Das Vertrauen muss also eine Reaktion des anderen im Rechtsverkehr ausgelöst haben. Schlagwort für dieses kausale Handeln ist die „Vertrauensinvestition“⁴⁵.

d. § 179 BGB: Dies normiert einen Anspruch gegen den falsus procurator. § 179 Abs. 1 BGB regelt die Folgen, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat; § 179 Abs. 2 BGB behandelt die Konstellation, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Der Scheinvertreter haftet in beiden Fällen gegenüber dem Geschäftsgegner. Ein Unterschied besteht lediglich im Umfang der Haftung. Hintergrund dieser Haftung ist folgender: Der Geschäftsgegner hatte in den Bestand der Vertretungsmacht vertraut und entsprechend disponiert. Nachdem sich aber gezeigt hat, dass keine Vertretungsmacht besteht, fällt diese Dispositionsgrundlage weg. Der entsprechende Schaden muss demnach durch den falsus procurator ausgeglichen werden.

e. § 242 BGB: Diese Norm verweist im Rahmen des allgemeinen Schuldrechts auf das Prinzip von Treu und Glauben. Von Rechtsprechung und Lehre ist der Inhalt dieser Norm zum Grundprinzip für den gesamten Rechtsverkehr ausgedehnt worden.⁴⁶ „Treu“ bedeutet dabei im Wortsinne eine auf Zuverlässigkeit und Rücksichtnahme beruhende Haltung gegenüber einem anderen; „Glaube“ entspricht dem Vertrauen auf eine solche Haltung.⁴⁷ Die „Treu“ ist somit zugleich Grundlage und Rechtfertigung des Glaubens.⁴⁸ Der „Glaube“ kann insoweit gleichgesetzt werden mit „sich verlassen dürfen“, was terminologisch auch mit „Vertrauen“ einhergeht.⁴⁹ Dem entsprechend hat auch ein Teil der Rechtsprechung den Ursprung des Vertrauensschutzes in dem Begriffspaar „Treu und Glauben“ verortet.⁵⁰ Welche gedanklichen Prinzipien dem Begriffspaar zugrunde liegen, ist dabei umstritten. Eine Ansicht stellt darauf ab, dass auf diesem Wege die in der Gesellschaft herrschenden sozialetischen Wertvorstellungen Eingang in das Recht finden sollen.⁵¹ Ein anderer Ansatz ist, solch abstrakte Wertungsbegriffe wie Billigkeit und Gerechtigkeit gesetzlich zu manifestieren.⁵² Welcher Meinung man auch immer zugeneigt ist, es zeigt sich jedenfalls, dass „Treu und Glauben“ der Rechtsordnung immanente Prinzipien darstellen. Wegen der folglich entstehenden Offenheit der Generalklausel sind in der Rechtswissenschaft sog.

⁴⁵ Steindorff, SAE 1965, 153 [155].

⁴⁶ RGZ 85, 108 [117]; Eichler, S. 14; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 1. Aus der neueren Rspr. beispielhaft BGHZ 85, 39 [48].

⁴⁷ Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 3.

⁴⁸ Wendt, AcP 1906, S. 4.

⁴⁹ Eichler, S. 16 f.

⁵⁰ BGHZ 94, 344 [349], BVerwGE 3, 199 [203]; 9, 251 [256 f.]; allgemein auch Huber, FS Kägi, S. 199. Für eine zumindest teilweise Herleitung aus Treu und Glauben hat sich Weber, DB 1974, S. 709, ausgesprochen. Die Herleitung aus Treu und Glauben hat das BVerwG in jüngerer Zeit allerdings aufgegeben und den Vertrauensschutz im Rechtsstaatsprinzip angesiedelt, BVerwGE 68, 159 [165]. Auch Stimmen in der Literatur lehnen eine Begründung des Vertrauensschutzes aus „Treu und Glauben“ ab, da der Vertrauensschutz eine Entscheidungsmaxime im konkreten Einzelfall darstellt, während eine Berufung auf Treu und Glauben nur in undifferenzierter Weise möglich ist; Schwarz, S. 33. Diese Meinung übersieht jedoch, dass „Treu und Glauben“ nur die Eingangsformel für eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise darstellt. In ausländischen Rechtsordnungen wird der Vertrauensschutz oftmals gar nicht unter eigenem Namen behandelt, sondern geht im Grundsatz von Treu und Glauben auf, Huber, FS BVerwG, S. 317.

⁵¹ MüKo/Roth, § 242, Rn. 5.

⁵² Ausführlich Staudinger/Schmidt, § 242, Rn. 126 ff.

Funktionskreise bzw. Wirkungsweisen zur Konkretisierung des § 242 BGB entwickelt worden.⁵³ Damit ist aber auch das an konkreten Verhältnissen erprobte subjektive Vertrauenselement generalisiert und objektiviert worden, mit der Folge, dass der individuelle Ansatz zur Ausgleichsfindung immer mehr verloren gegangen ist.⁵⁴ An dieser Stelle sollen nur zwei Funktionskreise herausgegriffen werden, die den dahinterstehenden Vertrauensgedanken besonders plastisch zeigen. Dabei handelt es sich um die Schrankenfunktion sowie um die Korrekturfunktion des § 242 BGB.

aa. Schrankenfunktion: Treu und Glauben bilden zum einen eine immanente Schranke für die Ausübung bestehender Rechte, womit § 242 BGB zur Abwehr gegen eine unzulässige Rechtsausübung durch Dritte eingesetzt werden kann. Nach dieser Innentheorie⁵⁵ ist eine gegen § 242 BGB verstoßende Ausübung eines eigentlich bestehenden Rechts missbräuchlich und damit unzulässig⁵⁶. Unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmissbrauch vorliegt, lässt sich dabei nur an den Umständen des Einzelfalles ermitteln.⁵⁷ Zumindest wurden von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit einige Fallgruppen, wie z.B. die des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*)⁵⁸ und als Sonderfall die der Verwirkung⁵⁹ herausgebildet.

(1) *venire contra factum proprium*

Das Rechtsprinzip des *venire contra factum proprium*⁶⁰ verschafft eine Einrede gegen einen fremden Anspruch. Die Einrede wird hier am widersprüchlichen Verhalten des Anspruchsberechtigten festgemacht. Sie schützt damit denjenigen, der aufgrund des Verhaltens eines anderen disponiert.⁶¹ Wenn der andere sein Verhalten ändert, kann er mithin am ursprünglichen Verhalten festgehalten werden.

(2) Verwirkung

Mit der Verwirkung steht dem Anspruchsgegner eine rechtshemmende Einrede zur Verfügung, wenn der Anspruchsinhaber den Eindruck vermittelt hat, er würde diesen Anspruch nicht mehr geltend machen.⁶² Als Voraussetzungen für eine solche Einrede muss neben dem reinen Zeitablauf⁶³ auch eine besondere Schutzwürdigkeit des anderen Teils bestehen. Diese liegt dann vor, wenn die Untätigkeit des Anspruchsberechtigten den Eindruck vermittelt hat, das Recht werde auch in Zukunft nicht mehr ausgeübt.⁶⁴ Der andere Teil muss sich auf diesen Anschein verlassen und zur

⁵³ *Soergel/Teichmann*, § 242, Rn. 58 ff.; *MüKo/Roth*, Rn. 123; *Palandt/Heinrichs*, § 242, Rn. 13. Kritisch zur Funktionskreistheorie *Staudinger/Schmidt*, § 242, Rn. 113 ff.

⁵⁴ *Eichler*, S. 19.

⁵⁵ BGHZ 30, 140 [145]; *MüKo/Roth*, § 242, Rn. 211 ff.

⁵⁶ BGHZ 12, 154 [157]; 30, 140 [145]; *Canaris* will § 242 BGB insoweit als Mittel zur Geltendmachung einer *exceptio doli* einsetzen, *Canaris*, Einf. Kap. 2, S. 270.

⁵⁷ *Palandt/Heinrichs*, § 242, Rn. 38.

⁵⁸ BGHZ 32, 273 [279]; 94, 344 [354] („Rechtstugend der Verlässlichkeit“); BGH NJW 1986, 2104 [2107].

⁵⁹ BGHZ 1, 31 [33].

⁶⁰ Grundlegend *Erwin Riezler*, *Venire contra factum proprium*, Leipzig 1912 sowie *Hans Dette*, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, Berlin 1985.

⁶¹ Instruktiv *Larenz*, § 10 II b, S. 133.

⁶² Vgl. hierzu grundlegend *Wilhelm Gadow*, *Jherings Jahrbücher* 84 (1934), 174 ff.; *W. Siebert*, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg 1934. Mit der Verwirkung und ihren Entsprechungen in anderen Rechtsordnungen beschäftigt sich *Keigel*, FS Pleyer, S. 513 ff.

⁶³ Dieser alleine reicht für eine Einrede der Verwirkung nicht, etwa BGH NJW-RR 1996, 949 [950]; BAG ZIP 2001, 1647 [1648].

⁶⁴ *Medicus* AT, Rn. 138.

Grundlage seines eigenen Verhaltens gemacht haben.⁶⁵ Zweck der Verwirkung ist der Schutz des Vertrauenden, wenn der andere im Widerspruch zu seinem an den Tag gelegten Verhalten handelt. Daher ist die an sich berechnete Rechtsausübung des anderen in diesem Fall unzulässig.⁶⁶

Alles in allem zeigt sich, dass sich der Gedanke der unzulässigen Rechtsausübung auf einer besonderen Schutzwürdigkeit desjenigen gründet, der darauf vertraut hatte, der andere würde ein ihm zustehendes Recht nicht ausüben. Dies begründet sich aus einem entsprechenden vertrauensbildenden Verhalten des anderen. In diesem Rahmen ist das Geschehen also wiederum aus der Perspektive des in seinem Vertrauen Getäuschten zu betrachten. Dies zeigt deutlich den dahinter stehenden Vertrauensschutzgedanken.

bb. Korrekturfunktion: Mit der Neufassung des § 313 hat nach der Schuldrechtsreform 2002 eine Regelung Eingang ins BGB gefunden, die zuvor bereits aus § 242 BGB heraus als allgemeines Rechtsinstitut entwickelt worden war. Die Lehre vom Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage ermöglicht es, vertragliche Beziehungen in besonderen Fällen im Nachhinein anzupassen und bildete daher die Korrekturfunktion des § 242 BGB.⁶⁷ Den Ausgangspunkt findet diese Lehre in der Erwägung, dass die Äquivalenz der Leistungen aufgrund von Schwankungen im Wirtschaftsleben - v.a. Geldentwertung durch Inflation - ab einem bestimmten Punkt nicht mehr gewahrt ist und daher nicht mehr den Berechnungen der Vertragsparteien entspricht. Geschäftsgrundlage waren daher nach ständiger Rechtsprechung die „bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.“⁶⁸ Fällt die Geschäftsgrundlage weg, so ist auch gleichzeitig die Grundlage der vertraglichen Disposition hinfällig. Wie nun in § 313 Abs. 1 BGB normiert, kann in einem solchen Fall Vertragsanpassung verlangt oder gem. § 313 Abs. 3 S. 1 BGB vom Vertrag zurückgetreten werden.

f. §§ 280 Abs. 1 i.V.m. 311 Abs. 2 und 3 BGB (c.i.c.): Die Haftung für c.i.c. (culpa in contrahendo) war schon vor Entstehung des BGB gewohnheitsrechtlich anerkannt⁶⁹ und wurde im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 in § 311 Abs. 2 und 3 BGB - i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB - gesetzlich normiert. Der Gesetzgeber verzichtete bei der Normierung der c.i.c. auf einen komplett ausformulierten Tatbestand⁷⁰, weshalb die in Rechtsprechung und Lehre zur c.i.c. gebildeten Tatbestandsvoraussetzungen und Fall-

⁶⁵ *Weber*, DB 1974, S. 710.

⁶⁶ *Weber*, DB 1974, S. 710. Entsprechend zur Verwirkung ist der allgemeine Tatbestand einer Erwirkung von Rechten angeregt worden, *Canaris*, §§ 31 f., S. 372 ff. Wenn es auch zunächst schwer fiel, das Entstehen von durchsetzbaren Ansprüchen allein auf der Grundlage eines ungesetzlichen speziellen Vertrauensstatbestandes zu propagieren, ist dieser Ansatz in Teilbereichen des Rechts fortgeführt worden. Anwendungsbeispiel ist der Leistungsanspruch eines Arbeitnehmers aus betrieblicher Übung, *Weber*, DB 1974, S. 712 f. So kann auch ohne schuldrechtliche Grundlage ein Leistungsanspruch allein daraus entstehen, dass ein vorheriges Verhalten aufgrund Vertrauensschutzes beibehalten werden muss. Dies ist der Ansatz der Leistungspflicht aus „fortgesetztem Verhalten bzw. Übung eines Dritten“, *Weber*, DB 1974, S. 709; *Staudinger/Schmidt*, § 242, Rn. 630. Die Voraussetzungen entsprechen denen der Verwirkung unter umgekehrten Vorzeichen, vgl. dazu *Weber*, DB 1974, S. 711 f. sowie *Staudinger/Schmidt*, § 242, Rn. 581 ff. Es muss ein fortgesetztes Verhalten durch den Leistenden vorliegen, auf dessen Fortführung sich der Empfänger eingerichtet hat und auch keine Veranlassung hatte, an dieser Fortführung zu zweifeln.

⁶⁷ Ausführlich zu der Lehre von der Geschäftsgrundlage *Staudinger/Schmidt*, § 242, Rn. 942 ff.

⁶⁸ RGZ 103, 328 [332]; BGHZ 25, 390 [392]; 128, 230 [236].

⁶⁹ Die Entwicklung der Haftung aus culpa in contrahendo wird Rudolf von Ihering, 1861, zugesprochen. Prägnant auch RGZ 120, 249 [252 f.] mit Angabe der älteren Rspr.

⁷⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 162: „Über den Inhalt und die Reichweite der hierdurch begründeten Pflichten enthält die Vorschrift keine Aussage.“

gruppen nach wie vor Bestand haben. Ein Anspruch aus c.i.c. entsteht, wenn sich im Rahmen eines vorvertraglichen Kontaktes eine Partei eine Pflichtverletzung zuschulden kommen lässt.⁷¹ Entsprechend stellt § 311 Abs. 2 BGB fest, dass ein gesetzliches Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB bereits durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, durch die Anbahnung eines Vertrages oder sonstige ähnliche geschäftliche Kontakte entsteht. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet die Parteien eines Schuldverhältnisses zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Schuldverhältnis in diesem Sinne muss also nicht unbedingt ein bereits geschlossener Vertrag sein. Es genügt ein vorvertraglicher Kontakt.⁷² Pflichtverletzungen in diesem Stadium lösen eine entsprechende Haftung aus. Der Grund für eine solche Haftung bildet die Gewährung von in Anspruch genommenem Vertrauen.⁷³ Es ist mithin allein das Vertrauensverhältnis, das den Beteiligten Pflichten auferlegt, da für eine vertragliche Haftung noch jegliche Grundlage fehlt.⁷⁴ Deshalb wird die c.i.c. nur dann ausgelöst, wenn der Kontakt ein besonderes Vertrauensverhältnis rechtfertigt.⁷⁵ Die Vertrauenslage erwächst aus der Eröffnung der Beziehungen, weil jede Partei darauf vertraut, über alle wichtigen Umstände aufgeklärt und von der Gegenseite nicht in Gefahr gebracht zu werden.⁷⁶

Die Ausweitung der Schutzpflichten im Rahmen der c.i.c. auf den vorvertraglichen Bereich zeigt, dass das Prinzip des Vertrauensschutzes nicht von einem wirksamen Rechtsgeschäft abhängt. Es genügt bereits ein bloßer Kontakt zwischen Parteien, die an einem Vertragsschluss interessiert sind, um Vertrauensschutz auszulösen.

g. § 823 BGB: Das Deliktsrecht gewährt mit § 823 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung, um primär den Ausgleich des Integritätsinteresses bei Verletzung eines Rechtsgutes zu gewährleisten. Bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschluss soll dem solchermaßen Geschädigten jedoch zusätzlich durch die Möglichkeit einer Vertragsaufhebung aus deliktischem Anspruch geholfen werden. Daher besteht in diesen Fällen ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, das heißt auf die Befreiung von den vertraglichen Pflichten.⁷⁷ Auf diese Weise soll der Schaden ausgeglichen werden, den der Geschädigte durch das Vertrauen auf die Vertragsumstände erlitten hat.

h. §§ 892 f., 932 ff. BGB: Der Schutz des guten Glaubens ist für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Immobilien in §§ 892 f. BGB, für den von Mobilien in den §§ 932 ff. BGB geregelt. Im römischen Recht war das Institut des gutgläubigen Erwerbs nicht bekannt. Dort galt der Rechtssatz, dass niemand „mehr an Recht auf den anderen übertragen kann, als er selbst hat.“⁷⁸ Im deutschen Recht jedoch gab es das Bestreben, den gutgläubigen Erwerber zu schützen. Dieser Schutz wurde allerdings erst durch das BGB am 1. Januar 1900 eingeführt, um den Handel mit Waren zu erleichtern.⁷⁹ Es schützt stets nur

⁷¹ Strittig war vor der Normierung, wie eng dieser Kontakt zwischen den Parteien sein musste. Während beispielsweise *Larenz*, I § 9, von einem bloßen „sozialen Kontakt“ sprach, stellte *Fikentscher*, Rn. 69, auf den Zeitpunkt der „Bekanntgabe von Vorstellungen über den zu schließenden Vertrag“ durch eine Partei ab. Noch enger fasste es die Ansicht, die auf die „Aufnahme von Vertragsverhandlungen“ abstellte, vgl. *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 103.

⁷² Wobei nach dem Gesetzeswortlaut ein bloßer sozialer Kontakt wohl nicht ausreicht, *Canaris*, JZ 2001, 520.

⁷³ *Ballerstedt*, AcP 1950-51, S. 507; *Larenz*, § 9 I, S. 109; *Larenz*, FS Ballerstedt, S. 399 ff; BGH NJW-RR 1988, 785 [786]: „enttäushtes Vertrauen“.

⁷⁴ *Eichler*, S. 11.

⁷⁵ *Jauernig/Vollkommer*, § 311, Rn. 45.

⁷⁶ *Eichler*, S. 11.

⁷⁷ BGH NJW 1962, 1196 [1198].

⁷⁸ Digesten 50.17.54: „nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet“; Übersetzung in *Baur/Stürmer*, § 52 Rn. 1.

⁷⁹ *Kruse*, S. 1563 f. Dies klingt auch an bei *Wolf/Larenz*, § 2 Rn. 35.

den Erwerber, nicht aber den Veräußerer.⁸⁰ Wer dem gemäß etwas von einem nichtberechtigten Veräußerer erwirbt, wird vom Gesetz so gestellt, wie wenn der Veräußerer berechtigt gewesen wäre. Der Grundgedanke dieses Prinzips ist es, demjenigen, der auf das Vorhandensein gewisser Umstände - nämlich auf die Berechtigung des Veräußerers - vertrauen darf, gesetzlichen Schutz anheimzustellen.⁸¹ Vertrauen darf nach § 932 Abs. 2 BGB allerdings nur derjenige, der die wahre Rechtslage nicht kennt und auch nicht kennen könnte. Nur dieser ist gutgläubig im Sinne des Gesetzes und damit schutzwürdig. Es muss also unterschieden werden zwischen jeglichem - auch blindem - Vertrauen und solchem, das im Sinne des Gesetzes schutzwürdig ist. Dann handelt es sich um „normatives Vertrauen“. Auslöser des Schutzes ist im Rahmen der §§ 892 f. BGB der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuches, bei den §§ 932 ff. BGB ist es der Glaube an die Eigentümerschaft des Veräußerers. Der Glaube des Erwerbers muss jedoch auf einer bestimmten Vertrauensgrundlage beruhen⁸². Diese Vertrauensgrundlage ist im Rahmen der §§ 892 f. BGB die Eintragung im Grundbuch⁸³, bei § 932 BGB der Besitz an der zu veräußernden Sache⁸⁴. Diese Publizitätsmittel erzeugen im Rechtsverkehr einen Vertrauenstatbestand, der dazu führt, dass derjenige, der berechtigt vertraut - in den Worten des Gesetzes eben gutgläubig ist - den Gegenstand wirksam von einem Unberechtigten erwirbt. Der Eigentümer verliert damit ohne eigenes Zutun sein Eigentum. Das Gesetz stellt demnach in diesen Fällen den Verkehrsschutz über den Bestandsschutz des eigentlich Berechtigten.⁸⁵ Es trifft mithin eine Interessenabwägung zugunsten des Erwerbers.⁸⁶ Gerechtfertigt wird dies zumindest teilweise damit, dass der Berechtigte einen späteren gutgläubigen Erwerb mit veranlasst hat.⁸⁷ So ist ein gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen nur dann möglich, wenn der Eigentümer seinen Besitz freiwillig einem Dritten anvertraut, der sich wiederum mit der Veräußerung über sein bloßes Besitzrecht hinwegsetzt.⁸⁸ Hat der Eigentümer seinen Besitz unfreiwillig verloren, ist ein gutgläubiger Erwerb hingegen nach § 935 BGB gesperrt. Auch in anderen Ausnahmefällen wird der Bestandsschutz gegenüber dem Verkehrsschutz höher bewertet. So ist ein dauerhafter gutgläubiger Erwerb bei verschenkten Sachen aufgrund des Verfolgungsrechts des ursprünglichen Eigentümers gemäß §§ 816 Abs. 2, 822 BGB nicht möglich. In diesen Fällen sind mit dem Erwerb keine Aufwendungen verbunden. Daher wird der Erwerber auch nicht so schutzwürdig angesehen wie bei einem entgeltlichen Erwerb.⁸⁹ Abgesehen von diesen Ausnahmefällen wird der Schutz des Vertrauens aber in der Regel über das Interesse des Berechtigten an seinem Eigentum gestellt.

Als eine Erweiterung der §§ 932 ff. BGB ist die handelsrechtliche Regelung des § 366 HGB zu sehen.⁹⁰ Diese Norm erweitert beim Erwerb von Kaufleuten den Schutz des guten Glaubens an die bloße Eigentümerstellung hin auf den Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers. Der Grund für

⁸⁰ RGZ 89, 348 [350].

⁸¹ Ausführlich *Wiegand*, JuS 1978, S. 145.

⁸² In diesem Zusammenhang wird auch von der Rechtsscheinbasis gesprochen, *Wiegand*, JuS 1978, S. 146.

⁸³ *Wolf*, Rn. 25; *Wilhelm*, Rn. 618; *Baur/Stürner*, § 4 Rn. 12. Die Vertrauensgrundlage ist dabei so stark, dass der Schutz auch ohne Einsichtnahme in das Grundbuch ausgelöst wird, *Baur/Stürner*, § 23 Rn. 32. Insofern spricht man vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs.

⁸⁴ *Wolf*, Rn. 25; *Eichler*, S. 92; *Wilhelm*, Rn. 22; *Baur/Stürner*, § 4 Rn. 12.

⁸⁵ *Heck*, § 58 I 1, stellt auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ab; dem folgend *Baur/Stürner*, § 52 Rn. 8.

⁸⁶ Vgl. *Wilhelm*, Rn. 835.

⁸⁷ *Wiegand*, JuS 1978, S. 148; *Wolf*, Rn. 564; kritisch dagegen *Baur/Stürner*, § 52 Rn. 8 mwN.

⁸⁸ Es ist Aufgabe des Berechtigten, denjenigen bezüglich seiner Vertrauenswürdigkeit zu beurteilen, dem er eine Sache in die Hand gibt. Daher der deutschrechtliche Grundsatz „trau, schau wem“.

⁸⁹ Vgl. *Klein*, S. 150: „...daß das Interesse desjenigen, der sich gegen einen Rechtsverlust verteidigt, den Interessen des gutgläubigen unentgeltlichen Erwerbers: einen Gewinn zu erringen oder seinen Gewinn zu behalten, vorzuziehen ist, ...“.

⁹⁰ *Wilhelm*, Rn. 830.

diese Erweiterung ist eine Anpassung an die Erfordernisse des Handels. Zum einen schließen Kaufleute kraft ihres Berufes häufig Verträge über fremde Sachen ab. So veräußert z.B. ein Verkaufskommissionär Waren aufgrund einer Ermächtigung, ohne selbst Eigentümer zu werden.⁹¹ Daneben ist aber auch im modernen Geschäftsverkehr - vor allem bei Großgeräten - ein Händler meist nicht gleichzeitig Eigentümer seiner Waren. Diese werden bei Anlieferung durch den Hersteller oder einen Großhändler in der Regel mit einem Eigentumsvorbehalt versehen, um so den Anspruch auf den Kaufpreis zu sichern. Diese Geschäftspraxis ist allgemein bekannt, so dass ein Kunde, der in einem Geschäft einen solchen Artikel kauft, nicht erwarten kann, dass der Händler auch Eigentümer dieser Ware ist. Eine solche Kenntnis führt aber gleichzeitig auch zur Bösgläubigkeit im Rahmen des § 932 Abs. 2 BGB. Damit wäre bei Geschäften mit Händlern ein gutgläubiger Erwerb im Regelfalle ausgeschlossen.⁹² Um die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bei solchen Geschäften zu bewahren, weitet das Gesetz das Vertrauen auf die Eigentümerstellung hin auf die Veräußerungsbefugnis aus. Damit wird der Geschäftsverkehr wiederum gegenüber dem Bestandsinteresse des Berechtigten privilegiert.⁹³

i. § 2366 BGB: In eine ähnliche Richtung weist § 2366 BGB, der ebenfalls einen Fall des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten behandelt. Publizitätsmittel und damit Vertrauensgrundlage im Rahmen des § 2366 BGB ist der Erbschein. Damit gilt nach § 2365 BGB der Erbscheinsberechtigte als Erbe. Dabei wirkt die vertrauensschutzauslösende Funktion des Erbscheines so stark, dass dieser noch nicht einmal dem Erwerber gegenüber vorgelegt werden muss.⁹⁴ Wie beim Grundbuch wird auch hier vom „öffentlichen Glauben“ des Erbscheines gesprochen.

j. § 15 HGB: Eine weitere Form des Publizitätsschutzes findet sich in § 15 HGB, der ebenfalls eine Ausprägung des Vertrauensschutzes und der Rechtsscheinhaftung darstellt.⁹⁵

§ 15 Abs. 2 HGB beschreibt den Grundfall: Eine in das Handelsregister eingetragene und bekannt gemachte Tatsache kann anderen entgegengehalten werden. Auf diese Weise wird ein entgegengesetztes Vertrauen zerstört und Vertrauensschutz damit ausgeschlossen.⁹⁶ Im Einzelfall kann jedoch der Vertrauensschutz stärker sein als § 15 Abs. 2 HGB, mit der Folge, dass die vertrauenszerstörende Funktion durch andere Rechtsscheinatbestände überlagert wird.⁹⁷

Abs. 3 dieser Norm wurde durch die Publizitätsrichtlinie von 1969 eingeführt⁹⁸ und ersetzte damit einen von Rechtsprechung und Lehre bereits entwickelten allgemeinen Vertrauensgrundsatz⁹⁹. Danach kann sich der Rechtsverkehr darauf verlassen, dass sich das, was im Handelsregister steht, auch tatsächlich so ereignet hat. § 15 Abs. 3 HGB begründet damit einen - positiven - Vertrauenstatbestand hinsichtlich des Bestehens einer eintragungspflichtigen Tatsache.¹⁰⁰ Geschützt wird damit derjenige, der auf den (unrichtigen) Registerinhalt vertraut.¹⁰¹ Nach h.M. entfaltet der Vertrauenstatbestand jedoch nur

⁹¹ Schmidt, Handelsrecht, § 31 V 2 a.

⁹² Schmidt, NJW 1999, S. 400.

⁹³ Das beweist das Bemühen des Zivilrechts, Hemmnisse des Handelsverkehrs nach Möglichkeiten abzubauen, Wolf/Larenz, § 2, Rn. 37 ff.

⁹⁴ Staudinger/Schilken, § 2366, Rn. 2.

⁹⁵ Jung, Kapitel 3, Rn. 10.

⁹⁶ Schmidt, Handelsrecht, § 14 I 1; Jung, Kapitel 3, Rn. 19.

⁹⁷ Schmidt, Handelsrecht, § 14 I 2; Oetker, § 3 D III 1 b).

⁹⁸ Erste Richtlinie des Rats der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts in den sechs Mitgliedsstaaten, Abl. Nr. L 65/8 v. 14.3.1968.

⁹⁹ Schmidt, Handelsrecht, § 14 III 1 a.

¹⁰⁰ Oetker, § 3 D III 2 a).

¹⁰¹ Baumbach/Hopt, § 15, Rn. 16.

dann seine Wirkung, wenn die Bekanntmachung von dem von ihr Betroffenen zurechenbar veranlasst wurde.¹⁰² Was genau in die Sphäre des Anmeldenden fällt, ist dabei mitunter strittig: So wird argumentiert, dass Druckfehler bei der Bekanntgabe als nicht mehr veranlasst angesehen werden können¹⁰³ oder gerade aufgrund der Anmeldung zurechenbar sind¹⁰⁴. Diese positive Publizität eines Registers ist auch der Grundgedanke hinter §§ 891 f. BGB.¹⁰⁵

Nach § 15 Abs. 1 HGB kann sich der Rechtsverkehr darauf verlassen, dass sich etwas, das nicht im Register eingetragen (und nicht bekannt gemacht) ist, auch nicht ereignet hat. In diesem Falle wird von der negativen Publizität gesprochen.¹⁰⁶ Hier zeigt sich wiederum der Schutz desjenigen, der sich auf bestimmte Umstände verlässt und damit disponiert. Auch § 15 Abs. 1 HGB schützt nur den Gutgläubigen.¹⁰⁷ Wer hingegen die wahre Rechtslage kennt, soll nicht schutzwürdig sein.¹⁰⁸ Besonderheit ist auch hier wieder, dass abstraktes Vertrauen genügt, der Dritte den Inhalt des Handelsregisters also nicht kennen muss.¹⁰⁹

III. Der Kern des Vertrauensschutzprinzips

Nun gilt es, die soeben vorgestellten Beispiele des gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Vertrauensschutzes auf ihre Gemeinsamkeiten hin zu untersuchen, um auf diese Weise eine dogmatische Struktur herauszuarbeiten und damit die Voraussetzungen sowie die Rechtsfolgen des Vertrauensschutzprinzips formulieren zu können.

1. Die Voraussetzungen des normativen Vertrauens

a. Vertrauensveranlassender Kontakt

Gemeinsam ist allen oben behandelten Fällen zunächst, dass ein Kontakt zwischen den Beteiligten bestehen muss. Aufgrund dieses Kontaktes kann es überhaupt nur zu einer vertrauensbildenden Lage kommen. Daher müssen sowohl derjenige beteiligt sein, der das Vertrauen veranlasst, als auch der Vertrauende.¹¹⁰ Wie die §§ 170 ff. BGB und die Rechtsscheinsvollmachten zeigen, muss der Kontakt nicht unbedingt direkt zwischen dem Vertrauensveranlasser und dem Vertrauenden bestehen, es genügt auch ein mittelbarer Kontakt, z.B. über einen Stellvertreter. Der Kontakt muss jedoch ein besonderes Vertrauensverhältnis rechtfertigen, ein zufälliger oder erstmaliger Kontakt scheint daher i.d.R. nicht auszureichen.¹¹¹ Doch gerade im Geschäftsleben ist diese Auffassung zu pauschal, da es bei der Aufnahme

¹⁰² Jung, Kapitel 3, Rn. 25; *Canaris*, § 14 IV 2, S. 165; *Oetker*, § 3 D III 2 c). Anders der Gesetzgeber, der sich nicht von Zurechnungsgesichtspunkten leiten lassen wollte, vgl. BT-Drucks. V/3862, S. 10.

¹⁰³ So die wohl h.M., vgl. *Jung*, Kapitel 3, Rn. 25; *Oetker*, § 3 D III 2 c).

¹⁰⁴ *Canaris*, § 14 IV 2, S. 165.

¹⁰⁵ *Baumbach/Hopt*, § 15, Rn. 1; vgl. auch *Wilhelm*, Rn. 602; *Baur/Stürner*, § 23 Rn. 6.

¹⁰⁶ *Baumbach/Hopt*, § 15, Rn. 4.

¹⁰⁷ *Jung*, Kapitel 3, Rn. 18.

¹⁰⁸ *Schmidt*, Handelsrecht, § 14 II 2 d).

¹⁰⁹ BGHZ 65, 309 [311]; vgl. auch *John*, ZHR 1976, S. 240: „typisierter Vertrauensschutz“; *Schmidt*, Handelsrecht, § 14 II 2 b).

¹¹⁰ An dieser Stelle können ergänzend auch ähnliche Erkenntnisse aus der Soziologie herangezogen werden, vgl. *Hartmann/Offe/Endreß*, S. 166.

¹¹¹ Das meint wohl auch *Bork*, Rn. 1550, bei der Aussage, dass das Vertrauen auf das bloße „Gerede“ des Gegenübers nicht geschützt wird, sondern vielmehr zusätzliche Umstände vorliegen müssen, die sich auch aus der Geschichte der Partei-

von Geschäftsbeziehungen häufig zu einem erstmaligen Kontakt zwischen den Beteiligten kommt. Aus diesem Grund sind die Anforderungen für eine vertrauensveranlassende Beziehung nach und nach erweitert worden. So kann Vertrauenswürdigkeit auch dann begründet werden, wenn trotz kontinuierlicher und genauer Prüfung kein Anlass für eine negative Beurteilung des Kontaktes besteht.¹¹² Wenn sich der Kontaktpartner mithin bereitwillig einer solchen Prüfung aussetzt, kann auch bei erstmaligem Kontakt das Vertrauen bereits berechtigt sein.¹¹³ Allgemein formuliert kann Vertrauenswürdigkeit aufgrund folgender Merkmale bestehen¹¹⁴: 1. Handlungsroutrinen, d.h. wiederholte Handlungsformen und dauerhafte Beziehungen¹¹⁵, wie z.B. ein dauerhafter Kontakt. 2. Handlungsverdichtungen, wie intensive sozialen Beziehungen. Dies verweist wiederum in den Bereich zwischenmenschlicher Beziehungen. 3. Handlungsprofessionalisierungen durch die gesellschaftlich akzeptierte Wissensverteilung mit einander zugeordneten Experten- und Laienrollen. So kann eine Vertrauenshaftung auch den Sachwalter treffen, wenn er besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. 4. Handlungsrahmungen in Form von glaubwürdigen Festlegungen durch Garantien oder Sicherheiten. Dies ist ein Ansatzpunkt bei der rechtlichen Beurteilung von Gütesiegeln. 5. Handlungsstrategien wie erhaltene Orientierungswerte. Dieser Ansatz betrifft weniger den rechtlichen als den sozialwissenschaftlichen Bereich.¹¹⁶

Für einen vertrauensveranlassenden Kontakt ist es nicht notwendig, dass die Parteien unterschiedliche Interessen verfolgen. Der Kontakt kann vielmehr auch auf das Erreichen eines gemeinsamen Zieles gerichtet sein. Dies zeigt das Beispiel der Vertrauenshaftung im Rahmen einer Gesellschaftsgründung, deren konstitutives Element die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes ist. In einem solchen Falle sind demnach die Interessen der Beteiligten gleichgerichtet.

b. Durch ein Verhalten veranlasster Rechtsscheinstatbestand

Aufgrund des Kontaktes kommt es zu einer bestimmten Lage, die ein Vertrauen auszulösen vermag. Vertrauen kann dabei auf verschiedene Art und Weise ausgelöst werden. Deshalb werden für diesen Auslöser allgemeine Bezeichnungen verwendet, wie „vertrauensbegründender Sachverhalt“¹¹⁷, „Rechtsscheinstatbestand“¹¹⁸, „Vertrauenstatbestand“¹¹⁹ oder „äußerer Tatbestand“¹²⁰. In dieser Arbeit soll einheitlich der Begriff des Rechtsscheinstatbestandes verwendet werden. Den Rechtsscheinstatbestand kann ein bestimmtes Verhalten des Vertrauensveranlassers bilden, wie z.B. eine Willenserklärung oder eine Vollmachtserteilung. Auch die Eröffnung vertraglicher Beziehungen vermag Vertrauensschutz auszulösen. Das Verhalten muss dabei nicht unbedingt gegenüber dem Vertrauenden erfolgen.¹²¹ So ist

beziehungen ergeben können. *Canaris*, § 39 III 1, S. 495 drückt es damit aus, dass das Vertrauen nicht schutzwürdig ist, wenn es nur auf den zukünftigen Eintritt einer bestimmten Lage gerichtet ist.

¹¹² Dies lässt sich aus sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen ableiten, vgl. *Hartmann/Offe/Offe*, S. 262.

¹¹³ Dies ist ein Ansatzpunkt für die rechtliche Beurteilung von „vertrauenserzeugenden Beurteilungen“ wie Gütesiegeln, vgl. hierzu das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2.

¹¹⁴ Instrukтив hier *Hartmann/Offe/Endreß*, S. 192 f.

¹¹⁵ Luhmann spricht auch vom „Gesetz des Wiedersehens“, *Luhmann*, Vertrauen, S. 46.

¹¹⁶ Erläutert wird dies von *Henslin* am Beispiel des Taxifahrers, der Informationen über seinen Fahrgast verwerten kann, wie z.B. den Abholort, den Zielort oder ob der Fahrgast versucht, sein Gesicht zu verbergen, *Henslin*, S. 140 ff.

¹¹⁷ *Bork*, Rn. 1539.

¹¹⁸ *Canaris*, § 5 II 1, S. 42.

¹¹⁹ *Canaris*, § 39, S. 491 ff.; *Hübner*, § 29, Rn. 587.

¹²⁰ Der Terminus „äußerer Tatbestand“ verlieh dem grundlegenden Werk *Wellschachers* zur Vollmichtslehre auch seinen Titel; sowie *Heinrich Demelius*, M. Wellschachers Vollmichtslehre, AcP 153 (1954), S. 1 ff.

¹²¹ So auch *Canaris*, § 39 I, S. 493; BGH WM 1960, 863 [866].

u.a. auch das Erteilen einer Innenvollmacht ein vertrauensbildendes Verhalten i.S.d. §§ 170 ff. BGB. Das Vertrauen kann daneben durch ein Publizitätsmittel ausgelöst werden, beispielsweise ein Rechtsverhältnis wie der Besitz, oder eine Tatsache, wie ein Grundbuch- bzw. Registereintrag oder der Erbschein. In diesen Fällen muss der Rechtsschein aber dem Vertrauensveranlasser zugerechnet werden können, d.h. er muss von ihm veranlasst sein.¹²² Grund für dieses Veranlassungsprinzip ist die Bedingung, dass der Rechtsschein immer auf ein bestimmtes Verhalten des Vertrauensveranlassers zurückgeführt werden kann und können muss.¹²³ So wurde beispielsweise der Registereintrag beantragt¹²⁴ und der Grundbuchberechtigte oder der Besitzer trat als solcher im Rechtsverkehr auf. Der Fall des Registereintrages zeigt wiederum, dass das Verhalten nicht unbedingt direkt auf den Vertrauenden gerichtet sein muss. Es reicht allgemein die „Schaffung eines Rechtsscheinstatbestandes“ aus.¹²⁵ Das Zurückführen auf das Verhalten des Vertrauensveranlassers ist dem Vertrauensschutzprinzip zwar immanent, wird jedoch nur selten betont.¹²⁶ Der Rückgriff auf das Verhalten des Vertrauensveranlassers zeigt sich aber deutlich bei der Verwirkung: Nach ganz h.M. reicht für eine Verwirkung der bloße Zeitablauf nicht aus. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, da es sich hierbei um eine Sachlage handelt, die nicht auf ein Verhalten des Vertrauensveranlassers zurückzuführen ist. Daher bedarf es noch der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Vertrauensveranlasser durch sein Verhalten den Eindruck erweckt, sein Recht nicht mehr geltend machen zu wollen.¹²⁷

Das Verhalten muss gewillkürt sein, d.h. dem Willen des Handelnden unterliegen.¹²⁸ Allerdings bedeutet dies nicht, dass das Verhalten auch vorsätzlich sein muss. Insofern bedarf es keiner Sonderstellung der Anscheinsvollmacht, weil dort der Rechtsscheinstatbestand nur fahrlässig verursacht wird.¹²⁹ Ob das (gewillkürte) Verhalten also vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt, ist unerheblich. Dies ergibt sich zwangsläufig aus dem insoweit höher bewerteten Schutz des Vertrauenden, der in die Sphäre des Handelnden keinen Einblick hat und daher auch nicht beurteilen kann, ob der andere vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Ein Beispiel hierfür ist die Haftung aus § 122 BGB, die auf einem Vertrauen trotz Irrtums - und damit fahrlässigem Verhalten des Vertrauensveranlassers - aufbaut.

Voraussetzung für einen allgemeinen Vertrauenstatbestand ist nach alledem also ein Rechtsscheinstatbestand, der auf ein Verhalten zurückgeht. Darin ist die Veranlassung bereits enthalten, so dass sie nicht mehr als gesonderte Voraussetzung behandelt werden muss.

¹²² In dieser Hinsicht klarstellend *Canaris*, § 14 IV 2, S. 165 und § 38 I, S. 473 ff.; s. auch *Bork*, Rn. 1542; *Hübner*, § 29, Rn. 588.

¹²³ Angedeutet hat dies auch *Canaris*, § 39 III 4, S. 497, allerdings ohne die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Entsprechend fordert auch die Rspr. im Rahmen der Anscheinsvollmacht ein nach außen in Erscheinung tretendes *Verhalten* des angeblich Vertretenen, BGH LM § 167 BGB Nr. 10, 13.

¹²⁴ Vgl. die nach h.M. wirksame Rechtsscheinhaftung aus § 15 Abs. 3 HGB bei Beantragung auch einer „richtigen“ Eintragung; *Schmidt*, Handelsrecht, § 14 III 2 b.

¹²⁵ *Canaris*, § 5 II 2, S. 42.

¹²⁶ *Wellspacher*, S. 22 ff. und 58 ff., unterschied zwischen natürlichen (Erklärungen, Rechtsverhältnisse wie der Besitz) und künstlichen (Register, Erbschein) äußeren Tatbeständen. Bei den künstlichen Rechtsscheinatbeständen wird Inhalt und Umfang der Rechtsscheinwirkung allein durch die gesetzliche Normierung festgelegt. Entsprechend muss auch in diesem Rahmen durch das Veranlassungsprinzip eine Beziehung zwischen dem Rechtsscheinatbestand und dem Eingetragenen geschaffen werden. Vgl. dazu auch *Wiegand*, JuS 1978, S. 146.

¹²⁷ Daraus leitet *Kegel*, FS Pleyer, S. 526, im Anschluss an *Kegel*, FS Riesenfeld, S. 129 ff. ab, dass Vertrauensschutz eine Wahrscheinlichkeitsabwägung des Rechts ist. Es komme mithin nicht auf die subjektive Seite des Vertrauenden an, sondern nur darauf, ob die objektive Wahrscheinlichkeit (hier der Nicht-Geltendmachung) für ihn spreche.

¹²⁸ Bewegungen im Schlaf oder während der Bewusstlosigkeit, bloße Reflexe o.ä. reichen mithin nicht aus.

¹²⁹ So aber *Canaris*, § 5 IV, S. 51.

c. Kenntnis des Verhaltens durch den Vertrauenden

Dem Rechtsscheinstatbestand korrespondiert auf der Gegenseite das Vertrauen.¹³⁰ Dabei gilt: Je stärker der Rechtsschein wirkt, desto geringer sind die subjektiven Voraussetzungen auf der Erwerberseite.¹³¹

Der Vertrauende hat die Sachlage, so wie sie sich ihm darstellt, als „wahr“ bzw. „gültig“ akzeptiert. Ihm bleibt mangels weiterer Anhaltspunkte, an denen er sich festhalten könnte, auch keine andere Möglichkeit. Deshalb vertraut er auf den Rechtsscheinstatbestand und macht ihn zur Grundlage seines eigenen Verhaltens. Mit dem Eingehen eines Risikos, das in der Soziologie mit dem Vertrauen verbunden wird¹³², hat dies nichts zu tun, da das normative, juristische Vertrauen ein rechtstechnischer Begriff ist. Da der Vertrauende die sich ihm bietende Sachlage als wahr versteht, besteht für ihn auch keine Entscheidungssituation bezüglich des Eingehens eines Risikos.¹³³

Als zusätzliche Voraussetzung wird gemeinhin eine Kausalität zwischen Rechtsscheinstatbestand und Vertrauen gefordert.¹³⁴ Eine solche Kausalität soll dann vorliegen, wenn vom Rechtsscheinstatbestand auch tatsächlich Kenntnis genommen wurde. Ohne Kenntnis des Rechtsscheinstatbestandes könne demnach kein Vertrauen entstehen. Dieser Überlegung stehen jedoch die Fälle des abstrakten Vertrauens bzw. öffentlichen Glaubens (Erbschein, Grundbuch, sonstige Register) entgegen. Hier kommt es gerade nicht darauf an, dass der Vertrauende den Rechtsscheinstatbestand kannte, da den Registern bzw. dem Erbschein ein besonders starker vertrauensbildender Effekt zugestanden wird. In den Fällen, in denen aber überhaupt kein Vertrauen ausgeübt wurde, scheint die Gewährung von Vertrauensschutz nicht berechtigt zu sein.¹³⁵ Der Vertrauende würde über Gebühr geschützt. Wer ohne Kenntnis des Rechtsscheinstatbestandes vertraut, vertraut quasi „blind“. Das hat insofern einen negativen Beigeschmack, als das Bestehen des Rechtsscheinstatbestandes aus Sicht des Vertrauenden dann reiner Zufall ist.¹³⁶ Diesem Einwand ist generell zuzustimmen; ihm lässt sich jedoch zumindest teilweise dadurch begegnen, dass es dem Vertrauenden nicht per se zugemutet werden kann, in der Sphäre eines anderen der „Wahrheit“ nachzuspüren. Es ist gerade Bestandteil des Vertrauens, nicht auf Wissen begründet zu sein.¹³⁷ Vielmehr ist bei einem rechtsgeschäftlichen Kontakt nun einmal jeder auf die Aufrichtigkeit des anderen angewiesen. Daher ist das Vertrauen auch als „die höchste Belastungsprobe moralischer Kraft“ bezeichnet worden.¹³⁸ Wenn der andere nicht aufrichtig ist, soll der Vertrauende demnach generell geschützt werden.¹³⁹ Trotz dieses Erklärungsversuchs kann der Kern des abstrakten Vertrauens jedoch so nicht erklärt werden. Die Lösung dieses Widerspruches besteht vielmehr darin, dass sich im Bereich des

¹³⁰ So schon *Canaris*, § 40, S. 503.

¹³¹ *Wiegand*, JuS 1978, S. 146; ebenso *Hübner*, § 29, Rn. 587.

¹³² Vgl. Kapitel 1, „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 2. a.

¹³³ Insofern stellt sich die Frage, ob die Bezeichnung des Vertrauens als „riskante Vorleistung“ tatsächlich auch das Vertrauen im juristischen Sinne abdeckt.

¹³⁴ Vgl. nur *Bork*, Rn. 1544.

¹³⁵ Entsprechend wehrt sich *Wiegand*, JuS 1978, S. 148 f. dagegen, demjenigen, der kein Vertrauen ausübt, dennoch Vertrauensschutz zuzubilligen.

¹³⁶ *Canaris*, § 40 II, S. 507.

¹³⁷ In diese Richtung auch *Eichler*, S. 111.

¹³⁸ *Hartmann*, Ethik, S. 471; *Eichler*, S.111. Nach *Giddens* ist Hauptbedingung der Vertrauenserfordernisse das Fehlen vollständiger Information, S. 48.

¹³⁹ Im Rahmen der Rechtssoziologie lässt sich diese Überlegung auch stützen, wenn man sich vergegenwärtigt, was blindes Vertrauen genau bedeutet. Wer blind vertraut, ist sich des eingegangenen Risikos eines Vertrauensbruches nicht bewusst; *Hartmann/Offe/Offe*, S. 249. Es stellt sich die Frage, ob es Sinn macht, dass die Rechtsordnung nur den schützt, der sich des Risikos bewusst ist, das er eingeht, oder ob nicht vielmehr auch derjenige geschützt werden soll, der das Risiko eben gerade nicht sieht.

abstrakten Vertrauens das normative von dem herkömmlichen (psychologischen) Vertrauen endgültig separiert. Wurde normatives Vertrauen bislang bereits als lediglich berechtigtes Vertrauen eingeschränkt, tritt beim abstrakten Vertrauen an die Stelle des Vertrauens der Verkehrsschutz. In der gesetzlichen Abwägung wird die Notwendigkeit gesehen, bestimmte geschäftstypische Abläufe zugunsten der Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs zu schützen. Anknüpfungspunkt für diesen Schutz ist die Erzeugung künstlicher Rechtsscheinstatbestände, die allerdings mit normalem, psychologisch bzw. soziologisch verstandenem Vertrauen nichts mehr zu tun haben. Vor diesem Hintergrund müssen die Widersprüche im Bereich des abstrakten Vertrauens schlichtweg hingenommen werden. Insofern werden die Fälle des abstrakten Vertrauensschutzes auch als Ausnahme¹⁴⁰ oder als rechtstechnische Erwägungen¹⁴¹ gesehen. Sie führen mithin bei der Suche nach dem Kern des Vertrauensprinzips nicht weiter und können daher in dieser Arbeit unbeachtet bleiben.¹⁴²

Nur zur Klarstellung sei schließlich noch erwähnt, dass das Ausüben des Vertrauens nicht nur in positiver Weise möglich ist. Es muss also nicht unbedingt auf einen bestehenden Rechtsscheinstatbestand vertraut werden. Vielmehr ist es auch möglich, negativ darauf zu vertrauen, dass zu dem bereits Bestehenden nichts weiter hinzukommt. So kann beispielsweise auch darauf vertraut werden, über alle Umstände aufgeklärt worden zu sein. Dies zeigt die Haftung aus c.i.c. oder die Regelung des § 15 Abs. 1 HGB.

d. Vertrauensinvestition/Disposition

Notwendig ist weiterhin eine Kausalität zwischen Vertrauen und entsprechendem rechtsgeschäftlichem Handeln des Vertrauenden. Dies wird gemeinhin als Vertrauensinvestition¹⁴³ oder Disposition bezeichnet.¹⁴⁴ Der Vertrauende macht den Rechtsscheinstatbestand zu seiner Dispositionsgrundlage und richtet sein eigenes rechtsgeschäftliches Verhalten danach aus. Nur in diesem Zusammenhang kann sich das erbrachte Vertrauen überhaupt auswirken.

e. Schutzwürdigkeit

Schließlich bedarf es der Schutzwürdigkeit des Vertrauenden. Die Schutzwürdigkeit erfasst also die Prüfung der Berechtigung des Vertrauens, denn „Schutzwürdigkeit“ wird in der Regel mit „Gutgläubig-

¹⁴⁰ Bork, Rn. 1544; Canaris, § 40 II 1, S. 507.

¹⁴¹ So ist wohl Eichler, S. 8, zu verstehen.

¹⁴² Nur am Rande soll die Erwägung stehen, dass zugunsten eines einheitlichen Vertrauenstatbestandes auch auf die durch die willkürliche Aufteilung in „abstraktes“ und „normales“ Vertrauen unnötige Verkomplizierung verzichtet werden kann: Dazu darf generell nicht auf das Kennen des Rechtsscheinstatbestandes abgestellt werden, sondern es muss auf das Kennen des dem Rechtsscheinstatbestandes zugrundeliegenden *Verhaltens* im Vordergrund stehen. Wenn also beispielsweise ein Veräußerer als Grundbuchberechtigter auftritt, so ist allein die Kenntnis dieses Auftretens erforderlich. Die Frage des „abstrakten“ und „normalen“ Vertrauens, ob also der Rechtsscheinstatbestand - in diesem Falle das Grundbuch selbst - gekannt werden muss, ist dagegen eine Frage der Schutzwürdigkeit des Vertrauenden. In diesem Sinne auch Hager, Verkehrsschutz, S. 419 ff.; der bemerkt, dass aufgrund des „öffentlichen Glaubens“ nicht gesagt werden kann, § 892 BGB schütze das Vertrauen *ins Grundbuch*. Ebenso kommt es auch für die Gutgläubenswirkung beim Erbschein, § 2366 BGB, nicht auf dessen Kenntnis an, Canaris, § 40, II 1, S. 508, sondern lediglich auf das Auftreten des Veräußerers als Erbscheinberechtigter, Brox, Erbrecht, Rn. 618. Unbilligkeiten werden auch hier auf der Stufe der Schutzwürdigkeit korrigiert.

¹⁴³ Dieser Terminus wird Steindorff, SAE 1965, 153 [155] zugerechnet.

¹⁴⁴ Canaris, § 40, III, S. 510.

keit“ gleichgesetzt. Gutgläubig ist nur derjenige, der die Sachlage nicht kennt. Dabei kommt es nach der Gesetzeswertung darauf an, ob nur ein positives Kennen der wahren Sachlage die Gutgläubigkeit zerstört (§ 892 Abs. 1 BGB) oder ob eine grobe Fahrlässigkeit (§ 932 Abs. 2 BGB) oder gar leichte Fahrlässigkeit (§ 173 BGB) genügt. Treffender ist es jedoch, hier umgekehrt von einer „Misstrauenspflicht“ des Vertrauenden zu sprechen.¹⁴⁵ Das Gesetz bewertet unterschiedlich, wie viel Misstrauen dem Vertrauensveranlasser entgegengebracht werden muss bzw. welche Nachforschungen der Vertrauende anzustellen hat.¹⁴⁶ Damit wird differenziert, wann eine schützenswerte Vertrauensbereitschaft in bloße Vertrauensseligkeit umschlägt.¹⁴⁷

Daneben existieren Fälle, in denen der Vertrauensschutz von anderen Rechtsprinzipien überlagert wird. Damit wird eine eigentlich im obigen Sinne bestehende Schutzwürdigkeit korrigiert, was letztendlich zum Wegfall der Schutzwürdigkeit führt. So kann beispielsweise der Bestandsschutz den Vertrauensschutz im Rahmen der §§ 932 ff. BGB überlagern. Auch in diesem Bereich trifft das Gesetz mithin eine Wertung. Dies zeigt, dass die Frage der Schutzwürdigkeit des Vertrauenden nichts anderes ist als eine vom Gesetz vorgenommene Interessenabwägung, um zu einem gerechten Ergebnis zu kommen.¹⁴⁸ Folglich heißt das aber, dass bezüglich der Schutzwürdigkeit einzelfallabhängig entschieden werden muss, wobei die jeweilige Interessenabwägung dem Gesetzgeber vorbehalten bleibt. Solange in einer bestimmten Konstellation keine gesetzliche Regelung existiert, dürfen demnach bezüglich der Gut- bzw. Bösgläubigkeit lediglich die Grundanforderungen gestellt werden: Der Vertrauende ist nur dann „bösgläubig“, wenn er die wahre Sachlage gekannt hat, da in einem solchen Fall scheinbare und wahre Sachlage gleichrangig nebeneinander stehen. Ob daneben auch bereits eine Form von Fahrlässigkeit zur Bösgläubigkeit führt, kommt darauf an, ob nach einem angemessenen Interessenausgleich dem Vertrauenden Anlass zu weiteren Nachforschungen gegeben wird. Allgemein wird dies allerdings nur dann der Fall sein, wenn ein „Mangel“ des Rechtsscheinstatbestandes evident ist.¹⁴⁹ Dann war der Vertrauende jedenfalls leichtgläubig und erscheint somit nicht mehr als schutzwürdig.

2. Kernvoraussetzungen eines allgemeinen Vertrauenstatbestandes

Voraussetzungen bestehen auf drei Ebenen. Zunächst bedarf es eines allgemeinen Umstandes, daneben müssen sowohl die Seite des Vertrauensveranlassers als auch die Seite des Vertrauenden bestimmte Voraussetzungen aufweisen. Folgend nochmals der Überblick:

- [1] allgemeiner Umstand: vertrauenswürdiger Kontakt
- [2] Seite des Vertrauensveranlassers: durch ein bestimmtes Verhalten veranlasster Rechtsscheinstatbestand
- [3] Seite des Vertrauenden: Kenntnis dieses Verhaltens
- [4] Seite des Vertrauenden: Vertrauensinvestition/Disposition

¹⁴⁵ Schottlaender, S. 33; ähnlich auch Eichler, S. 111.

¹⁴⁶ So Hübner, § 29, Rn. 594.

¹⁴⁷ Schottlaender, S. 34.

¹⁴⁸ Damit hängt auch der Gedanke zusammen, dass Vertrauensschutz und Billigkeitserwägungen ineinander greifen, Huber, FS Kägi, S. 200 ff.

¹⁴⁹ So auch Canaris, § 40 I 2, S. 505, der die künstlichen äußeren Tatbestände ausgeklammert hat und sich insofern auf die „übrigen Tatbestände der Rechtsscheinshaftung“ bezieht.

[5] Seite des Vertrauenden: Schutzwürdigkeit

Wie im Rahmen der §§ 170 ff. BGB schon angesprochen, hat sich in der Literatur im Laufe der Jahre ein allgemeiner Tatbestand für die Rechtsscheinsvollmachten gebildet, der auch als allgemeiner Vertrauenstatbestand dient. In einem Satz zusammengefasst lautet er: „Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zu Nachteile gereicht.“¹⁵⁰ Die Voraussetzungen des allgemeinen Vertrauenstatbestandes stellen sich wie folgt dar¹⁵¹:

- [1] Seite des Vertrauensveranlassers: Rechtsscheinstatbestand: Vorliegen eines vertrauensbegründenden Sachverhalts
- [2] Seite des Vertrauensveranlassers: Zurechenbarkeit des Rechtsscheinstatbestandes: Veranlassungsprinzip
- [3] Seite des Vertrauenden: Gutgläubigkeit des Dritten: keine Kenntnis der wirklichen Rechtslage
- [4] Seite des Vertrauenden: Kausalität
 - [a] zwischen Rechtsscheinstatbestand und Vertrauen: Kenntnis des Rechtsscheinstatbestandes durch den Vertrauenden
 - [b] zwischen Vertrauen und rechtsgeschäftlichem Handeln: Vertrauensinvestition

Es würde wenig Sinn machen, im Rahmen dieser Arbeit ein völlig eigenes dogmatisches Konstrukt zu entwickeln, das mit dem der herrschenden Meinung nur noch wenig gemein hat und daher in der Rechtspraxis kaum anerkannt würde. Dann wären die Ergebnisse der Untersuchung bezüglich des Vertrauensschutzes im Internet auch für die Praxis wenig hilfreich.

3. Vergleich der gefundenen Prinzipien mit dem allgemeinen Vertrauenstatbestand

Daher wird nunmehr der soeben vorgestellte Kern des Vertrauensschutzes mit dem allgemeinen Vertrauenstatbestand verglichen. Sollte sich indes herausstellen, dass diese vereinbar sind, kann mit der Prüfung der Anwendung im Internet fortgefahren werden.

- [1] allgemeiner Umstand: In der Literatur wird der allgemeine Umstand des vertrauenswürdigen Kontaktes zwar nicht gesondert benannt, jedoch im Rahmen des Rechtsscheinstatbestandes vorausgesetzt. Insofern ähneln sich die beiden Ansätze.
- [2] Seite des Vertrauensveranlassers: Die Voraussetzungen auf der Seite des Vertrauensveranlassers sind bei dem Ansatz der h.L. in zwei Tatbestandsmerkmale aufgeteilt: Rechtsscheinstatbestand und Zurechenbarkeit dieses Rechtsscheinstatbestandes. Wie gezeigt, ist diese Trennung nicht

¹⁵⁰ *Wellsbacher*, S. 115.

¹⁵¹ Sehr ausführlich bearbeitet von *Canaris* im gesamten 4. Kapitel, ab S. 490. Übersichtlich aufbereitet von *Bork*, Rn. 1538 ff.; *Hübner*, § 29 II, Rn. 586 ff.; vgl. auch *Weber*, DB 1974, S. 711 f., der die Grundsätze des Vertrauenstatbestandes anhand der Erwirkung erläutert.

notwendig, ändert jedoch nichts am konkreten Ergebnis. Auch bei den Voraussetzungen auf der Seite des Vertrauensveranlassers ähneln sich mithin die beiden Ansätze.

- [3] Seite des Vertrauenden: Die Voraussetzungen auf der Seite des Vertrauenden werden in der Literatur wiederum in die Hauptmerkmale Gutgläubigkeit und Kausalität zerlegt. Die Gutgläubigkeit ist dabei Teil der in dieser Arbeit so bezeichneten Schutzwürdigkeit. Allerdings fließen, wie gesehen, bei der Schutzwürdigkeit des Vertrauenden weitere Schutzgedanken ein, so z.B. die Korrektur unbilliger Ergebnisse mittels gesetzlicher Abwägung. Insofern sollte nicht ausschließlich auf den guten Glauben abgestellt, sondern auch andere Schutzansätze mitberücksichtigt werden. Die Literatur löst das Problem dahingehend, die Interessenabwägung auf der Ebene der Anwendbarkeit des Vertrauensschutzes vorzunehmen. Auch diesbezüglich gleichen sich mithin die beiden Ansätze.
- [4] Seite des Vertrauenden: Der Tatbestand der Kausalität wird von der h.L. in zwei Bereiche unterteilt: Zum einen in die Kausalität zwischen Rechtsscheinstatbestand und Vertrauen, zum anderen in die Kausalität zwischen Vertrauen und rechtsgeschäftlichem Handeln.
 - [a] Kausalität zwischen Rechtsscheinstatbestand und Vertrauen besteht nach der Literatur aufgrund des Kennens des Rechtsscheinstatbestandes durch den Vertrauenden. Die Vertrauenswirkung aufgrund eines „öffentlichen Glaubens“ muss als Ausnahme angesehen werden.
 - [b] Schließlich bedarf es der Kausalität zwischen Vertrauen und rechtsgeschäftlichem Handeln. Bezüglich der insofern geforderten Vertrauensinvestition gehen beide Ansätze konform.

Der Vergleich zeigt, dass die dogmatischen Grundlagen des Vertrauenstatbestandes, die in diesem Kapitel herausgearbeitet wurden, denen der h.L. sehr ähnlich sind. Kleine Unterschiede ergeben sich lediglich aus einer differierenden Sichtweise, was die Anwendung dieser Grundlagen betrifft. Dadurch ändert sich jedoch in der Sache nichts; lediglich die Verortung der sich stellenden Probleme differiert. Damit geht einher, dass - anders als beim Ansatz der Literatur - keine Brüche entstehen, die dann, etwas schwammig, durch allgemeine Erwägungen aufgelöst werden müssen. Der hier entwickelte Ansatz ist daher vorzugswürdig.

4. Die Rechtsfolgen des normativen Vertrauens

Vor der Prüfung der Anwendung des Vertrauens im Internet soll zunächst noch allgemein auf seine Rechtsfolgen eingegangen werden, um einen Überblick über die Auswirkungen des Vertrauensschutzes zu gewinnen. Primäres Ziel - und unschwer aus der Bezeichnung zu entnehmen - ist der Schutz des Vertrauenden, indem ihm das Recht zur Durchsetzung seiner Interessen verhilft. Eine Folge über das Verhältnis von Vertrauensveranlasser und Vertrauendem hinaus ist zudem die Gewährung von Rechtssicherheit und Verkehrsschutz.¹⁵²

Da das System des Vertrauensschutzes den Interessen des Vertrauenden nachkommt, bedeutet dies gleichzeitig, dass er sich nach Belieben des Schutzes auch entledigen kann. Er kann nach überwiegender

¹⁵² Aus der Sicht des Öffentlichen Rechts BVerfGE 39, 128 [146]; s. auch *Huber*, FS BVerwG, S. 321.

- wenn auch umstrittener - Meinung auf den Vertrauensschutz verzichten.¹⁵³ Der Vertrauensveranlasser dagegen kann sich nicht auf den Rechtsscheinstatbestand berufen - selbst wenn sich dieser für ihn günstiger darstellt als die wahre Lage.

Die Rechtsfolgen für den konkreten Einzelfall hängen von der jeweiligen Fallkonstellation ab. Es lassen sich jedoch drei Grundaussagen treffen¹⁵⁴:

- Der Vertrauensveranlasser muss sich an seinem Verhalten festhalten lassen, auch wenn damit eine ungewollte Folge ausgelöst wird. Der Rechtsschutz wirkt dabei sowohl „abwehrend“ als auch „fürsorgend“. So kann er einerseits als Einrede gegen eine Rechtsausübung wirken und damit eine Schranke gegen die Ausübung von Rechten bilden. Andererseits wirkt der Vertrauensschutz auch anspruchsbegründend zugunsten des Vertrauenden¹⁵⁵, wenn er beispielsweise einen Änderungsanspruch nach sich zieht. Mithin darf derjenige, der sich auf den Vertrauensschutz berufen kann, den Rechtsschein als für sich wahr beanspruchen.¹⁵⁶ Auch wenn die tatsächliche Rechtslage eine andere ist, gilt zwischen den Parteien die scheinbare Rechtslage. In eine Kurzformel gebracht heißt das: Der Rechtsschein ersetzt das Recht¹⁵⁷.
- Hat der Vertrauensveranlasser unbewusst gehandelt - aber auch nur dann -, darf er sein Verhalten zwar ex tunc ändern, muss dem anderen jedoch dessen Vertrauensschaden ersetzen.¹⁵⁸ Dies gilt allerdings nur in den Fällen, in denen eine Änderung zulässig ist, wie z.B. bei der Anfechtung von Willenserklärungen. Ist dies nicht möglich, kann der Ersatz des Vertrauensschadens sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit erfolgen. Der Vertrauensschaden bzw. das negative Interesse ist in den §§ 249 ff. BGB geregelt. Grundsätzlich unterscheidet das Gesetz zwischen Restitution bzw. Wiederherstellung und Kompensation bzw. Entschädigung. Im ersten Fall soll der Zustand wiederhergestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde. Teil der Restitution ist auch der Vertrauensschaden. Dabei ist der Gläubiger so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertraut hätte.¹⁵⁹ Das heißt, dass die aufgrund des Vertrauens getroffenen Dispositionen auszugleichen sind und damit ein Zustand geschaffen wird, als ob der Geschädigte niemals aufgrund des Verhaltens des Vertrauensveranlassers irgendwelche Dispositionen vorgenommen hätte.

Das Gesetz hat zum Teil die Wirkung des Vertrauensschutzes insofern verstärkt, als in einigen Fällen an die Stelle des negativen Interesses der Erfüllungsanspruch treten kann¹⁶⁰.

- Wo der Ersatz des Vertrauensschadens nur durch Geldzahlung erreicht werden kann, erstreckt sich der Anspruch auf eine Geldleistung. Wo das Ergebnis aber auf anderem Wege erreicht werden kann, besteht ein Anspruch entsprechenden Inhalts. Dies zeigt sich beispielsweise bei einem

¹⁵³ Meistens wird diese Frage im Rahmen der Rechtsscheinsvollmacht diskutiert. Eine ausführliche Darstellung ist zu finden bei *Staudinger/Schilken*, § 177, Rn. 26 mwN. Für einen Verzicht u.a.: *Altmeppen*, S. 125 ff.; *Canaris*, § 42 I 1, S. 519; *Lieb*, FS Hübner, 575 ff.; *Bork*, Rn. 1547; *Staudinger/Schilken*, § 167 Rn. 44. Dagegen: BGHZ 61, 59 [68 f.]; *Teichmann/Schick*, JuS 1975, 18 [25].

¹⁵⁴ Ausführlich *Lenz*, S. 32.

¹⁵⁵ *Schottlaender*, S. 33.

¹⁵⁶ *Bork*, Rn. 1546.

¹⁵⁷ *Baur/Stürner*, § 23 Rn. 3.

¹⁵⁸ *Lenz*, S. 28. *Hübner*, § 29 II 4, Rn. 597, bezeichnet dies als eine Schwächung des Vertrauensschutzes.

¹⁵⁹ BGHZ 57, 137 [139], *Leipold*, Rn. 577; *Wolf/Larenz*, § 36, Rn. 116; *Medicus* AT, Rn. 783.

¹⁶⁰ Vgl. nur die Regelung in § 362 Abs. 1 HGB; *Hübner*, § 29, Rn. 597.

Anspruch aus c.i.c. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Sorgfaltspflichtverletzung bei Vertragsverhandlungen durch ungenügende Aufklärung einen Vertragsaufhebungsanspruch im Rahmen der c.i.c. nach sich ziehen, wenn der Vertrauende aufgrund der Pflichtverletzung einen für ihn ungünstigen Vertrag abgeschlossen hat.¹⁶¹

Nach alledem lässt sich hinsichtlich der Rechtsfolgen festhalten, dass der Vertrauensschutz sowohl positiv als auch negativ wirken kann.¹⁶² Im positiven Sinne wird der Vertrauende so gestellt, wie es der von ihm angenommenen Lage entspricht. Der Vertrauende kann den Vertrauensveranlasser an seinem Verhalten festhalten. Im negativen Sinne wird er so gestellt, wie wenn er die wahre Lage gekannt und somit nicht vertraut hätte. Das ist der Inhalt der Haftung auf Vertrauensschaden.

IV. Die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzes im Internet

Nach der Herausarbeitung der dogmatischen Grundlagen des Vertrauensschutzes folgt nun die Untersuchung bezüglich seiner Anwendung im Bereich des Internets. Dazu bedarf es zunächst eines Abgleichs der hinter dem Vertrauensschutz stehenden allgemeinen Prinzipien mit der rechtlichen Struktur des Internets. Danach wird geprüft, ob diese Strukturen mit dem Vertrauensschutz und seinen dahinterstehenden Prinzipien vereinbar sind. Wenn das der Fall ist, kann der allgemeine Vertrauenstatbestand auch im Internet angewandt werden.

1. Gegenüberstellung der hinter dem Vertrauensschutz stehenden allgemeinen Prinzipien mit der rechtlichen Struktur des Internets

Um die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzprinzips im Internet untersuchen zu können, bedarf es zunächst einer Gegenüberstellung derer beiden grundlegenden Prinzipien.

a. Der Hintergrund des Vertrauensschutzprinzips

Die verschiedenen Geistesdisziplinen, die sich dem Phänomen des Vertrauens aus unterschiedlichen Perspektiven nähern und es somit unterschiedlich bewerten, entsprechen sich dennoch in der Feststellung, dass das Vertrauen nicht nur aus sich selbst heraus eine Daseinsberechtigung hat, sondern vielmehr Ausdruck und Folge von anderen, dahinterstehenden Prinzipien ist. Diese Prinzipien zu kennen, hilft, den Vertrauensschutz besser im Kontext verstehen und anwenden zu können. Die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzprinzips im Bereich des Internetrechts lässt sich demnach nur bei Beachtung der dahinterstehenden allgemeinen Erwägungen sinnvoll prüfen.

¹⁶¹ BGH NJW 1962, 1196 [1198]; 1969, 1625 [1626]; 1998, 302 [303]; *Staudinger/Schiemann*, § 249, Rn. 195. Ein solchermaßen gearteter Anspruchsinhalt ist in der Literatur nicht unumstritten. Dem Anspruch auf Vertragsaufhebung wird entgegengehalten, dass die durch das Gesetz gewährte Möglichkeit der Aufhebung mittels Anfechtung deutlich strengeren Anforderungen unterworfen ist. So führt bei § 123 BGB nur ein arglistiges Verhalten des anderen zu einem Anfechtungsrecht; bei der c.i.c. reicht auch ein bloß fahrlässiges Verhalten. Daher wird auch in diesen Fällen ein Geldanspruch gefordert; *Stoll*, FS Riesenfeld, S. 283; *Lieb*, FS Universität Köln, S. 251 ff. mwN. Teilweise werden die Anfechtungsregeln auch als *lex specialis* gegenüber einer Vertragsaufhebung aufgrund c.i.c. angesehen. Überwiegend wird diese Ansicht jedoch aufgrund der Verschiedenartigkeit der Regelungen abgelehnt; vgl. die Ansicht des BGH in NJW 1962, 1196 [1198].

¹⁶² *Canaris*, § 2 II, S. 5.

Eines der grundlegenden Prinzipien im Bürgerlichen Recht ist die Privatautonomie, d.h. das Recht des Einzelnen zur Freiheit und Selbstbestimmung¹⁶³. Dies entspricht dem verfassungsrechtlich garantierten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG. Mittel zur Gewährleistung dieser Freiheit sind im Bürgerlichen Recht die Willenserklärung und das Rechtsgeschäft.¹⁶⁴ Nach seinem Ideal gilt der Grundsatz „pacta sunt servanda“ deshalb, weil die Parteien „es so wollen“. Die Tatsache, dass sie ein Rechtsgeschäft geschlossen haben, beinhaltet die Garantie, dass beide Parteien für sich das Richtige getan haben. Ansonsten hätten sie den Vertrag nicht geschlossen.¹⁶⁵ Mit dem Vertragsschluss haben sie sich aber auch aneinander gebunden, was der Freiheit prinzipiell entgegensteht.¹⁶⁶ Diese Beschränkung ist jedoch in freier Selbstbestimmung erfolgt. Der Abschluss eines Rechtsgeschäftes bedeutet gleichzeitig, dass damit auch ein fremder Rechtskreis - der des Vertragspartners - mit beeinflusst wird. Eine solche Einwirkungsmöglichkeit erzeugt eine gesteigerte Gefahrenlage für die Interessen des jeweils anderen. Daher hat jeder Teil auch eine erhöhte Verantwortlichkeit gegenüber dem Geschäftspartner. Aufgabe der Rechtsordnung ist es, diese gesteigerte Verantwortlichkeit in eine Haftung umzusetzen, wenn die entsprechende Sorgfaltspflicht verletzt wurde. Eine Ausformung dieser Haftung ist der Vertrauensschutz, da sich die Parteien bei einem Rechtsgeschäft auf die Angaben des jeweils anderen verlassen, um ihm so die Möglichkeit der Einwirkung auf ihren Rechtskreis - und damit auf ihre Rechtsgüter - zu gewähren.¹⁶⁷ Der Vertrauensschutz hat demnach eine soziale Funktion, indem er ein Mittel zur Absicherung der rechtsgeschäftlichen Dispositionsgrundlage als Voraussetzung für die Privatautonomie darstellt.

Eine abstraktere Herleitung erfolgt durch den Gedanken, dass sich ein Rechtssubjekt, das sich frei und mündig in der Lebenswirklichkeit bewegen und seine Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich ordnen können soll, auf das Verhalten anderer und die dadurch geschaffenen Verhältnisse verlassen und darauf aufbauen können muss. Schließlich kann bei einem rechtsgeschäftlichen Kontakt nur auf der Grundlage des Verhaltens des anderen disponiert werden. Fällt diese Grundlage weg, bricht damit oftmals auch eine zuvor sinnvolle Entscheidung zusammen.¹⁶⁸ Der Vertrauensschutz ist deshalb Ausfluss einer Sozialethik.¹⁶⁹ Die Tatsache, dass derjenige, der sich im Rechtsverkehr bewegt, Vertrauensschutz auslösen kann, schränkt die Prämisse ein, dass sich alles nach seinem Willen richtet. Der Vertrauensschutz schränkt insofern eine reine Willensherrschaft ein.¹⁷⁰

Die Grundlage des Vertrauensschutzes als besondere Ausgestaltung des „rechtswirksamen Verhaltens“ wird als weiterer Ansatz vorgestellt. Die Möglichkeit jedes einzelnen auf freie Gestaltung seiner Lebensverhältnisse machen es erforderlich, die Verantwortlichkeit gegenüber den Interessen schutzwürdiger Beteiligter zu institutionalisieren.¹⁷¹ Das rechtswirksame Verhalten ist „eine rechtliche (juristische)

¹⁶³ Hepting, FS Universität Köln, S. 226.

¹⁶⁴ Vgl. hier nur *Leipold*, Rn. 230.

¹⁶⁵ In diese Richtung auch *Leipold*, Rn. 231. Natürlich liegt diesem Idealbild die Annahme zweier gleichberechtigter Geschäftspartner zugrunde. Da es in der Realität Verschiebungen gibt, wird die völlige Vertragsfreiheit durch Rechtsinstitute wie den Kontrahierungszwang oder das Verbot von Rechtsgeschäften bestimmten Inhalts gem. §§ 134, 138 BGB eingeschränkt.

¹⁶⁶ Hepting, FS Universität Köln, S. 226.

¹⁶⁷ So die Herleitung von *Canaris*, § 35 I, S. 440.

¹⁶⁸ Dies ist auch der Grundgedanke des seit 1.1.2002 im BGB normierten Rechtsprinzips des Wegfalles bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

¹⁶⁹ *Wolf/Larenz*, § 2, Rn. 41 ff.

¹⁷⁰ *Wolf/Larenz*, § 28, Rn. 14.

¹⁷¹ *Hübner*, § 29 I, Rn. 584.

Tatsache, indem es Ursache einer Rechtswirkung und Grund einer Rechtsfolge ist.¹⁷² Mithin erzeugt das Verhalten einer Person eine rechtliche Wirkung. Diese Wirkung ist in der Rechtsordnung begründet¹⁷³, weil sie von ihr auch so festgelegt wird. Die Grundaussage des rechtswirksamen Verhaltens ist demnach, dass ein Verhalten gegenüber anderen grundsätzlich eine rechtliche (Außen-)Wirkung erzeugt, weil dies von der Rechtsordnung so vorgesehen ist. Eine mögliche Wirkung kann das Entstehen von Vertrauen sein, das dann auch innerhalb der Rechtsordnung durchsetzbar ist.

Bei Kumulation der verschiedenen Ansätze zeigt sich, dass sie einen gemeinsamen Kern haben. Grundlage ist stets die Freiheit des Individuums. Diese Freiheit setzt sich auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr fort. Allerdings hört die Freiheit des einen dort auf, wo die Freiheit des anderen anfängt. An einem solchen Berührungspunkt muss entschieden werden, wessen Freiheit sich zu Lasten des anderen durchsetzt. Dabei gibt die Rechtsordnung einige Entscheidungshilfen zur Hand. Maßgebend ist hierfür die Erkenntnis, dass der Handelnde (also der Vertrauensveranlasser) durch sein Verhalten eine Wirkung erzeugt hat. Dieser erste Schritt war Grundlage für die Auslösung des Konfliktes. Da er quasi angefangen hat, soll er dem Grundsatz nach auch weniger schutzwürdig sein.

b. Die rechtliche Struktur des Internets

Bezüglich der Frage, ob das Internet soweit strukturiert ist, dass auch rechtliche Regelungen dort Platz finden können, genügt ein Verweis auf die eingangs angestellte Überlegung, ob ein Bedarf nach rechtlicher Sicherheit besteht.¹⁷⁴ Im Ergebnis werden Regelungen nicht für das gesamte Internet aufgestellt werden können, denn die durch das Internet ermöglichten Kommunikationsakte haben eine große Bandbreite, indem sie das gesamte Spektrum von intim-privater Konversation bis hin zur geschäftlichen Kommunikation umfassen.¹⁷⁵ Grundlegend ist dabei die Erkenntnis, dass in den Teilbereichen, in denen es um ernsthafte Belange geht, die rechtliche Relevanz des Verhaltens nicht nur erforderlich, sondern erwünscht ist. Denn davon hängt das Funktionieren des Systems ab.¹⁷⁶

2. Vereinbarkeit der Struktur des Internets mit dem Vertrauensschutz und seinen dahinterstehenden Prinzipien

Anhand der Voraussetzungen des allgemeinen Vertrauenstatbestandes wird nunmehr seine Anwendbarkeit im Internet untersucht. Sollte dies der Fall sein, ist dabei auch die Frage zu behandeln, ob der Vertrauensschutz aufgrund der Besonderheiten im Internet erweitert werden muss. Reicht mithin die Feststellung, dass der Vertrauenstatbestand im Internet unverändert angewendet werden kann wie im „normalen“ Geschäftsverkehr offline oder muss er diesbezüglich weiterentwickelt werden?

¹⁷² *Manigk*, § 1 S. 1.

¹⁷³ *Manigk*, § 1 S. 4.

¹⁷⁴ Kapitel 1, „Gegenstand der Untersuchung“, unter IV.

¹⁷⁵ *Debatin/Funiok/Bohlken*, S. 47.

¹⁷⁶ *Rofsnagel*, MMR 2002, S. 67.

a. Allgemeiner Umstand: Vertrauensveranlassender Kontakt

Das Internet ist ein Medium der Kommunikation, das einen - auch geschäftlichen - Kontakt zwischen Rechtssubjekten gewährt. Ein solcher Kontakt muss die Entstehung von Vertrauen rechtfertigen können. Diese Rechtfertigungswirkung kann dabei nicht durch das Medium als solches generiert werden, vielmehr muss diese zwischen dessen Nutzern bestehen. Faktoren für die Begründung von Vertrauen wurden bereits im Rahmen der Untersuchung genannt. So kann ein bereits längere Zeit bestehender Kontakt Vertrauen rechtfertigen. Häufig genug besteht eine wirtschaftliche Austauschbeziehung jedoch lediglich in einem einzelnen ad-hoc-Geschäft.¹⁷⁷ Auch ein solches kann berechtigtes Vertrauen auslösen. Insofern muss auf andere Faktoren der Vertrauenswürdigkeit zurückgegriffen werden. So kann die Reputation des anderen bzw. die Gefahr ihres Verlustes als Indikation für sein Verhalten dienen.¹⁷⁸ Quelle der Reputation kann dabei der andere selbst oder ein Dritter sein.¹⁷⁹ Bei der Reputation durch einen Dritten kommt es wiederum auf dessen Vertrauenswürdigkeit an. Notwendig hierfür ist in jedem Falle ein gewisses Maß an Kommunikationsbereitschaft und ein direkter Kontakt zwischen den beiden Geschäftspartnern.¹⁸⁰ Eine verbreitete Methode im E-Commerce ist die Verleihung von Internet-Gütesiegeln, die die Verlässlichkeit des Anbieters anzeigen sollen.¹⁸¹ Entscheidend ist hierbei die Transparenz der Voraussetzungen für eine Verleihung und eine evtl. Haftung gegenüber dem Verbraucher.¹⁸² Wenn sich der Geschäftspartner mithin bereitwillig einer solchen Prüfung aussetzt, wird auch bereits bei erstmaligem Kontakt Vertrauen berechtigt sein.¹⁸³ Auch die positiven Erfahrungen des Nutzers selbst mit dem anderen können zur Vertrauenswürdigkeit eines Kontaktes führen.¹⁸⁴ Bloße äußere Indikatoren wie die Gestaltung der Homepage eines Anbieters sind dagegen nicht ausreichend: Auch wenn sie ein gewisses Indiz für seine Professionalität darstellen, kann sich ein Nutzer angesichts der Gefahr „schwarzer Schafe“ unter den Anbietern nicht alleine darauf verlassen.

b. Seite des Vertrauensveranlassers: Durch ein bestimmtes Verhalten veranlasster Rechtsscheinstatbestand

Will ein Nutzer rechtsgeschäftlich aktiv werden, sei es als Anbieter oder als Interessent, muss er sich sein Verhalten im Internet zurechnen lassen. Denn generell ist sein Verhalten dazu geeignet, rechtliche Wirkung auszulösen. Durch die Wahl des Mediums lässt er sich auf seine Besonderheiten ein bzw. nimmt sie zumindest in Kauf. Daher ist es beispielsweise unerheblich, wenn ein Nutzer ein Bestätigungsfeld aus Gewohnheit schnell anklickt, ohne von dessen Inhalt Kenntnis zu nehmen. Ein solches Verhalten fällt in die Risikosphäre des Nutzers.

¹⁷⁷ *Libotzky*, S. 97.

¹⁷⁸ Zur Reputation *Eggs*, S. 97 ff. mwN.; *Latzner/Schmitz*, 3.1.3., S. 120.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen im 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 2. b.

¹⁸⁰ *Eggs*, S. 38 und 40.

¹⁸¹ *Föblisch*, DuD 2004, S. 74.

¹⁸² Zu den Gütesiegeln vgl. das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2.

¹⁸³ Dies ist ein Ansatzpunkt für die rechtliche Beurteilung von „vertrauenserzeugenden Beurteilungen“ wie Gütesiegeln, vgl. hierzu das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2.

¹⁸⁴ *Plötner*, S. 47 mwN.

Ein evtl. ausgelöster Rechtsschein muss dabei vom Nutzer veranlasst worden sein. Das ist insofern unproblematisch, als der in der virtuellen Realität ausgelöste Rechtsschein gerade die Folge seines Handelns ist.

c. Seite des Vertrauenden: Kenntnis dieses Verhaltens

Der Vertrauende nimmt das den Rechtsscheinstatbestand hervorrufende Verhalten zur Kenntnis. Im Internet, einem Medium, das ausschließlich für Informationen und deren Austausch konzipiert ist, bleibt ihm auch nichts anderes übrig. Ziel der Nutzung des Internets durch den Vertrauenden ist es gerade, an Informationen zu gelangen. Mangels anderer Anhaltspunkte ist er darauf angewiesen, am Verhalten des anderen festhalten zu können.

d. Seite des Vertrauenden: Vertrauensinvestition/Disposition

Der Nutzer legt die ihm gebotenen Informationen seinem eigenen Verhalten zugrunde; er disponiert mit ihnen.

e. Seite des Vertrauenden: Schutzwürdigkeit

Wenn der Nutzer die wahre Rechtslage kennt, ist er mangels Gutgläubigkeit nicht schutzwürdig. Dabei ist fraglich, wie weit die allgemeine Misstrauenspflicht im Internet reicht, ob mithin auch ein Kennen-Müssen der wahren Rechtslage zur Bösgläubigkeit führt. Zur Entscheidung dieser Frage kommt es auf das Wesen der im Internet vorgenommenen rechtswirksamen Geschäfte an. Die Frage nach der Misstrauenspflicht ist eine Frage des Interessenausgleichs. Es liegt nahe, dem Nutzer im Internet ein relativ hohes Maß an Misstrauenspflicht aufzuerlegen: Schließlich begibt er sich sehenden Auges auf ein Terrain, das rechtlich bei weitem noch nicht vollständig durchdrungen ist. Jedem Nutzer scheint es daher zumutbar zu sein, entsprechende Prüfpflichten auferlegt zu bekommen. Allerdings lässt sich mit dieser Argumentation nicht per se eine schärfere Misstrauenspflicht herleiten, als sie bei anderen Rechtsgeschäften außerhalb des Internets besteht. Das Internet ist nicht unsicherer als andere Kommunikationsmedien auch, da die rechtliche Unsicherheit und Unverbindlichkeit nicht im System selbst liegt. Der Nutzer, der sich im Internet bewegt, ist vielmehr mangels anderer Möglichkeiten auf korrekte Informationen angewiesen. Dies spricht dafür, die Misstrauenspflicht wie regelmäßig nur auf evidente Fälle zu beschränken.

3. Ergebnis der Untersuchung

Es zeigt sich, dass sich die Prinzipien des Vertrauensschutzes auch im Internet anwenden lassen. Dies ist die Folge der generellen Rechtswirksamkeit des Verhaltens im Internet und ein Mittel gegen die dort herrschende Unverbindlichkeit. Ein Nutzer kann sich somit prinzipiell auf Vertrauensschutz berufen. Dabei müssen jedoch die Besonderheiten des Internets beachtet werden. Inwiefern verschiedene Ausprägungen des Vertrauensschutzes herangezogen werden können, um die Risiken abzufedern, die

durch die Anonymität im Netz und die Flüchtigkeit der Daten entstehen, ist Thema des nun folgenden Teils dieses Kapitels.

4. Die Anonymität im Netz als Problem des Vertrauensschutzes?

Die Unverbindlichkeit im Internet folgt häufig aus der Unverbindlichkeit der Identität. Gerade bei Geschäften im Internet ist es jedoch unerlässlich zu wissen, wer der Geschäftspartner ist. Mag es bei niedrigpreisigen Geschäften des täglichen Lebens nicht unbedingt auf die Identität des anderen ankommen, weil der Name für die Vertragsabwicklung unerheblich ist¹⁸⁵, verhält es sich beim E-Commerce im Regelfalle anders¹⁸⁶. Die Vertragsparteien haben nur in der virtuellen Welt Kontakt und werden schon allein aufgrund des Risikos der Leistung und der Gegenleistung ein Interesse daran haben, dass der Partner auch tatsächlich derjenige ist, der er zu sein behauptet. Es erscheint recht einfach, bei einer Erklärung einen falschen Namen anzugeben und damit einer fremden Person eine Willenserklärung unterzuschreiben. Dann kann derjenige, unter dessen Namen gehandelt wurde, eine Leistungspflicht mit dem Hinweis ablehnen, dass er überhaupt keinen Vertrag geschlossen habe. Derjenige, der tatsächlich gehandelt hat, ist aber höchstwahrscheinlich nicht mehr auffindbar. Einer solchen unangenehmen Situation wollen sich die Vertragsparteien nach Möglichkeit nicht aussetzen.

Generell gilt: Derjenige, der unter einem fremden Namen auftritt, wird behandelt wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*), vgl. § 164 Abs. 1 BGB.¹⁸⁷ Ob das Geschäft mit dem Vertretenen, dessen Namen er benutzt hat, zustande kommt, hängt von dessen Genehmigung ab, § 177 Abs. 1 BGB. Verweigert der Vertretene die Genehmigung, ist der Handelnde in entsprechender Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB nach Wahl des Geschäftspartners zur Erfüllung des Geschäftes oder zum Schadensersatz verpflichtet.¹⁸⁸ Das BGB sorgt insofern für einen gerechten Ausgleich der Interessen aller Betroffenen. Problematisch im Internet ist jedoch, dass die wahre Identität des Handelnden oftmals nicht ermittelt werden kann. Die einzigen Angaben, die zur Verfügung stehen, sind die - insoweit falschen - Angaben des „*falsus procurator*“. Daher wird in den meisten Fällen ein Rückgriff auf den Handelnden scheitern. Allerdings fragt sich, ob stattdessen ein Rückgriff auf den „Vertretenen“, unter dessen Namen gehandelt wurde, möglich ist. Ansatzpunkt sind hier die Rechtsscheinsvollmachten, die den Handelnden quasi mit Vertretungsmacht ausstatten und damit die Wirkungen des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB auslösen. In diesem Falle gilt das Rechtsgeschäft für und gegen denjenigen, dessen Name benutzt wurde.¹⁸⁹ Wenn die Voraussetzungen für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht vorliegen, kann sich der Geschäftspartner insoweit an den „Vertretenen“ halten, unter dessen Namen

¹⁸⁵ In der Literatur unter dem Stichwort „Handeln unter fremdem Namen“ behandelt; vgl. nur *Bork*, Rn. 1407; *Leipold*, Rn. 676 mwN.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu LG Berlin, NJW 2003, 3493 [3494]; OLG München, NJW 2004, 1328 [1328]; auch *Schmittmann*, K&R 2004, S. 363.

¹⁸⁷ Somit finden die Stellvertretungsregeln entsprechende Anwendung, BGHZ 45, 193 [195 f.]; *Hk-BGB/Dörner*, § 164, Rn. 9. Falls sich bei verständiger Würdigung der Umstände des Einzelfalles ergeben sollte, dass die wirkliche Identität des Handelnden für den Erklärungsempfänger ohne Bedeutung ist, kommt ein Vertrag mit dem Handelnden selbst zustande; BGH NJW-RR 1988, 814 [815]; *Bork*, Rn. 1407. Das gilt auch dann, wenn er gar nicht sich selbst verpflichten wollte. Denn er kann sich ausweislich des § 164 Abs. 2 BGB nicht darauf berufen, dass er nicht im eigenen Namen handeln wollte. Eine Anfechtung seiner Erklärung wegen Irrtums ist mithin ausgeschlossen.

¹⁸⁸ So auch LG Berlin, NJW 2003, 3493 [3494]; OLG München, NJW 2004, 1328 [1328] = CR 2004, 845 [845] = MMR 2004, 625 [625]; *Schmittmann*, K&R 2004, S. 363.

¹⁸⁹ Damit ist der Anwendungsbereich für die Rechtsscheinstatbestände der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht eröffnet; vgl. hierzu nur *Bork*, Rn. 1548 ff.

gehandelt wurde. Schwierig könnte es allerdings auch hier werden, im Streitfalle das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nachzuweisen.

a. Haftung durch Rechtsscheinsvollmacht?

Anknüpfungspunkt des Rechtsscheines ist bei der Duldungsvollmacht das Handeln des Vertreters, das der Geschäftsherr kennt, gegen das er allerdings nicht einschreitet.¹⁹⁰ Solche Fälle werden indes nicht allzu häufig vorkommen; meist geht es um den Missbrauch eines Passwortes.¹⁹¹

Diese Fallkonstellationen werden durch die Anscheinsvollmacht abgedeckt. Sie schöpft den Rechtschein daraus, dass der Vertretene das Verhalten des Vertreters zwar nicht kennt, es bei gehöriger Sorgfalt aber hätte erkennen und verhindern können.¹⁹² Ein Handeln unter fremdem Namen liegt dann vor, wenn das passwortgeschützte E-Mail-Konto eines anderen bzw. eine Online-Formular-Vorlage in einem passwortgeschützten Bereich missbraucht wird. Um zu vermeiden, dass sich Nutzer bei Bestellungen im Internet beliebiger Namen bedienen, ist in der Tat ein Großteil der Anbieter dazu übergegangen, eine technische Identifizierung des Kunden bei Abgabe einer Bestellung einzurichten. Dies geschieht dadurch, dass sich der interessierte Nutzer unter Angabe seiner wahren Identität beim Anbieter anmelden bzw. registrieren muss. Methoden der Identifizierung gibt es dabei verschiedene. So werden z.B. nur solche Nutzer zugelassen, die eine die Identität sicherstellende E-Mail-Adresse angeben können.¹⁹³ Eine andere Möglichkeit ist es, an die im Rahmen der Anmeldung abgefragte Postadresse einen Brief mit einem Passwort zu versenden, das zur endgültigen Registrierung eingegeben werden muss. Ziel der Registrierung ist es mithin, den Kreis der Nutzer auf diejenigen zu beschränken, deren Identität feststeht. Allerdings besteht die Gefahr, dass vor Gericht die Sicherstellung der Identität - und auch der Bonität - durch eine Registrierung dennoch nicht akzeptiert wird.¹⁹⁴ Denn ein Passwortsystem ist immer nur so gut wie die vorangegangene Identifizierung des Nutzers.¹⁹⁵ Immerhin hat z.B. das Internet-Auktionshaus eBay insoweit darauf reagiert, dass bei der Registrierung die Daten des Neu-Mitglieds mit der SCHUFA abgeglichen werden und die Identität auf Wunsch mittels eines PostIdent-Verfahrens sichergestellt wird.¹⁹⁶ Nach der Registrierung muss sich ein Nutzer auf der Homepage des Anbieters mit

¹⁹⁰ *Leipold*, Rn. 733; *Bork*, Rn. 1550 ff.

¹⁹¹ Z.B. OLG München, NJW 2004, 1328 f.; vgl. auch *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 131; *Hören/Queck/Hahn*, S. 158.

¹⁹² BGH WM 1982, 425 [427]; OLG Dresden NJW-RR 1999, 897 [897]; OLG München ZIP 1997, 784 [785]; BVerwG NJW-RR 1995, 73 [75].

¹⁹³ Das sind E-Mail-Adressen, die nur gegen Nachweis der Identität vergeben werden, so z.B. Adressen von öffentlichen Einrichtungen, von Unternehmen an ihre Mitarbeiter, durch einen Anschluss fest zugeordneter Internetdienste wie z.B. T-Online usw.

¹⁹⁴ So das AG Westerstede, CR 2002, 377, nach dem keine Überprüfung der Identität und der Bonität des Einlieferers bei einem Online-Auktionshaus erwartet werden könne; s. auch *Schuster* et al., MMR-Beilage 5/2003, S. 11.

¹⁹⁵ *Rößnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1211. So hat beispielsweise die Rspr. verschiedentlich festgestellt, dass ein Altersverifikationssystem, bei dem die Überprüfung auf einer einzugebenden Personalausweisnummer beruht, keine wirksame Barriere zum Schutz Jugendlicher vor pornographischen Internet-Inhalten darstellt. Zum einen gäbe es im Netz Programme, mit denen sich Ausweisnummern beliebig generieren ließen, zum anderen sei nicht gewährleistet, dass derjenige, der die Nummer eingibt, auch tatsächlich den eigenen Ausweis benutzt, OLG Düsseldorf, MMR 2005, 611 ff. = JurPC WebDok. 158/2005; LG Duisburg, CR 2005, 226 f.; LG Aachen, MMR 2005, 721; KG, MMR 2005, 474.

¹⁹⁶ Das PostIdent-Verfahren wird von der Rspr. als geeignetes Verfahren zur Identifizierung von Nutzern anerkannt, vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2005, 611 [613]; AG Potsdam, CR 2005, 232 [232]. Zur Anwendung bei eBay vgl. eBay-Verkäuferhandbuch, S. 16 und 62 sowie im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/policies/identity-idverify.html>>.

einer festgelegten Kennung¹⁹⁷ und einem Passwort einloggen, um dessen Angebote wahrnehmen zu können¹⁹⁸. Entsprechendes gilt für die Abgabe einer Bestellung mittels passwortgeschützter E-Mail.

Wenn nun derjenige, unter dessen Identität mittels Eingabe der entsprechenden Kennung durch einen Fremden gehandelt wurde, den Missbrauch seiner Registrierungsdaten hätte erkennen und verhindern können, kommt eine Anscheinsvollmacht in Betracht.¹⁹⁹ Verhinderungsmöglichkeiten bestehen dabei insofern, als der Vertretene seine Passwörter sicher verwahren und sicherstellen muss, dass diese nicht unmittelbar abrufbar sind.²⁰⁰ Ein weiterer Anknüpfungspunkt stellt die Tatsache dar, dass der betroffene Nutzer selbst dem missbräuchlich Handelnden seinen Anschluss in Kenntnis der Missbrauchsmöglichkeiten überlassen hat.²⁰¹

b. Die Zweifel der Gerichte bezüglich der Sicherheit von Passwörtern

Die Anscheinsvollmacht greift allerdings nur dann ein, wenn das Vertrauen in die Identität des Vertragspartners tatsächlich schutzwürdig war. Problematisch ist hierbei, dass Kennungen und Passwörter sowohl im Cyberspace als auch in der realen Welt ausgespäht werden können.²⁰² Aus diesem Grund wird von den Gerichten eine Schutzwürdigkeit regelmäßig verneint.²⁰³ Zur Begründung wird - neben Besonderheiten im Einzelfall - lediglich pauschal auf den derzeit schlechten Stand der Verschlüsselungstechniken im Internet verwiesen.²⁰⁴ Mit dieser Begründung machen es sich die Gerichte jedoch recht einfach. Ausführlich wird von kritischen Stimmen darauf hingewiesen, dass das „Knacken“ von Passwörtern eine gewisse Fertigkeit verlangt, die nur von einer recht kleinen Zahl von Nutzern erreicht wird.²⁰⁵

Gegen die Anwendung der Anscheinsvollmacht lässt sich schließlich einwenden, dass das Vertrauen gerade deshalb nicht schutzwürdig ist, da derjenige, der sich auf das anonyme Medium Internet einlässt, nicht durch die Möglichkeit, die Gefahr eines Handelns unter fremdem Namen auf sein Gegenüber abzuwälzen, belohnt werden kann.²⁰⁶ Diesem ist allerdings zugute zu halten, dass eine Registrierung mittels Nutzererkennung und Passwort solche Fälle gerade verhindern soll. Darüber hinaus muss dem

¹⁹⁷ Gemeinhin als „login“ bezeichnet.

¹⁹⁸ *Ernst*, Rn. 27. Zur Technik insoweit *Federrath/Pfützmann* in *Moritz/Dreier*, Teil A, Rn. 55.

¹⁹⁹ Dies grundsätzlich feststellend auch LG Bonn, CR 2004, 218 [219].

²⁰⁰ So ausdrücklich *Bork*, Rn. 1411 und 1562; *Hoeren*, Grundzüge, S. 189; OLG Oldenburg NJW 1993, 1400 [1401] und CR 1993, 558 [559]; OLG Köln VersR 1993, 840 [841]. Beispiel wäre ein automatisches Anzeigen der Passwörter beim Aufrufen einer Homepage über den sog. „Passwort-Manager“, ein Browser-Zusatzprogramm für den vereinfachten Umgang mit Passwörtern. Dennoch lässt das LG Bonn, CR 2004, 218 [220], den fahrlässigen Umgang mit Passwörtern für eine Zurechnung nicht genügen.

²⁰¹ vgl. *Kröger/Gimmy/Bizer*, S. 87 f.; *Staudinger/Schilken*, § 167, Rn. 40.

²⁰² Vgl. hierzu in einer Urteilsbegründung: „Bei dem Passwort handelt es sich um ein ständig verwendetes Legitimationsmerkmal, das durchaus von Dritten bzw. Hackern abgelesen werden kann.“; AG Erfurt, MMR 2002, 127 [128]; CR 2002, 767 [767]; DuD 2003, 108 [108]; NJW 2002, 2822. Zum Phishing und verwandten Ausspäthmethoden *Borges*, NJW 2005, S. 3313 f.

²⁰³ LG Bonn, CR 2002, 293 [293 ff.] und MMR 2002, 255 [255 ff.]; OLG Köln, CR 2003, 55 [55]; LG Bonn, CR 2004, 218 [219]; LG Magdeburg, CR 2005, 466 [467] = K&R 2005, 191 [192]. Sämtliche Entscheidungen behandeln Sachverhalte, bei denen es sich um das Zustandekommen von Verträgen mittels Online-Auktionen dreht. Zur rechtlichen Bewertung von Online-Auktionen sehr ausführlich *Hoeren/Müglich/Nielen*, Online-Auktionen, Berlin 2002.

²⁰⁴ LG Bonn, CR 2002, 293 [295]; vgl. auch LG Magdeburg, CR 2005, 466 [467] und K&R 2005, 191 [192]. So lehnt auch *Borges* eine regelmäßige Rechtsscheinshaftung ab, NJW 2005, S. 3314 f.

²⁰⁵ *Mankowski*, NJW 2002, S. 2823; *ders.*, CR 2003, S. 45.

²⁰⁶ Dies deutet auch das LG Bonn, CR 2004, 218 [220] an, das auf den derzeit mangelnden Sicherheitsstandard im Internet verweist.

Gegenüber vorgeworfen werden, dass die Geheimhaltung seiner Passwörter in seinen Risikobereich fällt. Insofern erscheint ein Rückgriff auch gerechtfertigt.²⁰⁷ Die Regeln der Anscheinsvollmacht werden jedenfalls in den Fällen nicht mehr greifen, in denen die Ausspähung der Passwörter einigen Aufwand erfordert und dem Betroffenen daher die leichtfertige Zugänglichmachung nicht vorgeworfen werden kann.²⁰⁸

Der Zweifel der Gerichte bezüglich der Sicherheit von Passwortssystemen hat neben der Ablehnung des Vertrauensschutzes eine weitere, noch gravierendere Auswirkung: Konsequenterweise wird dem Erklärungsempfänger die Beweislast darüber auferlegt, dass die Willenserklärung tatsächlich von demjenigen (angegebenen Erklärenden) stammt, dessen Namen sie trägt.²⁰⁹ Derjenige, unter dessen Namen eine Willenserklärung abgegeben wurde, kann behaupten, dass sich ein anderer eingeloggt und die Erklärung unter Angabe seines Namens vorgenommen hätte. Folglich sind Schutzbehauptungen unwillig gewordener Gegenparteien Tür und Tor geöffnet.²¹⁰ Die Gerichte argumentieren, dass die bloße Mitteilung beispielsweise einer E-Mail-Adresse im Absender einer E-Mail nicht als Beweis dafür ausreicht, dass die darin enthaltene Willenserklärung tatsächlich vom genannten Absender stamme.²¹¹ Denn eine E-Mail-Adresse sei allgemein bekannt und würde lediglich wie ein Briefkasten benutzt. Eine Legitimationsprüfung könne hierüber nicht erfolgen. Dies resultiere aus dem Risiko des Internets als offenem Kommunikationsnetz.²¹² Das ändere sich auch nicht durch den Schutz des E-Mail-Kontos mittels eines Passwortsystems. Denn grundsätzlich könne jedermann das Konto eines Nutzers verwenden, wenn ihm das Passwort bekannt ist. Aus dem Begriff des Passwortes ergebe sich zwar, dass es nicht weitergegeben werden soll, allerdings sei nicht festgelegt, welche Sicherheitskriterien einzuhalten sind. Zumal im Internet Programme kursieren, mit deren Hilfe sich Passwörter ausspähen lassen.²¹³ Im Ergebnis könne demnach auch durch die Benutzung passwortgeschützter Kommunikationsdienste nicht gewährleistet werden, dass eine Nachricht tatsächlich vom angegebenen Absender stammt.

²⁰⁷ Das LG Bonn nimmt dagegen die faktische Unmöglichkeit einer Inanspruchnahme mangels Beweisbarkeit und schutzwürdigen Vertrauens hin, CR 2004, 218 [219], was bereits in der der Entscheidung folgenden Anmerkung von Winter kritisiert wird, CR 2004, S. 221.

²⁰⁸ Bei der momentan populären Ausspähmethode des Phishings, vgl. *Borges*, NJW 2005, S. 3313 f., stellt sich die Frage, inwiefern eine Nachlässigkeit des Nutzers, der seine Daten tatsächlich auf diese Weise hingibt, diesem angelastet werden kann. Immerhin dürfte es allgemein bekannt sein, dass Passwörter regelmäßig nicht per E-Mail abgefragt werden.

²⁰⁹ LG Magdeburg, CR 2005, 466 [467] und K&R 2005, 191 [192]; LG Bonn, CR 2004, 218 [218 ff.] und MMR 2004, 179 [180]; OLG Köln, CR 2003, 55 [55] und DuD 2003, 104 [104 f.] und K&R 2003, 83 [83]; LG Konstanz, CR 2002, 609 [609] und DuD 2003, 111 [111] und MMR 2002, 835 [835 f.]; AG Erfurt, CR 2002, 767 [767] und MMR 2002, 127 [128] und DuD 2003, 108 [108]. Vgl. auch die Zusammenfassung von *Lubitz*, K&R 2004, S. 117 f. und *Hoffmann*, NJW 2004, S. 2571. Eine Minderheit der Instanzgerichte lässt dagegen die Vorlage einer E-Mail oder ihres Ausdrucks als Beweis ausreichen; z.B. AG Hannover WuM 2000, 412 [412]; AG Ettlingen, JurPC Web-Dok. 65/2002; LG Berlin, NJW 2002, 2569 [2572] und CR 2002, 606 [608].

²¹⁰ *Mankowski*, NJW 2002, S. 2822; ähnlich auch die Anmerkung 1.b) von *Winter* zum Urteil des LG Konstanz, MMR 2002, 835 [836].

²¹¹ So AG Erfurt, CR 2002, 767 [767].

²¹² LG Bonn, MMR 2002, 255 [256] sowie CR 2004, S. 218 [219]; vgl. auch *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, 1210; *Mankowski*, NJW 2002, S. 2826.

²¹³ LG Magdeburg, CR 2005, 466 [467] und K&R 2005, 191 [192]; LG Konstanz, CR 2002, 609 [609]; *Mankowski*, NJW 2002, S. 2826 mwN; *Roßnagel* in der Anm. zum OLG Köln, K&R 2003, 83 [84]. Zur Wirkungsweise von sog. Trojanern vgl. nur <<http://www.trojaner-info.de/beschreibung.shtml>>.

c. Mehr Sicherheit durch Technik? - Die digitale Signatur

Konsequenz dieser Auffassung ist, dass sämtliche Legitimationssysteme im Netz neu überdacht werden müssten.²¹⁴ Auch wenn das Internet nicht von vornherein als Medium zum Austausch von rechtsverbindlichen Willenserklärungen konstruiert wurde, hat sich die elektronische Willenserklärung mittlerweile etabliert.²¹⁵ Mit zusätzlichen - evtl. schriftlichen - Zwischenschritten würde jedoch das Internet viel von seiner Einfachheit und Schnelligkeit verlieren.²¹⁶ Um eine sichere Zuordnung von Willenserklärungen zu gewährleisten, wird häufig lediglich auf die digitale Signatur verwiesen.²¹⁷ Hiermit bietet der Gesetzgeber ein Mittel an, Erklärungen inhaltlich und zuordnungstechnisch fälschungssicher zu machen.²¹⁸ Entsprechend genießen solchermaßen gesicherte Erklärungen auch einen „Vertrauensbonus“²¹⁹ und ermöglichen einen Anscheinsbeweis nach § 292 a ZPO²²⁰. Wer sich den technischen und organisatorischen Aufwand der elektronischen Signatur vor Augen hält, begreift jedoch schnell, dass dieses Verfahren nur dann eingesetzt wird, wenn bedeutende Daten übermittelt werden müssen oder es um den Handel wertvoller Wirtschaftsgüter geht.²²¹ Hinzu kommt, dass es für den Nutzer einige Einarbeitung erfordert, um sich mit der Signatur zurechtzufinden. Generell haben komplizierte Techniken keinen großen Verbreitungsgrad.²²² Schließlich spielen auch die Unübersichtlichkeit der Vertriebswege und die notwendige Zertifizierung sowie die Kostenfrage eine Rolle.²²³ Daher spielt die elektronische Signatur

²¹⁴ *Mankowski*, NJW 2002, S. 2822; ähnl. *ders.* in der Anm. zum LG Bonn, MMR 2004, 179 [181 f.].

²¹⁵ Vgl. *Roßnagel* in der Anm. zum OLG Köln, K&R 2003, 83 [84].

²¹⁶ *Mankowski*, NJW 2002, S. 2822; *ders.*, CR 2003, S. 45.

²¹⁷ *Roßnagel*, K&R 2000, 313; *Boehme-Neßler*, S. 143; *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 132 f.; *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, S. 99; *Strömer*, S. 127 ff.

²¹⁸ Die digitale Signatur ist die Reaktion des Gesetzgebers auf die „Sorgen und Nöte“ bezüglich der Identitäts- und Authentizitätsfragen bei Datenübermittlung im Internet, *Mankowski*, NJW 2002, S. 2822; vgl. auch *Moritz/Dreier*, Glossar, „digitale Signatur“. Daher wird sie auch als „Basistechnologie für den elektronischen Rechtsverkehr“ bezeichnet, so *Roßnagel*, Handbuch des Technikrechts, S. 633. Sie schafft ein Äquivalent für die in der Rechtspraxis meist an Papier gebundene Willenserklärung. So wie Papier bislang die materielle Grundlage der Rechtsordnung darstellte, soll dies im Bereich des Cyberspace die digitale Signatur übernehmen; *Roßnagel*, Handbuch des Technikrechts, S. 655; *Lüdemann/Adams*, K&R 2002, S. 8. Die genaue Funktionsweise der digitalen Signatur wird in zahlreichen Publikationen erklärt, vgl. nur *Engel-Flehsig* in *Moritz/Dreier*, Teil F, Rn. 65 ff.; *Kloepfer*, Informationsrecht, § 13 Rn. 89 ff.; *Fechner*, Rn. 1229 ff.; *Köhler/Arndt*, Rn. 153 ff.; *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, S. 99 f.; *Lüdemann/Adams*, K&R 2002, S. 8 ff.; *Gassen*, S. 22 ff.; *Geis* in *Hermanns/Sauter*, S. 436. *Krüger/Gimmy/Bizer/Miedbrodt*, S. 136 ff. Daher sei an dieser Stelle nur eine sehr kurze Ausführung gestattet. Es existieren verschiedene Grade einer digitalen Signatur, die auch ein unterschiedliches Sicherheitsniveau beinhalten. Diese werden im SigG, ergänzt durch die SigV, geregelt. Die Sicherung von Echtheit und Herkunft der übermittelten Information geschieht durch asymmetrische Datenverschlüsselung. Derjenige, der eine E-Mail versendet, fügt daran einen durch einen „Private Key“ unter Zuhilfenahme des Datensatzes verschlüsselten (sog. Hash-) Wert (=digitale Signatur). Der Empfänger kann diese Signatur wiederum mittels eines vom Versender öffentlich hinterlegten „Public Key“ entschlüsseln und hat somit eine Prüfmöglichkeit zur Hand. Die Vergabe der Schlüsselpaare (Private und Public Key) erfolgt durch registrierte Zertifizierungsstellen, die letztendlich unter der Kontrolle der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post stehen. Gem. §§ 126 Abs. 3 i.V.m. 126 a BGB, der die Umsetzung einer europäischen Richtlinie darstellt, ist die digitale Signatur einer schriftlichen Unterschrift i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB gleichgestellt. Zur Entstehung des SigG *Bieser*, CR 1996, S. 564 ff., *Gassen*, S. 117 ff.; zur Kontrolle durch die Regulierungsbehörde *Roßnagel*, MMR 1998, S. 468 ff.

²¹⁹ *Jungermann*, DuD 2003, S. 72.

²²⁰ Eine solche Beweisführung ist allerdings nur mit einer sog. qualifizierten elektronischen Signatur möglich. *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*; § 292 a; Rn. 3; *Roßnagel*, Handbuch des Technikrechts, S. 660 ff.; *Jungermann*, DuD 2003, S. 69 ff.

²²¹ *Köhler/Arndt*, Rn. 155.

²²² *Fritsch*, DuD 2001, S. 535; *Mankowski*, NJW 2002, S. 2826.

²²³ *Lüdemann/Adams*, K&R 2002, S. 12 mwN.

auch nach einiger Anlaufzeit im Rechtsverkehr nach wie vor praktisch keine Rolle.²²⁴ Mitunter wird sie als „Totgeburt“ bezeichnet.²²⁵

Auch wenn die elektronische Kommunikation zwischen Vertragsparteien nicht durch eine digitale Signatur gesichert ist, soll der Empfänger einer Willenserklärung nach Ansicht eines Teils des Schrifttums geschützt werden. Aus diesem Grund wird angeregt, abweichend von der Mehrheit der Gerichte auch ungesicherte Erklärungen als Anscheinsbeweis bezüglich der Identität des Absenders zuzulassen.²²⁶ Begründet wird dies vor allem mit drei Argumenten: Zum ersten stellt es eine unerträgliche Rechtsunsicherheit für den Empfänger einer solchen Mitteilung dar, wenn der Absender stets behaupten kann, die Erklärung stamme nicht von ihm.²²⁷ Zum zweiten sei die Wahrscheinlichkeit, dass eine elektronische Mitteilung tatsächlich gefälscht ist, aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung und der vorausgesetzten technischen Sachkenntnis des Fälschers nur äußerst gering.²²⁸ Insofern spreche ein Anscheinsbeweis für die Richtigkeit des Absenders, da ein solcher stets bei typischen Geschehensabläufen besteht, bei denen ein gewisser Sachverhalt nach der Lebenserfahrung auf nur eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf hinweist.²²⁹ Eine solche Anschauung wäre zum dritten auch nur konsequent, weil der Gesetzgeber mit § 126 b BGB den Willen kundgetan hat, moderne Kommunikationsformen zu fördern.²³⁰ Dagegen spricht auch nicht der gesetzlich normierte Anscheinsbeweis in § 292 a ZPO, da der Gesetzgeber hier keine abschließende Regelung treffen wollte.²³¹ Die Gegenmeinung verweist jedoch darauf, dass die elektronische Signatur gerade die Antwort auf die allgemeine Überzeugung sei, ungesicherte Erklärungen könnten keinen Beweis für eine Integrität oder Authentizität erbringen.²³² Auch wenn die Wahrscheinlichkeit eines Dritteingriffes nicht sonderlich hoch sei, könne dies noch nicht für die Statuierung eines Anscheinsbeweises genügen. Denn für einen Anscheinsbeweis bedarf es zusätzlich eines logisch nachvollziehbaren Zusammenhangs, der allerdings hier nicht erkennbar sei.²³³ Die bloße (hohe) Anzahl klaglos abgewickelter Geschäfte allein könne eine Typizität noch nicht begründen.²³⁴ Schließlich zeige der Gesetzeswortlaut des § 292 a ZPO sowie der Vergleich mit Schrifturkunden nach §§ 439, 440 ZPO, dass ein Anscheinsbeweis für ungesicherte Erklärungen nicht gewährt werden kann.²³⁵

²²⁴ *Sosnitzka/Gey*, K&R 2004, S. 466; *Mankowski*, NJW 2002, S. 2826; *Gundermann*, K&R 2000, S. 230; *Strömer*, S. 127. Auch auf Befürworterseite wird dies zugegeben; *Roßnagel*, Handbuch des Technikrechts, S. 667.

²²⁵ *Hoeren* in Anmerkung an LG Bonn, CR 2002, S. 296; ebenso *Mankowski*, NJW 2002, S. 2827.

²²⁶ *Winter*, Anm. zum Urteil des AG Erfurt, JurPC Web-Dok. 109/2002, Abs. 10 ff.; *Ernst*, MDR 2003, S. 1093; *Mankowski*, NJW 2002, S. 2822 ff.; *ders.*, CR 2003, S. 44 ff. Für einen Anscheinsbeweis spricht sich auch *Ernst*, Rn. 28 ff., aus, der allerdings darauf abstellt, dass der Passwortschutz einen gewissen Mindeststandard an Sicherheit bieten muss, so etwa eine Vorrichtung, die das massenhafte Ausprobieren von Passwörtern (i.d.R. durch Computerprogramme) verhindert und den Zugang nach drei Fehlversuchen schließt.

²²⁷ *Mankowski*, CR 2003, S. 44; *ders.*, NJW 2002, S. 2822.

²²⁸ *Mankowski*, CR 2003, S. 45; *ders.*, NJW 2002, S. 2823 f. sowie in der Anm. zum LG Bonn, MMR 2004, 179 [182]. Zustimmung (unter Einbeziehung der technischen Grundlagen einer E-Mail) *Sosnitzka/Gey*, K&R 2004, S. 467 ff. Andeutend auch *Jungermann*, DuD 2003, S. 70.

²²⁹ *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Anh § 286, Rn. 16; *Musielak*, Grundkurs ZPO, Rn. 463. Allerdings ist anzumerken, dass typische Geschehensabläufe eher bei „Naturgesetzen“ bzw. sich langsam entwickelnden Systemen herausgearbeitet werden können. Dagegen könnte bei der schnellen technischen Veränderung des Internets gar nicht die Zeit für „typische“ Abläufe bleiben.

²³⁰ *Mankowski*, CR 2003, S. 45; *ders.*, NJW 2002, S. 2827; *Sosnitzka/Gey*, K&R 2004, S. 466.

²³¹ *Mankowski*, CR 2003, S. 47.

²³² *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1209 f.; *Roßnagel* in der Anm. zum OLG Köln, K&R 2003, 83 [84].

²³³ *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1212.

²³⁴ So ausdrücklich LG Bonn, CR 2004, S. 218 [219].

²³⁵ *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1212 f.

Welche Meinung vorzuziehen ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend bewertet werden, da beide Auffassungen nachvollziehbare Argumente zur Begründung geben. Momentan argumentieren die Gerichte gegen einen Anscheinsbeweis. Solange die digitale Signatur noch nicht genügend Verbreitung gefunden hat, wird es die streitführende Partei mit der Beweisbarkeit der Authentizität einer ungesicherten Erklärung jedenfalls schwer haben.

Um den Verbreitungsgrad der digitalen Signatur zu erhöhen, wurden deren gesetzliche Bestimmungen vor kurzem durch das 1. Signaturänderungsgesetz ergänzt.²³⁶ Die Neufassung des Signaturgesetzes wurde wesentlich durch das sog. Signaturlösungs- und Ergänzungsgesetz, eine Initiative der Bundesregierung, an der u.a. die Kreditinstitute beteiligt sind, beeinflusst. Das Gesetz soll die Anwendung der Signatur erleichtern, in dem es Klarstellungs- und Ergänzungsregelungen für den Vollzug des Signaturgesetzes bereithält.²³⁷ So sollen beispielsweise bewährte Registrierungs- und Ausgabeverfahren auch für die erleichterte Ausgabe von Signaturen und qualifizierten Zertifikaten genutzt werden oder der Rückgriff auf bereits vorhandene Identifizierungsdaten möglich sein.²³⁸ Weitere Hilfe bei der Verbreitung der Signatur könnten auch die seit kurzem automatisiert erzeugten elektronischen Signaturen geben. Dies sind Signaturen, die in einem automatischen Prozess ohne Zutun bzw. Kontrolle durch einen Menschen erzeugt werden. Sie finden inzwischen in vielerlei Hinsicht Verwendung, beispielsweise in der Erstellung von Rechnungen, Zertifikaten oder Auskünften aus Verzeichnisdiensten.²³⁹ Auch automatisierte elektronische Signaturen können bei Vorliegen aller entsprechenden Voraussetzungen qualifizierte Signaturen i.S.d. SigG darstellen, mit deren Hilfe sich gem. § 292 a ZPO im Rahmen des Anscheinsbeweises Integrität, Authentizität und Autorisierung der Signatur nachweisen lassen.²⁴⁰ Dem Gegner wird es dabei schwer fallen nachzuweisen, dass die signierte Erklärung nicht mit seinem Willen abgegeben worden ist.²⁴¹

Vielleicht lassen sich jedoch auch durch den Hinweis auf die fortschreitende technische Entwicklung einige Vermutungen auf eine Sicherung der Authentifizierung von elektronischen Erklärungen außerhalb der digitalen Signatur anstellen. Die Signatur ist als Instrument zur Überprüfung der Integrität der Daten und Identität des Ausstellers konzipiert worden.²⁴² Entsprechende Funktionen könnte auch eine modernisierte Version des IP, des Internet Protokolls, übernehmen. Dessen Hauptaufgaben bestehen darin, beliebige Rechner zu verbinden, eine weltweit eindeutige logische Adressierung zu gewährleisten und somit das Versenden von Datenpaketen zu ermöglichen. Seit nunmehr 20 Jahren verrichtet das IP als Version 4 (IPv4) seinen Dienst.²⁴³ Bereits 1995 wurde von der Internet Engineering Task Force eine Spezifikation für das IP „der nächsten Generation“²⁴⁴ herausgegeben, das IPv6.²⁴⁵ Neben einer vergrößerten Flexibilität, Ausbaufähigkeit und Performance zeichnet sich die neue Protokollversion vor allem dadurch aus, dass bereits auf der Netzwerkebene Möglichkeiten zur Sicherheit, Authentifizierung und

²³⁶ BT-Drs. 15/3417 in der Fassung der Drs. 15/4172.

²³⁷ *Bergfelder*, CR 2005, S. 149.

²³⁸ *Bergfelder*, CR 2005, S. 150 f.

²³⁹ *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, MMR 2004, S. 134 mit weiteren Beispielen und Nachweisen. Die Hoffnung auf eine Verschlan-
kung der Technik wecken die sog. XML-Signaturen. XML steht für „Extensible Markup Language“. XML verallgemeinert die Web-Sprache HTML und sorgt so für eine einheitliche Schnittstellensprache im Web. Digitale Signaturen können hierdurch weitaus leichter gehandhabt werden.

²⁴⁰ *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, MMR 2004, S. 138.

²⁴¹ *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, MMR 2004, S. 138.

²⁴² *Roßnagel*, *Recht der Multimediadienste*, Einl zum SigG aF, Rn. 15 f., ähnlich auch *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1210.

²⁴³ *Olbrich*, 3.1.1, S. 84.

²⁴⁴ *Olbrich*, 3.1.3, S. 101; *Stallings*, 6.9.3, S. 261.

²⁴⁵ Ausführlich zum IPv6 *Huitema*, passim.

Integrität von Daten unterstützt werden.²⁴⁶ Während Sicherheitsaspekte bei der Definition von IPv4 weitgehend keine Rolle gespielt haben, wurde diese Problematik bei IPv6 sehr ausgiebig diskutiert. Man hat sich dazu entschlossen, Sicherheit nicht allein den Anwendungsprogrammen zu überlassen, sondern eben auch auf der IP-Ebene anzubieten.²⁴⁷ Dies geschieht durch einen Authentifizierungsheader (Authentication Header), der als Erweiterungsheader für IPv6 definiert worden ist.²⁴⁸ Mit Hilfe dieses Headers ist es möglich, die Echtheit eines Datenpaketes zu überprüfen sowie die Unversehrtheit der Daten während ihrer Übertragung zu garantieren.²⁴⁹ Dabei wird, ähnlich wie bei der digitalen Signatur, eine Prüfsumme der Nachricht berechnet, so dass eine Überprüfung der Authentizität und der Integrität möglich ist. Die IP-Header selbst bleiben allerdings unverschlüsselt, so dass Dritte Informationen darüber erhalten können, wohin ein Rechner Verbindungen aufbaut und wann er wie viele Daten sendet.²⁵⁰ Die mit Hilfe von IPv6 größere Sicherheit könnte bewirken, dass unter diesem Protokoll versandte, ansonsten nicht weiter gesicherte Daten, in Zukunft einen Anscheinsbeweis erlauben. Dass sich IPv6 durchsetzen und damit IPv4 ablösen wird, ist abzusehen; aber diese Umstellung wird wohl noch etliche Jahre dauern.²⁵¹

d. Authentifizierung über die IP-Adresse?

Wenn schon die technischen Möglichkeiten der Zuordnung einer Mitteilung angesprochen wurden, muss auch auf die Identifizierung mittels der IP-Adresse eingegangen werden. Die IP-Adresse ist eine Rechner-Identifikation, so dass die vom entsprechenden Computer ausgehenden Erklärungen seinem Nutzer theoretisch zugewiesen werden können. Problematisch ist hierbei jedoch, dass IP-Nummern nicht nur statisch, sondern auch dynamisch vergeben werden.²⁵² Ein Access-Provider vergibt i.d.R. dynamische, nicht dauerhaft zugewiesene Nummern, da er mehr Kunden als verfügbare IP-Adressen hat.²⁵³ Insofern bedarf es für die Ermittlung eines bestimmten Nutzers des Zugriffs auf die entsprechende Zuordnungstabelle, denn nur mit den Protokollen des Betreibers ließe sich dem Nutzer bekommen. Nicht nur bedeutete dies erhebliche zusätzliche Ermittlungen über den Standort des jeweiligen Servers und die dort bestehenden Zugriffsmöglichkeiten²⁵⁴, die IP-Adressen sind auch als personenbezogene Daten aus datenschutzrechtlichen Gründen im Regelfalle sofort nach Beendigung der Internet-Nutzung zu löschen²⁵⁵. Dies ist meistens schon geschehen, wenn es tatsächlich zu einem Streit vor Gericht kommt.²⁵⁶ Damit sind die für eine Beweisführung benötigten Protokolldaten i.d.R. nicht verfügbar.²⁵⁷

²⁴⁶ *Olbrich*, 3.1.3, S. 101 f.

²⁴⁷ Im Internet unter <<http://www.ipv6.org>>.

²⁴⁸ Ausführlich hierzu *Huitema*, Kap. 5, S. 155 ff.

²⁴⁹ Im Internet unter <<http://www.ipv6.org>>.

²⁵⁰ Im Internet unter <<http://www.ipv6.org>>.

²⁵¹ *Stallings*, 6.9.3, S. 261.

²⁵² Vgl. hierzu im Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter III. 4. b.

²⁵³ *Gundermann*, K&R 2000, S. 226.

²⁵⁴ *Köhler/Arndt*, Rn. 153.

²⁵⁵ *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1210; *Gundermann*, K&R 2000, S. 226; ähnl. *Weber*, DuD 2003, S. 626 f. Ausführlicher im Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter II.

²⁵⁶ *Schindler*, K&R 2002, S. 483; FINANZtest 1/2004, S. 64.

²⁵⁷ *Roßnagel/Pfützmann*, NJW 2003, S. 1210.

e. Authentifizierung über PIN und TAN?

Von einigen Gerichten wird die recht hohe Sicherheit von Online-Bankgeschäften mittels PIN und TAN hervorgehoben.²⁵⁸ Ein Bankkunde muss sich bei einer Online-Überweisung zunächst per PIN authentifizieren. Die Identifizierung mittels der PIN alleine wäre einem Passwortssystem vergleichbar. Zusätzlich werden dem Kunden für Online-Bankgeschäfte jedoch TANs zur Verfügung gestellt, mittels derer die Berechtigung bestätigt wird und die nach einmaliger Verwendung verfallen.²⁵⁹ Die Sicherheit des Systems führt zur Überlegung, eine Ausdehnung der Verwendung ähnlicher Nummern auch im Bereich des E-Commerce anzuregen.²⁶⁰ Nachteil ist hierbei ein erhöhter Organisationsaufwand bei den Anbietern. Die Kunden würden diese Maßnahme zur Verbesserung der Sicherheit aller Wahrscheinlichkeit nach akzeptieren oder sogar gutheißen. Fraglich ist nur, ob der zusätzliche Aufwand auch tatsächlich etwas nützt. Denn es muss bedacht werden, dass die Sicherung mittels TAN eine Bestätigung der Identität des Kunden gegenüber der Bank ist. Mithin will sich die Bank als Anbieterin vor einer Identitätstäuschung schützen, um nicht einen falschen Auftrag auszuführen und damit den Bankkunden zu schädigen. Bei einer falschen Bestellung im Rahmen des E-Commerce kommt der Kunde jedoch grundsätzlich nicht zu Schaden. Er erhält höchstens eine Ware, die er nicht bestellt hat und die er i.d.R. wieder zurücksenden wird. Meist wird das Missverständnis wohl schon nach der Zusendung der Auftragsbestätigung aufgeklärt. Eine Übertragung der TAN-Technologie auf den E-Commerce würde ebenfalls nur den Anbieter schützen. Wenn der Preis für diesen Schutz allerdings zu hoch ist, indem zum einen der Kunde mit TAN-Listen belästigt wird und dies zum anderen einen erhöhten Organisationsaufwand mit den entsprechenden Folgekosten bedeutet, wird der Anbieter tendenziell auf diesen Schutz verzichten. Die Bearbeitungskosten für falsche Bestellungen werden niedriger sein als der finanzielle Aufwand des TAN-Systems. Aus diesem Grund gibt es keine Ansätze einer Ausweitung der TAN-Lösung auf andere Bereiche als das Online-Banking.

f. Identifizierung mittels sonstiger Trägermedien

Es gibt verschiedene Anstrengungen und Überlegungen, ein Trägermedium zu schaffen, das eine Identifizierung des Nutzers im Internet gewährleistet.

So wurde zunächst der elektronische Pass entwickelt. Mit dessen Hilfe kann sich ein Nutzer auf allen dem System angeschlossenen Websites einloggen²⁶¹. Der Pass ist nicht übertragbar und ermöglicht so eine zentrale Abrechnung von in Anspruch genommenen Diensten²⁶². Mit diesem System könnte das bekannte Problem der Ausspähung von Passwörtern und der damit verbundenen Unsicherheit gelöst werden. Auch wenn der Pass eine Anzahl fundamentaler personenbezogener Daten enthält und damit datenschutzrechtliche Vorgaben beachten muss²⁶³, erscheint dieses System durchaus als innovativer, die Möglichkeiten des Internets ausschöpfender Ansatz, der weitere Beachtung verdient. Allerdings kann

²⁵⁸ AG Erfurt, MMR 2002, 127 [128] und CR 2002, 767 [767]; LG Bonn, CR 2004, 218 [220]. Interessant wäre die Entscheidung der Rspr. hinsichtlich eines Anscheinsbeweises bei der Verwendung von PIN/TAN. Eine solche fehlt bisher. Immerhin nimmt die Literatur einen Anscheinsbeweis an, *Borges*, NJW 2005, S. 3316 mwN.

²⁵⁹ *Janisch/Schartner*, DuD 2002, S. 163; nur flüchtig genannt bei *Corsten*, S. 103.

²⁶⁰ *Sosnitzka/Gey*, K&R 2004, S. 466.

²⁶¹ Ausführlich *Spindler*, CR 2003, S. 534.

²⁶² Zu Anwendungsbeispielen vgl. *Spindler*, CR 2003, S. 534 mwN.

²⁶³ Hierzu *Spindler*, CR 2003, S. 535 ff.

und will der Pass nicht die Signatur ersetzen: Die Anforderungen des § 126 a BGB werden nicht erfüllt; ebenso wenig kann ein Anscheinsbeweis begründet werden. Jedoch könnten solche Mängel durch eine entsprechende technische Weiterentwicklung des Passes durchaus behoben werden.

Ein Schritt in diese Richtung ist die Verknüpfung des Trägermediums mit der digitalen Signatur. Durch die vom Signaturlbündnis initiierte Änderung des Signaturgesetzes²⁶⁴, an dem viele Kreditinstitute beteiligt sind, besteht die grundlegende Möglichkeit, eine herkömmliche Bankkarte gleichzeitig als Signaturträger auszugestalten.²⁶⁵ Weiter noch geht der Gedanke, den herkömmlichen Personalausweis auch gleichzeitig als Signaturträger im Sinne eines digitalen Ausweises zu verwenden. Aufgrund des hohen Verbreitungsgrades des Personalausweises würde die Signatur somit im Laufe der Zeit ebenso weit verbreitet werden und damit auch ins Bewusstsein der Gesellschaft gerückt. Einer sicheren Identifizierung des einzelnen Internetnutzers würde damit kein erheblicher technischer und organisatorischer Aufwand mehr entgegenstehen.²⁶⁶ Generell ließen sich jegliche Chipkarten als Signaturträger umrüsten, so z.B. auch die Versichertenkarte der Krankenkasse.²⁶⁷ Alles in allem zeigt sich, dass die Erwartungen an eine solche Verknüpfung hoch sind. In der Tat würde nicht nur die erleichterte und kostengünstigere Ausgabe von Signaturen dafür sprechen, sondern vor allem eine nachhaltige Erleichterung des Geschäftsverkehrs im Internet.

5. Die Beständigkeit von Informationen als Problem des Vertrauensschutzes?

Die Unkörperlichkeit und extrem leichte Veränderbarkeit von Daten ist ein Phänomen des Internets, das sorgenvoll von denjenigen betrachtet wird, die sich über den Erhalt gespeicherter Informationen Gedanken machen.²⁶⁸ Im Rahmen des Geschäftsverkehrs führt die daraus resultierende Unsicherheit zu der Überlegung, ob insoweit der Vertrauensschutz weiterhilft. Hat sich ein Nutzer auf Informationen verlassen, die ihm auf einer Website gegeben werden, kann seine gesamte aufgrund der Informationen vorgenommene Disposition hinfällig werden, wenn sie im Nachhinein geändert werden.²⁶⁹ Der Vertrauensschutz könnte in diesem Fall, neben seiner typischen Rechtsfolgen, als Mechanismus zur Konservierung von Informationen dienen, indem ein Anbieter zur Beibehaltung oder - bei Änderung - zur Vorhaltung der alten Daten gezwungen wird. Eine solche Überlegung erinnert zunächst an die Informationspflichten für Anbieter, die im BGB und anderen Spezialgesetzen geregelt sind.²⁷⁰ Dies schließt jedoch nicht aus, dass dieser seine Websiteinhalte beliebig ändern darf. Im Gegenteil hat der Anbieter als Urheber seiner Website das Recht, sein Werk zu verändern und in der veränderten Weise der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, § 19 a UrhG. Die Freiheit der Veränderung ist jedoch mitunter dort eingeschränkt, wo berechnigte Interessen anderer Nutzer am Erhalt der ursprünglichen Informationen

²⁶⁴ Vgl. hierzu *Bergfelder*, CR 2005, S. 148 ff.

²⁶⁵ Ausführlich hierzu *Alexander Rosnagel*, „Elektronische Signaturen mit der Bankkarte“, NJW 2005, S. 385 ff.; *Bergfelder*, CR 2005, S. 149.

²⁶⁶ So sieht *Alexander Rosnagel* den digitalen Ausweis auch als Infrastrukturinvestition, s. „Digitale Ausweise“, DuD 2005, S. 59 ff. Vgl. auch *Rotraud Gitter/Moritz Strasser*, „Ausweise als Träger für Signaturverfahren“, DuD 2005, S. 74 ff.

²⁶⁷ Vgl. *Bergfelder*, CR 2005, S. 153.

²⁶⁸ Vgl. hierzu *Ellen Euler*, nach der eine Information im Internet durchschnittlich nur 75 Tage gespeichert ist, „Eine nationale Kulturkatastrophe...“, JurPC Web-Dok. 278/2004.

²⁶⁹ Beispiel: Ein Nutzer ruft im Internet die aktuellen Börsennotierungen ab, um ein günstiges Aktiengeschäft vorzunehmen. Nach ein paar Tagen stellt sich heraus, dass die abgerufenen Börsenkurse teilweise fehlerhaft waren. Dies führte dazu, dass der Nutzer ein ungünstiges Geschäft abgeschlossen hat. Die alten (Fehl-)Informationen sind allerdings nicht mehr abrufbar. Kann der Nutzer dennoch seinen Schaden geltend machen?

²⁷⁰ Ausführlich hierzu im Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter II. - IV.

bestehen. In solchen Fällen könnte der Anbieter dazu verpflichtet sein, die Informationen unverändert zu lassen oder zumindest die alten Informationen ebenfalls noch vorzuhalten.

Diese Verpflichtung könnte aus dem Vertrauensschutzgedanken hergeleitet werden. Generell soll derjenige geschützt werden, der sich auf ein Verhalten des anderen einstellt und damit disponiert. Die Bereitstellung von Informationen kann ein solches vertrauensbildendes Verhalten sein. Allerdings wird die bloße Bereitstellung hierfür nicht ausreichen. Es bedarf zusätzlich eines vertrauensrechtfertigenden Kontaktes. Im Internet muss sich ein Nutzer mangels anderer Informationsmöglichkeiten auf die sich ihm darstellende Lage verlassen können. Wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes vorliegen, gilt somit zu Gunsten des Nutzers die scheinbare Rechtslage.²⁷¹ Problematisch ist es allerdings regelmäßig, das Vorliegen der ursprünglichen Information zu beweisen. Hieran wird eine Durchsetzung der Ansprüche regelmäßig scheitern. Um gegenüber dem Anbieter in einer besseren Verhandlungsposition zu sein, sollte der Nutzer die Website mit den für ihn wichtigen Informationen ausdrucken oder als Grafikdatei auf dem eigenen Computer speichern.

Allerdings lassen sich solche digitalen Dokumente bzw. deren Ausdruck im Falle eines Rechtsstreits nur schlecht als „Beweise“ in eine gerichtliche Verhandlung einbringen.²⁷² Sie könnten als Privaturkunden i.S.d. § 416 ZPO vollen Beweis für die Abgabe deren gedanklichen Inhalts führen.²⁷³ Nach einhelliger Meinung weisen digitale Dokumente allerdings keine Urkundsqualität i.S.d. § 416 ZPO auf: Zunächst fehlt es hierfür an der erforderlichen Unterschrift des Ausstellers. Darüber hinaus fehlt es an einer dauerhaften Verkörperung einer Erklärung. Schließlich folgt die Erklärung nicht direkt aus der Urkunde selbst.²⁷⁴ Diese Argumente gelten für die Ausdrücke von digitalen Dokumenten. Die auf dem Computer gespeicherte Datei wird dagegen als Augenscheinsbeweis i.S.d. § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO behandelt, da ein Computerspeicher keine Urkunde ist.²⁷⁵ Auch wenn digitale Dokumente für einen Urkundsbeweis nicht ausreichen, können sie zumindest in die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 286 ZPO einfließen.²⁷⁶ Teilweise wurde versucht, das Beweisproblem durch den Abschluss von Beweisvereinbarungen zu lösen. Mittels dieser Vereinbarungen sollten digitale Dokumente den Beweiswert von Urkunden erlangen. Der Richter ist jedoch an die Definitionen der ZPO, nicht aber an die Vereinbarungen der Parteien gebunden, so dass eine Beweisvereinbarung keine Bindungswirkung im Prozess nach sich zieht.²⁷⁷ Die Beweisschwäche von elektronischen Willenserklärungen lässt sich mittlerweile dadurch beheben, dass diese Erklärungen mit einer elektronischen Signatur versehen werden.

Letztlich wird der Vertrauensschutz dem Nutzer hier nur bedingt weiterhelfen können. Wenn es auch Fallkonstellationen geben mag, in denen der Vertrauenstatbestand eingreift, bleibt doch die Unsicherheit bei der gerichtlichen Durchsetzung. Generell sollte sich der Nutzer die für ihn wichtigen Informa-

²⁷¹ Im Fallbeispiel durfte sich der Nutzer auf die angegebenen Börsennotierungen verlassen; dies gilt zu seinen Gunsten. Im Regelfall werden solche Sachverhalte über die vertragliche Haftung bei nicht-ordnungsgemäßer Erfüllung der Vertragspflichten gelöst, vgl. hierzu im Kap. „Das Internet als Informationsquelle“, unter III. 9. bzw. IV. 3. Jedoch stellt sich dort ebenfalls ein Beweisproblem, das wiederum zur hier gestellten Frage führt.

²⁷² Dieses Problem betrifft nicht nur die Inhalte einer Website, sondern auch die Beweiskraft von E-Mails. So könnte der Geschäftspartner gegen eine Klage auf Erbringung der vertraglichen Leistung einwenden, es sei niemals ein Vertrag geschlossen worden. Der Kläger möchte nun zum Beweis des Vertragsschlusses die insofern eindeutigen E-Mails vorlegen.

²⁷³ Vgl. nur *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 416, Rn. 6.

²⁷⁴ *Köhler*, Rn. 168; *Hoeren*, Grundzüge, S. 200 f.; *Engel-Flehsig* in *Moritz/Dreier*, Teil F, Rn. 149; *Erber-Faller/Bettendorf*, S. 14; *Donges/Mai*, S. 177.

²⁷⁵ *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Übers § 415, Rn. 7; so auch schon *Redeker*, NJW 1984, S. 2394.

²⁷⁶ *Köhler*, Rn. 168; *Hoeren*, Grundzüge, S. 200; *Heun*, CR 1995, S. 3; *Donges/Mai*, S. 176 f.; *Fritzmeyer*, 1999, S. 249 f.

²⁷⁷ *Köhler*, Rn. 169; *Hoeren*, Grundzüge, S. 201; *ders.*, CR 1995, S. 516.

tionen ausdrücken, um eine bessere Verhandlungsposition zu haben. Zur Reduzierung der Unsicherheit, die die Flüchtigkeit der Daten mit sich bringt, sollte eine Website stets auch darüber Auskunft geben, inwiefern Informationen verändert wurden. Dadurch kann der Nutzer erkennen, ob und wann sich etwas auf der Website geändert hat. Das lässt sich dadurch bewerkstelligen, dass der Zeitpunkt der letzten Überarbeitung angegeben wird.²⁷⁸ De lege ferenda wäre eine solche Angabe im Rahmen einer gesetzlichen Informationspflicht²⁷⁹ für die Anbieter angemessen. Schließlich betrifft die Bereitstellung und das Alter von Informationen im Netz ihre Sphäre; dem Nutzer bleibt dagegen das Nachsehen.

V. Fazit: Der Vertrauensschutz als Weg zur Sicherheit?

In diesem Kapitel hat sich gezeigt, dass der Vertrauensschutz im Internet eine durchaus bedeutende Rolle spielen kann - sie aber nicht unbedingt ausfüllt. Auch wenn die verschiedenen Ausformungen des Vertrauensschutzes im Internet anwendbar sind, stellen sich ihnen doch oft genug Hindernisse in den Weg, die eine Vertrauenshaftung im Ergebnis entfallen lassen. Das betrifft nicht nur die zuvor betrachteten Anwendungsbereiche; vielmehr besteht auch in anderen Fällen eine Diskussion um den Vertrauensschutz. Ein Beispiel hierfür ist die Anfechtbarkeit einer automatischen „Auto-Reply“-Erklärung, da der Irrtum, der zur Anfechtung berechtigen würde, nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung vorgelegen hat.²⁸⁰ Auch soll eine Einrede aufgrund Treu und Glauben bei einer irrumsbehafteten Preisabweichung aufgrund der Besonderheit, dass Waren im Internet „von einem Anbieter teilweise deutlich günstiger als von anderen angeboten werden“²⁸¹, nicht möglich sein. Eine Vertrauenshaftung für Internet-Gütesiegel scheint ebenfalls schwer umsetzbar.²⁸² Es hat den Anschein, dass die bloße Nutzung des Mediums Internet für die Gerichte häufig ein Grund ist, die Schutzwürdigkeit des Vertrauens abzulehnen. Aus diesem Grund sollte sich der vorsichtige Nutzer generell eine gute Verhandlungsposition schaffen, indem er sich zumindest ein wichtiges elektronisch geschlossenes Geschäft schriftlich bestätigen lässt.²⁸³ Auch wenn es umständlich erscheint, sollte er für zahlreiche E-Mail-Korrespondenz sorgen, um so vor Gericht im Wege der freien Beweiswürdigung einen guten Stand zu haben.²⁸⁴ Daher sollten durch die Versendung von Bestätigungsmails jegliche Online-Geschäfte bekräftigt werden.

²⁷⁸ In der Praxis hat es sich auf vielen kommerziellen Websites durchgesetzt, dass solche Angaben am Seitenende mitgeteilt werden.

²⁷⁹ Zu den gesetzlichen Informationspflichten vgl. unten Kapitel 4 - Das Internet als Handelsplattform.

²⁸⁰ Aus diesem Grund lehnte das LG Köln die Anfechtbarkeit ab, CR 2003, 613 [614]. Allerdings hat der BGH mittlerweile ein Anfechtungsrecht anerkannt, da der Irrtum zum Zeitpunkt der Abgabe der automatischen Willenserklärung noch fortwirkt, BGH MMR 2005, 233 [234 f.] = JurPC WebDok. 26/2005; K&R 2005, 176 [177 f.] m. Anm. Keller, K&R 2005, S. 167 ff.; ebenso AG Lahr, NJW 2005, 991 [992] = MMR 2005, 558 [559] = JurPC WebDok. 9/2006.

²⁸¹ LG Köln, CR 2003, 613 [614 f.]; ähnlich AG Herford, CR 2003, 934 [934 f.].

²⁸² Angedeutet bei *Föhlisch*, DuD 2004, S. 77 ff. Ausführlich hierzu im Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2. c.

²⁸³ So *Mankowski*, CR 2003, S. 45. Auch in Verbraucherzeitschriften wird auf diese Methode verwiesen, FINANZtest 1/2004, S. 64.

²⁸⁴ FINANZtest 1/2004, S. 64.

Es bleibt die Hoffnung, dass durch die - auch technische - Weiterentwicklung die Gerichte mehr und mehr Vertrauen in die Möglichkeiten des Internets selbst gewinnen. Wenn auch die Vertrauenshaftung keinen großen Beitrag zu leisten vermag, sollte sie dennoch stets als mögliche Haftung beachtet werden. Daneben treten andere Mechanismen, die die Sicherheit im Internet verstärken. Auf diese Mechanismen wird in den nächsten Kapiteln eingegangen.

3. Kapitel - Das Internet als Informationsquelle

Als Personalcomputer erstmals für die Allgemeinheit auf dem Markt erschienen, entstanden allerorten rasch zahlreiche Benutzergruppen, um den Einsteigern zu helfen. Jeder konnte an monatlichen Treffen teilnehmen und nützliche Tipps rund um den Rechner austauschen.¹ Der Informationsaustausch war informell, frei und demokratisch. Diese Tendenz setzte sich mit der Entwicklung des Internets im virtuellen Raum fort. Schon kurz nach seiner Einführung hat sich das Netz zu einer gigantischen Plattform entwickelt, die fast jede gewünschte Information beinhaltet. Dies umfasst nicht nur Informationen im Sinne von portioniertem Wissen; ebenso lässt sich Software² herunterladen, Musik, Filme oder E-Books³. Indes blieben die Eigenheiten des Informationsaustausches auch bei der Weiterentwicklung des Internets erhalten, was dazu führt, dass im Netz auch Halbwahrheiten oder schlichtweg falsche Informationen verbreitet werden. Bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit von Informationen, die aus dem Netz abgerufen werden, besteht damit naturgemäß eine generelle Unsicherheit. Diese ließe sich jedoch mit einer korrespondierenden vertraglichen Haftung auffangen.

I. Zweck der Haftung

Das Internet hat als neues Informationsmedium andere Medien überholt. Mehr und mehr wird es dazu genutzt, neben privaten auch geschäftliche Informationen einzuholen. Solche Informationen werden i.d.R. zur Grundlage weiterer Entscheidungen gemacht. Eine falsche Information kann dabei in schwerwiegenden Fällen einen Schaden nach sich ziehen. Im technischen Bereich beispielsweise kann ein virenverseuchtes Computerprogramm zu einem Datenverlust führen, oder kann ein aufgrund einer Fehlinformation unsachgemäßer Umgang mit einem Computerprogramm den Verlust wertvoller Daten verursachen. Ebenso kann der Schaden etwa darin bestehen, dass ein Anleger aufgrund fehlerhafter Kursnotierungen falsche Aktien kauft und dadurch einen Verlust erleidet.

Diese Beispiele betreffen die abgerufene Information als eigentliches Handelsgut, als Hauptleistung. Daneben gibt es die Fälle, in denen die Information nur eine Nebenleistung darstellt. Die damit verbundenen Fragen werden im nächsten Kapitel behandelt. Thema dieses Kapitels ist dagegen die zivilrechtliche Verantwortlichkeit dessen, der Informationen im Internet anbietet.

¹ Kelly, S. 180.

² Software beispielsweise wird definiert als „Computerprogramme und sonstiges Datenverarbeitungswissen“, Köbler, Stichwort „Software“, wobei ein Computerprogramm eine „vollständige Anweisung zur Lösung eines bestimmten Problems durch elektronische Rechner“ darstellt; ähnlich Dreier/Würfel, Handbuch des Technikrechts, S. 527. Wie genau oder ungenau bzw. plastisch oder unscharf solche Definitionsversuche sind, darüber kann endlos gestritten werden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass Software ebenso wie Bilder oder Töne im Internet, eine Akkumulation von Daten ist. Daten und Informationen können, wie im 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 1. beschrieben, begrifflich kaum voneinander getrennt werden und sind daher entsprechend ähnlich zu behandeln.

³ Eine interessante Entwicklung beschreiben Andreas Lober/Olaf Weber, „Money for Nothing? Der Handel mit virtuellen Gegenständen und Charakteren“, MMR 2005, S. 653 ff., wonach mittlerweile auch Gegenstände (Items) und Spielstände von Computerspielen gehandelt werden.

II. Information als Hauptleistung

Informationen können entgeltlich oder unentgeltlich abgerufen werden. In beiden Fällen stellt sich die Frage nach einer Haftung des Informationsanbieters. Dazu bedarf es eines korrespondierenden Anspruches auf richtige und vollständige Informationen. Dies betrifft nicht nur das Bestehen des vertraglichen Anspruches, sondern auch dessen Inhalt, was jeweils unter den Teilüberschriften „Zugang zur Information“ und „Inhalt der Information“ behandelt wird.

1. Spezialgesetzliche Regelungen?

Allerdings müssen zuvor die kommunikationsrechtlichen Regelungen beachtet werden. Als *leges speciales* können sie durch ihre Rollenverteilung eine Haftung beeinflussen.⁴ Unter der Sammelbezeichnung des „Rechts elektronischer Informations- und Kommunikationsdienste“ werden Gesetze zusammengefasst, deren Ziel es ist, einheitliche Rahmenbedingungen für die verschiedenen Nutzungsarten dieser elektronischen Dienste zu schaffen, §§ 1 TDG/MDStV.⁵ Das Augenmerk soll hierbei auf das Gesetz über die Nutzung von Telediensten (TDG) sowie den Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) gerichtet werden.⁶ Teledienste sind dabei alle individuell nutzbaren Informations- und Telekommunikationsdienste, § 2 Abs. 1 TDG, insbesondere auch die im Internet vorhandenen Angebote zum Datenaustausch, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TDG.⁷ Der MDStV regelt dagegen das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten, § 2 Abs. 1 MDStV. Davon werden nach den Regelbeispielen in § 2 Abs. 2 MDStV insbesondere Verteil- und Abrufdienste erfasst. Angebote im Internet können, je nach Ausgestaltung, als Teledienst dem TDG oder als Mediendienst dem MDStV zuzuordnen sein. Dies bestimmt sich nach einer Gesamtschau.⁸ Welcher Regelung ein Angebot im Internet unterliegt, ist für die folgenden Ausführungen aufgrund des diesbezüglichen Gleichlauts der Normen jedoch nebensächlich. In §§ 3 TDG/MDStV erfolgt eine Begriffsbestimmung: Nach deren Nr. 1 und 2 werden die beiden Parteien bei Internetgeschäften in „Diensteanbieter“ und „Nutzer“ unterteilt. Unerheblich ist dabei jeweils, ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt. In §§ 8 f. TDG und §§ 6 f. MDStV wird sodann die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters für eigene und fremde Inhalte festgelegt. Das TDG bzw. der MDStV werden i.d.R. nur in Zusammenhang mit der zivil- oder strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Anbieters herangezogen, soweit es um Inhalte geht, die die Rechte anderer verletzen.⁹ Typische Beispiele sind beleidigende oder porno-

⁴ Daher wird Kritik an der Unübersichtlichkeit dieses Normengeflechts geübt, vgl. *Hoffmann*, MMR 2002, S. 284.

⁵ Einen Überblick über die Gesamtregelungen vermittelt *Lammich* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 250 ff. Eine hervorragende strukturelle Analyse der Verantwortlichkeitsregelungen von TDG und MDStV bietet *Paul*, S. 73 ff.

⁶ Auf die Anwendbarkeit dieser Regelungen im Rahmen des internationalen Rechts wird dabei nicht eingegangen; vgl. hierzu die „Einführung“. Zum Herkunftslandprinzip insofern *Spindler*, NJW 2002, S. 925 ff. mwN.

⁷ § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG nennt explizit das Internet, allerdings werden hiervon die Angebote zur Nutzung von Telediensten erfasst, nicht aber „das Internet“ als solches; *InKDG-Komm/Tettenborn*, § 2 TDG, Rn. 77.

⁸ *InKDG-Komm/Tettenborn*, § 2 MDStV, Rn. 29. *Fechner* stellt auf den Schwerpunkt des zu beurteilenden Dienstes ab, Rn. 1082. Beim gezielten Abruf von Informationen wird regelmäßig der Individualcharakter der Kommunikation im Vordergrund stehen, weshalb die Anwendung des TDG naheliegender erscheint. Diese Annahme wird auch durch die Abgrenzungsnorm in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG gestützt. In diese Richtung auch OVG Münster, JuS 2004, 154 [154].

⁹ *Wülfing/Dieckert*, S. 77. Ausführlich zur Abgrenzung *Urban Pappi*, „Teledienste, Mediendienste und Rundfunk“, Baden-Baden 2000.

graphische Inhalte¹⁰, doch auch eine verschuldensunabhängige vertragliche Haftung wird in diesem Normengefüge statuiert. Denn Ziel des TDG bzw. MDStV ist ein umfassender Schutz.¹¹

Nach § 8 Abs. 1 TDG bzw. § 6 Abs. 1 MDStV ist der Diensteanbieter für eigene Inhalte dem Nutzer stets nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich; für fremde Inhalte bei deren Durchleitung, kurzfristigen und langfristigen Speicherung stellen die §§ 9 ff. TDG bzw. §§ 7 ff. MDStV jedoch ein differenziertes System der Verantwortlichkeit zur Verfügung. Adressaten sind hierbei technische Internet-Dienstleister wie z.B. Access-Provider. Dabei kommt es zu einem auf die Kenntnis der fremden Inhalte an, zum anderen darauf, ob es technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern. Fremd sind Inhalte, die von Dritten bereitgestellt und vom Anbieter auch als solche gekennzeichnet werden. Im Zweifelsfalle entscheidet die Sichtweise eines durchschnittlichen Nutzers.¹² Im Bereich des gezielten Abrufs von Informationen von einer Website, die der Anbieter zur Verfügung stellt, wird es sich allerdings regelmäßig um eigene bzw. zu eigen gemachte Inhalte handeln. Für diese gilt lediglich die Verweisungsnorm des § 8 Abs. 1 TDG bzw. § 6 Abs. 1 MDStV. Mithin sind eigene Inhalte nicht Gegenstand des Haftungsregimes des TDG bzw. des MDStV.¹³ Weder sollen spezialgesetzliche Garantstellungen oder Verantwortlichkeiten begründet¹⁴, noch sollen die zivilrechtlichen Haftungsmaßstäbe verändert werden¹⁵.

2. Die entgeltliche Weitergabe von Informationen

Häufig werden im Internet kostenpflichtige Informationen zum Download angeboten. Die damit u.U. einhergehenden vertraglichen Pflichten sind Thema des folgenden Abschnitts.

a. Zugang zur Information

aa. Der Vertragsschluss

Dass Willenserklärungen auch im Internet ausgetauscht werden können und somit ein Vertragsschluss möglich ist, wird nicht mehr angezweifelt.¹⁶ So können Willenserklärungen entweder per E-Mail oder

¹⁰ Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit instruktiv *Paul*, S. 177 ff.

¹¹ Nach dem Gesetzgeber sollen querschnittsartig alle denkbaren zivil-, straf- und öffentlich-rechtlichen Haftungsgründe erfasst werden, *Wülfing/Dieckert*, S. 88.

¹² *Lammich* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 259.

¹³ Insofern kommt es auch nicht auf den Streit an, ob die Normen als Filter für die dahinterstehenden (zivilrechtlichen) Regelungen fungieren, *Lammich* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 257; *Hoffmann*, MMR 2002, S. 285; *ders.*, NJW 2004, S. 2574, oder ob sie in die (zivilrechtlichen) Haftungstatbestände integriert werden müssen, vgl. hierzu *Irimi Vassilaki*, „Strafrechtliche Haftung nach §§ 8 ff. TDG“, MMR 2002, S. 659 ff.

¹⁴ *Spindler*, NJW 2002, S. 922 mwN.; *Hoffmann*, MMR 2002, S. 285.

¹⁵ *Kloepfer*, § 13, Rn. 36; ähnl. *Hoffmann*, NJW 2004, S. 2574.

¹⁶ Auch wenn - nach Meinung von *Rofsnagel* - das Internet nicht für einen Austausch von rechtsverbindlichen Willenserklärungen konstruiert wurde; Anm. zum Urteil des OLG Köln, K&R 2003, 83 [84]. Ausführlich zur Willenserklärung unter Zugrundelegung der technischen Besonderheiten *Waldner*, S. 61 ff. Der Vertragsschluss wird in zahlreichen Publikationen besprochen, vgl. nur *Heun*, CR 1994, S. 595; *Koitz*, S. 199 ff.; *Puchert*, S. 57 ff.; *Ernst*, Rn. 9 ff.; *Strömer*, S. 124 ff.; *Geis* in *Hermanns/Sauter*, S. 446 ff.

im Internet selbst, beispielsweise durch Ausfüllen und Versenden eines Online-Formulars, abgegeben werden.¹⁷

Wird eine Willenserklärung per E-Mail entäußert, erfolgt die Abgabe mit der willentlichen Erteilung des endgültigen Sendebefehls.¹⁸ Bei Willenserklärungen im Internet erfolgt die Abgabe per Mausklick oder durch Drücken der Return-Taste.¹⁹ Auch automatisch erstellten Computererklärungen wird nach deutlich überwiegender Meinung die Eigenschaft als Willenserklärung zugesprochen.²⁰ Hierfür sprechen vor allem zwei Gesichtspunkte: Zum einen bestimmt der Erklärende die maßgeblichen Parameter zur Erzeugung der Erklärung selbst. Er bedient sich mithin des Computersystems, um seinen Willen zu erzeugen.²¹ Zum anderen spielt auch hier wiederum der Vertrauensgedanke eine Rolle. Der Betreiber eines Computersystems schafft auf der Empfängerseite ein berechtigtes Vertrauen darauf, an die von seiner EDV-Anlage übermittelten Erklärungen gebunden zu sein. Somit muss er sich die von seinem System erzeugten Erklärungen als eigene zurechnen lassen.²²

Wird die Willenserklärung versehentlich abgegeben, lässt sich dies nach h.M. mit den Regeln zur abhandengekommenen Willenserklärung lösen.²³ Der Absender ist danach an seine Erklärung somit nicht gebunden, muss sich jedoch nach § 122 BGB gegenüber dem Empfänger verantworten. Dass eine versehentlich abgegebene E-Mail aus Vertrauensschutzerwägungen dem Absender als wirksame Willenserklärung zugerechnet werden soll²⁴, ist aufgrund der hieraus folgenden Rechtsunsicherheit abzulehnen. Argumentatorisch ist diese Ansicht durchaus nachzuvollziehen, vor allem unter Hinweis auf die oben genannte Begründung zur Zulässigkeit von automatisierten Computererklärungen, jedoch würden in der Folge elektronische und sonstige Willenserklärungen unterschiedlich behandelt. Dies führte zu einer zu großen Verwirrung, zumal sich mit dem Vertrauensschutzargument sämtliche Fälle der abhandengekommenen Willenserklärung angehen ließen.

Der Vertragsschluss im Internet ist nicht einheitlich ausformbar, da es aufgrund der verschiedenen Kontaktmöglichkeiten auch viele Ansätze einer Ausgestaltung des Vertragsschlusses gibt.²⁵ So kann die Website des Anbieters, auf der z.B. Softwareprogramme zum Download bereitgehalten werden, bereits als verbindliches Angebot oder als bloße invitatio ad offerendum bewertet werden.²⁶ Auch die Rspr. hat

¹⁷ Ausführlich hierzu *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 64 ff. Die folgenden Ausführungen gelten sowohl für die Abgabe von Willenserklärungen per Online-Formular als auch per E-Mail, vgl. insoweit auch *Roßnagel/Pfitzmann*, NJW 2003, S. 1209. Bedingt durch die unterschiedlichen Streitfälle werden die im folgenden zu behandelnden Probleme an Willenserklärungen aufgezo-gen, die auf einen Vertragsschluss zielen. Sie sind jedoch auf Willenserklärungen jeglichen Inhalts übertragbar.

¹⁸ *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 840; *Ultsch*, NJW 1997, S. 3007.

¹⁹ *Ernst*, NJW-CoR 1997, S. 165; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 840.

²⁰ *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 116, Rn. 1; *Wülfing/Dieckert*, 2.2.1.1, S. 26; *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, E-Commerce, Teil C, Rn. 82 ff.; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 840 mwN. Zu Rechtsfragen mobiler Agentensysteme im E-Commerce vgl. den gleichlautenden Aufsatz von *Waltraud Gitter/Alexander Roßnagel*, K&R 2003, S. 64 ff. sowie *Peter Sester/Tanja Nitschke*, „Software-Agent mit Lizenz zum...?“²⁶, CR 2004, S. 548 ff.

²¹ *Wülfing/Dieckert*, 2.2.1.1, S. 26.

²² *Heun*, CR 1994, S. 596.

²³ *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 840.

²⁴ So *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 840.

²⁵ Eine überblicksartige Darstellung findet sich bei *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 346.

²⁶ Dies richtet sich gem. §§ 133, 157 BGB danach, wie der Nutzer das Anerbieten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss, *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 204 f.; vgl. auch *Ernst*, NJW-CoR 1997, S. 165. Zur Wertung als invitatio ad offerendum vgl. LG Essen, JurPC Web-Dok. 287/2003.

insofern darauf reagiert, als sie einen Vertragsschluss im Internet zwar generell für möglich erachtet²⁷, das genaue Zustandekommen jedoch vom Einzelfall abhängig macht²⁸.

bb. Die vertragliche Qualifizierung

Inhalt des geschlossenen Vertrages ist die entgeltliche Informationsweitergabe.²⁹ Für die Qualifizierung solcher „Contentverträge“ bieten sich mehrere Lösungsmöglichkeiten an, die sich aus dem entsprechenden Parteiwillen ergeben.³⁰ So kann ein Informationsabruf im Rahmen eines Kaufvertrags abgewickelt werden. Bei einem individualisierteren Abruf kann es sich auch um einen Werklieferungsvertrag oder um einen reinen Werkvertrag handeln. Wenn eine Parallele zur Auskunft gezogen wird, wäre der Informationsabruf als Geschäftsbesorgung anzusehen. Bezüglich der Überlassung von Software kommt auch ein Lizenzvertrag in Betracht. Als Auffanglösung bleibt schließlich noch ein Vertrag *sui generis*. Probleme bei der Bestimmung des Vertrags ergeben sich daraus, dass nach dem Verständnis des BGB nur Sachen und Rechte zulässige Gegenstände eines Kaufvertrages sind.³¹ Wenn die Information fest an eine Sache gebunden ist, bestehen insofern wenig Zweifel: Es handelt sich, etwa bei der Zeitung, um einen klassischen Sachkauf. Wenn ein Nutzer sie jedoch direkt aus dem Internet herunterlädt, besteht keinerlei Sachgebundenheit mehr. Die Information selbst ist allerdings weder eine Sache noch ein Recht.³² Die Frage nach der korrekten dogmatischen Behandlung trotz der Orientierung des Gesetzes an Sachen und Rechten ist eines der zentralen Probleme des Informationsrechts.

Daher wurde es in der Literatur schon recht früh anhand der Abrufdienste des Bildschirmtextes aufgegriffen.³³ Die Lösung war bereits damals die Anwendung des Kaufvertragsrechts. Denn Kaufgegenstand könne grundsätzlich alles sein, was im Umtausch gegen Geld hergegeben werden kann. Informationen seien nicht flüchtiger und auch nicht weniger verkehrsfähig als die Elektrizität, die ebenfalls dem Kaufrecht untersteht. Anders als Elektrizität könnten Informationen darüber hinaus sogar gespeichert und ausgedruckt werden. Dies stelle eine nachträgliche Möglichkeit der Verkörperung dar, was die Charakterisierung der Information als zulässigen Kaufgegenstand manifestiert. Gegen die Anwendung des Werkvertrags- oder Geschäftsbesorgungsrechts spreche vor allem die Tatsache, dass die abgerufene Information nicht auf den einzelnen Nutzer zugeschnitten sei und daher der individuelle Bezug fehle, der diesen Vertragstypen immanent ist. Darüber hinaus läge der Kern der Leistung in der Übermittlung der Information, nicht jedoch in deren Erstellung oder Aktualisierung. Insofern könne ein solches Geschäft nicht unter einen Werkvertrag subsumiert werden.³⁴

²⁷ OLG Hamm, NJW 2001, S. 1142 m. Besprechung v. *Ulrici*, NJW 2001, S. 1112 f. („ricardo.de“).

²⁸ Vgl. die unterschiedlichen Auffassungen im Urteil des OLG Hamm, NJW 2001, S. 1142. Zuletzt hat sich wieder der BGH mit der Frage des Vertragsschlusses bei Online-Auktionen beschäftigt, MMR 2005, 233 [234] = JurPC WebDok. 26/2005 = K&R 2005, 176 [177] mit insoweit gründlicher Anm. *Keller*, K&R 2005, S. 167 ff.

²⁹ *Jessen/Müller* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 337.

³⁰ *Jessen/Müller* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 336.

³¹ *Sieber*, CR 1992, S. 523.

³² Zum Informationsbegriff vgl. 1. Kapitel, „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 1.

³³ *Redeker*, GMD Nov. 1985, S. 26.

³⁴ *Redeker*, GMD Nov. 1985, S. 26.

(1) Eine Beurteilung anhand von Softwareüberlassungsverträgen

Die Rechtsprechung hatte es lange vermieden, die Frage allgemein zu beantworten und sich vorzugsweise einzelfallbezogen entschieden.³⁵ Anlässlich des zunehmenden Vertriebs von Softwareprodukten war jedoch eine grundlegende Beurteilung notwendig geworden. Die Erstellung eines auf individuelle Bedürfnisse zugeschnittenen Softwareprogramms wurde zunächst nach werkvertraglichen Regeln bewertet.³⁶ Später war ein Fall zu beurteilen, bei dem ein Computer nebst vorgefertigter Software als „Gesamtpaket“ geliefert wurde.³⁷ Hier entschied sich der BGH für eine einheitliche Anwendung des Kaufrechts, wobei der rechtlichen Beurteilung der Softwareleistung in diesem Urteil allerdings keine entscheidende Bedeutung zukam. In der Folge arbeitete der BGH mit dem Ansatz, dass Software an einen Datenträger gebunden sei und jedenfalls dieser eine Sache darstelle.³⁸ Eine Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht erfolgte - und erfolgt noch immer - danach, ob es sich bei dem Vertragsgegenstand um Standard- oder Individualsoftware handelt.³⁹ Denn der Vertrieb von vorgefertigter Standardsoftware gegen ein einmaliges Entgelt legt die Annahme eines Kaufvertrages zumindest nahe⁴⁰, während individuell auf den Kunden zugeschnittene Software eher in die werkvertragliche Richtung weist. Diese Einteilung birgt die Gefahr einer etwas willkürlichen Unterscheidung, da aufgrund der vielfältigen Anpassungsmöglichkeiten moderner Software auf die Wünsche des Kunden nicht unbedingt strikt zwischen Standard- und Individualsoftware unterschieden werden kann. Immerhin hat der BGH mit der grundsätzlichen Öffnung des Kaufrechts eine Entscheidung getroffen, der sich die Rechtsmeinung überwiegend angeschlossen hat.⁴¹ Der BFH hingegen vertrat die Meinung, dass sowohl Individual- als auch Standardprogramme zunächst einmal als immaterielle Wirtschaftsgüter angesehen werden müssten.⁴² Die Eigentumsübertragung am Datenträger sei sekundär und nicht das eigentliche Kaufziel. Darauf reagierte der BGH zwei Jahre später, als er die Lieferung von Standardsoftware durch Direktübertragung rechtlich zu beurteilen hatte.⁴³ Er stellte fest, dass die Übertragung von Software mittels Datenträgers durch die fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten obsolet geworden sei. Dies allein rechtfertige jedoch keine abweichende rechtliche Betrachtung. Ob Software eine Sache darstelle, sei unerheblich. Vielmehr gehe es nur darum, ob Computerprogramme einer beweglichen Sache soweit angenähert sind, dass im Falle ihrer Mangelhaftigkeit die kaufrechtliche Mängelgewährleistung eingreife.⁴⁴ Dies wurde in dem dem BGH vorliegenden Fall angenommen. Auch wenn damit keine ständige Rechtsprechung begründet wurde⁴⁵, war der Weg zur Anwendung des Kaufvertragsrechts entgültig eingeschlagen⁴⁶.

³⁵ Vgl. hierzu die Kritik von *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, S. 3129.

³⁶ BGH WM 1971, 615 [616 ff.].

³⁷ BGH WM 1983, 685 [685 ff.].

³⁸ BGHZ 102, 135 [140] und NJW 1988, 406 [407]. Der Lehre von der Sachqualität von Software durch Verkörperung auf einem Datenträger schloss sich auch die herrschende Meinung in der Lit. an; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, S. 82 mwN.

³⁹ Vgl. *Koitz*, S. 35 mwN; *Junker/Benecke*, Rn. 163 f.

⁴⁰ BGHZ 102, 135 [141] und NJW 1988, 406 [407]. Beachte hierbei die vage Formulierung des 1. Leitsatzes, das Kaufrecht sei „auf Softwareüberlassungsverträge zumindest entsprechend anwendbar“.

⁴¹ *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, S. 3128.

⁴² BFH CR 1987, 576 [576 ff.].

⁴³ BGH Jur-PC 1990, 406 [406 ff.].

⁴⁴ BGH Jur-PC 1990, 406 [409].

⁴⁵ Vgl. z.B. die Anwendung des Werkvertragsrechts in BGH NJW 1993, 1063 [1063 ff.].

⁴⁶ So auch die Wertung durch *Ulmer*, CR 2000, S. 493; vgl. auch *Junker*, NJW 2005, S. 2831.

Abweichend hiervon wird Software nach dem Sprachgebrauch in der Praxis häufig nicht „verkauft“, sondern „lizenziert“. Ein solcher Lizenzvertrag betrifft jedoch weniger den Rechtsgrund der Überlassung als vielmehr die Regelung der urheberrechtlichen Befugnisse an der Software, die insoweit die Bestimmungen der §§ 69 a ff. UrhG ergänzen.⁴⁷ Insofern ist Kaufrecht auch dann anwendbar, wenn eine Softwareüberlassung ausdrücklich als „Lizenzvereinbarung“ bezeichnet wird.⁴⁸ Es ist jedoch darauf zu achten, ob durch die Lizenzvereinbarung die Vertragspflichten so modifiziert wurden, dass die Anwendung des Kaufrechts nicht mehr interessengerecht ist.⁴⁹ Ein Beispiel hierfür wäre eine zeitlich beschränkte Nutzung, die in die Richtung der Softwaremiete weist, ebenso wie eine Dienstleistungsvereinbarung, durch die wichtige Zusatzpflichten (wie die regelmäßige Zur-Verfügung-Stellung bestimmter Datensätze) der Vereinbarung Dienst- oder Werkvertragcharakter gibt.

(2) Eine Beurteilung anhand der Datenbanknutzung

Eine andere, aber ähnliche Problemstellung ergab sich in der Frage der Haftung bei Online-Datenbanken. In diesen Datenbanken recherchiert der Nutzer seine Informationen selbst und lädt sie gegen ein Entgelt herunter. Auch hier stellt sich die Frage nach der Anwendung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung bei fehlerhaften Informationen. In der Literatur wird die Anwendung des Kaufvertragsrechts teilweise abgelehnt. Das liegt daran, dass sich der Abruf einer Information aus einer Datenbank in zwei Phasen gliedern lässt. In der ersten Phase durchsucht der Kunde die Datenbank mittels eines bereitgestellten Programms, d.h. er handelt bei der Datenbankrecherche selbst. Er nutzt die Datenbank in seinem Sinne, weshalb bezüglich dieser Leistung eine Einordnung als Miet- bzw. Pachtvertrag oder Vertrag sui generis vorgeschlagen wird.⁵⁰ In der zweiten Phase wird dem Nutzer die gefundene Information per Download übermittelt. Für den Erwerb der Information wird allerdings wiederum eine kaufrechtliche Komponente befürwortet, da dem Kunden eine faktische Nutzungsmöglichkeit an der Information eingeräumt wird.⁵¹ Jedenfalls für den Erwerb der Information wird damit die eigentliche Übermittlung grundsätzlich kaufrechtlich beurteilt.⁵²

(3) Eine Beurteilung bei individualisierten Informationen

Eine andere Lösung ergibt sich mitunter, wenn der Kern der vertraglichen Leistung nicht im bloßen Bereitstellen der betreffenden Information besteht, sondern sie speziell auf den Nutzer abgestimmt wird. Bei dieser Art besonderer Beschaffung, die in gewissem Umfang individualisierte Elemente ent-

⁴⁷ Ursprünglich bedeutet Lizenzieren das Einräumen eines Nutzungsrechts an einem gewerblichen Schutzrecht. Vgl. zu Lizenzen *Junker/Benecke*, Rn. 160 mwN.; *Sieber*, CR 1992, S. 523.

⁴⁸ *Dreier/Würfel*, Handbuch des Technikrechts, S. 552.

⁴⁹ *Junker/Benecke*, Rn. 161.

⁵⁰ Für einen Miet- bzw. Pachtvertrag: *Mehrings*, NJW 1993, S. 3105. Für einen Vertrag sui generis: *Schulz*, Die Zukunft der Informationssysteme, 1986, S. 736. Für eine einzelfallbezogene Beurteilung *Sieber*, CR 1992, S. 523 f.

⁵¹ *Mehrings*, NJW 1993, S. 3105. Unter Hinweis auf *Mehrings* auch *Sieber*, CR 1992, S. 523.

⁵² So auch die Auffassung in *Staudinger/Köhler*, § 433 Rn. 52; *MüKo/Westermann*, Vor § 433 Rn. 30; *Jessen/Müller* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 342. Diese Rechtsansicht geht auch einher mit dem Willen des Gesetzgebers, der generell auch „andere Werthe als Sachen oder Rechte“ als möglichen Gegenstand eines Kaufes wertete; *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle, S. 51. Von einer näheren rechtlichen Ausgestaltung solcher Käufe wurde nur deshalb abgesehen, weil „dasjenige, was in denselben dem Verkäufer obliege, sich aus dem Inhalte des Vertrags unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und allenfalls der Verkehrssitte von selbst ergebe“; *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle, S. 51.

hält, könnte daher die Anwendung des Werkvertrags näher liegen. Eine weitere Möglichkeit wäre die Annahme eines Beratungsvertrages. Mangels Regelung eines solchen Vertragstyps im BGB hinge dann der konkrete Inhalt von den individuellen Vereinbarungen der Parteien ab. Generell dürfte sich ein solcher Vertrag als eine Art Dienstvertrag an den §§ 611 ff. BGB orientieren.⁵³ In den Fällen, in denen ein Anbieter seinen Kunden dauerhaft Inhalte und Dienste zur Verfügung stellt, wird ein „Verfügbarkeitsvertrag“ als neue Vertragsart angeregt.⁵⁴ Voraussetzung ist hierbei, dass der Nutzerkreis insofern beschränkt ist, als die Leistungen nur denjenigen offen stehen, die durch eine Teilnehmergebühr ein Dauerschuldverhältnis mit dem Anbieter eingehen.⁵⁵ Inhaltlich soll der Verfügbarkeitsvertrag zumindest teilweise an einen Mietvertrag angelehnt werden. Problematisch erscheint bei diesem Vorschlag der Versuch, einen Großteil von Internet-Dienstleistungen im Rahmen einer einzigen Vertragsart regeln zu wollen. So ist die Nähe zur Miete bei Zugängen zu Telefonienetzen, Rechen- oder Datenspeicherkapazitäten oder Datenräumen für Hochsicherheitsdaten sicherlich nicht von der Hand zu weisen⁵⁶, doch beim Abruf von Informationen erscheint der Mietvertrag als Regelung zur Überlassung auf Zeit eher fernliegend. Immerhin liegt es im Wesen der Miete, dass die Mietsache gem. § 546 Abs. 1 BGB nach Ablauf des Mietverhältnisses wieder an den Vermieter zurückgegeben wird. Das erscheint schwierig bei einer Information, die stets auch bei demjenigen verbleibt, der sie besitzt. So müssen beim Informationsabruf letztlich doch wieder kaufvertragliche Elemente hinzugezogen werden.⁵⁷

(4) Die Beurteilung nach der Schuldrechtsreform

Seit der Schuldrechtsreform von 2002 existiert mit § 453 Abs. 1 BGB eine Norm, die das Kaufrecht ausdrücklich „sonstigen Gegenständen“ öffnet. Im Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde darauf verwiesen, dass die Regelungen über den Kauf auch auf technisches Know-how, Software, Werbeideen usw. anwendbar sind.⁵⁸ Dies wurde auch so in den verschiedenen Kommentierungen des § 453 Abs. 1 BGB übernommen⁵⁹, ohne klar darauf einzugehen, ob auch Informationen darunter fallen. Generell werden in § 453 Abs. 1 BGB Immaterialgüter erfasst, die keine Rechte darstellen⁶⁰, soweit sie übertragbar sind. Informationen sind keine Rechte; sie können auch weitergegeben werden, eine vollständige Übertragung im Sinne des BGB ist jedoch nicht möglich. Denn eine solche Übertragung (bei Sachen) bzw. Abtretung (bei Rechten) besteht nach Wertung der §§ 929 ff. BGB sowie der §§ 398 ff. BGB nur dann, wenn der Gegenstand vollständig auf den Erwerber übergeht und kein Rest beim Veräußerer verbleibt. Derjenige aber, der eine Information besitzt, behält sie auch trotz der Weitergabe.⁶¹ Für eine Anwendung des § 453 BGB muss demnach eine bloße Weiterreichbarkeit der Information genügen. Die Gesetzesbegründung sagt hierzu nichts. Die Beispiele, die für die An-

⁵³ *Erman/Ehmann*, § 675, Rn. 140.

⁵⁴ *Kloos/Wagner*, CR 2002, S. 868 ff.

⁵⁵ *Kloos/Wagner*, CR 2002, S. 869.

⁵⁶ Dies sind die Beispiele von *Kloos/Wagner*, CR 2002, S. 865.

⁵⁷ *Kloos/Wagner*, CR 2002, S. 870.

⁵⁸ Diskussionsentwurf, zu § 451 - Rechtskauf - Abs. 1; S. 538.

⁵⁹ *Palandt/Putzo*, § 453, Rn. 9, auch schon im Ergänzungsband zur 61. Auflage, dort Rn. 10, gibt als Beispiele Werbeideen, Know-How, aber auch Domain-Adressen an. Ebenso *Jauernig/Berger*, der in § 453 Rn. 11 von Know-How, Geschäftsideen sowie Erwerbs- und Gewinnchancen spricht. *Ott/Läier/Heussen*, Teil III, Rn. 480, erwähnen technisches Know-How und Software.

⁶⁰ *Palandt/Putzo*, § 453, Rn. 9.

⁶¹ Vgl. hierzu im 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 1.

wendung des § 453 Abs. 1 BGB genannt werden, gehen jedoch zumindest in diese Richtung. § 453 Abs. 1 BGB soll Auffangfunktion haben⁶², da durch diese Norm § 445 BGB a.F. entbehrlich wird⁶³. § 445 BGB a.F. regelte kaufähnliche Verträge und hatte so seinerseits Auffangfunktion.⁶⁴ Funktion eines Auffangtatbestandes ist es vor allem, Grenzfälle aufzunehmen, die sich trotz aller Unterschiede dem Wesen der Grundregelung annähern. Daher stellt sich die Frage nach dem Wesen eines Kaufvertrages, ob es mithin wesentlich auf die Eingrenzung des Kaufgegenstandes ankommt. Die Rechtsprechung immerhin hat im Zusammenhang mit Informationen häufig auf die Verkörperung als Kaufsache abgestellt. Gerade bei digitalen Produkten bzw. Informationen macht es jedoch kaum einen Unterschied, ob sie als bloße Datei vorliegen oder auf einem Datenträger gebunden sind, zumal jeder Nutzer die Möglichkeit hat, Daten dauerhaft auf einem Träger zu speichern, sei es mittels eines klassischen Diskettenlaufwerks, sei es mittels USB-Ports, CD- oder DVD-Brennern.⁶⁵ Daher erscheint die Körperlichkeit für einen Kauf nicht wesentlich.⁶⁶ Insofern scheint das Kaufrecht über § 453 Abs. 1 BGB auch den bloßen Informationen eröffnet.

Allerdings fällt auf, dass in dieser Norm nur Immaterialgüter genannt werden, die zuvor „geschaffen“ worden sind: Software wurde programmiert. Die Werbeidee wurde entwickelt. Auch Know-how muss zunächst erworben werden, bevor es verkauft werden kann. Die bloße Information dagegen existiert schlichtweg. Dies könnte demnach gegen eine Anwendbarkeit des § 453 Abs. 1 BGB sprechen. Insofern müsste jedoch eine Abgrenzung zwischen geschaffenen und natürlichen Immaterialgütern, wie der Idee und der Information, vorgenommen werden. Dies gestaltet sich außerordentlich schwierig, denn es lässt sich kaum beurteilen, wann eine Information als solche belassen (mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des § 453 Abs. 1 BGB) und wann sie zu einem höherwertigen Immaterialgut aufgewertet wurde (und somit das Kaufrecht eröffnet wäre). Eine solche Abgrenzung würde auch dem Grundwesen des Kaufes widersprechen. Kauf ist die Weitergabe eines Gegenstandes gegen Entgelt zur zeitlich unbegrenzten Nutzung.⁶⁷ Bei der entgeltlichen Weitergabe von Information handelt es sich um einen solchen vertragsmäßigen Austausch. Information kann demnach grundsätzlich als „Ware“ weitergegeben werden. Sie ist veräußerbar und stellt daher einen sonstigen Gegenstand i.S.d. § 453 Abs. 1 BGB dar.⁶⁸

⁶² So auch *Jauernig/Berger*, § 453, Rn. 11.

⁶³ So die Gesetzesbegründung, Diskussionsentwurf, zu § 451 - Rechtskauf - Vorbemerkung; S. 537. Wortlaut des § 445 BGB aF: „Die Vorschriften der §§ 433 bis 444 [allgemeine Vorschriften über den Kauf] finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.“

⁶⁴ Vgl. *Mugdán*, Bd. 2, S. 657, da bei der Beratung einer entsprechenden Parallelnorm vor allem die „Veräußerung gegen Entgelt“ als wesentlich für den Kauf bewertet wurde. Aufgefangen wurden viele Neuerungen auch durch eine beträchtliche Ausdehnung des Sachbegriffes im Rahmen des § 433, *MiKo/Westermann*, § 445 Rn. 1 (3. Aufl.). Merkwürdigerweise ist auch bei der rechtlichen Beurteilung von Software die Rechtsprechung nie auf diese Norm eingegangen, sondern hat den Weg über die Erweiterung des Sachbegriffes gesucht, vgl. die Formulierung des ersten Leitsatzes bei BGH CR 2000, 207.

⁶⁵ So auch *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 82 mwN; *Junker*, NJW 2004, S. 3167 mwN.

⁶⁶ In diese Richtung auch *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 339 und im Hinblick auf Individualsoftware *Junker*, NJW 2005, S. 2832.

⁶⁷ *Wüstenberg*, JA 2003, S. 425.

⁶⁸ So auch ein knapper Hinweis in *Palandt/Putzo*, § 433 Rn. 10; *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 83; *Junker*, NJW 2004, S. 3167 mwN.; *Junker/Benecke*, Rn. 157. Zu grundlegender Kritik, bei der Schuldrechtsreform sei auf die Besonderheiten der IT nicht genügend eingegangen worden, vgl. *Mathias Lejeune*, „IT-Besonderheiten der Schuldrechtsreform: Ein Praxisüberblick“, *K&R* 2002, S. 441 ff.

Bei der Beschaffung individualisierter Informationen musste bislang zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht entschieden werden. Eine solche Abgrenzung könnte mittlerweile hinfällig geworden sein, da durch die Schuldrechtsreform die Gewährleistung dieser beiden Vertragstypen angeglichen wurde⁶⁹. Dennoch existieren nach wie vor wichtige Unterschiede, da dem Besteller das Privileg verbleibt, das Werk nach §§ 640 ff. BGB abzunehmen. Erst dadurch wird gem. § 634 a Abs. 2 BGB der Beginn der Verjährung ausgelöst. Aufgrund dieser Unterschiede muss die Abgrenzung von Werk- und Kaufvertragsrecht beibehalten werden. Im neuen Schuldrecht ist durch die Umgestaltung des § 651 BGB die Tendenz erkennbar, den Großteil der Verträge, die eine Beschaffung beinhalten, dem Kaufvertragsrecht zuzuweisen. Dem gesetzgeberischen Willen ist insofern zu folgen, als auch die Bereitstellung von Informationen, die in geringem Umfang individualisiert sind, als Kaufvertrag zu behandeln sind, solange der Kern des Vertrages auf der Übergabe der Informationen liegt.⁷⁰ Dies ist in den Fällen angebracht, in denen eine große Menge standardisierter Informationen die Nachfrage vieler befriedigen.⁷¹

cc. Informationsverträge als Verbrauchsgüterkauf?

Nachdem das Schuldrecht durch die Reform eine deutliche Hinwendung zum Verbraucherschutz erfahren hat, ist es für den E-Commerce im B2C-Bereich wichtig, ob insoweit auch die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf anwendbar sind, wenn am Vertragsschluss Unternehmer und Verbraucher i.S.d. §§ 13 und 14 BGB beteiligt sind.

Der Anwendungsbereich der Regeln für den Verbrauchsgüterkauf ist nach dem Gesetzeswortlaut allerdings nur dann eröffnet, wenn Kaufgegenstand eine bewegliche Sache ist. Hier wird an die Begrifflichkeit der §§ 90 und 90 a BGB angeknüpft. Immaterielle Güter erscheinen daher vom Anwendungsbeereich der §§ 474 ff. BGB ausgeschlossen.⁷² Ein solcher Ausschluss ist jedoch im Hinblick auf die Nähe von Sachen und immateriellen Gütern im Kaufrecht nicht unbedingt sachgerecht. § 453 BGB erklärt die kaufrechtlichen Regelungen auch bei Informationen für anwendbar, bezieht sich dabei aufgrund seiner systematischen Stellung allerdings nur auf die vorausgehenden Paragraphen. Über den Umweg des § 453 BGB lassen sich die §§ 474 ff. BGB jedenfalls nicht anwenden.⁷³ Aufgrund dieses Befundes wird zum Zwecke eines erweiterten Verbraucherschutzes eine „vorsichtige Analogiebildung“ auch bei Informationsverträgen angeregt.⁷⁴ Argument für eine Öffnung der §§ 474 ff. BGB ist zum einen die Nähe von körperlicher und immaterieller Ware, zum anderen die Tatsache, dass der Gesetzgeber bei dem Ausschluss von immateriellen Kaufgegenständen lediglich Strom-, Gas- und Wasserlieferungsverträge im Blick hatte, um so nicht die detaillierten Allgemeinen Bedingungen für die entsprechenden

⁶⁹ *Spindler/Klöhn*, CR 2003, S. 81.

⁷⁰ Dafür sprechen sich *Spindler/Klöhn*, CR 2003, S. 83 aus. Software, die von einem Nutzer bestellt und entsprechend auf diesen zugeschnitten wurde, soll daher als Werkvertrag eingeordnet werden. Nach dem BGH kommt es bei der Bestimmung des Vertragsinhalts vor allem auf den erkennbaren Parteiwillen an; z.B. BGH NJW 2002, 3323 [3324] anlässlich der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag.

⁷¹ *Spindler/Klöhn*, CR 2003, S. 83. Eine andere Interessenlage wird bei Verträgen bestehen, die daneben zunächst einmal die Erstellung der Software betreffen, vgl. hierzu *Michael Schmidl*, „Softwareerstellung und § 651 BGB - ein Versöhnungsversuch“, MMR 2004, S. 590 ff. Zur Einordnung von Softwareverträgen nach neuem Schuldrecht auch *Kotthoff*, „Softwareerstellung-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung“, K&R 2002, S. 105 ff. sowie *Müller-Hengstenberg*, „Vertragstypologie der Computersoftwareverträge“, CR 2004, S. 161 ff.

⁷² Vgl. *Palandt/Putzo*, § 474, Rn. 3.

⁷³ *Palandt/Putzo*, § 453, Rn. 1 und § 474, Rn. 6; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, S. 84.

⁷⁴ *Spindler/Klöhn*, CR 2003, S. 85.

Verträge anzutasten.⁷⁵ Demgegenüber erscheint es geradezu merkwürdig, wieso der Gesetzgeber den Verbraucherschutz im Bereich des Informationsabrufs ausschalten sollte, zumal der Verbraucherschutz bislang stets an einen Vertragstyp oder eine Absatzform geknüpft war, nicht aber an die Form des Kaufgegenstandes.

Auch wenn diese Argumente alle eingängig sind, wird man beim Kauf von Informationen aus Gründen der Rechtssicherheit auf einen Verbraucherschutz verzichten müssen. Denn es ist unklar, welche Regelungen auch für Informationsgeschäfte gelten sollen und welche nicht. Die Anwendung der §§ 474 ff. BGB ist eine Entscheidung contra legem. Nicht nur immaterielle Güter, sondern auch Rechte sind von den verbraucherschützenden Regelungen ausgeschlossen. Grund dafür ist offenbar die Flüchtigkeit dieser Kaufgegenstände, durch die der Unternehmer - trotz aller Bestrebungen zur Verstärkung des Verbraucherschutzes - unangemessen benachteiligt würde. Die in § 476 BGB normierte Beweislastumkehr bewirkt eine große Missbrauchsgefahr, da jeder Verbraucher einen Mangel der Information behaupten könnte, auch längst nachdem sie schon gelöscht ist. All diese Gründe sprechen dafür, die §§ 474 BGB nicht auf den Informationskauf anzuwenden. Dabei wird es aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig sein, diese Aussage für sämtliche, d.h. auch die an einen materiellen Datenträger gebundene Information zu tätigen. Dies muss aus dem Gedanken heraus erfolgen, dass gespeicherte Information von der Rspr. lediglich wie eine bewegliche Sache behandelt wird, sie jedoch nicht eine solche ist. Wenn ein erweiterter Verbraucherschutz auch noch so wünschenswert ist⁷⁶, ist beim Abruf von Informationen aus dem Internet dennoch lediglich ein Verweis auf die Schutzvorschriften des Fernabsatzrechts, §§ 312 b ff. BGB, möglich⁷⁷.

dd. Fernabsatz und E-Commerce

Fernabsatzverträge sind gem. § 312 b Abs. 1 BGB solche, die über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, so lange der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.⁷⁸

[1] Hauptleistung des Vertrags muss demnach die Lieferung von Waren oder die Erbringung einer Dienstleistung sein.⁷⁹ Die beiden Begriffe „Ware“ und „Dienstleistung“ wurden vom deutschen Gesetzgeber aus der Fernabsatzrichtlinie von 1997 übernommen⁸⁰. „Ware“ erfasst dabei alle beweglichen, körperlichen Gegenstände⁸¹ und Wertpapiere⁸². Mithin stellt sich wieder die Frage nach einer Anwendbarkeit auf Informationsverträge. Praktischer Ausgangspunkt ist hierbei wiederum meist

⁷⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 243, *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 85.

⁷⁶ Vgl. *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 85.

⁷⁷ Instruktiv hierzu *Janal*, S. 14 ff. und *Gounalakis/Leßmann/Leßmann*, § 11, Rn. 1 ff.

⁷⁸ Zum Fernabsatzrecht s. auch *Hoeren*, S. 29 ff.; *Hoeren/Queck/Merkel*, S. 170 ff.; *Merx/Tandler/Hahn/Hahn*, 4.3.1, S. 60 ff.

⁷⁹ *Palandt/Grüneberg*, § 312 b, Rn. 10.

⁸⁰ Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; ABl L Nr. 144 vom 4.6.1997. Die Erweiterung auf Finanzdienstleistungen erfolgte erst im Nachhinein aufgrund der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, ABl. L Nr. 271 vom 09.10.2002.

⁸¹ *Janal*, S. 30; *Palandt/Grüneberg*, § 312 b, Rn. 10.

⁸² *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 b, Rn. 27.

der Fernabsatzvertrieb von Software. § 312 d Abs. 4 Nr. 2 BGB beschäftigt sich ausdrücklich mit Software, so dass von einer Öffnung des Fernabsatzrechts ausgegangen werden muss. Auch hierbei gilt: Eine Online-Übertragung kann im Vergleich zur Lieferung auf einem Datenträger für die rechtliche Bewertung eines Geschäfts keinen Unterschied machen. Daher sollen auch online übertragene Daten unter den Warenbegriff fallen.⁸³ „Dienstleistung“ ist im gemeinschaftsrechtlichen Kontext weit auszulegen⁸⁴ und erfasst deshalb alle Leistungen, die Gegenstand eines Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrags sein können.⁸⁵ Unentgeltliche Rechtsgeschäfte werden aus dem Fernabsatzrecht regelmäßig herausfallen.⁸⁶

[2] Der Vertrag muss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden. § 312 b Abs. 2 BGB definiert diesen Begriff, wobei unter anderem E-Mails sowie Tele- und Mediendienste erfasst werden. Somit sind sämtliche Möglichkeiten eines Vertragsschlusses im Internet abgedeckt. Die Fernkommunikationsmittel müssen dabei von der Anbahnung des Vertrages bis zu seinem Abschluss eingesetzt werden.⁸⁷

[3] Das Vertriebs- oder Dienstleistungssystem muss für den Fernabsatz organisiert sein, m.a.W. müssen vom Anbieter in personeller und sachlicher Hinsicht die Voraussetzungen geschaffen worden sein, um regelmäßig Geschäfte im Internet vornehmen zu können.⁸⁸ Die Unterhaltung eines Online-Shops ist hierfür ausreichend.⁸⁹ Anders verhält es sich unter Umständen, wenn lediglich das Angebot samt Angabe einer Kontaktmöglichkeit dargestellt wird, wobei jedenfalls die Einrichtung einer Bestellmöglichkeit per E-Mail ebenfalls für die fernabsatztaugliche Systemorganisation spricht.⁹⁰

Bei der Nutzung fremder Plattformen durch den Anbieter gestaltet sich die Lage schwieriger. Gemeint sind hierbei diejenigen Anbieter, die ihre Waren und Dienstleistungen über Online-Marktplätze veräußern.⁹¹ Der Anbieter bedient sich in solchen Fällen zwar eines fremden Vertriebssystems, hat es allerdings nicht selbst eingerichtet. Dies sollte jedoch ebenfalls zur Anwendung des Fernabsatzrechts führen. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Anbieter ein eigenes Vertriebssystem organisiert oder ein bereits bestehendes nutzt. In beiden Fällen besteht jedenfalls ein gezielter Absatz über das Internet.⁹²

[4] Schließlich darf kein Ausnahmetatbestand i.S.d. § 312 b Abs. 3 BGB vorliegen. Die Aufzählung erfasst dabei überwiegend Rechtsgeschäfte, die keine typischen Internetgeschäfte darstellen, z.B. Pizza-Bringdienste, § 312 b Abs. 3 Nr. 5 BGB.

⁸³ So auch *Härting*, FernAbsG, § 1, Rn. 54; *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 b, Rn. 28.

⁸⁴ *Janal*, S. 30; *Palandt/Grüneberg*, § 312 b, Rn. 10 c.

⁸⁵ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 b, Rn. 31.

⁸⁶ Ausführlich hierzu *Janal*, S. 31 ff.

⁸⁷ *Schmittmann*, K&R 2004, S. 362. Von einzelnen Unternehmen praktizierte Umgehungsversuche durch die Vorlage eines schriftlichen Vertrages wurden allerdings von der Rspr. aufgrund des Schutzgedankens des § 312 f S. 2 BGB ebenfalls als Fernabsatzverträge bewertet, OLG Schleswig, NJW 2004, 231 [232].

⁸⁸ BT-Drs. 14/2658, S. 30; *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 b, Rn. 50; *Janal*, S. 26; *Lorenz*, JuS 2000, S. 838; *Härting*, FernAbsG, § 1, Rn. 75 f.

⁸⁹ *Lorenz*, JuS 2000, S. 838.

⁹⁰ Ausführlich *Janal*, S. 26 f.; nach dem Umfang der Website differenzierend *Härting*, FernAbsG, § 1, Rn. 81.

⁹¹ Beispiele hierfür sind professionelle Verkäufer bei Online-Auktionshäusern wie eBay, aber auch elektronische schwarze Bretter wie das „Zentrale Verzeichnis Antiquarischer Bücher“, im Internet unter <<http://www.zvab.com>>.

⁹² Aus diesem Grund hat die Rspr. auch ein Widerrufsrecht bei Abschluss eines Fernabsatzvertrages in einer Online-Auktion angenommen, BGH K&R 2005, 33 ff. = MMR 2005, 37 ff. m. Anm. *Spindler*. Zum selben Ergebnis kommt auch *Janal*, S. 27, die argumentativ auf die Entstehung der Fernabsatzrichtlinie verweist.

Typischerweise werden also auch Informationsverträge dem Fernabsatzrecht unterliegen. Daher bestehen auf Seiten des Unternehmer-Anbieters gegenüber dem Verbraucher-Nutzer bestimmte Informationspflichten und Pflichten zur Sicherung der Transparenz des Geschäfts⁹³ sowie ein 14-tägiges Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 355 ff. BGB. Dieses Widerrufsrecht ist allerdings nach § 312 d Abs. 4 Nr. 2 BGB bei Software ausgeschlossen, „sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind“. Grund hierfür ist nach der Gesetzesbegründung in Anlehnung an § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB, dass Software von ihrer Beschaffenheit her nicht für eine Rücksendung geeignet ist.⁹⁴ Daher ist ein Widerrufsrecht auch für online übermittelte Informationen ausgeschlossen, da es nicht möglich ist, eine virtuelle Versiegelung anzubringen und somit eine unberechtigte Nutzung zu verhindern.⁹⁵ Hintergrund dieser Wertung ist wiederum der Umstand, dass Daten nicht „rückstandslos“ zurückgegeben werden können.⁹⁶ Eine „Rückgabe“ ist somit aufgrund der Reproduzierbarkeit von Informationen sinnlos.⁹⁷

b. Inhalt der Information

Da Informationen einen zulässigen Kaufgegenstand darstellen, beurteilt sich auch die Rechtslage im Falle von unvollständigen oder falschen Informationen nach der kaufrechtlichen Gewährleistung.⁹⁸ Dem Verkäufer wird ausdrücklich in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht zur Lieferung eines mangelfreien Kaufgegenstandes auferlegt.

aa. Die mangelhafte Information

Nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Information mangelfrei, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat. Damit liegt § 434 BGB der in der Rechtsprechung entwickelte subjektive Fehlerbegriff zugrunde⁹⁹, d.h. es steht der subjektive Wille der Vertragsparteien im Hinblick auf die Beschaffenheit der Information im Vordergrund¹⁰⁰. Auf objektive Kriterien wird nur insoweit zurückgegriffen, als Vereinbarungen bezüglich der Beschaffenheit fehlen. Da bei der Mangelbestimmung subjektive und objektive Ansätze ineinander greifen¹⁰¹, wird diese Konzeption auch subjektiv-objektiver Mangelbegriff genannt. Der Begriff „Beschaffenheit“ ist im Gesetz nicht definiert, da der Gesetzgeber nicht entscheiden wollte, ob

⁹³ Ausführlich hierzu im Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter II. - IV.

⁹⁴ Dies soll nach dem LG Memmingen, K&R 2004, 359, allerdings nicht für Standardsoftware gelten.

⁹⁵ BT-Drs. 14/2658, S. 44. Entsprechend geht die überwiegende Meinung von einem Ausschluss des Widerrufsrechtes aus, Lorenz, JuS 2000, S. 839 f.; Jauernig/Stadler, § 312 d, Rn. 3; a.A. dagegen Hk-VertriebsR/Tonner, § 312 d, Rn. 32 f., der die Gesetzesbegründung hier anders versteht. Ein interessanter Gedanke findet sich bei Erman/Saenger, § 312 d, Rn. 25, wonach ein Unternehmer, der bewusst keine Versiegelung angebracht hat, auch nicht schutzwürdig ist. Auf einen Download übertragen heißt das, dass ein Widerrufsrecht bestehen kann, sobald es die Möglichkeit einer Versiegelung der Daten gibt, sie jedoch vom Anbieter nicht vorgenommen wurde. Ansatzpunkt wäre hier u.U. die Sicherung der Daten mit einem Verschlüsselungsprogramm, wobei die Übermittlung des Schlüssels an den Kunden der Entsiegelung gleichkäme.

⁹⁶ So der Wortlaut in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2658, S. 44.

⁹⁷ Lorenz, JuS 2000, S. 840.

⁹⁸ Jessen/Müller in Moritz/Dreier, Teil B, Rn. 393.

⁹⁹ Westermann, NJW 2002, S. 243; Schimmel/Buhlmann, E I Rn. 18. Zum Mangelbegriff im Internetrecht vgl. Holzbach/Süßenberger in Moritz/Dreier, Teil C, Rn. 353 f., Koitz, S. 49 ff.

¹⁰⁰ Wenzel, S. 39.

¹⁰¹ Westermann, NJW 2002, S. 243.

damit auch das Umfeld des Kaufgegenstandes erfasst ist.¹⁰² Generell soll den Parteien jedoch ein möglichst großer Freiraum gelassen werden, so dass „Beschaffenheit“ alles erfassen wird, was sie als entscheidend für den Kaufgegenstand ansehen. Dabei genügt es, wenn sie zwar den Parteivereinbarungen, nicht jedoch einer üblichen Gebrauchstauglichkeit entspricht.¹⁰³ Fehlen subjektive Vereinbarungen, ist eine gekaufte Information mangelfrei, wenn sie sich nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB lediglich für die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Daneben ist sie nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auch dann mangelfrei, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Informationen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Information erwarten kann. Insofern müssen sich objektive Kriterien für die Gebrauchstauglichkeit einer Information bestimmen lassen.

Nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB muss sich die Information für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignen. Das setzt die ausdrückliche oder stillschweigende Unterstellung einer bestimmten Verwendung der Information voraus.¹⁰⁴ Damit bestimmt sich die Tauglichkeit nach dem für den Verkäufer objektiv erkennbaren Inhalt des Vertrags. Eine Information, die zu einem bestimmten Zweck aus dem Internet abgerufen wurde, ist damit dann mangelhaft, wenn der Zweck durch sie nicht erreicht wird. Das kann daran liegen, dass die Information entweder falsch oder unvollständig ist. § 434 Abs. 3 BGB weist ausdrücklich darauf hin, dass die Lieferung einer zu geringen Menge einem Sachmangel gleich steht. Auf die Information übertragen bedeutet dies, dass auch eine unvollständige Information mangelhaft ist. Darüber hinaus kann auch eine richtige, vollständige Information einen Sachmangel bergen, wenn die Information schädlich für den Nutzer ist. Typisches Beispiel hierfür ist eine virenverseuchte Software, die beim Nutzer einen Systemabsturz verursacht.¹⁰⁵

Nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB muss sich die Information für die gewöhnliche Verwendung eignen. Diese ist objektiv zu bestimmen aus der Art der Information und den Verkehrskreisen, denen der Käufer angehört. So ist von Belang, ob dieser die Information erkennbar als Verbraucher oder als Unternehmer für einen beruflichen Zweck erwirbt.¹⁰⁶ Gleichzeitig muss die Information eine übliche Beschaffenheit aufweisen. Hier ist auf den Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers abzustellen.¹⁰⁷ Beim Sachkauf ist dabei vor allem zu berücksichtigen, ob es sich um einen Gattungs- oder Stückkauf handelt.¹⁰⁸ Beim Gattungskauf ergibt sich aus § 243 Abs. 1 BGB, dass eine Sache von mittlerer Art und Güte zu liefern ist. Die Frage besteht nun, ob es sich beim Kauf von Informationen um einen Gattungs- oder einen Stückkauf handelt. Ein Gattungskauf liegt dann vor, wenn die geschuldete Leistung nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmt ist.¹⁰⁹ Das ist der Fall bei Gegenständen, die mehrfach vorhanden sind. Informationen haben die Eigenschaft, dass sie sich selbst reproduzieren können, dass sie also mit jeder Übertragung vermehrt werden. Dies könnte für eine Zuordnung zum Gattungskauf sprechen. Die Besonderheit bei Informationen ist jedoch, dass zwar mehrere Personen sie gleichzeitig be-

¹⁰² BT-Drs. 14/6040, S. 213; *Zerres*, JA 2002, S. 715.

¹⁰³ *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 20; *Lediger*, Teil D, Rn. 20.

¹⁰⁴ *Palandt/Putzo*, § 434, Rn. 21.

¹⁰⁵ Dass letztlich Dritte, wie Programmierer von Viren oder Würmern, für die Verseuchung verantwortlich sind und nicht der Softwarehersteller, ist unerheblich. Der Mangel wird verschuldensunabhängig bestimmt.

¹⁰⁶ *Palandt/Putzo*, § 434, Rn. 27.

¹⁰⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 214; *Wenzel*, S. 44.

¹⁰⁸ *Wenzel*, S. 44.

¹⁰⁹ *Brox/Walker*, § 8, Rn. 1.

sitzen können, aus ihnen allerdings dadurch nicht verschiedene Informationen werden.¹¹⁰ Wenn es sich aber stets um dieselbe Information handelt, liegt kein Gattungskauf, sondern ein Stückkauf vor. Insofern führt es nicht weiter, die übliche Beschaffenheit durch ein Heranziehen des § 243 Abs. 1 BGB bestimmen zu wollen. Um dennoch eine Wertung vorzunehmen, muss ein entsprechender Vergleich abstrakt bzw. normativ angestellt werden.¹¹¹ Es gilt also die Hypothese, wie eine Information gleicher Art wäre und welche Erwartungen an diese zu setzen wären, wenn es sie tatsächlich gäbe. Im Ergebnis wird man hier wiederum an die Interessen eines Durchschnittskäufers anknüpfen müssen¹¹², so dass bei der Bestimmung der Mangelfreiheit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB keine unterschiedlichen Ergebnisse zu erwarten sind.

(1) Der Einfluss von Werbeäußerungen

Gemäß § 434 Abs. 1 S. 3 BGB wird die übliche Beschaffenheit auch durch öffentliche Äußerungen des Verkäufers, Herstellers oder seines Gehilfen bestimmt. Das umfasst ausweislich des Gesetzestextes vor allem Werbung, die für die Information betrieben wird. Zweck dieser Vorschrift ist eine Erweiterung der Soll-Beschaffenheit der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung.¹¹³ Es geht darum, nachprüfbar Aussagen über konkrete Eigenschaften der Information mit in den Mangelbegriff und damit letztlich in die Haftung des Verkäufers zu integrieren. Nicht umfasst werden von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB daher blumige Werbeaussagen oder reißerische Anpreisungen allgemeiner Art.¹¹⁴ Häufig werden bei Daten jedoch lediglich technische Details angegeben, wie deren Größe, Pixelzahl etc. Diese Angaben sind indes nicht als Werbeaussagen, sondern als Eigenschaftsbeschreibung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen.¹¹⁵ Auch wenn der Verkäufer im Rahmen individueller Kommunikation, zum Beispiel per E-Mail, Äußerungen bezüglich der Information macht, wird es sich i.d.R. nicht mehr nur um bloße Werbung, sondern bereits um eine Beschaffenheitsvereinbarung handeln.¹¹⁶

Werbeäußerungen i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB beeinflussen die übliche Beschaffenheit dann nicht, wenn der Verkäufer die Äußerung (seitens des Herstellers oder dessen Gehilfen) weder kannte, noch kennen musste. Ob ein solcher Fall vorliegt, hängt von der Art der digitalen Information ab. So ist bei einer bloßen Information, die nicht hergestellt, sondern lediglich herbeigeschafft wurde, § 434 Abs. 1 S. 3 BGB nicht anwendbar. Denn das reine Herbeischaffen kann nicht mit dem Herstellungsvorgang verglichen werden.¹¹⁷ Insofern kann es keinen „Hersteller“ einer Information geben, der dazu noch personenverschieden mit dem Verkäufer ist. „Unkenntnis“ existiert daher bei bloßen Infor-

¹¹⁰ *Mehrings* drückt es so aus, dass es sich um dieselbe (nicht nur die gleiche) Information handelt, NJW 1993, S. 3103.

¹¹¹ *Wenzel*, S. 45.

¹¹² *Junker/Benecke* stellen beim Computerprogramm auf dessen Einsatzzweck ab, Rn. 263.

¹¹³ *Palandt/Putzo*, § 434, Rn. 31.

¹¹⁴ *Schimmel/Bublmann*; E I Rn. 30; *Zerres*, JA 2002, S. 716. Die Äußerung auf einer Website „Mit den hier zu findenden Informationen können Sie innerhalb weniger Tage ein Vermögen anhäufen!“ wäre eine solche Anpreisung, die die Information nicht automatisch mangelhaft macht, wenn ein Kunde trotz Kaufes und Nutzung der Information tatsächlich kein Vermögen verdient hat. Ein Gegenbeispiel wäre die Werbung, dass der Nutzer mit der gekauften Information „up-to-date“ sei. Dann darf der Käufer berechtigterweise erwarten, dass die erworbene Information nicht veraltet ist.

¹¹⁵ *Junker/Benecke*, Rn. 264.

¹¹⁶ *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 30.

¹¹⁷ Wie bereits erörtert, handelt es sich bei Verträgen, bei denen es in erster Linie um die Beschaffung von Informationen geht, nicht unbedingt um einen Informationskauf, so dass in solchen Fällen die kaufrechtliche Mängelgewährleistung auch nicht eingreifen kann.

mationen nicht. Möglich ist es, dass ein Gehilfe des Verkäufers ohne dessen Kenntnis eine Werbeaussage macht. Indes kann sich der Verkäufer in einem solchen Fall nicht auf seine Unkenntnis berufen. Schließlich wird ihm gem. § 278 BGB das Verhalten seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Anders verhält es sich bei hergestellten digitalen Informationen wie Software, bei denen der Vertrieb unabhängig von der Herstellung erfolgen kann.

Die Werbung kann nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB dadurch zurückgenommen werden, dass der Verkäufer die Werbeaussage in gleichwertiger Weise berichtigt.¹¹⁸ So muss der Verkäufer z.B. einen Korrekturhinweis auf die Website stellen, wenn er dort zuvor Werbung betrieben hatte. Nach der Schuldrechtsreform von 2002 wird „Transparenz“ i.S.v. Klarheit und Verständlichkeit von Aussagen noch stärker betont. Ein Korrekturhinweis muss nach diesem Leitgedanken mithin deutlich sichtbar sein. Eine schlichte Korrektur der vorherigen Werbung kann daher u.U. nicht ausreichen. Schließlich erweitert eine Werbeaussage nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB die übliche Beschaffenheit der Information auch dann nicht, wenn sie die Kaufentscheidung des Nutzers nicht beeinflussen konnte. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Käufer die Werbung vor dem Kauf gar nicht zur Kenntnis genommen hatte. Da bezüglich dieser Frage jedoch auf die innere Ursächlichkeit beim Käufer abzustellen ist¹¹⁹, wird der Verkäufer diese fehlende Kausalität in einem Rechtsstreit kaum beweisen können¹²⁰.

(2) IKEA-Klausel auch bei Software?

Unklar ist, ob die neu eingeführte „IKEA-Klausel“ in § 434 Abs. 2 BGB auch auf die Lieferung von Software Anwendung findet.¹²¹ Nach dieser Regelung liegt ein Mangel auch dann vor, wenn die Montage eines an sich mangelfreien Kaufgegenstandes unsachgemäß durchgeführt wurde oder wenn die Montageanleitung mangelhaft ist. Nach einer erstinstanzlichen Entscheidung kann von einem normalen Anwender die Installation einer CD-ROM mit Hilfe der mitgelieferten Installationshinweise nicht erwartet werden, wenn auch ein Diplom-Programmierer daran scheitert.¹²² Die Installationsanleitung eines Programms kann durchaus als eine Art Montageanleitung angesehen werden, da sie dafür gedacht ist, die korrekte Nutzung des Kaufgegenstandes zu ermöglichen. Wenn dies aufgrund der Mangelhaftigkeit der Anleitung nicht möglich ist, hat der Käufer das Nachsehen, selbst wenn das Programm an sich fehlerfrei arbeiten würde.

(3) Rechtsmangel bei Informationen?

Neben Sachmängeln können auch Rechtsmängel bestehen. Nach § 435 S. 1 BGB besteht ein solcher Rechtsmangel, wenn Dritte in Bezug auf den Kaufgegenstand Rechte gegen den Käufer geltend ma-

¹¹⁸ „Gleichwertig“ bedeutet: „mit demselben Wirkungsgrad“, *Palandt/Putzo*, § 434, Rn. 39.

¹¹⁹ *Palandt/Putzo*, § 434, Rn. 39.

¹²⁰ *Westermann*, NJW 2002, S. 245.

¹²¹ Unentschieden noch *Junker*, NJW 2003, 2799; bejahend *Jauernig/Berger*, § 434, Rn. 19.

¹²² AG Nienburg, CR 2001, 83 [83].

chen können.¹²³ Dabei stellt sich die Frage, ob dies auch bei Informationen möglich ist, d.h. ob Rechte auch an einer Information begründet werden können.

Insofern scheint ein Hinweis auf das Urheberrecht zu genügen. Im UrhG werden die Rechte an Immaterialgütern geregelt. Im Mittelpunkt stehen hierbei neben den persönlichkeitsrechtlichen die verwertungsrechtlichen Interessen des Urhebers, so beispielsweise das Recht zur Vervielfältigung oder Verbreitung.¹²⁴ Informationen als Immaterialgüter und Rechte an deren Verwertung - damit scheint die Frage nach Rechten an einer Information beantwortet. Doch der Regelungsbereich des UrhG erfasst nach dessen §§ 2 ff. lediglich Werke, die nach der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 2 UrhG persönliche geistige Schöpfungen sein müssen.¹²⁵ Nach dem Gesetz ist also nur das schützenswert, was zuvor mit einer gewissen Originalität geschaffen wurde.¹²⁶ Bezüglich der Rechte an Informationen wird dies in den §§ 2 Abs. 1 S. 1, 69 a ff. UrhG deutlich, die ausdrücklich nur die Rechte an Software regeln. Als Schöpfung wird auch das Zusammenstellen von Informationen in einer Datenbank angesehen, §§ 4 Abs. 2, 87 a ff. UrhG. Die Datenbank in ihrer Gesamtheit ist es, die demnach dem Schutzbereich des UrhG untersteht, nicht dagegen die Information als solche. Nur derjenige, der Zeit, Kraft und Energie aufgewendet hat, um etwas zu erschaffen, soll auch in den Genuss des Schutzes seiner Rechte kommen. In den Fällen, in denen die angebotene Information gleichzeitig ein Werk i.S.d. §§ 2 ff. UrhG darstellt¹²⁷, können Rechte an dieser Information erworben werden. Bei der bloßen Information ist dies dagegen nicht möglich. Nach § 435 S. 1 BGB ist eine solchermaßen geschützte Information nur dann frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Information keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Generell verbleiben die Urheberrechte beim Schöpfer, sofern nicht - zumindest teilweise - ausdrücklich Rechte dem anderen eingeräumt werden. Daher stellt es einen Rechtsmangel dar, wenn beispielsweise nicht sämtliche für den vertraglich vereinbarten Gebrauch von Software erforderlichen Nutzungsrechte verschafft werden können.¹²⁸

Anders ist es bei Rechten an einer Information, die nicht gleichzeitig ein Werk i.S.d. UrhG darstellt. Denn hierbei müsste es die Rechtsordnung allgemein billigen, dass Rechte an einer Information begründet werden können. Das scheint indes nicht der Fall zu sein. Veranschaulicht werden soll dies durch den Umgang des Gesetzes mit dem umfassendsten Recht an einem Gegenstand, dem Eigentum. Ausgehend von § 903 S. 1 BGB, wird hierbei auf eine Sache i.S.d. § 90 BGB abgestellt. Eine Anwendung auch auf Informationen scheint nicht möglich. Daher wurde schon im 18. Jahrhundert dem Sacheigentum das geistige - geschaffene - Werk als geistiges Eigentum gegenübergestellt.¹²⁹ Das Eigentum ist verfassungsrechtlich in Art. 14 GG geschützt. Danach ist Eigentum die Summe der privatnützigen

¹²³ In die gleiche Richtung geht, sprachlich eingängiger, die Aussage aus dem UN-Kaufrecht, dass ein Rechtsmangel immer dann vorliegt, wenn der Käufer weniger an Recht erhält, als ihm nach dem Kaufvertrag gebührt, wenn der Käufer mithin über den Kaufgegenstand nicht nach Belieben verfügen kann, *Zhang*, S. 27 mwN.

¹²⁴ Vgl. hierzu §§ 11, 15 ff. UrhG.

¹²⁵ Grundsätzlich für die Anwendbarkeit des Urheberrechts im Internet *Winteler/Dreier/Würfel* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 695 ff.

¹²⁶ *Winteler/Dreier/Würfel* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 696.

¹²⁷ D.h. eine gewisse Schöpfungshöhe aufweist, vgl. § 2 Abs. 2 UrhG.

¹²⁸ *Kotthoff*, K&R 2002, S. 109. Zum Rechtsmangel bei Software auch *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 355.

¹²⁹ *Kube*, JZ 2001, S. 946. Vgl. auch *Hans Forkel*, „Das Erfinder- und Urheberrecht in der Entwicklung vom nationalen zum internationalen Schutz des ‚geistigen Eigentums‘“, NJW 1997, S. 1672 ff.

vermögenswerten Rechtspositionen.¹³⁰ Unklar ist bei dieser Definition jedoch, wie sich die Rechtsposition äußert bzw. woran sie geknüpft ist. Nach dem BVerfG ist das Eigentum „in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet.“¹³¹ Das bedeutet, dass das Eigentumsrecht eines sogenannten „Eigentumsgegenstands“ als Zuordnungsobjekt bedarf. Die Rechtsordnung ist generell gegenstandsbezogen.¹³² Wenn Eigentum an einer Information bestehen soll, muss diese daher einen „Eigentumsgegenstand“ darstellen können. Zuordnungsgegenstand kann entweder ein Recht sein oder aber er muss unmittelbar der Außenwelt entstammen.¹³³ Ein solches Recht ist unter anderem das Urheberrecht, weshalb auch geistiges Eigentum durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt wird. Allerdings erfasst es nur die „über die gewerblichen Schutzrechte am geistigen Eigentum vermittelten Vermögensrechte an Informationen“¹³⁴, nicht jedoch die Information als solche¹³⁵. Somit verbleibt die Alternative des ‚der Außenwelt entstammenden Zuordnungsgegenstands‘. Ob für diesen Gegenstand die Verkörperung wesentlich ist oder er auch immateriell sein kann, ist unklar. In der Literatur wird bei Fallbeispielen nur auf körperliche Gegenstände, wie ein Grundstück, abgestellt.¹³⁶ Für ein Eigentumsrecht an Informationen spricht das Bedürfnis, einem Betroffenen bei Zerstörung von Daten, beispielsweise durch einen Virus, insoweit auch deliktische Ansprüche zuteil werden zu lassen. Um Daten i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB schützen zu können, müssen sie insoweit Zuordnungsobjekt eines Rechtsgutes sein. Soweit dies Software betrifft, erscheint die Herleitung eines Eigentumsrechts aufgrund der schon mit der früheren Bejahung der Sacheigenschaft begründeten Sonderstellung noch recht plausibel.¹³⁷ Ungleich schwerer ist dies jedoch bei sonstigen Datensätzen. Das OLG Karlsruhe hat anlässlich der Prüfung einer deliktischen Haftung bei Löschung von Daten auf der Festplatte eines Computers deren Eigenschaft als Schutzgegenstand des Eigentumsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.¹³⁸ Zur Begründung stellt es darauf ab, dass der Eigentümer in § 823 Abs. 1 BGB vor jeder Einwirkung geschützt werden solle, die ihn an einer seinen Wünschen entsprechenden Nutzung hindere.¹³⁹ Wenn auch der dahinterstehende Schutzgedanke als durchaus begrüßenswert erscheinen mag, spricht gegen diese Auffassung die Überlegung, dass ein Wesensmerkmal der Information ihre freie Reproduzierbarkeit ist. Die Information bleibt dabei jedoch stets dieselbe.¹⁴⁰ Wenn ein Gegenstand mehrmals existiert, scheint es schwierig, ihn als eindeutiges Zuordnungsobjekt zu identifizieren. Insofern vermag es die Rechtsordnung auch nicht, Rechtsverhältnisse aus ihm abzuleiten. Es erscheint mithin nicht möglich, Informationen als Träger des Eigentums und damit auch entsprechend abgeleitete - als Handlungsbefugnisse bezeichnete¹⁴¹ - Rechte anzu-

¹³⁰ Vgl. *v. Münch/Kunig/Bryde*, Art. 14, Rn. 11.

¹³¹ BVerfGE 101, 54 [74 f. mwN].

¹³² *Kube*, JZ 2001, S. 944 f.

¹³³ *Kube*, JZ 2001, S. 945.

¹³⁴ *Kloepfer*, § 3, Rn. 58.

¹³⁵ In diese Richtung weist auch BVerfG NJW 2005, 589 [589], das einen Eigentumserwerb an einer Internet-Domain ablehnt. Die Registrierung einer Domain verschaffe lediglich ein relativ wirkendes, vertragliches Nutzungsrecht an der Domain.

¹³⁶ *Kube*, JZ 2001, S. 945.

¹³⁷ *Lehmann*, NJW 1992, S. 1722 f.

¹³⁸ OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200 [201].

¹³⁹ OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200 [201]. Insoweit wurde die Meinung *Gerstenbergs*, NJW 1956, 540 [540] abgelehnt, der jedoch strafrechtliche Überlegungen angestellt hatte, die dieses Problem nicht betreffen. In der Literatur dazu *Spindler*, MMR 1998, S. 25 mwN.

¹⁴⁰ Vgl. 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 1.

¹⁴¹ Vgl. hierzu *Kube*, JZ 2001, S. 945.

erkennen.¹⁴² In der Abwägung dieser beiden Auffassungen, die jeweils ihre nachvollziehbaren Gründe haben, wird ein Kompromiss die beste Alternative sein. Dies lässt sich auch aus einem Versuch des BGH herauslesen, sowohl der Dogmatik als auch dem Schutzgedanken Rechnung zu zollen. Hiernach soll auch die Sachgesamtheit als solche einen gewissen Eigentumsschutz auslösen.¹⁴³ M.a.W. ist das Ganze mitunter mehr wert als die Summe der einzelnen Teile. Dies wird vom BGH respektiert, obwohl er Mühe hat, es zu begründen.¹⁴⁴ Insofern muss der Schutzgedanke i.R.d. Deliktsrechts berücksichtigt werden, wird aber keine entsprechende Zuordnung auslösen können, anhand derer ein Rechtsmangel festgemacht werden kann. Dieses Ergebnis stimmt auch überein mit der Beobachtung, dass das Problem von Rechtsmängeln reiner Informationen nicht zur Sprache gebracht wird. § 435 BGB ist daher beim Kauf von bloßen Informationen nicht anwendbar.

bb. Die Gewährleistungsrechte beim Informationskauf

Dennoch verbleibt es immerhin bei einer Mängelbestimmung nach § 434 BGB. Mangelhafte Informationen lösen entsprechende Gewährleistungsrechte des Käufers aus.¹⁴⁵

(1) Nacherfüllung

Die Rechte des Käufers bei mangelhaften Informationen bestimmen sich nach § 437 BGB, der ein zweistufiges System einführt.¹⁴⁶ Vorrang hat auf der ersten Stufe nach §§ 437 Nr. 1 i.V.m. 439 BGB die Nacherfüllung, die sich nach § 439 Abs. 1 BGB entweder - nach freier Wahl durch den Käufer¹⁴⁷ - durch die Beseitigung des Mangels oder durch die Lieferung eines mangelfreien Kaufgegenstandes auszeichnet. Damit soll dem Verkäufer die Chance der „zweiten Andienung“ gegeben werden.¹⁴⁸ Wie der Verkäufer die Nacherfüllung bewerkstelligen kann, ist im Gesetz nicht allgemein geregelt, sondern bestimmt sich nach dem Einzelfall. Eine Nachbesserung in Form einer Reparatur ist bei der Information aus der Natur ihrer Sache heraus nicht möglich, so dass eine Mangelbeseitigung nur dann stattfindet, wenn die Information unvollständig ist.¹⁴⁹ Somit kann durch Nachlieferung der Restinformation ein Mangel i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB, d.h. eine Zuweniglieferung, behoben werden. Zu beachten ist in einem solchen Falle auch die Regelung des § 439 Abs. 2 BGB, die dem Verkäufer die zum Zwecke der Nach-

¹⁴² Um diesem Dilemma zu entgehen, wurde der Vorschlag gemacht, § 90 BGB um eine Formulierung zu ergänzen, nach der die Vorschriften über Sachen entsprechend „auf sonstige beherrschbare Gegenstände anzuwenden“ sind, „die zulässigerweise im Rechtsverkehr stehen, soweit sie nach der Übung des redlichen Verkehrs wie Sachen behandelt werden“; *Peter Bydlinki*, „Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?“, *AcP* 198 (1998), S. 287 ff. [328]. Gleichzeitig wird jedoch konstatiert, dass die Realität der digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten eine Aufweichung der Bedeutung von Rechten - zumindest von gewerblichen Schutzrechten - nach sich ziehen könnte, *Kloepfer*, § 3, Rn. 59.

¹⁴³ BGHZ 76, 216 [220]. Dies spiegelt auch den Gedanken der §§ 4 Abs. 2, 87 a ff. UrhG wider, vgl. oben.

¹⁴⁴ Der BGH benutzt Schlagworte wie „funktionelle Einheit“, „Wert der Vollständigkeit und Ordnung“, „organisierte Sacheinheit“ etc., BGHZ 76, 216 [220]; vgl. auch *Spindler*, *NJW* 2004, S. 3146, der von der „inneren Ordnung der gespeicherten Daten“ spricht.

¹⁴⁵ So auch schon kurz *Redeker*, *GMD* November 1985, S. 27.

¹⁴⁶ *Schubel*, *JuS* 2002, S. 317; *Zimmer/Eckhold*, *Jura* 2002, S. 148; *Wenzel*, S. 60; *Schimmel/Buhlmann*, *E I Rn.* 56; überblicksartig auch *Koitz*, S. 54 ff.

¹⁴⁷ *Westermann*, *NJW* 2002, S. 248; *Schubel*, *JuS* 2002, S. 316; *Zimmer/Eckhold*, *Jura* 2002, S. 148; *Reischl*, *JuS* 2003, S. 869.

¹⁴⁸ Diskussionsentwurf, zu § 437 Abs. 1, S. 494.

¹⁴⁹ Unter Umständen verhält es sich anders bei mangelhafter Software, die „repariert“ wird; *Junker/Benecke*, *Rn.* 319.

erfüllung erforderlichen Kosten auferlegt. Dies dürfte allerdings nur dann erheblich werden, wenn die Restinformation vom Verkäufer zunächst noch beschafft werden muss. Bei einer falschen Information wird eine Nacherfüllung nur durch die Lieferung einer mangelfreien, d.h. richtigen Information möglich sein. In einem solchen Falle ist § 439 Abs. 4 BGB zu beachten, wonach der Verkäufer Rückgewähr der mangelhaften Kaufsache verlangen kann. Diese Regelung ist aufgrund der Natur der Information allerdings schwer anwendbar, denn die Rückgewähr macht nur Sinn in den Fällen, in denen ein Gegenstand vollständig von einer Person zur anderen übergeht. Eine Information verbleibt jedoch ihrer Reproduzierbarkeit wegen stets auch beim Veräußerer.¹⁵⁰ Daher ist eine Rückgewähr der mangelhaften Information an den Verkäufer nicht möglich. Insofern könnte § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB eingreifen, der in den Fällen, in denen die Rückgewähr nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, Wertersatz anordnet. Dessen Inhalt bestimmt sich einzelfallabhängig. So könnte bei einer korrekten Teilinformation, bei der eine Nacherfüllung nicht weiter möglich ist, ein diesem Teil entsprechender Preis gezahlt werden.

(2) Rücktritt und Minderung

Auf zweiter Stufe stehen dem Käufer als Gestaltungsrechte wahlweise der Rücktritt vom Kaufvertrag gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB, gleichbedeutend mit der früheren Wandelung, oder die Minderung gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu. Zusätzlich kann der Käufer auch Schadensersatz verlangen, §§ 437 Nr. 3, 440, 280 ff. BGB. Um diese Gewährleistungsrechte auf die zweite Stufe zu setzen, wird vom Gesetz eine Frist zur Nacherfüllung vor ihrer Geltendmachung verlangt.¹⁵¹ Erst wenn diese erfolglos verstrichen ist, können die genannten Rechte geltend gemacht werden, vgl. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB.¹⁵² Bei einem Rücktritt haben sich die Vertragsparteien gem. § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Während der Käufer den Kaufpreis zurück erhält, bleibt dem Verkäufer aufgrund der nicht möglichen Rückgabe einer Information erneut nur ein Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB.

Eine Minderung hat beim Informationskauf wirtschaftlich das gleiche Ergebnis. Es wird lediglich auf direkterem Wege erreicht. Der Kaufpreis wird nach der Formel des § 441 Abs. 3 S. 1 BGB an den eigentlichen (Rest-)Wert der Information angeglichen. Da sich der Wert mangelhafter Informationen bei einem Rechtsstreit mitunter schwierig ermitteln lässt, kann auf eine Schätzung der Minderung nach § 441 Abs. 3 S. 2 BGB zurückgegriffen werden. Rücktritt und Minderung unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen allerdings in einem nicht unwichtigen Punkt. Ein Rücktritt ist gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB nicht möglich, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers unerheblich ist. Diese Einschränkung ist dagegen bei der Minderung ausdrücklich ausgeschlossen, § 441 Abs. 1 S. 2 BGB, d.h. dass die Minderung auch bei geringfügigen Mängeln möglich bleibt.¹⁵³ Für § 323 Abs. 5 S. 2 BGB gilt: Die Pflichtverletzung ist unerheblich, wenn der Wert oder die Tauglichkeit des Kaufgegenstandes wiederum nur unerheblich gemindert ist.¹⁵⁴ An diese Voraussetzung werden im Rahmen des Informations-

¹⁵⁰ Vgl. 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter II. 1.

¹⁵¹ In Ausnahmefällen kann sie allerdings entbehrlieh sein, §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB.

¹⁵² *Reischl*, JuS 2003, S. 867; *Junker/Benecke*, Rn. 329.

¹⁵³ *Zimmer/Eckbold*, Jura 2002, S. 151.

¹⁵⁴ *Zimmer/Eckbold*, Jura 2002, S. 150.

kaufs allerdings keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Eine falsche Information ist grundsätzlich nutzlos, so dass die Einschränkung des Rücktrittsrechts in der Praxis faktisch nicht anwendbar sein wird.

(3) Schadensersatz bei behebbaren Mängeln

Neben Rücktritt bzw. Minderung kann der Käufer auch Schadensersatz verlangen, § 325 BGB.¹⁵⁵ Die für den Schadensersatz zentrale Norm ist § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, die in ihrem Anwendungsbereich durch die §§ 281 ff. BGB erweitert wird. Auf den Schadensersatz wegen eines Mangels verweist § 437 Nr. 3 BGB. Im Schadensersatzrecht werden die einzelnen Leistungsstörungstatbestände einheitlich durch die Pflichtverletzung zusammengefasst.¹⁵⁶ Dadurch erspart sich das Gesetz, für jede Leistungsstörung eine eigene Schadensersatznorm bereitstellen zu müssen.¹⁵⁷ Somit müssen nur noch die einzelnen Pflichtverletzungsarten charakterisiert werden.¹⁵⁸ Im Schadensersatzrecht werden vier Konstellationen geregelt: Es wird unterschieden zwischen der leistungsbezogenen und der nicht-leistungsbezogenen Pflichtverletzung¹⁵⁹ sowie zwischen dem Schaden an der Leistung selbst und dem Schaden, der an weiteren Rechtsgütern eingetreten ist (sog. „Integritätsschaden“). Für diese Konstellationen stellen die §§ 280 ff. BGB ein ausdifferenziertes System zur Verfügung.

Zum einen wird die Verletzung leistungsbezogener und nicht-leistungsbezogener Pflichten getrennt behandelt.¹⁶⁰ § 280 Abs. 1 BGB regelt originär nur den Schadensersatz bei einer leistungsbezogenen Pflichtverletzung, wird jedoch durch § 241 Abs. 2 BGB ergänzt, der die nicht-leistungsbezogenen Pflichtverletzungen abdeckt. Wenn eine Information mangelhaft ist, stellt dies eine Schlechtleistung und somit eine leistungsbezogene Pflichtverletzung dar, da die Pflicht zur Mangelfreiheit nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB den Leistungsinhalt des Vertrages betrifft.¹⁶¹ Eine nicht-leistungsbezogene Pflichtverletzung liegt dagegen z.B. bei einer mangelhaften Beratung anlässlich eines Kaufes vor. Denkbar wäre hier der Fall, dass der Umgang mit zu erwerbenden Informationen schlecht beschrieben wird, so beispielsweise die Leistungsmerkmale einer Software.

¹⁵⁵ Erste Überlegungen bezüglich eines Schadensersatzes für fehlerhafte Informationen gingen von *Redeker* aus, GMD November 1985, S. 27. Ausführlich hierzu *Junker/Benecke*, Rn. 338 ff.

¹⁵⁶ Diskussionsentwurf, zu § 280 Abs. 1 S. 1, S. 320; *Wenzel*, S. 80; *Mattheus*, JuS 2002, S. 210.

¹⁵⁷ Vgl. Diskussionsentwurf, zu § 280, Vorbemerkung, S. 318 f.; *Münch*, Jura 2002, S. 362 f.

¹⁵⁸ *Mattheus*, JuS 2002, S. 210; *Canaris*, JZ 2001, S. 511 f.

¹⁵⁹ Leistungsbezogene Pflichten sind solche, auf deren Erfüllung der Gläubiger einen Primäranspruch hat. Sie sichern die ordnungsgemäße, vollständige und pünktliche Erfüllung des Vertrags, *Mattheus*, JuS 2002, S. 211. Nicht-leistungsbezogene Pflichten sind dagegen solche, auf die der Gläubiger keinen Primäranspruch hat. Durch diese Pflichten sollen die Interessen außerhalb der eigentlichen Leistungsbeziehung geschützt werden, vgl. § 241 Abs. 2 BGB. Diese Differenzierung geht dabei nicht mit der Einteilung in Haupt- und Nebenpflichten einher. So stellt z.B. die Abnahmeverpflichtung des Käufers nach § 433 Abs. 2 BGB i.d.R. eine leistungsbezogene Nebenpflicht dar, vgl. *Palandt/Putzg*, § 433, Rn. 43. Die Literatur hat sich noch nicht auf einheitliche Termini geeinigt, was der Verständlichkeit überaus abträglich ist. So werden leistungsbezogene Pflichten auch schlicht als „Leistungspflichten“ bezeichnet, *Reischl*, JuS 2003, S. 45; *Medicus*, BürgR, Rn. 208; nicht-leistungsbezogene Pflichten werden „Verhaltenspflichten“, „Schutzpflichten“ oder (missverständlich) „Nebenpflichten“ genannt, s. *Medicus*, BürgR, Rn. 208. Weitere Bezeichnungen für die nicht-leistungsbezogenen Pflichten sind „Begleitpflichten“, *Esser/Schmidt*, § 5 II, S. 87, oder auch schlicht „weitere Verhaltenspflichten“, *Reischl*, JuS 2003, S. 45.

¹⁶⁰ Ausführlicher hierzu *Münch*, Jura 2002, S. 364 f.

¹⁶¹ *Reischl*, JuS 2003, S. 455; *Zerres*, JA 2002, S. 714.

Zum anderen wird zwischen Mangelschäden und Folgeschäden unterschieden. Vor der Schuldrechtsreform von 2002 stand dem Käufer Schadensersatz wegen eines Sachmangels nur im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und bei Arglist des Verkäufers zu.¹⁶² Ersetzt wurde das positive Interesse, das den Schaden am Kaufgegenstand selbst und nahe, von der Zusicherung mitabgedeckte Mangelfolgeschäden umfasste.¹⁶³ Für die „weiteren“ Folgeschäden an anderen Rechtsgütern wurde die positive Vertragsverletzung herangezogen.¹⁶⁴ Auch diese Verkomplizierung des Schadensrechts sollte durch die Schuldrechtsreform vereinfacht werden.¹⁶⁵ § 280 Abs. 1 BGB regelt nunmehr originär die Ersatzpflicht bei Folgeschäden.¹⁶⁶ Dies sind die Schäden, die der Käufer aufgrund der fehlerhaften Information an seinen sonstigen Rechtsgütern erlitten hat, z.B. Körper- und Vermögensschaden.¹⁶⁷ Dieser Anspruch steht neben dem Gewährleistungsrecht und kann damit unabhängig von einer erfolgreichen Nacherfüllung geltend gemacht werden.¹⁶⁸ Denkbar wäre hier etwa der Schaden, der als Folgefehler durch eine mangelhafte Software eintritt. Ergänzend erweitern die §§ 281 bis 283 BGB die Ersatzpflicht auf die eigentlichen Mangelschäden. Dementsprechend nennt das Gesetz diese Art des Schadensersatzes auch „Schadensersatz statt der Leistung“. Mangelschäden liegen dann vor, wenn die Leistung vom Verkäufer mangelhaft erbracht wurde. Dann können dem Käufer nach § 281 BGB zwei Arten von Schadensersatz zustehen.

Erstens kann er gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, den sog. „kleinen Schadensersatz“. Dabei behält der Käufer die erbrachte Leistung und kompensiert nur die durch den Mangelunwert entstandene Vermögenseinbuße.¹⁶⁹ Somit wird der Minderwert der Leistung ausgeglichen.¹⁷⁰ Wirtschaftlich gesehen scheint im Falle einer mangelhaften Information mit dem kleinen Schadensersatz das gleiche Ergebnis erreicht zu werden wie mit einem Rücktritt vom Vertrag oder einer Minderung: Der Käufer behält hierbei die mangelhafte Information und entrichtet den normalen Kaufpreis, der Mangel der Information wird jedoch finanziell ausgeglichen. Der Schadensersatz statt der Leistung umfasst allerdings das positive Interesse, so dass damit auch die Ersatzbeschaffungskosten sowie u.U. der entgangene Gewinn eines gescheiterten Weiterverkaufs der Information geltend gemacht werden können.¹⁷¹ Die Gewinne aus einer geschickten Nutzung der Information werden dagegen aufgrund der Beschränkung des Schadensersatzes auf Vermögensschäden nicht ersetzbar sein.

Zweitens kann der Käufer gem. § 281 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen. Dieser „große Schadensersatz“ hat zur Folge, dass der Käufer die Kaufsache zurückgibt und er dafür insgesamt Schadensersatz als Erfüllung verlangen kann.¹⁷² Eine solche Schadensregelung greift nach der Idee des Gesetzes jedoch erst dann ein, wenn die Leistung dermaßen „fehlerhaft“

¹⁶² *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 92.

¹⁶³ BGHZ 50, 200 [201 ff.].

¹⁶⁴ Erstmals dazu *Hermann Staub*, FS 24. DJT S. 29 (1. Aufl.); S.93 (Nachdruck 2. Aufl. von 1969). Zur positiven Vertragsverletzung und deren Umsetzung im „Informatikbereich“ *Koitz*, S. 60 f.

¹⁶⁵ Diskussionsentwurf, zu § 280, Vorbemerkung, S. 319.

¹⁶⁶ *Brox/Walker*, § 24 Rn. 22; *Münch*, Jura 2002, S. 368. In der Realität sind meist diese die wirklich erheblichen Schäden, *Hirsch*, Rn. 825.

¹⁶⁷ *Münch*, Jura 2002, S. 368.

¹⁶⁸ *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 97.

¹⁶⁹ *Reischl*, JuS 2003, S. 457.

¹⁷⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 225; BT-Drs. 14/6857, S. 49; *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 98; *Hirsch*, Rn. 820.

¹⁷¹ *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 100; *Münch*, Jura 2002, S. 368. Generell wird dies unter dem Begriff „allgemeiner unmittelbarer Vermögensschaden“ zusammengefasst, *Brox/Walker*, § 24 Rn. 15.

¹⁷² *Reischl*, JuS 2003, S. 457; *Homann*, JuS 2002, S. 555; *Münch*, Jura 02, S. 371; *Brox/Walker*, § 24 Rn. 16.

ist, dass der Käufer auch mit dem mangelfreien Teil nichts mehr anfangen kann. Wenn der Käufer den Schadensersatz statt der ganzen Leistung geltend macht, muss er dem Verkäufer gem. § 281 Abs. 5 BGB die mangelhafte Leistung nach den §§ 346 bis 348 BGB zurückgewähren. Dies ist, wie gesehen, bei einer Information nur sehr eingeschränkt über einen Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB möglich. Deshalb wird in einem solchen Fall kein anderes Endergebnis als beim kleinen Schadensersatz erreicht. Obwohl der große Schadensersatz nach dem Gesetz engere Anforderungen aufweist als der kleine Schadensersatz, werden diese durch die Wahl des kleinen Schadensersatzes recht einfach zu umgehen sein. Daher werden die Anforderungen für den großen Schadensersatz bei der Information nicht allzu hoch bewertet werden können: Nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB steht dem Käufer die Möglichkeit des großen Schadensersatzes nur dann offen, wenn es sich um eine erhebliche Pflichtverletzung handelt. Abgrenzbare und einfach zu behebbende Mängel werden nach dem Zweck des Gesetzes in der Regel eine unerhebliche Pflichtverletzung darstellen, so dass Schadensersatz statt der ganzen Leistung ausgeschlossen wäre.¹⁷³ Bei einer mangelhaften Informationsgesamtheit würden entsprechend dieser Regel abgrenzbare und einfach zu korrigierende einzelne Fehlinformationen daher keine erhebliche Pflichtverletzung darstellen. Wegen der Umgehungsmöglichkeit ist eine solche Erschwerung jedoch ohne Wirkung. Daher wird hier jeder Mangel an der Information gleichzeitig eine erhebliche Pflichtverletzung i.S.d. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB darstellen. Nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Käufer bei einer unvollständigen Information nur dann Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn er an der ausstehenden Information kein Interesse mehr hat. Auch diese Voraussetzung muss in einem solchen Fall als in der Regel erfüllt erachtet werden.¹⁷⁴

Als Fazit dieser gesamten Ausführungen kann festgehalten werden, dass sich im Falle des Informationskaufs Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung gleichen. Daher wird es dem Käufer anzuraten sein, lediglich den kleinen Schadensersatz zu verlangen. Diese Art des Schadensersatzes hat zum einen weniger Anforderungen, zum anderen ist die Abwicklung einfacher.

Anstelle eines Schadensersatzes statt der Leistung kann der Käufer gem. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB auch Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen. Dies umfasst die Aufwendungen, die der Käufer mit Blick auf den Abschluss oder die Durchführung des Vertrages gemacht hat¹⁷⁵, insbesondere die Vertragskosten¹⁷⁶. Anders als im alten Schuldrecht sollen die Aufwendungen auch dann verlangt werden können, wenn der Käufer das Geschäft von vorneherein nur aus rein ideellen Gründen vorgenommen hat¹⁷⁷. Der Anspruch ist gesetzestechisch an die Voraussetzungen des Schadensersatzes geknüpft, § 280 Abs. 1 und 3 BGB.

¹⁷³ Vgl. *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 99.

¹⁷⁴ Zumal hier auch argumentiert werden könnte, dass eine unvollständige Information nach § 434 Abs. 3 BGB als mangelhaft zu behandeln ist. Dann fiel eine unvollständige Information wiederum unter § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, nicht aber unter dessen S. 2! Die Klärung dieser Frage wurde der Rechtsprechung überlassen; *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 100. Ausführlicher hierzu *Reischl*, JuS 2003, S. 458.

¹⁷⁵ Diese Aufwendungen sind im Rahmen des pos. Interesses nicht ersatzfähig, da sie als „Sowieso-Kosten“ auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung entstanden wären, *Mattheus*, JuS 2002, S. 211.

¹⁷⁶ *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 102.

¹⁷⁷ *Canaris*, JZ 2001, S. 516 f. Damit entschied sich der Gesetzgeber für die von der Rspr. entwickelte Rentabilitätstheorie, entwickelte diese aber weiter.

(4) Gewährleistungsrechte bei unbehebaren Mängeln, insbesondere Schadensersatz

Die Ausführungen bezogen sich bislang auf einen behebbaren Mangel der Information. Ist der Mangel nicht behebbar, handelt es sich um einen Fall der anfänglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit. Die richtige oder vollständige Information kann dann - aus welchen Gründen auch immer - nicht mehr herbeigeschafft werden. In der Praxis wird ein solcher Fall jedoch wegen der Tendenz der Information zur Vervielfältigung seltener vorkommen und soll daher nur am Rande besprochen werden.

Generell kann der Verkäufer im Falle der Unmöglichkeit die Nacherfüllung verweigern, §§ 275 i.V.m. 439 Abs. 3 BGB. Die Rechte des Käufers beschränken sich dann auf einen Rücktritt i.S.d. § 326 Abs. 5 BGB, oder die Minderung. Insoweit ergeben sich keine Änderungen zu den obigen Ausführungen. Anders ist dies im Bereich des Schadensersatzes. Bei einer anfänglichen Unmöglichkeit greift ausweislich des § 437 Nr. 3 BGB der Schadensersatzanspruch des § 311 a Abs. 2 BGB¹⁷⁸, bei einer nachträglichen Unmöglichkeit der §§ 280 Abs. 1, 3; 283 BGB. Dem Inhalt nach handelt es sich in beiden Fällen um einen Schadensersatz statt der Leistung.

cc. Ausschluss und vertragliche Gestaltung der Gewährleistung

Die im neuen Schuldrecht generell recht starke Stellung des Käufers wird sowohl durch einige gesetzliche Bestimmungen als auch durch die Möglichkeit einer vertraglichen Abrede eingeschränkt. Nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB sind die Gewährleistungsrechte bei Kenntnis des Mangels durch den Käufer ausgeschlossen. Bei grob fahrlässiger Unkenntnis kann sich der Käufer gem. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB nur dann auf seine Rechte berufen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat.¹⁷⁹ Für die Praxis relevanter ist die Möglichkeit einer vertraglichen Einschränkung des Gewährleistungsrechts. Generell ist eine vertragliche Haftungsbeschränkung stets möglich, da die Parteien nach dem Grundsatz der Privatautonomie den Vertragsinhalt frei bestimmen können. Eine solche Ausschlussvereinbarung muss sich zu ihrer Wirksamkeit jedoch wiederum am Gesetz messen lassen. So dürfte sich beispielsweise ein Unternehmer-Verkäufer nach § 475 Abs. 1 BGB gegenüber dem Verbraucher-Käufer nicht auf den Ausschluss der Mängelgewährleistung berufen. Jedoch ist zu beachten, dass diese Regelung dem Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB, angehört und damit im Rahmen des Informationskaufs nicht anwendbar ist.¹⁸⁰

Für einen generellen Gewährleistungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen seitens des Anbieters stellen v.a. die Normen im AGB-Recht eine Hürde dar.

¹⁷⁸ Dazu ausführlich *Canaris*, JZ 2001, S. 505 ff.

¹⁷⁹ *Junker/Benecke*, Rn. 307.

¹⁸⁰ S. hierzu weiter oben in diesem Kapitel, unter II. 2. a. cc.

Exkurs: Ausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Wenn die Sachmängelgewährleistung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart wurde, unterliegt ihre vertragliche Regelung der Inhaltskontrolle nach §§ 307 sowie 309 Nr. 5, 7 und 8 BGB.¹⁸¹ Von der Ausgestaltung des Vertrags mittels AGBs wird auch im E-Commerce häufig Gebrauch gemacht.

Dies muss gem. § 305 Abs. 2 BGB durch einen deutlichen Hinweis auf die AGBs geschehen, damit der Kunde in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Ob es hierzu einer „Zwangsführung“ bedarf, bei der der Nutzer mithin gezwungen wird, die AGBs zur Kenntnis zu nehmen oder ob eine bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt, ist mittlerweile zugunsten der bloßen Möglichkeit entschieden.¹⁸² In der Praxis wird daher auf der jeweiligen Website schlichtweg auf die AGBs verwiesen. Skepsis besteht bezüglich der Praxis eines Verweises mittels eines eindeutig bezeichneten Links, auf den der Kunde klicken kann. Von den Gerichten wird diese Gestaltungsmöglichkeit inzwischen anerkannt.¹⁸³ Neuerdings werden die AGBs dabei auch als „Disclaimer“ bezeichnet. Ursprünglich lediglich im Zusammenhang mit einer Abgrenzung zwischen eigenen und fremden Inhalten i.R.d. §§ 8 ff. TDG bzw. 6 ff. MDStV benutzt, hat sich der Gebrauch des „Disclaimers“ ausgeweitet und wird auch in der Literatur akzeptiert.¹⁸⁴ Angesichts der Verbreitung dieses Begriffes wird auch davon auszugehen sein, dass eine solche Bezeichnung des Links als ausdrücklicher Hinweis i.S.d. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen werden kann. Beim Vertragsschluss werden die AGBs dann vorbehaltlich der Inhaltsprüfung zum Vertragsbestandteil.¹⁸⁵

Inhaltlich geht im AGB-Recht die Prüfung der ausdrücklichen Klauselverbote gem. §§ 308 f. BGB der allgemeinen Regelung des § 307 BGB vor. In § 309 Nr. 5 BGB wird die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen behandelt, die zwar grundsätzlich zulässig, unter den in Nr. 5 angegebenen Umständen jedoch unwirksam ist.¹⁸⁶ Nr. 5 regelt jedoch ausschließlich die mögliche Unzulässigkeit der Pauschalierung von Ansprüchen des Verwenders - und damit im Fall des Informationsabrufs des Verkäufers - gegen den Käufer. Eine Pauschalierung von Ansprüchen des Käufers verstößt damit nicht gegen Nr. 5. Nach Nr. 7 a ist ein Haftungsausschluss für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit unzulässig. Solche Schäden werden beim Informationskauf allerdings weniger vorkommen.¹⁸⁷ In der Praxis wichtiger ist daher der nach Nr. 7 b unzulässige Haftungsausschluss trotz grob fahrlässiger Pflichtverletzung des Verkäufers oder seines Erfüllungsgehilfen. Nr. 8 b erklärt eine ABG-Klausel für ungültig, durch die verschiedene Mängelrechte des Käufers beschränkt oder verändert werden. Diese Bestimmung gilt allerdings nur für Verträge über Lieferungen neu hergestellter Sachen

¹⁸¹ *Westermann*, NJW 2002, S. 247; *Schimmel/Buhlmann*, E I Rn. 106. Ein kurzer Überblick findet sich bei *Koitz*, S. 67 f. Ausführlich dagegen *Ernst*, Rn. 154 ff.

¹⁸² *Ernst*, Rn. 185.

¹⁸³ So z.B. LG Essen, MMR 2004, 49 [49]; in der Literatur *Ernst*, NJW-CoR 1997, S. 167; *Ernst*, Rn. 156 mwN. Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Anbieter den gesetzlichen Informationspflichten mittels Links nachkommen dürfen, wird im nächsten Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter III. 8. noch ausführlicher einzugehen sein.

¹⁸⁴ Vgl. z.B. *Spindler/Ernst*, CR 2004, S. 445.

¹⁸⁵ *Winteler* in *Moritz/Dreier*, Teil B, Rn. 391. Erhöhte Anforderungen an deren Verständlichkeit und Übersichtlichkeit im Vergleich zu anderen Anwendungsgebieten, wie vom LG Köln gefordert, CR 2003, 697 [698], werden allerdings nicht zu stellen sein; vgl. auch *Lubitz*, K&R 2004, S. 118.

¹⁸⁶ *Palandt/Heinrichs*, § 309, Rn. 24.

¹⁸⁷ Denkbar wäre eine fehlerhafte Software, aufgrund derer es zu Fehlfunktionen bei Geräten kommt, die die genannten Rechtsgüter schützen sollen; u.U. könnten auch fehlerhafte Gesundheitstüpps ab einer gewissen Schwere in Betracht kommen.

und über Werkleistungen und gilt somit originär nur bei Kaufverträgen über Sachen sowie Werkverträgen.¹⁸⁸ Hier stellt sich wiederum die Frage nach der Anwendbarkeit der Regelung beim Informationskauf. Der Sachbegriff in Nr. 8 b ist dem des Gewährleistungsrechts entnommen¹⁸⁹, das sich wiederum lediglich über den Umweg der Ergänzungsvorschrift des § 453 Abs. 1 BGB den Informationen öffnet. Dies könnte gegen eine Anwendbarkeit der Nr. 8 b beim Informationskauf sprechen. Dagegen kann allerdings eingewendet werden, dass die Vorgängerregelung der Nr. 8 b, § 11 Nr. 10 AGBG, ebenfalls auf den Erwerb von Software angewendet wurde.¹⁹⁰ Da mit der Einbeziehung des AGBG in das BGB inhaltlich keine Änderungen einhergehen sollten¹⁹¹, werden die Regelungen der Nr. 8 b auch auf den Informationskauf anzuwenden sein. Es wäre auch schwer begreiflich, wieso in Nr. 8 b nach der Körperlichkeit der Ware unterschieden werden und in diesem Punkt damit eine Differenzierung zwischen Sach- und Informationskauf erfolgen sollte. Die Interessenverteilung zwischen Verwender und Kunde bleibt jedenfalls grundsätzlich die selbe, gleich ob es sich bei dem Kaufgegenstand um eine Sache oder ein immaterielles Gut handelt. § 309 Nr. 8 b BGB ist daher auch beim Informationskauf anwendbar. Daneben verbleibt auch stets eine Kontrolle durch § 307 BGB, der AGBs dann für unwirksam erklärt, wenn diese den Vertragspartner unangemessen benachteiligen.¹⁹² Dabei ist nach § 307 Abs. 2 BGB auf den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung sowie auf den Vertragszweck abzustellen. Generell ist zu bemerken, dass Beschränkungen der Verantwortlichkeit für Mängel der Information auf verstärkte Vorbehalte stoßen können.¹⁹³

dd. Garantien

Häufig wird im E-Commerce auch mit Garantien geworben. Verwirrung gibt es dabei bezüglich des Garantiebegriffs. Das beginnt schon damit, dass in der Praxis untechnisch von einer Garantie gesprochen wird, wenn eigentlich die Gewährleistung gemeint ist.¹⁹⁴ Dies setzt sich allerdings auch im Gesetz fort, das auf die Garantie in vier verschiedenen Normen eingeht: § 276 Abs. 1 S. 1 BGB verweist auf sie als eine Art Haftungsverschärfung im Rahmen des Vertretenmüssens. §§ 442 und 444 BGB erklären eine Beschränkung der Mängelgewährleistungsrechte des Käufers für unwirksam, wenn bzw. soweit¹⁹⁵ der Verkäufer eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat, während § 443 BGB dem Käufer schließlich eine separate Haftung aus dieser Beschaffenheitsgarantie gewährt. Bei unreflektierter Anwendung des Gesetzes könnte man davon ausgehen, dass allen vier Normen der selbe Garantiebegriff zugrunde gelegt wird. Damit würde jedoch nicht zwischen selbstständiger und unselbstständiger Garantie unterschieden. Eine selbstständige Garantie entsteht durch die Vereinbarung eines gesonderten Garantievertrags neben dem Kaufvertrag. Die unselbstständige Garantie besteht dagegen im Rahmen des Kaufver-

¹⁸⁸ Palandt/Heinrichs, § 309, Rn. 53.

¹⁸⁹ MüKo/Basedow, § 11 Nr. 10 AGBG, Rn. 5. § 309 Nr. 8 b BGB ist die Nachfolgevorschrift, Palandt/Heinrichs, § 309, Rn. 53.

¹⁹⁰ MüKo/Basedow, § 11 Nr. 10 AGBG, Rn. 5.

¹⁹¹ Vgl. hierzu BT-Drs. 14/6040, S. 275.

¹⁹² Zum Begriff des „mittelbaren Schadens“ und der Zulässigkeit eines entsprechenden Haftungsausschlusses in internationalen Softwareverträgen vgl. Axel Funk/Matthias Wenn, „Der Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden in internationalen Softwareverträgen“, CR 2004, S. 481 ff.

¹⁹³ Westermann, NJW 2002, S. 247.

¹⁹⁴ Koitz, S. 58.

¹⁹⁵ Zur nachträglich erfolgten Klarstellung des § 444 BGB vgl. nur Palandt/Putzo, § 444, Rn. 1.

trags.¹⁹⁶ Eine Gleichbehandlung würde zu dem seltsamen Ergebnis führen, dass der Käufer bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes zwar die Rechte aus der gegebenenfalls vorliegenden Beschaffenheitsgarantie geltend machen kann, nicht jedoch die gesetzlichen Mängelrechte.¹⁹⁷ Eine weitere Konsequenz wäre, dass eine selbstständige Garantie gem. § 443 BGB aufgrund der Regelung in § 444 BGB nicht eingeschränkt werden könnte.¹⁹⁸ Ein solches Ergebnis kann vom Gesetz jedoch nicht gewollt sein. Es ist daher vielmehr davon auszugehen, dass §§ 276 Abs. 1 S. 1, 442 BGB die unselbstständige Garantie betreffen, § 443 BGB dagegen die selbstständige. Durch die nachträgliche Änderung ist § 444 BGB nicht mehr auf unselbstständige Garantien beschränkt¹⁹⁹, sondern enthält nunmehr die allgemeine Regelung, dass sich der Verkäufer bei einer Garantie bezüglich der verkauften Information nicht auf einen zuvor vereinbarten Gewährleistungsauschluss berufen kann. Weiterhin können dem Käufer auch Rechte aus einer selbstständigen Garantie i.S.d. § 443 BGB zustehen. Inhalt und Umfang der Garantie bestimmt sich dabei nach den konkreten Absprachen im Einzelfall.

ee. Mitverschulden des Nutzers

Die Verpflichtung sowie der Umfang eines Schadensersatzanspruches des Nutzers bei mangelhaften Informationen hängt gem. § 254 Abs. 1 BGB auch vom Mitverschulden des Geschädigten ab. Wenn die Daten des Nutzers durch ein virenverseuchtes Computerprogramm zerstört werden, muss im Rahmen eines evtl. Schadensersatzanspruches mithin beachtet werden, inwiefern er am Ausmaß des Schadens beteiligt ist. Denn bei bestimmten Vorsichtsmaßnahmen wie dem Einsatz eines Virensuchprogramms oder der regelmäßigen externen Speicherung der wertvollen Daten hätte sich u.U. ein anderer Schadensverlauf ergeben. Ein Mitverschulden besteht aber nur dann, wenn der Geschädigte tatsächlich zu solchen Vorsichtsmaßnahmen verpflichtet war. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung hat sich dabei die Ansicht durchgesetzt, dass es dem Nutzer durchaus zumutbar ist, entsprechende Maßnahmen zum Selbstschutz zu ergreifen.²⁰⁰ Antivirensoftware wird mittlerweile - nicht zuletzt durch die freie Erhältlichkeit im Netz - zur betrieblichen Grundausstattung gehören.²⁰¹ Insofern

¹⁹⁶ Im alten Schuldrecht wurden vom Verkäufer abgegebene „zugesicherte Eigenschaften“ als unselbstständige Garantien angesehen, *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 156; s. auch BGH NJW 1979, 645 [645]; BGH NJW 1995, 516 [517]. Bei Garantien im E-Commerce handelt es sich meist um solche unselbstständigen Garantien, so z.B. der Hinweis, die Software sei „garantiert kompatibel mit dem Betriebssystem x“; *Koitz*, S. 59.

¹⁹⁷ *Schimmel/Bublmann*, E I Rn. 163.

¹⁹⁸ Beispielsweise ist eine Einschränkung in der Haftungshöhe denkbar.

¹⁹⁹ *Palandt/Putzpo*, § 444, Rn. 12 mwN.

²⁰⁰ Speziell für virenverseuchte E-Mails, allerdings wohl allgemein auf die Informationsweitergabe anwendbar *Koch*, NJW 2004, S. 807; vgl. auch *Libertus*, MMR 2005, S. 510 f. So spricht *Spindler* mittlerweile von der „Pflicht des Softwarebenutzers zum Selbstschutz“, NJW 2004, S. 3149 mwN., war allerdings vor einiger Zeit noch nicht völlig überzeugt, so in MMR 1998, S. 27 mwN. Deutlicher *Libertus*, MMR 2005, S. 509 f., der von einer „Pflicht zur Virenvorsorge“ spricht, die auch die stetige Aktualisierung des Virenschutzprogramms umfasst, ebenso wie die Pflicht zur Aktivierung von Firewalls. Bezüglich regelmäßiger Datensicherung deutlich OLG Hamm, CR 2004, 654 [654 f.] = Jur-PC Web-Dok. 165/2004.

²⁰¹ *Heidrich/Tschoppe*, MMR 2004, S. 75. Schließlich darf der Kunde eines Mäildiensteanbieters nach *Spindler/Ernst* seinerseits den Einsatz eines Virenscanners erwarten, CR 2004, S. 441. Allerdings wird es zumindest dem privaten Nutzer nicht zumuten sein, sich stets kostenpflichtige Updates zu verschaffen, um die Software immer auf dem neuesten Stand zu halten; vgl. in einem anderen Zusammenhang *Spindler*, NJW 2004, S. 3150. In diesen Fällen muss der Einsatz eines kostenfreien Virenscanners ausreichen.

muss i.d.R. von einer Mitverschuldensquote in Höhe von 25 % ausgegangen werden.²⁰² Bei der Schadensentstehung wegen vernachlässigter Datensicherung wertet die Rechtsprechung den Beitrag des Nutzers mitunter sogar schwerer als den des eigentlichen Verursachers.²⁰³ Daher kann in solchen Fällen der Ersatzanspruch u.U. völlig wegfallen.²⁰⁴ Auch eine Warnpflicht bezüglich der Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens kann nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB in denjenigen Fällen bestehen, in denen allgemein erhältliche, anwendungsneutrale Programme in Bereichen mit Gefährdungspotenzial für hochrangige Rechtsgüter eingesetzt werden.²⁰⁵

3. Die unentgeltliche Weitergabe von Informationen

Die Frage nach dem Zugang zur Information und einer eventuellen Haftung des Informationsanbieters stellt sich auch im Rahmen der unentgeltlichen Weitergabe von Informationen. Kostenlose Informationen sind im Internet in Unmengen abrufbar. So werden z.B. Softwareprodukte als Demoverversionen oder auch sonstige Informationen zu den verschiedensten Bereichen gratis angeboten.²⁰⁶

a. Zugang zur Information

Mehr noch als bei der entgeltlichen Weitergabe ist zweifelhaft, wie sich ein solches Angebot rechtlich qualifizieren lässt. Inhaltlich könnte es sich - entsprechend zur Anwendung des Kaufvertragsrechts bei entgeltlichen Informationen - bei Gratisinformationen um eine Schenkung handeln. Eine andere Möglichkeit wäre die Annahme eines Beratungsvertrags, wenn die zur Verfügung gestellten Informationen nicht standardisiert sind. Ein solcher Beratungsvertrag könnte sich dabei an die Regelungen bezüglich des Auftrags anlehnen. Im speziellen Fall des Downloads von Software-Demoverversionen, bei denen die Software nur zeitlich begrenzt genutzt werden kann, wäre die Anwendung der Regelungen über die Leihe denkbar.²⁰⁷

aa. Der Vertragsschluss

Der Vertragsschluss gestaltet sich generell entsprechend dem bei der entgeltlichen Weitergabe von Informationen. Jedoch ist bei der unentgeltlichen Weitergabe von Information zunächst die Frage zu stellen, ob seitens des Informationsanbieters überhaupt ein auf einen Vertragsschluss gerichteter Rechtsbindungswille besteht. Denn der Anbieter könnte die Weitergabe von Informationen lediglich als Gefälligkeit ansehen, die keine vertragliche Haftung nach sich zieht. Angesprochen ist damit die Abgrenzung vom rechtswirksamen Vertrag zum Gefälligkeitsverhältnis bei gesellschaftlichen Zusagen oder Gefälligkeiten des täglichen Lebens. Eine abstrakte Abgrenzung ist dabei kaum möglich, und so hat sich die Rechtsprechung darauf verlagert, das Vorliegen des Rechtsbindungswillens nach den Um-

²⁰² Koch, NJW 2004, S. 807; Reischl, JuS 2003, S. 46 (Fall 2).

²⁰³ OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200 [201].

²⁰⁴ OLG Hamm, CR 2004, 654 [654 f.] = JurPC Web-Dok. 165/2004; Koch, NJW 2004, S. 807; Spindler, NJW 2004, S. 3149.

²⁰⁵ Spindler führt Office- oder Betriebssysteme an, NJW 2004, S. 3149.

²⁰⁶ Von Kochtipps bis hin zur Notierung der aktuellen Aktienkurse, so z.B. unter <<http://www.finanztreff.de>>.

²⁰⁷ Roth in Loewenheim/Koch, Online-Recht, S. 69 f.; Holzbach/Süßenberger in Moritz/Dreier, Teil C, Rn. 340.

ständen des Einzelfalls und objektiver Kriterien zu beurteilen.²⁰⁸ Von Bedeutung sind dabei Art und Zweck der Gefälligkeit sowie die Interessen der Parteien. Diese bestimmen sich insbesondere aus der vom Geschäftspartner zur Kenntnis genommenen wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Angelegenheit. Daher könnte im Internet für einen Rechtsbindungswillen und damit für das Vorliegen eines Vertrages sprechen, dass zumindest ein professioneller Anbieter davon ausgehen muss, dass Nutzer auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der abgerufenen Informationen vertrauen. Eine rechtliche Bindung wird auch dann bestehen, wenn dem Begünstigten bei fehlerhafter Leistung wirtschaftliche Schäden drohen.²⁰⁹ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein kostenfreies Virensuchprogramm einen Systemabsturz und damit einen Datenverlust bewirkt. Eine rechtliche Bindung findet allerdings dort ihre Grenze, wo ein unverhältnismäßiges Haftungsrisiko besteht.²¹⁰ Mitunter wird bei der Frage nach dem Rechtsbindungswillen die ratio des § 675 Abs. 2 BGB herangezogen.²¹¹ Danach soll in der Regel für einen falschen Rat bzw. eine falsche Empfehlung nicht gehaftet werden. Aufgrund dieser gesetzlichen Wertung ist mit der voreiligen Annahme eines Vertragsschlusses Vorsicht geboten.²¹² Auch wenn diese Norm lediglich eine Auskunft behandelt, muss der in ihr enthaltene Gedanke nicht nur für die Auskunft - als Sonderform des Auftrags -, sondern auch für andere Formen der unentgeltlichen Informationsweitergabe herangezogen werden. Jedoch kann bezweifelt werden, ob der Gesetzgeber hier tatsächlich eine Auslegungsregel für sämtliche Fälle der unentgeltlichen Informationsabgabe anbieten wollte. Denn das Auftragsrecht zeichnet sich durch den persönlichen Charakter der Geschäftsbeziehungen aus. Auftragsverhältnisse bestehen oft zwischen Parteien, die sich auch persönlich nahe stehen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, eine gesetzliche Auslegungsregel für den Rechtsbindungswillen zu statuieren. Dass dies auch für andere, „unpersönliche“ Formen der Informationsweitergabe gelten soll, erscheint eher unwahrscheinlich. Daher wird die Anwendung des § 675 Abs. 2 BGB abgelehnt, weil er ausdrücklich nur den Rat und die Empfehlung erfasst.²¹³ Außerdem verweist die Norm darauf, dass durchaus ein Vertragsverhältnis bestehen kann, so dass nicht viel an Aussage gewonnen ist. Im Ergebnis wird es mangels einheitlicher Bewertungsmöglichkeit also wiederum auf eine Abwägung im Einzelfall ankommen, wie sie auch von der Rechtsprechung praktiziert wird. So werden die Informationen auf einer privaten Website wohl eher als Gefälligkeit angesehen werden müssen, wohingegen bei einem professionellen Anbieter von einem Rechtsbindungswillen ausgegangen werden kann.²¹⁴ Auch Zugangsfiler zur Website des Anbieters oder die Möglichkeit einer Kontaktaufnahme sprechen für einen Rechtsbindungswillen.²¹⁵ Ebenso ist die wirtschaftliche Interessenslage des Anbieters zu berück-

²⁰⁸ BGHZ 88, 373 [382 mwN.]; *Bork*, Rn. 677.

²⁰⁹ BGHZ 88, 373 [382]; 92, 164 [168].

²¹⁰ BGH NJW 1974, 1705 [1706] (Lottogemeinschaft).

²¹¹ *Redeker*, GMD November 1985, S. 27. Er zitiert in seinen Ausführungen § 676 BGB. Diese Regelung hat mit In-Kraft-Treten des Überweisungsgesetzes am 14.8.1999 in leicht veränderter Form in § 675 Abs. 2 BGB Platz gefunden. Eine ähnliche Wertung findet sich auch im österreichischen ABGB. § 1300 ABGB: „Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Falle haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem anderen verursacht hat.“

²¹² *Redeker*, GMD November 1985, S. 27.

²¹³ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 86.

²¹⁴ *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 342.

²¹⁵ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 85 f.

sichtigen, so dass kostenlose Patches oder Updates für ein ansonsten kostenpflichtiges Computerprogramm ebenso auf das Vorhandensein eines Rechtsbindungswillens hindeuten.²¹⁶

bb. Die vertragliche Qualifizierung

Die Anwendung der §§ 516 ff. BGB ist nur dann möglich, wenn die im Internet abrufbaren Inhalte einen wirksamen Zuwendungsgegenstand darstellen können.²¹⁷ Eine Zuwendung nach § 516 Abs. 1 BGB ist die Verschaffung eines vermögenswerten Vorteils.²¹⁸ Dabei muss dem Vermögen des Schenkers etwas abgefließen und dem Beschenkten zugute gekommen sein.²¹⁹ Gegen den Versuch, unter diese Begrifflichkeiten auch Programme und Informationen zu subsumieren, scheint nichts zu sprechen, wenn die Inhalte einen Vermögenswert besaßen, dessen sich der Schenker entäußert. Hierbei muss allerdings wiederum beachtet werden, dass sich Informationen bei ihrer Weitergabe reproduzieren. Eine Entäußerung findet somit nicht unbedingt statt. Immaterielle Güter lassen sich generell nur schlecht vermögensmäßig spezifizieren. Daher werden sie vom Begriff der vermögensrechtlichen Zuwendung auch grundsätzlich nicht erfasst.²²⁰ Eine Zuwendung kommt jedoch insofern in Betracht, als der Bedachte eine eigentlich notwendige Ausgabe erspart hat. Der Erlass der zu beanspruchenden Vergütung kann mithin Schenkungsgegenstand sein.²²¹ Damit ist schließlich doch möglich, eine Schenkung anzunehmen, wenn an sich kostenpflichtige Informationen und Programme vom Anbieter zum Gratis-Download zur Verfügung gestellt werden.²²²

Anstelle der Schenkung kommt auch die Anwendung des Auftragsrechts in Betracht. Nach § 662 BGB verpflichtet sich ein Beauftragter zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung für den Auftraggeber. Geschäftsbesorgung bedeutet Tätigkeit in fremdem Interesse.²²³ Dabei reicht jegliches Tätigwerden aus, das irgend eine Angelegenheit des Auftraggebers besorgt.²²⁴ Das Bereitstellen der Information auf einer Website könnte als solch ein Tätigwerden aufzufassen sein. Allerdings stimmt der reale Vorgang des Informationsabrufs im Internet mit dem Ideal des Auftrags nicht überein. Derjenige, der Informationen anbietet, stellt sie nicht auf Veranlassung eines „Auftraggebers“ ins Netz. Vielmehr bietet er sie von sich aus der Internetgemeinde an, ad incertas personas. Den Abruf der Informationen durch den einzelnen Nutzer duldet er lediglich. Ein bloßes Dulden reicht jedoch für eine Tätigkeit i.S.d. § 662 BGB

²¹⁶ *Holzbach/Süßenberger in Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 343. Dabei muss wiederum unterschieden werden, ob es sich bei dem Download eines Updates um einen eigenen Vertrag oder lediglich eine (Nach-)Pflicht des ursprünglichen (Kauf-)Vertrages handelt.

²¹⁷ Vgl. zur Anwendung des Schenkungsrechts *Redeker*, GMD November 1985, S. 27.

²¹⁸ *Erman/Seiler*, § 516, Rn. 4.

²¹⁹ *Soergel/Mühl/Teichmann*, § 516 Rn. 5.

²²⁰ *Staudinger/Cremer*, § 516 Rn. 15; *MiKo/Kollbosser*, § 516 Rn. 2.

²²¹ *Staudinger/Cremer*, § 516 Rn. 15; *Larenz* II/1, § 47 I; BGH NJW 1987, 2816 [2817]. Für eine analoge Anwendung des Schenkungsrechts *Waldner*, S. 270, da eine Vermögensübertragung nicht mit dem Unterlassen eines Vermögenserwerbs gleichgesetzt werden könne.

²²² Anders verhält es sich wohl bei Open Source Software wie dem Betriebssystem Linux, da dem Anwender das Programm zwar kostenfrei zur Verfügung gestellt wird, dieser sich jedoch im Gegenzug dazu verpflichtet, den Quellcode des Programms bei jeder Weitergabe beizufügen und selbst erstellte Codeänderungen seinerseits zur Verfügung zu stellen, *Koch*, CR 2000, S. 335; für die grundsätzliche Anwendung des Schenkungsrechts *Jaeger/Metzger*, S. 139 ff. sowie *Deike*, CR 2003, S. 15. Nach *Dreier/Würfel*, Handbuch des Technikrechts, S. 559, bestehen solche Public-Domain-Verträge aus kauf- und schenkungsrechtlichen Elementen. Für eine Abgrenzung zwischen Schenkung und Auftrag *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 847. Allgemein zur Open Source Software vgl. auch *Wuermeling/Deike*, CR 2003, S. 87 ff.

²²³ *Palandt/Sprau*, § 662, Rn. 6.

²²⁴ Vgl. *Erman/Ehmann*, Vor § 662, Rn. 16.

nicht aus.²²⁵ Die unentgeltliche Weitergabe von Informationen kann daher nicht als Auftrag angesehen werden.²²⁶

Bei dem Download von Demosoftware wurde bereits die Leihe, §§ 598 ff. BGB, als möglicher Vertragstyp angesprochen. Diesem Vorschlag dürfen jedoch wiederum insofern Bedenken entgegengesetzt werden, als die Rückgabe der Leihsache nach § 604 Abs. 1 BGB integraler Bestandteil dieses Vertragstyps ist. Dies ist allerdings bei Informationen nicht möglich. Den Ablauf der Nutzungszeit - und damit die Unbrauchbarkeit des Computerprogramms - als Rückgabe bezeichnen zu wollen, erscheint konstruiert, zumal sich solche Sperren im Programm auch technisch umgehen lassen. Die nur zeitlich begrenzte Funktionalität bei Demoversionen spricht auch nicht gegen eine Schenkung. Denn die Software verleiht dauerhaft beim Nutzer, Inhalt der Vereinbarung ist lediglich, dass sie nur eine bestimmte Zeitspanne nutzbar ist. Dass eine Demoversion mit gewissen Einschränkungen versehen ist, ist nach der Verkehrsanschauung der beteiligten Nutzerkreise bekannt. Insofern handelt der Anbieter bei der Bereitstellung von zeitlich befristet funktionsfähiger Software auch nicht arglistig i.S.d. § 524 Abs. 1 BGB; vielmehr ist der Schenkungsgegenstand lediglich genau bestimmt.

Insgesamt bleibt festzustellen, dass die Bestimmung des Vertragstyps bei kostenlosen Informationen abstrakt kaum möglich erscheint. Zu vielfältig sind die Möglichkeiten, in welchem Rahmen Gratis-Informationen bereitgestellt werden. Daher wird es stets auf eine Betrachtung im Einzelfall ankommen. Häufig werden Gratisinformationen lediglich im Rahmen eines Gesamtvertrags angeboten, so z.B. kostenlose Programm-Updates kostenpflichtiger Software. Diese stellen dann einen integralen Bestandteil der gesamten entgeltlichen Leistung des Anbieters, und somit eine Nebenpflicht des Informationskaufes dar.²²⁷ In den sonstigen Fällen liegt jedoch die (u.U. analoge) Anwendung des Schenkungsrechts oftmals nahe.

b. Inhalt der Information

Auch der Schenker haftet für fehlerhafte Informationen. Allerdings ist diese Haftung gleich in mehrfacher Hinsicht gemildert, da die Schenkung vor allem dem Beschenkten nützt, nach dem dem Zivilrecht immanenten Utilitätsprinzip jedoch nur derjenige voll haften soll, dessen Nutzen der Vertrag auch dient²²⁸.

aa. Die Gewährleistungsrechte bei unentgeltlichen Informationen

Der Beschenkte hat nach §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 BGB nur dann einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, wenn der Schenker Rechts- oder Sachmängel arglistig verschweigt. Arglistiges Verschweigen liegt bei bewusster Verletzung einer Aufklärungspflicht vor, die der Beschenkte aufgrund der Verkehrs-

²²⁵ *Miiko/Seiler*, § 662 Rn. 20; *Palandt/Sprau*, § 662, Rn. 6.

²²⁶ Aus dem selben Grund wird in diesen Fällen auch ein Auskunftsvertrag nicht in Betracht kommen, wie von *Waldner*, S. 239 ff., propagiert. Zum Modell des Auskunftsvertrags vgl. BGH NJW 1992, 2080 [2082]; NJW-RR 1992, 1011 [1011].

²²⁷ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 86.

²²⁸ *Medicus*, Schuldrecht II, Rn. 4.

anschauung nach Treu und Glauben erwarten durfte.²²⁹ Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn ein Anbieter von einem schadensauslösenden Mangel der Informationen positive Kenntnis hätte, sie aber dennoch weiter auf seiner Website zur Verfügung stellen würde.²³⁰ Darüber hinaus hat der Anbieter nach § 521 BGB ganz allgemein nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.²³¹ Dies gilt nach einheitlicher Ansicht bei einer verspäteten oder unmöglich gewordenen Informationsüberlassung.²³² Umstritten ist die Haftungsprivilegierung bei Begleitschäden, wie sie typischerweise durch die Verletzung vertraglicher Neben- oder Schutzpflichten eintreten, so z.B. der unterlassene Virensan.²³³ In solchen Fällen soll einigen Stimmen zufolge § 521 BGB nicht angewendet werden, da der Schenker die Gefahr, die vom geschenkten Gegenstand ausgeht, besser beherrschen kann und sich das unentgeltliche Geschäft qualitativ wandelt, wenn dadurch das Vermögen des Beschenkten beschädigt wird.²³⁴ Darüber hinaus wurde die Haftung für Nebenpflichtverletzungen erst nach dem Erlass des BGB entwickelt und konnte somit vom Gesetzgeber nicht mehr berücksichtigt werden.²³⁵ Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass der Gesetzgeber in der Zwischenzeit hätte reagieren können, wenn er auf einem veränderten Haftungsmaßstab bestanden hätte. Gerade das hinsichtlich der Begleitschäden kaum vorhersehbare Risiko bei einem fremdnützigen Geschäft spricht deutlich für eine umfassende Privilegierung des Schenkers.²³⁶

bb. Ausschluss der Gewährleistung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Vor allem bei der unentgeltlichen Weitergabe von Informationen kommen - auch stillschweigende - Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen in Betracht.²³⁷ Ein Gewährleistungsausschluss mittels AGBs muss nach §§ 307 ff. BGB zulässig sein. Wie im Kaufrecht kommen dabei die Klauselverbote nach § 309 Nr. 7 b und Nr. 8 b BGB in Betracht. Nach Nr. 7 b ist der Haftungsausschluss für grob fahrlässiges Verhalten unzulässig. Dies gilt jedoch nur für die Fälle, in denen keine andere gesetzliche Wertung vorliegt. Für Rechts- oder Sachmängel des verschenkten Gegenstandes besteht bereits eine Haftungsprivilegierung, so dass lediglich der Haftungsmaßstab in § 521 BGB geschützt wird. Nr. 8 b erklärt einen generellen Gewährleistungsausschluss für unzulässig, allerdings nur bei Überlassungsvertragstypen, die eine Gewährleistung überhaupt vorsehen, wie Kauf- oder Werkverträgen.²³⁸ Daher ist ein Haftungsausschluss bei der Schenkung grundsätzlich nicht unzulässig.²³⁹ In der Regel wird das Angebot kostenloser Informationen demnach - sei es durch AGBs, sei es einzelvertraglich - „ohne Gewähr“ erfolgen.²⁴⁰

²²⁹ BGH NJW 1989, 763 [764]; BGH NJW-RR 1991, 439 [440]; *Palandt/Heinrichs*, § 123, Rn. 5.

²³⁰ Problematisch ist dabei auch die Beweisbarkeit der Arglist durch den Geschädigten; *Koch*, CR 2000, S. 340.

²³¹ Hieraus erklären sich die Bemühungen, den Download von kostenlosen Informationen einem anderen Vertragstyp zuzuordnen, vgl. insoweit *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 847.

²³² *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 357; *Medicus*, Schuldrecht II, Rn. 176.

²³³ *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 358.

²³⁴ *Grundmann*, AcP 198, S. 470.

²³⁵ *MiKo/Kollbosser*, § 521 Rn. 6; *Grundmann*, AcP 198, S. 465.

²³⁶ *Medicus*, Schuldrecht II, Rn. 176; *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 358.

²³⁷ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 86 mwN.

²³⁸ *Palandt/Heinrichs*, § 309, Rn. 53; *Koch*, CR 2000, S. 340.

²³⁹ Zum Haftungsausschluss bei Open Source Software vgl. *Wuermeling/Deike*, CR 2003, S. 89 mwN. Insoweit für einen Haftungsausschluss: *Koch*, CR 2000, S. 340; dagegen: *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 846 f.; *Metzger/Jaeger*, S. 150 f.; *Deike*, CR 2003, S. 14. Dabei muss allerdings die Zugrundelegung der jeweils verschiedenen Vertragstypen bedacht werden.

²⁴⁰ Vgl. nur den Ausschluss für „die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität sämtlicher auf diesen Internetseiten enthaltenen Informationen“, Punkt 3 der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Standard“ als Grundlage für die kostenlose Nutzung des Angebots, im Internet unter <<http://www.finanztreff.de>>.

Als Fazit bleibt festzustellen, dass sich der Nutzer beim kostenlosen Download des Risikos fehlerhafter Informationen bewusst sein muss. Auch wenn ein Vertragsschluss angenommen wird, besteht eine Haftung des Anbieters nur in den wenigsten Fällen. Dies sollte jeden Nutzer zum vorsichtigen Umgang mit Gratisangeboten anhalten, und zum Rückgriff auf lediglich vertrauenswürdige Quellen ermahnen. Dies umso mehr, als Gratisinformationen häufig werbefinanziert werden, was zur Vertrauenswürdigkeit nicht unbedingt beiträgt.

4. Statuierung einer Vertrauenshaftung?

Um dieses Risiko für den Nutzer abzumildern, wurde an dieser Stelle in der Rechtslehre eine Haftung ohne vertragliche Bindung durch die Statuierung einer vertragsähnlichen Vertrauenshaftung angeregt²⁴¹ - was einen Bogen zu den Überlegungen im zweiten Kapitel spannt²⁴². Ausgangspunkt dieser Haftung ist das zu schützende Vertrauen des Berechtigten. Die entsprechenden Schutzpflichten müssen dabei von der Rechtsprechung präzisiert werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung auch von deren Befürwortern recht eng gehalten wird, um eine uferlose Ausbreitung zu einer „bequemen [...] Billigkeitshaftung“²⁴³ zu verhindern. Daher soll die Vertrauenshaftung lediglich bei auskunftsähnlichen Verhältnissen anwendbar sein.²⁴⁴ Darüber hinaus sollen lediglich die Fälle behandelt werden, in denen ein „Vertragshelfer“²⁴⁵ im Rahmen eines schon bestehenden Vertrages agiert. Mit diesen Einschränkungen können die üblichen Fälle des Abrufs kostenfreier Information nicht erfasst werden. Eine vertragsähnliche Vertrauenshaftung für mangelhafte Informationen kann daher nicht statuiert werden.

5. Deliktische Ansprüche bei mangelhaften Informationen

Neben den vertraglichen könnten dem Kunden auch deliktische Ansprüche zustehen. Dazu müssen falsche oder virenverseuchte Informationen eine Gefahr für seine in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter darstellen. Bezüglich Leben, Körper und Gesundheit bleibt es bei der obigen Feststellung, dass diese Rechtsgüter allenfalls mittelbar gefährdet werden können.²⁴⁶ Relevanter ist eine mögliche Eigentumsverletzung, die nicht nur sächliche Gegenstände betrifft, wie die Störung der Brauchbarkeit des Computers, sondern vor allem die Löschung von Daten.²⁴⁷ Für solche Fälle hat die Rechtsprechung die Rechtsfigur des Weiterfresserschadens entwickelt.

Dies geschah, um dem Käufer einer mangelhaften Sache einen ausgedehnteren Schutz zukommen zu lassen, indem sich die häufig als zu kurz angesehene Verjährungsfrist im alten Schuldrecht umgehen ließ.²⁴⁸ Gem. § 477 BGB a.F. betrug die Verjährungsfrist für Mängelgewährleistungsansprüche grund-

²⁴¹ Ausführlich hierzu *Hobloch*, NJW 1979, 2371 ff.

²⁴² Vgl. die Einführung zum 2. Kapitel „Unverbindlichkeit im Internet“.

²⁴³ *Hobloch*, NJW 1979, S. 2374.

²⁴⁴ Vgl. *Hobloch*, NJW 1979, S. 2373; *Lorenz*, FS Larenz, S. 615 f.

²⁴⁵ So die Bezeichnung bei *Hobloch*, NJW 1979, S. 2373.

²⁴⁶ Vgl. Fn. 184.

²⁴⁷ Dass von der h.M. Daten i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB Sachqualität zugebilligt wird, ist in diesem Kapitel bereits besprochen worden; vgl. auch *Spindler*, MMR 1998, S. 25 mwN.; *ders.*, NJW 2004, S. 3146; *Koch*, NJW 2004, S. 802 f.; *Libertus*, MMR 2005, S. 508 sowie *Junker/Benecke*, Rn. 371 mwN.

²⁴⁸ D.h. vor der Schuldrechtsreform am 1.1.2002.

sätzlich nur sechs Monate. Dem gegenüber stand die dreijährige Verjährungsfrist des Deliktsrechts bei einer Eigentumsverletzung. Die Rspr. verfolgte mit Hilfe der Weiterfresserkonstruktion das Ziel, den Sachmangel als solchen zum Auslöser einer Eigentumsverletzung zu machen, um dem Käufer damit einen deliktischen Anspruch zu geben. Ausgangspunkt der Überlegungen zum Weiterfresserschaden ist, dass einer an sich mangelfreien Sache ein mangelhaftes Teil hinzugefügt wird. Der Fehler ist anfangs funktionell begrenzt und leicht behebbar, bleibt jedoch unentdeckt, frisst sich in die Eigentumssphäre des Käufers weiter und verursacht dort einen Schaden.²⁴⁹ Der Käufer wurde also durch den Mangel in seinem Eigentum verletzt. Dabei muss aber stets bedacht werden, dass die bloße Lieferung einer mangelhaften Sache keine Eigentumsverletzung des Käufers auslösen kann, da dieser nie Eigentümer einer mangelfreien Sache geworden ist.²⁵⁰ Keine Eigentumsverletzung liegt daher bei Stoffgleichheit vor, d.h. dann, wenn sich der Schaden mit dem im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs der Sache anhaftenden Mangelunwert deckt.²⁵¹ Wenn dagegen ein fehlerhaftes Teil in eine mangelfreie Gesamtsache eingebaut wird und dadurch einen Schaden an dieser Sache hervorruft, wird der Eigentümer dieser Sache in seinem Rechtsgut verletzt.²⁵² Wenn nun nicht ein fehlerhaftes Teil, sondern eine fehlerhafte Information einen Schaden auslöst, spricht viel dafür, die Weiterfresserkonstruktion entsprechend anzuwenden. Denn der BGH stellt eine Eigentumsverletzung jedenfalls dann fest, wenn die Verkehrspflicht des Anbieters besteht, die Integritätsinteressen des Kunden an seinen Rechtsgütern zu schützen.²⁵³ Grundlage der Deliktshaftung sei die durch das Produkt geweckte Gebrauchs- und Sicherheitserwartung des Verkehrs in Bezug auf den Integritätsschutz des der Ware ausgesetzten Schutzguts.²⁵⁴ Eine solche Erwartung wird aber durch die Lieferung einer Sache oder die Übermittlung einer Information gleichermaßen geweckt.

Die Konstruktion des Weiterfresserschadens stellte sich als probates Mittel heraus, mit dessen Hilfe sich die engen Grenzen der Sachmängelgewährleistung im alten Schuldrecht leicht umgehen ließen. Da vertragliche und deliktische Ansprüche konkurrieren, war es dem geschädigten Käufer möglich, seinen Schaden auch über die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. hinaus zu verfolgen.²⁵⁵ Die Figur wurde daher im Lauf der Zeit mehr und mehr ausgedehnt. Entsprechend wuchs auch die Kritik der Literatur, weil dem Käufer am vertraglichen Gewährleistungsrecht vorbei Schadensersatzansprüche eingeräumt werden.²⁵⁶ Mittlerweile sind im Zuge der Schuldrechtsreform vertragliche und deliktische Verjährungsfristen einander angenähert worden, so dass sich die Frage nach einer nach wie vor bestehenden Notwendigkeit der Weiterfresserkonstruktion stellt.²⁵⁷ Der Gesetzgeber hat sich hierzu nicht

²⁴⁹ *Fuchs*, S. 20.

²⁵⁰ Erstmalig BGHZ 39, 366 [367].

²⁵¹ *Fuchs*, S. 24; *Kötz/Wagner*, Rn. 65; entwickelt in BGH NJW 1978, 2241 [2242 f.]; weitergeführt in BGH NJW 1983, 812 [813] (Hebebühne).

²⁵² BGHZ 67, 359 [364 f.] (Schwimmerschalter).

²⁵³ *Spindler*, NJW 2004, S. 3146, will den Weiterfresserschaden dagegen nicht anwenden, da durch eine mangelhafte Information (bei ihm am Beispiel einer funktionsuntauglichen Software) nur ein temporärer Gebrauchsausfall der ansonsten intakten Hardware hervorgerufen wird. Allerdings wird nicht deutlich, wieso sich *Spindler* auf Schäden an der Hardware beschränken will und etwaige Datenverluste nicht gelten lässt.

²⁵⁴ BGHZ 80, 186 [189] (Apfelschorf); *Kötz/Wagner*, Rn. 69.

²⁵⁵ Instruktiv hierzu *Fuchs*, S. 20.

²⁵⁶ *Kötz/Wagner*, Rn. 69; *Fuchs*, S. 28 f. Vgl. auch die Anmerkungen zum BGH von *Lieb* JZ 1977, 342 [345 f.] und *Rengier* JZ 1977, 342 [346 f.]; *Eberhard Schwarke*, „Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktsrechtliche Ansprüche“, AcP 179 (1979), S. 57 ff.

²⁵⁷ Ausführlich *Mansel/Budzikiewicz*, § 5 Rn. 139 ff.; *Landrock*, JA 2003, S. 985 f.

geäußert, sondern legt die Entscheidung über ihren Fortbestand in die Hände der Rechtsprechung.²⁵⁸ Für einen Fortbestand spricht, dass zwar ein Ausschluss der Gewährleistung vereinbart sein kann, Ansprüche aus Delikt allerdings nicht davon erfasst werden.²⁵⁹ Außerdem sind vertragliche und deliktische Verjährungsfristen trotz der Annäherung nach wie vor nicht deckungsgleich.²⁶⁰ Schließlich bleibt auch rechtlich die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen Weiterfresserschäden eine Eigentumsverletzung darstellen.²⁶¹ Das letztgenannte Argument betrifft jedoch nur das wissenschaftlich-dogmatische Interesse. Bei der Diskussion um den Fortbestand geht es allerdings rein um die praktische Notwendigkeit der Rechtsfigur. Insofern muss berücksichtigt werden, dass die frühere kaufrechtliche Verjährungsvorschrift auf die verschuldensunabhängigen Regelungen Wandelung, Minderung und Nachlieferung zugeschnitten und daher die deliktsrechtliche Ergänzung plausibel war.²⁶² Die neue Verjährungsvorschrift des § 438 Abs. 1 BGB erfasst dagegen sowohl verschuldensunabhängige als auch verschuldensabhängige Gewährleistungsrechte des Käufers, so dass eine deliktische Ergänzung schon aufgrund der Systematik nicht mehr notwendig erscheint.²⁶³ Die Verlängerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen wurde gerade auf die diesbezügliche Rechtsprechung hin vorgenommen. Die Verjährungsfrist von zwei Jahren ist dabei ein Kompromiss zwischen den Interessen des Käufers und dem Ziel einer bewussten Reduzierung unkalkulierbarer Risiken für den Verkäufer.²⁶⁴ In Anbetracht dessen, dass mit der Annäherung der verschiedenen Verjährungsfristen der Hauptgrund für die Entwicklung der Weiterfresserkonstruktion weggefallen ist, wird davon auszugehen sein, dass sie sich nicht mehr allzu lange halten wird, zumal diese Rechtsfigur außerhalb des Billigkeitsgedankens nie wirkliche Akzeptanz gefunden hat, da sich die Rechtsprechung schon seit jeher mit einem allgemeinen Tatbestand schwer tat und stattdessen bevorzugt nach dem Einzelfall entschied. Bis zu einer entsprechenden Entscheidung ist allerdings von der Fortgeltung der Rechtsprechung zum Weiterfresserschaden auszugehen.²⁶⁵

Daneben bildet sich ein weiterer Ansatz für eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB heraus. Am 1.5.2004 ist das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz in Kraft getreten.²⁶⁶ Dieses Gesetz statuiert einen Mindest-Sicherheitsstandard für diejenigen Produkte, die bislang keinen spezialgesetzlichen Anforderungen unterlagen²⁶⁷ und ist dabei - ob vom Gesetzgeber beabsichtigt oder nicht - auch auf Software anwendbar²⁶⁸. Da es ein Schutzgesetz i.R.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellt, können sich bei seiner Verletzung deliktische Ansprüche ergeben.²⁶⁹

²⁵⁸ Dies ist auch der Wille des Gesetzgebers, BT-Drs. 14/6040, S. 229.

²⁵⁹ BGHZ 67, 359 [366 ff.].

²⁶⁰ Landrock, JA 2003, S. 986. Ferner beginnt die Verjährungsfrist im Kaufrecht gem. § 438 Abs. 2 BGB von der Übergabe der Kaufsache an zu laufen, im Deliktsrecht gem. § 199 Abs. 1 BGB vom Zeitpunkt der Kenntnis des schädigenden Ereignisses an.

²⁶¹ Fuchs, S. 20.

²⁶² Vgl. hierzu Foerste, „Unklarheit im künftigen Schuldrecht: Verjährung von Kaufmängel-Ansprüchen in zwei, drei oder 30 Jahren?“, ZRP 2001, S. 342 f.

²⁶³ Fuchs, S. 24; Mansel/Budzikiewicz, § 5 Rn. 144.

²⁶⁴ Mansel/Budzikiewicz, § 5 Rn. 149.

²⁶⁵ So auch Landrock, JA 2003, S. 986.

²⁶⁶ Durch das GPSG wurde die Richtlinie 2001/95/EG vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG 2002 Nr. L 11, S. 4 umgesetzt.

²⁶⁷ Runte/Potinecke, CR 2004, S. 725.

²⁶⁸ Runte/Potinecke, CR 2004, S. 729; Spindler, NJW 2004, S. 3148 mwN.

²⁶⁹ Runte/Potinecke, CR 2004, S. 725 mwN.; Spindler, NJW 2004, S. 3148 mwN.

6. Produzentenhaftung bei fehlerhaften Informationen

Neben dem Weiterfresserschaden, der in der internetrechtlichen Literatur kaum behandelt wird, können deliktische Ansprüche auch aus den Grundsätzen der Produzentenhaftung als verschuldensabhängige Produkthaftung erwachsen. Dass u.U. Dritte für die Schäden verantwortlich sind, wenn beispielsweise durch fremdprogrammierte Viren oder Würmer eine Software beeinträchtigt und damit ein Systemabsturz verursacht wird, ist dabei unerheblich, da der Softwarehersteller als Beherrscher der Gefahrenquelle auch für Schäden einstehen muss, die erst durch das vorsätzliche Ausnutzen der durch das Produkt entstandenen latenten Gefahr für den Nutzer hervorgerufen werden.²⁷⁰ Rechtsgrundlage ist die allgemeine deliktische Haftung nach §§ 823 ff. BGB, so dass sie auch bei unkörperlichen Informationen Anwendung finden kann.²⁷¹ Denn in diesem Bereich kommt es nicht auf eine Differenzierung des Produktbegriffes an, sondern auf die zur Beherrschung einer Gefahrenquelle erforderlichen Verkehrssicherungspflichten.²⁷² Insofern kann ein Anspruch aus der Produzentenhaftung nicht nur beim Käufer entstehen, sondern bei jedem durch das Produkt Geschädigten. Sofern ein Informationsanbieter die Verkehrssicherungspflichten nicht beachtet, ist er zum Ersatz eines hieraus entstehenden Schadens verpflichtet. Da jedoch die Produzentenhaftung auf die sich aus der industriellen Serienproduktion ergebenden Gefahren zielt, wird eine Haftung nach diesen Grundsätzen für individualisierte Informationen, wie Individualsoftware, nach h.M. abgelehnt.²⁷³ Ansonsten kommt es für eine Haftung auf die systematische Einordnung der jeweiligen Pflichtverletzung ebenso an²⁷⁴ wie auf die Differenzierung nach Stellung und Funktion des den Schaden (mit-)verschuldenden Nutzers²⁷⁵.

7. Produkthaftung bei fehlerhaften Informationen?

Nur vereinzelt wird die Frage angesprochen, ob bei der Weitergabe von Informationen eine Haftung aus § 1 ProdHaftG bestehen kann.

Das ProdHaftG statuiert eine verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers für Folgeschäden, die sich aus der Benutzung seiner in den Verkehr gebrachten Produkte ergeben. Grund der Haftung ist die Gefahr, die vom Produkt infolge dessen Mangel an Sicherheit ausgeht.²⁷⁶ Produkt im Sinne des Gesetzes ist nach § 2 ProdHaftG jede bewegliche Sache wie auch Elektrizität. Nach der gesetzlichen Wertung scheint von unkörperlichen Gegenständen keine solch nachhaltige Gefahr auszugehen, dass eine verschuldensunabhängige Haftung gerechtfertigt wäre. Dennoch können auch Informationen Gefahren beinhalten, die, wenn nicht unmittelbar das Leben oder die Gesundheit des Nutzers, so doch zumindest sein Eigentum bedrohen.²⁷⁷ Wenn diese Informationen mit einem Träger fest verbunden und auf diese

²⁷⁰ Spindler, NJW 2004, S. 3146.

²⁷¹ Vgl. die Diskussion oben in diesem Kapitel; an dieser Stelle sei lediglich nochmals hingewiesen auf Freytag in Moritz/Dreier, Teil D, Rn. 245; Spindler, MMR 1998, S. 24 f. sowie Junker/Benecke, Rn. 371.

²⁷² Spindler, MMR 1998, S. 24.

²⁷³ Junker/Benecke, Rn. 372 mwN.

²⁷⁴ Instruktiv Freytag in Moritz/Dreier, Teil D, Rn. 247 f. sowie Spindler, NJW 2004, S. 3146 ff.: Es wird unterschieden zwischen Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- und Produktbeobachtungsfehlern, die im Laufe der gesamten Produktion an verschiedenen Stellen auftreten können.

²⁷⁵ Spindler, MMR 1998, S. 25 ff.; Junker/Benecke, Rn. 375; vgl. in diesem Kapitel II. 2. b. ee.

²⁷⁶ Vgl. Palandt/Sprau, Einf. zum ProdHaftG, Rn. 1; Beckmann/Müller, MMR 1999, S. 15.

²⁷⁷ Freytag in Moritz/Dreier, Teil D, Rn. 242, weist jedoch zu Recht auf die mittelbaren körperlichen Gefahren im Bereich von risikoreichen Sportarten hin, so z.B. bei Lawineninformationen.

Weise verkörpert sind, fallen sie nach der überwiegenden Meinung in den Anwendungsbereich des ProdHaftG.²⁷⁸ Dabei werden nicht nur die Gefahren, die direkt vom Träger ausgehen können, berücksichtigt, sondern auch diejenigen, die durch die Umsetzung der Information vom Nutzer drohen. Denn die Verkörperung gibt der Information eine dauerhafte und unveränderliche Form und wird erst dadurch zum Gegenstand erhöhten Vertrauens.²⁷⁹ Online übermittelte Informationen fallen nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des § 2 ProdHaftG, jedoch stellt sich die Frage einer analogen Anwendung.²⁸⁰ Argument dafür ist in Anlehnung an die Tatsache, dass kaum ein Unterschied zwischen unverkörpernten und verkörpernten Informationen besteht²⁸¹, die Anknüpfung der Haftung an die objektive Gefährlichkeit des Produktes statt an seine Körperlichkeit.²⁸² Dagegen spricht, dass bei der Schaffung der dem ProdHaftG zugrunde liegenden Richtlinie²⁸³ die Problematik von Online-Informationen zwar bekannt war, aber dennoch nicht geregelt wurde. Die Annahme einer Regelungslücke als Voraussetzung für eine Analogie ist daher nicht möglich. Auch wenn das Argument, es komme für den Nutzer nicht darauf an, ob er die Information unverkörpernt oder verkörpernt erhalte²⁸⁴, durchaus eingängig ist, muss dennoch auf die Unterschiede hingewiesen werden. Die Information vermag niemals das selbe Maß an Vertrauen zu entfalten und damit den Schutz des ProdHaftG auszulösen, wenn auch der Nutzer problemlos selbst dauerhaft auf einen Datenträger speichern kann. Denn er weiß, dass er derjenige ist, der die Information erst zu einem Produkt i.S.d. § 2 ProdHaftG gemacht hat, nicht aber der Anbieter. Somit bleibt der Regelungsbereich des ProdHaftG unkörperlichen Informationen verschlossen.²⁸⁵ Eine Sonderstellung nehmen hierbei wiederum in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Sachmängelgewährleistung die Computerprogramme ein. Mit dem Argument, dass dem ProdHaftG ein anderer Sachbegriff als dem BGB zugrunde liegt und eine Ausklammerung von Software rechtspolitisch bedenklich wäre, wird der Anwendungsbereich des ProdHaftG insoweit ausgedehnt, unabhängig davon, ob es sich um Standard- oder Individualsoftware handelt.²⁸⁶

²⁷⁸ Sog. verkörperte geistige Leistungen, BGH NJW 1970, 1963 [1963 ff.]; BGHZ 109, 97 [100 f.]; *Beckmann/Müller*, MMR 1999, S. 15. Vgl. auch *Andreas Cahn*, „Produkthaftung für verkörperte geistige Leistungen“, NJW 1996, S. 2899 ff.

²⁷⁹ *Beckmann/Müller*, MMR 1999, S. 15.

²⁸⁰ Online-Informationen als Form von Elektrizität und damit als unmittelbar vom ProdHaftG geregelt zu betrachten, vgl. *Höckelmann*, S. 141 f., erscheint dem Sinn und Zweck des ProdHaftG gegenläufig, s. auch *Beckmann/Müller*, MMR 1999, S. 16.

²⁸¹ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 84; vgl. auch *Deike*, CR 2003, S. 15.

²⁸² *Meier/Wehlau*, CR 1990, S. 98; *Spindler* spricht von der „potenziellen Gefährlichkeit“, MMR 1998, S. 12.

²⁸³ Richtlinie 85/374/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte; ABl. EG Nr. L 210 vom 7.8.1985, S. 29 ff.

²⁸⁴ *Spindler/Klöbn*, CR 2003, S. 84; *Spindler*, MMR 1998, S. 121.

²⁸⁵ So auch *Freitag* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 243.

²⁸⁶ *Junker/Benecke*, Rn. 366 f.; *Spindler*, NJW 2004, S. 3149; *Deike*, CR 2003, S. 15; a.A. *MüKo/Wagner*, § 2 ProdHaftG, Rn. 15. Etwas unklar *Koitz*, S. 74. Zur Anwendung des ProdHaftG bei Open Source Software *Jaeger/Metzger*, S. 152 ff.

III. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich mit Hilfe des neuen Schuldrechts die Probleme bezüglich der Haftung für Informationen in befriedigendem Umfang bewältigen lassen. Auch wenn sich das Gesetz im Umgang mit der unkörperlichen Information etwas schwer tut, lassen sich bei entsprechender Anwendung dennoch meist interessengerechte Ergebnisse erzielen. Dem Nutzer werden rechtliche Möglichkeiten verschafft, mit denen die Rechtssicherheit im Bereich des Inhalts von Informationen gestärkt wird. Einziger Wermutstropfen ist, dass es das Gesetz nicht ermöglicht, sämtliche verbraucher-schützenden Vorschriften auf den Bereich der Information zu übertragen.

4. Kapitel - Das Internet als Handelsplattform

Informationen sind im Internet in zweierlei Hinsicht erhältlich: Nicht nur im Sinne einer Hauptleistung, sondern auch als Nebenleistung. Gleichgültig, ob das Netz als Informationsmedium oder Handelsplattform genutzt wird: Einen Vertrag begleiten stets Informationen. Ein Nutzer muss auf die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Begleitinformationen auch vertrauen können. Denn bei einer Internet-Bestellung ist er auf eine korrekte Beschreibung der Ware angewiesen, damit er sich realistische Vorstellungen von ihr machen kann. Anders als im Ladengeschäft kann er die Ware nicht prüfen oder in Augenschein nehmen. Der Nutzer macht daher seine Kaufentscheidung wesentlich von der Beschreibung des Gegenstandes abhängig. Ebenso ist er darauf angewiesen, dass ihm sämtliche Informationen für einen ordnungsgemäßen Umgang mit der Ware zukommen.

Auch wenn sie nicht den Hauptinhalt des Vertrages darstellen, hat der Nutzer einen gesetzlichen Anspruch auf korrekte Begleitinformationen in allen Phasen eines Rechtsgeschäfts, sei es in dessen Vorfeld, sei es während des Vertragsschlusses oder bei seiner Abwicklung. Damit korrespondieren die Informationspflichten des Anbieters. In welchem Umfang solche Pflichten existieren und der Nutzer dadurch „Zugang zu diesen Informationen“ hat sowie mit der Sicherstellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen und damit dem „Inhalt der Information“ befasst sich dieses Kapitel.

I. Die E-Commerce-Richtlinie/Information als Nebenleistung

Im legislativen Bereich hat sich in den letzten Jahren einiges getan, um dem Nutzer einen gewissen Schutz zu bieten. Ein Großteil der Initiativen ging von der EU aus, die wiederum vor allem in der „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“ ihren Niederschlag gefunden hat.¹ Deren Vorgaben wurden in Deutschland in verschiedenen Gesetzen umgesetzt. Ziel ist es u.a., jeden Diensteanbieter zur Bereitstellung eines bestimmten Mindestmaßes an Informationen zu verpflichten. Aus diesem Grund wurden die Informationspflichten sehr detailliert ausgestaltet. Sie sollen der Flüchtigkeit des Mediums entgegenwirken und somit nicht nur den Verbraucherschutz, sondern auch den Schutz öffentlicher Ordnungsinteressen und die Offenheit des Meinungsbildungsprozesses stärken.²

Die in der BGB-InfoV³ niedergelegten Pflichten sind nicht generalisiert, sondern im Gegenteil stark konkretisiert. Nachteil eines solchen Regelungssystems ist seine Unübersichtlichkeit. Aufgrund der Fülle der Angaben haben nicht nur die Anbieter mitunter Probleme, alle Informationspflichten zu erfüllen, auch die Kunden werden davon regelrecht erschlagen⁴. Es wäre kontraproduktiv, wenn der Nutzer durch die Masse von Informationen, die auf ihn einwirkt, überfordert wird und so am Ende überhaupt keine Informationen mehr aufnimmt. Einige Stimmen mahnen an, dass diese Situation bereits eingetre-

¹ Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, vom 08.06.2000; ABl. EG Nr. L 178/1. Zur Entstehung der E-Commerce-Richtlinie *Ruess*, S. 9 ff.

² Vgl. Erwägungsgründe Nr. 3, 7, 11 der Richtlinie; erläuternd *Kloepfer*, § 13 Rn. 78.

³ BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 05.08.2002, BGBl I S. 3002, zuletzt geändert durch Gesetz vom 02.12.2004. Durch die Änderung hat sich u.a. die Verortung einiger Informationspflichten verschoben, wenngleich sie inhaltlich unverändert sind, vgl. überblicksartig *Schmittmann*, K&R 2005, S. 339 f. Aus diesem Grund ist in vielen der folgenden Literaturstellen die Nummerierung der Pflichten in der BGB-InfoV überholt.

⁴ Man spricht hierbei vom „Information-Overflow“ oder von der „Informationsüberfütterung“, so *Mankowski*, CR 2001, S. 771.

ten ist. Dem lässt sich u.U. durch eine übersichtliche Präsentation der Informationen entgegenwirken. Daher muss stets auch der Transparenzgedanke berücksichtigt werden. Im Rahmen dieses Kapitels wird zu reflektieren sein, ob mitunter eine Reduktion auf die wesentlichen Angaben dem Verbraucherschutz nicht besser gerecht würde. Ein weiterer Nachteil ist es, dass konkrete Regelungen recht unflexibel sind und daher der fortschreitenden Rechtsentwicklung stetig angepasst werden müssen. Immerhin wurden die Informationspflichten nicht in das BGB integriert, sondern als ergänzende Verordnung ausgestaltet, so dass eine Änderung auch durch die Exekutive möglich ist. Darüber hinaus kommt die konkrete Ausformulierung der Pflichten der Rechtssicherheit zugute.

Zur besseren Übersicht über Zeitpunkt und Inhalt der verschiedenen Informationspflichten wird der Weg eines Rechtsgeschäfts im Internet nachgezeichnet: Zunächst nehmen Anbieter und Nutzer Kontakt auf. Dies kann geschehen durch Werbung des Anbieters, oder der Nutzer findet die Homepage des Anbieters beim Surfen. Er klickt sich durch dessen Warenangebot und findet dort schließlich einen Artikel, der ihn interessiert. Um ihn erwerben zu können, muss er einen Vertrag abschließen. Nach dem Vertragsschluss möchte er sich nochmals über die wichtigsten Merkmale des Geschäfts informieren. In verschiedenen Phasen dieses Geschäfts bestehen entsprechende Informationspflichten. Sie können gesetzlich oder vertraglich begründet werden, sie können geschrieben oder ungeschrieben sein. Ihre Durchsetzbarkeit mittels Sanktionen wird dabei an entsprechender Stelle gebündelt betrachtet.

II. Die 1. Phase: Die Kontaktaufnahme

1. Werbung

Der Anbieter macht für seinen Online-Shop Werbung, um so den Nutzer durch Anklicken des entsprechenden Links auf seine Homepage zu leiten. Entscheidend ist hierbei, dass sich der Nutzer darüber bewusst sein muss, dass es sich um Werbung handelt. Daher schreiben §§ 7 TDG und 10 Abs. 4 MDStV vor, dass kommerzielle Kommunikationen „klar als solche zu erkennen“ und deren Veranlasser „klar identifizierbar“ sein muss (Nr. 1 und 2). Auch werbeähnliche Kommunikationsformen wie Angebote zur Verkaufsförderung, Preisausschreiben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter müssen deutlich als solche erkennbar sein und ihre Bedingungen eindeutig angegeben werden (Nr. 3 und 4).⁵ Die etwas umständliche Beschreibung ist im Gesetzestext deshalb gewählt, damit möglichst alle Werbeformen von der Regelung erfasst werden können⁶, wobei wohl Werbe-E-Mails, Banner und Pop-Up-Screens am gängigsten sein dürften⁷. Durch die Maßgabe der klaren Erkennbarkeit und Unzweideutigkeit ist dem Transparenzgebot Geltung verschafft worden.⁸ Zu seiner konkreten Umsetzung schweigt das Gesetz, jedoch verlangt die Rechtsprechung, Aussagen so zu gestalten, dass ein sorgfältiger, juristisch nicht vorgebildeter Leser in der Lage ist, deren Inhalt zu erfassen.⁹

⁵ In der Neufassung des UWG vom 8.7.2004 wurden diese medienspezifischen Sonderregelungen auf alle Werbeformen erstreckt, vgl. die Nr. 3 - 5 des Negativkatalogs des § 4 UWG n.F.

⁶ *Gounalakis/Spindler*, § 9, Rn. 149.

⁷ Zu den verschiedenen Online-Werbeformen sowie deren Vor- und Nachteilen *Lediger/Kaestner*, I, Rn. 1 ff., *Schmittmann*, S. 7 ff.

⁸ *Wülfing/Dieckert*, S. 21.

⁹ Vgl. im Rahmen von AGBs, jetzt § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, BGHZ 106, 42 [49] und 116, 1 [4]; ebenso *Härting*, CR 2000, S. 693.

Der Anbieter muss also seine Aussage möglichst klar und verständlich formulieren.¹⁰ Das umfasst auch die formale Gestaltung der Aussage.¹¹ So darf Wesentliches nicht an schwer auffindbare Stellen gesetzt werden, so dass der Kunde keine Verlassung hat, nach weiteren Angaben zu suchen.¹² Ebenso muss die Form der Aussage dem Inhalt entsprechen. Ein Werbebanner darf beispielsweise nicht verwechselbar wie eine Meldung des Betriebssystems gestaltet werden, so dass der Nutzer beim scheinbaren Wegklicken auf eine neue Homepage verlinkt wird.¹³ Das Transparenzgebot gilt aber grundsätzlich nur im Rahmen des Möglichen¹⁴, da der Werbetreibende nicht damit überfordert werden soll, zu Zwecken der Verständlichkeit einen immensen Aufwand zu betreiben, so z.B. seine Aussagen alle erklären zu müssen¹⁵. Über den Werbecharakter der Aussage muss der Nutzer jedoch klar und deutlich informiert werden.¹⁶ Wenn auch durch nachdrückliche Kennzeichnung der Werbung der Nutzer vor irreführenden Informationen geschützt werden soll, stellt sich jedoch in der Praxis häufig das Problem einer sonstigen Beeinflussung. Die Nutzer sind meist kritisch genug, Werbung als solche zu erkennen und bloße Lockangebote zu hinterfragen. Schwerwiegender sind jedoch Methoden, den Nutzer durch „klassische“ Marketingtechniken wie product placement, Stimmungserzeugung oder Ausnutzung bestimmter Schemata¹⁷ zu beeinflussen¹⁸. Bei diesen Ansätzen lassen sich gesetzlich nur die schlimmsten Auswüchse im Bereich der Sittenwidrigkeit oder sonstigen Unlauterkeit erfassen. Daneben ist der Nutzer gefordert, der solchen Beeinflussungen kritisch und resistent entgegentreten muss.

Ein Verstoß des Anbieters gegen diese Pflicht kann mit Sanktionen geahndet werden. § 12 TDG bzw. § 24 MDStV regeln Verstöße gegen die Informationspflichten der jeweiligen Gesetze als Ordnungswidrigkeiten. Der Bereich der kommerziellen Kommunikationen ist hierbei allerdings ausgenommen. § 7 TDG bzw. § 10 Abs. 4 MDStV verweisen jedoch auf die Regelungen des UWG. Nach dessen Generalklausel in §§ 3, 4 Nr. 3 UWG kann, wer den Werbecharakter von Mitteilungen verschleiern, auf Unterlassung, bei Verstoß gegen die guten Sitten auch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.¹⁹ Darüber hinaus wird in § 5 UWG irreführende Werbung als unzulässig erklärt. Zu beachten ist hierbei, dass mit dem Verweis auf die Generalklausel in § 3 UWG auch deren neu eingeführte Bagatellgrenze beachtet werden muss. Nicht jede Verfehlung schlägt sich also gleich in einer Verletzung der §§ 3, 5 UWG nieder.²⁰

¹⁰ Härtling, CR 2000, S. 692 mwN.

¹¹ Vgl. Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 307, Rn. 21.

¹² Schmittmann, K&R 2004, S. 364.

¹³ Aus diesem Grund ist bei solchen Werbefenstern zumindest der Begriff „Werbung“ zu finden.

¹⁴ BGH NJW 82, 331 [332].

¹⁵ BGHZ 112, 115 [119].

¹⁶ Wülfing/Dieckert, S. 21.

¹⁷ Das Kindchenschema löst Beschützerinstinkte aus, ein Arztkittel vermittelt Seriosität usw.

¹⁸ Ausführlich hierzu Klaus-Peter Wiedmann/Sascha Langner, „Beeinflussung im Internet - Klassische Techniken und aktuelle Phänomene“, in: Klaus-Peter Wiedmann et al., S. 195 ff.

¹⁹ Lediger/Kaestner, I, Rn. 13 ff.; ausführlich (zum alten UWG) Schmittmann, S. 63 ff. Vgl. z.B. den Beschluss des LG Köln, nach dem eine bestimmte Form von Pop-Up-Werbeeinblendungen ohne Einwilligung des Betroffenen unlauter i.S.d. § 1 UWG a.F. ist; JurPC Web-Dok. 230/2004. Dies wird nunmehr unter §§ 3, 4 Nr. 1 UWG n.F. fallen, vgl. Sosnitzu, AnwBl 2004, S. 547.

²⁰ Vgl. Sosnitzu, AnwBl 2004, S. 548. Zum UWG ausführlich im Rahmen der §§ 312 c und e BGB.

2. Anbieterkennzeichnung nach dem TDG/MDStV

Hat der Nutzer eine Homepage angewählt, betritt er also den Online-Shop, möchte er zunächst einmal wissen, mit wem er es überhaupt zu tun hat. Die entsprechenden Informationen erhält er auch ohne geschäftliche Interaktion, da der Anbieter verpflichtet ist, sie jedem gegenüber zu hinterlegen. Dadurch soll der Anonymität im Netz und der schweren Identifizierbarkeit der Urheber von Angeboten begegnet werden.²¹ Hierbei handelt es sich um die Pflicht zur „Anbieterkennzeichnung“ aus §§ 6 TDG, 10 MDStV.²² Nach §§ 6 Nr. 1 TDG, 10 Abs. 1 MDStV sind IuK-Dienst-Angebote mit Namen und Anschrift des Anbieters bzw. - bei einem Unternehmen - seines/r Vertretungsberechtigten zu kennzeichnen.²³ Es soll sichergestellt werden, dass die Identität des Anbieters weitgehend offen gelegt wird²⁴ und damit für jedermann erkennbar ist²⁵. Die Anbieterkennzeichnung erstreckt sich darüber hinaus nach §§ 6 Nr. 2 - 6 TDG, 10 Abs. 2 S. 1 MDStV auch auf die Kontaktdaten für eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation (wie Telefon und E-Mail²⁶) sowie - im Falle des Vorhandenseins - Angaben zu behördlichen Zulassungen, Registerangaben, Angaben in Verbindung mit freien Berufen und die Umsatzsteueridentifikationsnummer. Bei journalistisch-redaktionell gestalteten Mediendiensten besteht darüber hinaus nach § 10 Abs. 3 MDStV die Pflicht zu einem elektronischen Impressum.²⁷ Da die Identität des Geschäftspartners die grundlegende Information für Online-Verträge ist, beschäftigen sich Rechtsprechung und Literatur entsprechend ausführlich mit ihr.²⁸ Auch im Rahmen der Anbieterkennzeichnung wird auf das Transparenzgebot verwiesen. Die vorgeschriebenen Informationen müssen leicht erkennbar sein, d.h. ohne Aufwand wahrnehmbar, sie müssen ständig verfügbar sein, d.h. nicht nur temporär zugänglich und sie müssen unmittelbar erreichbar sein, d.h. leicht und ohne komplizierte Verweisung zugänglich.²⁹ Ebenso dürfen die Informationen

²¹ *Gounalakis/Spindler*, § 9, Rn. 160.

²² Eingehend hierzu *Wülfing/Dieckert*, S. 19 f.

²³ Vgl. hierzu das OLG München, nach dem die Angabe des für den Inhalt Verantwortlichen nicht ausreicht, NJW-RR 2002, 348 [348].

²⁴ *Wülfing/Dieckert*, S. 18.

²⁵ *Kloepfer*, § 13, Rn. 78. Daher soll es auch nicht ausreichen, bei einer GbR die bloße Gesellschaft anzugeben. Vielmehr seien stattdessen alle Gesellschafter namentlich zu benennen, vgl. *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.5.1, S. 44. Fraglich ist, ob diese Forderung mit der Anerkennung der Außenrechtsfähigkeit, BGHZ 146, 341 ff. noch gestellt werden kann. In diesem Urteil wird die GbR unter Aufgabe der bisherigen Rspr. als eigenständige Rechtspersönlichkeit anerkannt, womit die Notwendigkeit entfällt, in Haftungsfragen ausdrücklich die dahinterstehenden Gesellschafter mit einzubeziehen. Dies erfolgt nunmehr durch die Akzessorität in § 128 HGB analog. Dies könnte für eine Verzichtbarkeit auf die Angabe der Gesellschafter sprechen. Mangels Fähigkeit der GbR zur Registereintragung hat der Nutzer allerdings keine Möglichkeit, die Identität ihrer Gesellschafter zu ermitteln. Im Hinblick auf den umfassenden Schutz des Nutzers wird die Benennung aller Gesellschafter nach wie vor notwendig sein.

²⁶ Nach dem OLG Köln muss neben der Postanschrift und der E-Mail-Adresse zumindest entweder eine Telefon- oder Telefaxnummer angegeben werden, CR 2004, 694 [695].

²⁷ Ausführlicher *Kloepfer*, § 13, Rn. 82.

²⁸ So genügt beispielsweise nach dem OLG Köln für eine „schnelle elektronische Kontaktaufnahme“ nicht, dass lediglich Postanschrift und E-Mail-Adresse angegeben werden, nicht jedoch eine Telefon- oder Faxnummer, JurPC Web-Dok. 159/2004. Vgl. zur Anbieterkennzeichnung auch *Schulte/Schulte*, NJW 2003, S. 2141; *Ott*, WRP 2003, S. 945 ff.; *Woitke*, BB 2003, S. 2473; *Schmittmann*, K&R 2004, S. 366 f.; v. *Wallenberg*, MMR 2005, S. 662 f.

²⁹ *Wülfing/Dieckert*, S. 21. So muss der Link, der auf die Kontaktinformationen verweist, für einen verständigen Durchschnittsnutzer klar bezeichnet sein, *Schramm*, DuD 2004, S. 474. Das OLG Karlsruhe hat es beispielsweise für nicht ausreichend erachtet, wenn die Angabe der Identität und Anschrift des Anbieters nur über einen Link „Kontakt“ zu erreichen und dort unter der Überschrift „Impressum“ angeführt ist. „Kontakt“ sei mittlerweile ein fester Begriff für einen Mailto-Link und auch der Begriff „Impressum“ sei missverständlich. Dass der Nutzer sich die Informationen zudem selbst suchen müsse, widerspreche dem Transparenzgebot. Daher müssen die Angaben wenigstens an solch herausgehobener Stelle im Online-Bestellformular angeführt sein, dass man zwangsläufig auf sie stoßen muss; OLG Karlsruhe, CR 2002, 682 ff.; vgl. auch *Woitke*, BB 2003, S. 2473. Auch die Erfüllung der Anbieterkennzeichnung innerhalb der AGB ist unzureichend, LG Berlin, CR 2003, 139 ff.

nicht an solch versteckter Stelle platziert sein, dass kein Nutzer sie realistisch zur Kenntnis nehmen kann, z.B. dadurch, dass er über den Bildschirmrand hinaus übermäßig scrollen müsste, um sie zu entdecken.³⁰

Mit den weitreichenden Informationspflichten verlangt der Gesetzgeber dem Anbieter mehr ab, als es in der Praxis notwendig und bei realen Ladengeschäften üblich ist. Gerade was die freien Berufe und die Umsatzsteueridentifikationsnummer angeht, sind solche Angaben, wie das TDG bzw. der MDStV sie fordert, im normalen kaufmännischen Verkehr nicht gebräuchlich.³¹ Der europäische Richtliniengeber hielt es anscheinend für sinnvoll, dass sich der - auch außerhalb der EU auf die jeweilige Homepage zugreifende - Nutzer umfassend über den Anbieter informieren kann, um somit die Flüchtigkeit des Internetauftritts im Vergleich zum realen Ladengeschäft zu kompensieren. Damit der Nutzer die Identität des Anbieters jederzeit feststellen kann, wird gefordert, die Kennzeichnung an von allen - auch untergeordneten - Seiten leicht zugänglicher Stelle zu hinterlegen.³² Viele Online-Shops sind dazu übergegangen, am Seitenende jeder Website eine Reihe von Links zu platzieren, die sich somit von jeder Unterseite der Website aus abrufen lassen. Damit erfüllen sie das von der „Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht“ statuierte „two-clicks-away“-Prinzip, nach dem jeder Nutzer, egal wo er sich auf der Website befindet, nicht mehr als zwei Schritte benötigen soll, um die Identifizierung des Anbieters zu erhalten.³³

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung kann Sanktionen nach sich ziehen. Der Anbieter muss dann mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu 50.000 € rechnen, §§ 12 Abs. 1 und 2 TDG, 24 Abs. 1 Nr. 1 - 3 und Abs. 2 MDStV.³⁴ Anderenfalls würden die Informationspflichten mangels Durchsetzungsmöglichkeit praktisch wirkungslos bleiben.³⁵ Das Bußgeldverfahren bestimmt sich nach den Vorschriften des OWiG. Nach § 10 OWiG i.V.m. §§ 12 Abs. 1 TDG, 24 Abs. 1 MDStV werden vorsätzliche und fahrlässige Verstöße gegen die Kennzeichnungspflicht geahndet. Im Fall der Fahrlässigkeit wird der Höchstbetrag der Geldbuße nach § 17 Abs. 2 OWiG jedoch auf die Hälfte herabgesetzt. Allerdings soll die Höhe der Geldbuße den gewonnenen wirtschaftlichen Vorteil des Anbieters übersteigen und kann daher in Einzelfällen auch das gesetzlich festgelegte Höchstmaß übersteigen, § 17 Abs. 4 OWiG.

Die Frage ist, ob und wie sich durch die Sanktionsmöglichkeiten im TDG/MDStV die Sicherheit der Nutzer verändert hat. Zu bedenken ist nämlich, dass den für die Bußgelder zuständigen Verwaltungsbehörden oft gar nicht die personellen Ressourcen zur Verfügung stehen, um eine ausreichende Überwachung der Anbieter zu gewährleisten.³⁶ Daher mögen die Sanktionsmöglichkeiten eine nur geringe praktische Bedeutung haben. Aufgrund des nicht unerheblichen Höchstmaßes der Bußgelder kann aber zumindest der daraus resultierende Abschreckungseffekt zur Stärkung der Rechte der Nutzer beitra-

³⁰ *Mankowski*, CR 2001, S. 770; *Ott*, WRP 2003, S. 946 f.; *Schramm*, DuD 2004, S. 475. Enger sieht es *v. Wallenberg*, MMR 2005, S. 663 unter Verweis auf OLG München, MMR 2004, 321, wonach eine Platzierung in der Fußzeile schon nicht ausreichen soll.

³¹ *Wülfing/Dieckert*, 2.1.1, S. 20.

³² *Wülfing/Dieckert*, 2.1.1, S. 19; *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.5.1, S. 44; vgl. auch *Lubitz*, K&R 2004, S. 116 f, und *Schramm*, DuD 2004, S. 473, jeweils mit Angabe aktueller Rechtsprechung.

³³ *Schramm*, DuD 2004, S. 473 mwN. *Hoffmann*, NJW 2005, S. 2595, verweist auf das OLG Hamburg, das das Erfordernis einer Kennzeichnung auf jeder Unterseite ebenfalls verneint.

³⁴ Das TDG enthielt bis zum 14.12.2001 keine strafrechtliche Sanktion im weitesten Sinne; diese Lücke wurde durch die Umsetzung des Art. 20 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr gefüllt.

³⁵ *Roßnagel/Bär*, § 12 TDG, Rn. 1.

³⁶ *Roßnagel/Bär*, § 12 TDG, Rn. 17.

gen.³⁷ Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass auch ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch in Frage kommt³⁸, wobei allerdings strittig ist, inwiefern ein Verstoß gegen die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung bereits unlauter i.S.d. § 3 UWG ist.³⁹ Aufgrund dieser Unsicherheiten könnte der einzelne Nutzer durch einen ihm persönlich zustehenden Anspruch besser geschützt werden. Dies wird bisweilen auch angenommen, indem die Kennzeichnungspflichten als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dargestellt werden, mit deren Hilfe der Nutzer einen durch die Verletzung der Kennzeichnungspflicht erlittenen Schaden ersetzt verlangen kann.⁴⁰ Problematisch dürfe allerdings bereits sein, dass in den wenigsten Fällen ein Schaden beziffert werden kann. Einen größeren Effekt werden daher wohl die Möglichkeiten der Selbstregulierung durch das Netz bieten, wenn ein Anbieter in der Community durch falsche Angaben in Verruf gerät.⁴¹

3. Anbieterkennzeichnung im Fernabsatzrecht

Die Verpflichtung zur Anbieterkennzeichnung wird außerhalb des TDG/MDStV im Hinblick auf die Identität und die ladungsfähige Anschrift des Anbieters nochmals in § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BGB-InfoV statuiert. Sie kommt allerdings nur im Rahmen eines Fernabsatzvertrages zur Anwendung. Dessen Voraussetzungen wurden bereits im letzten Kapitel behandelt.⁴² Daher genügt hier der Hinweis, dass die Nutzung des Internets als Handelsplattform für den Vertrieb von Waren ein typisches Beispiel für Fernabsatzgeschäfte ist.⁴³ Fernabsatzrecht ist Verbraucherschutzrecht.⁴⁴ Insofern behandeln die Regelungen auch nur die Geschäftsbeziehungen zwischen einem Unternehmer-Anbieter und einem Verbraucher-Nutzer. Im Rahmen dieser Arbeit sind dabei die in § 312 c BGB niedergelegten Informationspflichten von besonderem Interesse. Es sei aber auch kurz an das gem. § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB bestehende zweiwöchige Widerrufsrecht erinnert, das dem Kunden durch die Möglichkeit, im Nachhinein vom Vertrag Abstand zu nehmen, eine zusätzliche Bedenkzeit über den Vertragsschluss verschafft und ihm Gelegenheit gibt, die gelieferte Ware eingehend zu prüfen, bevor er sich entscheidet, ob er sie endgültig behalten will.⁴⁵ Sinn dieser Rücktrittsmöglichkeit ist es, die außergewöhnliche Vertragssituation auszugleichen, so dass der Verbraucher vor einem übereilten Vertragsschluss ohne gründliches Überdenken des Für und Wider geschützt wird.⁴⁶

³⁷ *Roßnagel/Bär*, § 24 MDStV, Rn. 55.

³⁸ *Lubitz*, K&R 2004, S. 117 mwN.; *Schmittmann*, K&R 2004, S. 367.

³⁹ Ausführlich dazu im Rahmen der §§ 312 d und e BGB. Jedenfalls für den Bereich der Werbung enthält § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG ein Verbot anonymer Direktwerbung. Danach ist es unzulässig, bei Werbung mit „Nachrichten“, also auch v.a. E-Mails, die Identität des Absenders zu verschleiern oder zu verheimlichen. Zum „SPAM-Verbot“ s. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

⁴⁰ Zum alten TDG *IuKDG-Komm/Maennel*, § 6 TDG, Rn. 7.

⁴¹ Vgl. dazu das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 4.

⁴² Kapitel „Das Internet als Informationsquelle“, unter II. 2. a. dd.

⁴³ *Lorenz*, JuS 2000, S. 834.

⁴⁴ Instrukтив hierzu *Janal*, S. 14 ff. und *Gounalakis/Lefsmann/Lefsmann*, § 11, Rn. 1 ff.

⁴⁵ Das Widerrufsrecht ist seinem Inhalt nach ein besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht; *Palandt/Grüneberg*, § 355, Rn. 3; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1282; *Lorenz*, JuS 2000, S. 838.

⁴⁶ *Palandt/Grüneberg*, § 355, Rn. 3; *Schmittmann*, K&R 2004, S. 365. Das Widerrufsrecht ist nach § 312 d Abs. 4 BGB allerdings bei Artikeln ausgeschlossen, die keine Massenware sind und sich daher schlecht anderweitig absetzen lassen; *Lorenz*, JuS 2000, S. 839 f. Dies ist nach dem gesetzlichen Leitbild auch bei Versteigerungen in der Form des § 156 BGB der Fall, § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB, wobei nach Meinung des BGH Internet-Auktionshäuser wie eBay diesem Ausnahmetatbestand nicht unterliegen, BGH NJW 2005, 53 ff. = MMR 2005, 37 ff. = K&R 2005, 33 ff. = JurPC-Web Dok. 281/2004; vgl. auch LG Konstanz, CR 2004, 862 [862]; LG Memmingen, CR 2004, 850 [851]; AG Itzehoe, MMR 2004, 637 [637 f.] und CR 2004, 705 [705 f.] sowie schon *Lorenz*, JuS 2000, S. 840.

Der Großteil der Informationspflichten aus dem Fernabsatzrecht kommt in der zweiten Phase des Internet-Geschäfts, bei Vertragsschluss, zu tragen. Dabei erschöpft sich § 312 c BGB nicht ausschließlich in der bloßen Verpflichtung, sondern macht auch Vorgaben zu Gestaltung und Zeitpunkt dieser Informationen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Vorgaben zur Gestaltung sowie die möglichen Sanktionen bei Verletzung der Informationspflichten zentral im Rahmen der zweiten Phase behandelt.

Je nachdem, ob ein Verbrauchervertrag geschlossen wird, und damit die Informationspflichten aus dem Fernabsatzrecht eingreifen, oder ob es sich um ein Geschäft im Rahmen des B2B handelt, verändert sich der Umfang der Informationspflichten des Anbieters. Um diesem Unterschied gerecht zu werden, hat ein Anbieter zwei Möglichkeiten: Entweder kommt er sämtlichen Informationspflichten gegenüber allen Nutzern nach, gleichgültig, ob diese Verbraucher sind oder nicht. Das führt zu dem Ergebnis, dass auch der Geschäftskunde, der nach der Gesetzeswertung weniger schutzbedürftig ist als ein Verbraucher, mehr Informationen bekommt als erforderlich. Oder aber der Anbieter trennt auf der Homepage zwischen einem Geschäfts- und einem Privatkundenbereich, in denen den unterschiedlichen Anforderungen nachgekommen wird.⁴⁷

4. Angaben auf Geschäftsbriefen

§§ 37 a, 125 a HGB, § 35 a GmbHG und § 80 AktG verlangen von Kaufleuten und Unternehmern, dass auf Geschäftsbriefen aller Art bestimmte Mindestinformationen über den Absender gemacht werden.⁴⁸ Diese Pflicht gilt gegenüber allen Empfängern, unabhängig von einer evtl. Verbraucherstellung. Inzwischen wird auch geschäftliche Korrespondenz häufig per E-Mail abgewickelt, weswegen eine Anwendung dieser Regeln auch bei elektronischer Kommunikation befürwortet wird.⁴⁹ Schließlich dienen die Angaben dem Empfänger unabhängig von der Form des Schreibens. Bei Missachtung der Pflicht droht dem Absender gem. § 37 a HGB, § 79 Abs. 1 GmbHG und § 407 Abs. 1 AktG ein Zwangsgeld bis zu 5.000 €.

5. Nicht erforderliche Angaben

Auf vertriebliche Einschränkungen, wie eine Begrenzung des Liefergebietes, der Produkte oder eine Einschränkung des Kundenkreises, wie z.B. die Zulassung nur registrierter Kunden, sollte auf der Website an gut wahrnehmbarer Stelle hingewiesen werden.⁵⁰ Dies ist keine gesetzliche Pflicht, aus Praktikabilitätsgründen jedoch sinnvoll. Ebenfalls nicht zwingend ist es, Geschäftszeiten für den stationären Handel wie „Internet-Geschäftszeiten“ anzugeben. Schließlich müssen keine Angaben bezüglich der Bonität oder des Kreditrankings des Anbieters gemacht werden, ebensowenig wie ein Ladengeschäft seine Kunden über die finanzielle Situation aufzuklären braucht.⁵¹

⁴⁷ So der Vorschlag von *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.5.1, S. 45. Dies dürfte auch unter betriebswirtschaftlichen Aspekten ein interessanter Gedanke sein, da die beiden Kundenkreise unterschiedliche Bedürfnisse haben. Vgl. zum B2B insoweit *v. Wallenberg*, MMR 2005, S. 662.

⁴⁸ *Woitke*, BB 2003, S. 2476; vgl. auch *Strömer*, S. 144.

⁴⁹ *Woitke*, BB 2003, S. 2476 mwN.

⁵⁰ *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.6.1, S. 47.

⁵¹ *Merx/Tandler/Hahn/Lubmer*, 3.5.1, S. 45.

III. Die 2. Phase: Vor Vertragsschluss

Hat der Kunde sich einen Artikel ausgesucht, muss er aufgrund der Beschreibung und der sonstigen Begleitinformationen in der Lage sein, sich von ihm ein genaues Bild machen zu können, da er die Ware anders als in einem Ladengeschäft nicht in Augenschein nehmen, prüfen und ausprobieren kann. Gleiches gilt für eine im Internet angebotene Dienstleistung.

1. Merkmale der Ware bzw. Dienstleistung

Nach § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-InfoV müssen dem Verbraucher vor Abschluss eines Vertrages die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung übermittelt werden. Der Verbraucher soll quasi auf einen Blick das Leistungsangebot des Anbieters bewerten können.⁵² Daher müssen die Merkmale dem Verbraucher in einer übersichtlichen Art und Weise mitgeteilt werden. Dabei bestimmt sich das Maß der Transparenz der von § 312 c Abs. 1 BGB geforderten Informationen nach den Möglichkeiten der eingesetzten Kommunikationsmittel.⁵³ Durch diese Einschränkung soll der Fernabsatz nicht allzu hohen Anforderungen unterworfen und damit in seiner Entwicklung behindert werden. Der Gesetzgeber hat die Formulierung der Anforderungen an die Transparenz dabei bewusst der Rspr. überlassen.⁵⁴ Die Ware im Online-Shop mit Bild zu präsentieren, ist nicht vorgeschrieben, erleichtert es jedoch dem Kunden, sich den fraglichen Artikel besser vorstellen zu können und sollte daher unbedingt gemacht werden. Generell ist festzustellen, dass die Nutzer ungebildeten Angeboten im Internet skeptischer gegenüberstehen als gebildeten.⁵⁵ Dabei scheint es nicht darauf anzukommen, dass genau die angebotene Sache abgebildet ist; oftmals genügt bereits ein Modellbeispiel. Dies muss dann allerdings ausdrücklich angegeben werden. Auf die in § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-InfoV geforderte Beschreibung der wesentlichen Merkmale der Ware sollte jedenfalls von Seiten des Anbieters genügend Sorgfalt verwendet werden.⁵⁶

Bezüglich der Produktbeschreibung stellt sich generell die Frage, ob sie überhaupt eine bloße Informationspflicht darstellt. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Beschreibung Bestandteil einer Auskunftsbzw. Aufklärungspflicht ist, denn diese Pflichten regeln als typische vertragliche Nebenpflichten die Durchführung des Vertrages.⁵⁷ Auskunfts- und Aufklärungspflichten entstehen dann, wenn die Parteien bereits einen Vertrag geschlossen haben. Dazu müssen sie sich über den Vertragsgegenstand eindeutig geeinigt haben, denn dieser gehört als *essentialium negotii* zum Mindestgehalt des Vertrages. Wenn sich

⁵² *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 23.

⁵³ *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 3. So werden an die Gestaltung von Internet-Websites andere Anforderungen gestellt als an WAP-Anwendungen im Rahmen des M-Commerce. Wenn PDA-Geräte noch recht leistungsfähig in der Wiedergabe sind, haben Mobiltelefone zu kleine Displays, um den Informationspflichten dem Transparenzgebot entsprechend nachkommen zu können. Häufig weisen ältere Handys auch keine ausreichend Speicherkapazität für eine umfassende Darstellung auf. Zu diesen Problemen im Zusammenhang mit der Einbeziehung von ABGs *Christian Kessel et al.*, „Informationspflichten und AGB-Einbeziehung auf mobilen Endgeräten“, K&R 2004, S. 519 ff. Allg. *Rumen Stainov*, S. 98 ff. in *Helmut Dohmann et al.*, Die Praxis des E-Business, Braunschweig/Wiesbaden 2002; *Klaus Turowski/Key Pousttchi*, Mobile Commerce, Heidelberg 2004; *Thomas Steinmassl et al.*, M-Business, Berlin 2004.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 153 f; *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 3.

⁵⁵ Nach *Klietmann*, S. 27 und 38 f., führen fehlende Abbildungen recht häufig zum Abbruch von Kaufvorgängen im Internet. Auch im Rahmen von Handelsplattformen wird auf die verkaufsfördernde Wirkung von Abbildungen hingewiesen, vgl. eBay-Verkäuferhandbuch, S. 30 und 68 ff.

⁵⁶ *Klietmann*, S. 38 f.

⁵⁷ Sie sind nur teilweise gesetzlich geregelt, lassen sich jedoch im Einzelfall durch Auslegung aus dem Vertrag herauslesen; *Reischl*, S. 45; vgl. auch *Brox/Walker*, § 2 Rn. 13.

die Parteien also beim Abschluss eines Kaufvertrages im Internet auf den in der Beschreibung angegebenen Gegenstand einigen, handelt es sich nicht um eine Informationspflicht, sondern schlichtweg um die Bestimmung des Vertragsgegenstandes. Wenn demnach die gelieferte Ware von der Beschreibung abweicht, hat sie nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, womit ein Mangel i.S.d. § 434 BGB vorliegt.⁵⁸ Sollten bei der Ware die zuvor unter § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-InfoV genannten wesentlichen Merkmale nicht vorliegen, so kann dies unter Umständen ebenfalls einen Sachmangel i.S.d. § 434 BGB darstellen.⁵⁹ Insofern ergänzt die Pflicht zur Übermittlung der wesentlichen Merkmale lediglich den Vertragsschluss, ohne eine originäre Aufgabe zu haben. Ungenaue Angaben über die Beschaffenheit der Ware bzw. Dienstleistung können allerdings auch gegen Wettbewerbsrecht verstoßen. § 3 UWG enthält u.a. das Verbot, über die Beschaffenheit irreführende Angaben zu machen. Dies ist dann der Fall, wenn die Angaben eine Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise, hier also beim Nutzer, auslösen, die nicht mit der Realität übereinstimmt.⁶⁰ Dies ist die eigentliche Existenzberechtigung der Pflicht aus § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-InfoV.

2. Angabe des Preises

Ebenso entscheidend für den Vertrag wie die Produktbeschreibung ist die Angabe der Gegenleistung. Als *essentialium negotii* ist der Preis wesentlicher Bestandteil des Vertrags. Dabei besteht die Gefahr, dass der Nutzer durch unübersichtliche Preisangaben übervorteilt wird. Dem soll durch gesetzliche Transparenzvorschriften entgegengewirkt werden.⁶¹

Der Nutzer, der als Verbraucher im Internet ein Geschäft abschließen will, soll sich möglichst schnell einen genauen Überblick über die Kosten verschaffen können. In § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 7, 8, 11 und 12 BGB-InfoV wird der Anbieter daher verpflichtet, den Verbraucher über sämtliche Kosten des Geschäfts zu informieren. Dies umfasst zunächst den Preis der Ware bzw. der Dienstleistung inkl. aller Steuern, erstreckt sich darüber hinaus allerdings auch auf Liefer- und Versandkosten sowie die Kosten, die dem Verbraucher durch die Nutzung des Internets entstehen, sofern hierdurch neben den üblichen Gebühren noch sonstige Kosten anfallen. Angegeben werden muss somit der Endpreis i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV.⁶² Bei befristeten Angeboten mit besonderen Preisen (meist sog. Schnäppchen-Angeboten) muss genau die Gültigkeitsdauer dieser Angebote angegeben werden.

⁵⁸ *Cichon/Pighin*, CR 2003, S. 439. Uneinigkeit herrscht noch darüber, ob es nach wie vor auf den Umfang der Abweichung und damit auf die Unterscheidung von Schlechtleistung und Nichtleistung ankommt. Nach § 434 Abs. 3 1. Alt. BGB wird das *aliud* dem *peius* gleichgestellt. Dennoch plädieren die meisten Stimmen für die Beibehaltung eines *aliud*, wenn sich Vertragsgegenstand und die Lieferung überhaupt nicht mehr decken, *Medicus*, Schuldrecht II, Rn. 51; *Oetker/Maultzsch*, S. 80 ff.; *Jauernig/Berger*, § 434 Rn. 21. Wenn die Lieferung aus der Käuferperspektive keinen Bezug mehr zum Vertragsgegenstand hat, soll demnach keine Leistung i.S.d. § 433 Abs. 1 BGB vorliegen. Daher behält der Käufer seinen Primäranspruch aus dem Kaufvertrag.

⁵⁹ *Janal*, S. 206 f.; *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 23, der dabei auch auf eine evtl. Haftung aus dem ProdHaftG verweist, wenn ein Produkt gem. § 3 Abs. 1 Ziff. a ProdHaftG entgegen seiner Darbietung nicht die zu erwartende Sicherheit bietet.

⁶⁰ *Moritz/Hermann in Moritz/Dreier*, Teil D Rn. 418.

⁶¹ Dies geschieht häufig unter dem Stichwort „Preistransparenz“, *Völker*, NJW 2000, S. 2787. PAngV vom 14.03.1985, BGBl I 1985, 580, zuletzt geändert durch Gesetz vom 03.07.2004.

⁶² *Völker*, NJW 2000, S. 2789. Dabei ist es nach Ansicht des BGH nicht schädlich, wenn der Endpreis während des Bestellvorganges dynamisch ermittelt wird, BGH MMR 2003, 785 [786]; s. hierzu auch OLG Köln, MMR 2005, 251, zur fortlaufenden Preisermittlung von Flugtarifen. Diese Notwendigkeit der Preisermittlung bei bestimmten Internetangeboten wurde auch bei der Änderung der BGB-InfoV erkannt und hat in § 1 Abs. 1 Nr. 7 BGB-InfoV Berücksichtigung gefunden. Allerdings verstößt nach dem OLG Hamburg ein Anbieter, der durch Typbezeichnungen spezifizierte Geräte der Unterhaltungselektronik ohne Preisangabe, sondern mit dem Hinweis anbietet: "es handelt sich hierbei um ein bera-

Die PAngV erlegt in ihrem § 1 Abs. 1 und 2 dem Anbieter von Waren und Dienstleistungen ähnliche Informationspflichten auf wie die BGB-InfoV.⁶³ Preise müssen gegenüber den in der Verordnung so genannten „Letztverbrauchern“ stets als Endpreise inkl. Umsatzsteuer angegeben werden. Nicht anwendbar sind die Vorschriften bei Kunden, die die Ware oder Dienstleistung zur Benutzung in ihrer selbständigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit erwerben, § 9 Abs. 1 Nr. 1 PAngV. Der Warenverkehr zwischen den vorgelagerten Handelsstufen, insbesondere vom Hersteller über den Großhandel zum Einzelhandel, wird damit nicht geregelt.⁶⁴ Deutlich wird der verbraucherschützende Charakter der Verordnung auch in § 1 Abs. 6 PAngV, in dem explizit auf die Grundsätze der Preisklarheit und Preiswahrheit hingewiesen wird. Der angegebene Preis muss sich dem jeweiligen Angebot eindeutig zuordnen lassen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein.⁶⁵ Ziel ist es, dass der Verbraucher auf einen Blick erkennen kann, was er für die Ware bzw. Dienstleistung bezahlen muss. Daher ist nach § 1 Abs. 6 S. 3 PAngV bei einer Aufgliederung der Preise der Endpreis hervorzuheben. Generelle Erleichterungen für den E-Commerce sieht die PAngV nicht vor.⁶⁶ Vielmehr wird für den Internethandel in § 4 Abs. 4 PAngV vorgeschrieben, dass der Preis stets unmittelbar bei der Abbildung oder Beschreibung der Ware angezeigt oder in Anmerkungen und Preisverzeichnissen angegeben werden muss.⁶⁷ Nach Sinn und Zweck der Norm gilt dies für alle Arten von Warenangeboten, die letztlich nur auf dem Bildschirm sichtbar gemacht werden können.⁶⁸ Damit werden auch die Fälle erfasst, in denen dem Verbraucher die Angebote per Datenträger, z.B. auf CD-ROM, zugestellt werden.

Verstöße gegen die Vorschriften der PAngV sind in deren § 10 als Ordnungswidrigkeiten i.S.d. § 3 Abs. 1 WiStG erfasst, was nach § 3 Abs. 2 WiStG mit einer Geldbuße von bis zu 25.000 € belegt werden kann. Geahndet werden auch fahrlässige Verstöße. Schließlich spielt bei Preisangaben ebenfalls die Bestimmung des § 3 UWG über irreführende Angaben eine Rolle. Wer unbestimmte Preisaussagen macht oder einen Preis als Komplett- oder Festpreis angibt, obwohl es sich nicht um den Endpreis handelt, verstößt u.U. gegen § 3 UWG.⁶⁹

tungsintensives Produkt, bitte kontaktieren sie unsere Hotline für eine kompetente Fachberatung", gegen die PAngV; JurPC Web-Dok. 80/2004.

⁶³ *Härtling*, CR 2000, S. 694, hält die doppelte Regelung daher für überflüssig und lediglich dazu geeignet, Verwirrung zu stiften; vgl. auch *Gaertner/Gierschmann*, DB 2000, S. 1602.

⁶⁴ *Völker*, NJW 1997, S. 3405.

⁶⁵ Ausführlich *Ott*, WRP 2003, S. 950.

⁶⁶ *Hoffmann*, NJW 2004, S. 2570.

⁶⁷ Dies gewährleistet eine eindeutige Zuordenbarkeit des Preises; *Ott*, WRP 2003, S. 950; vgl. auch OLG Hamburg, JurPC Web-Dok. 269/2004. Bewertungsgrundlage der Rspr. ist der „räumliche Bezug“ des Preises, OLG Hamburg, K&R 2005, 522. Daher ist nach dem OLG Hamburg auch ein Link mit dem Titel „Top Tagespreis“, auf den der Kunde zunächst klicken muss, um den Preis zu erfahren, nicht ausreichend; NJW-RR 2004, 770 [770] und MMR 2004, 335 [336] und JurPC Web-Dok. 79/2004. Nach dem OLG Frankfurt a.M. ist immerhin eine Preisangabe auch mittels „Sternchenhinweis“ möglich, wenn die klare Zuordenbarkeit gewährleistet bleibt; MMR 2001, 747 [747 f.]. Vgl. zur Preisinformation durch einen Link auch OLG Köln, MMR 2004, 617 [617 f.] = CR 2004, 861 [861] sowie OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 27 = MMR 2005, 108 und MMR 2005, 467.

⁶⁸ *Völker*, NJW 1997, S. 3406; von ihm nochmals aufgegriffen in NJW 2000, S. 2789.

⁶⁹ *Moritz/Hermann* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 433; dagegen *Ott*, WRP 2003, S. 951. Vgl. hierzu die Betrachtung des UWG in diesem Kapitel, unter III. 9. a.

3. Angaben beim Vertragsschluss

Das Vertrauen des Kunden gegenüber dem Anbieter hängt in großem Maße davon ab, dass der Vertragsschluss rechtlich eindeutig und transparent dargestellt wird.⁷⁰ Da es im Internet nicht nur eine einzige Möglichkeit des Vertragsschlusses gibt⁷¹, ist es für den Nutzer wesentlich zu wissen, welche rechtlichen Auswirkungen sich aus seinem Verhalten ergeben, was also bei der Bestellung rechtlich vorgeht. Denn so lange noch kein Vertrag geschlossen wurde, kann der Nutzer den Bestellvorgang jederzeit abbrechen, ohne rechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Insofern ist für ihn der genaue Zeitpunkt des Vertragsschlusses wesentlich.⁷² Nur dann hat er das Gefühl, nicht übervorteilt zu werden und quasi aus Versehen einen ungewollten Vertrag zu schließen. Entsprechend wird der Anbieter in § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-InfoV dazu verpflichtet, den Verbraucher-Nutzer darüber zu informieren, wie der Vertrag zustande kommt. Diese Informationspflicht geht über die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts hinaus und stellt eine Reaktion auf die Verwirrung dar, die der Vertragsschluss bei Online-Auktionen mit sich gebracht hat.⁷³ Der Anbieter hat den Verbraucher mithin darüber zu informieren, ob der Vertrag bereits mit Zugang der Bestellung geschlossen wird oder ob die Website lediglich eine invitatio ad offerendum darstellt.⁷⁴

Neben dieser verbraucherschützenden Vorschrift werden im ausschließlich auf den elektronischen Geschäftsverkehr zugeschnittenen § 312 e BGB verschiedene Pflichten normiert, die ebenfalls dazu beitragen sollen, den Vertragsschluss übersichtlich zu machen und den Bestellvorgang zu erleichtern.⁷⁵ Zu beachten ist hierbei, dass die Norm nicht mehr zu den Regelungen des ursprünglichen FernAbsG gehört, sondern im Zuge der Schuldrechtsreform neu geschaffen wurde und Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie umsetzt. Der Anwendungsbereich des § 312 e BGB ist ausweislich seines Wortlauts nicht auf Verbraucherverträge beschränkt.⁷⁶ Ebenso sind die in § 312 e BGB vorgeschriebenen Anbieterpflichten nicht ausschließlich als reine Informationspflichten zu sehen.⁷⁷ Die Informationspflichten im Rahmen des § 312 e BGB finden sich in § 3 BGB-InfoV, auf den in § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB verwiesen wird. Gesetzestechnisch ist § 312 e BGB demnach ähnlich aufgebaut wie § 312 c BGB.

Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 BGB-InfoV hat der Anbieter den Nutzer über die einzelnen technischen Schritte zu informieren, die zu einem Vertragsschluss führen. Diese Informationspflicht geht konform mit der Pflicht aus § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-

⁷⁰ *Klietmann*, S. 38 f.

⁷¹ Vgl. im Kapitel "Das Internet als Informationsquelle", unter II. 2. a. aa.

⁷² *Härting*, CR 2000, S. 694, wendet sich (noch im Rahmen des FernAbsG) gegen den Wortlaut des Gesetzes. Es sei nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, sondern lediglich auf den Zeitpunkt, der zu einer rechtlichen Bindung des Nutzers führe. Dies sei regelmäßig bei der Abgabe der Bestellung der Fall, da das Internetangebot in der Regel als invitatio ad offerendum anzusehen ist. *Härting* ist insoweit entgegenzusetzen, dass es bei § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 BGB-InfoV lediglich um eine Informationspflicht geht. Diese erfasst nach ihrem Wortlaut den Vertragsschluss, der Anbieter hat den Nutzer also entsprechend darüber zu informieren, was nach der Abgabe der Bestellung geschieht. Über das Zustandekommen des Vertrages sagt die bloße Informationspflicht dagegen nichts aus.

⁷³ BT-Drs. 14/3195, S. 30 f.; *Janal*, S. 60. Vgl. zu dieser Verwirrung die „ricardo.de“-Entscheidung, die sich bis zum BGH gezogen hat; LG Münster, JZ 2000, S. 730 ff.; OLG Hamm, NJW 2001, S. 1142 ff.; BGH NJW 2002, S. 363 ff.

⁷⁴ BT-Drs. 14/7052, S. 209; *Janal*, S. 60.

⁷⁵ *Woitke*, BB 2003, S. 2472. Dass § 312 e BGB kein lex specialis zu den übrigen Informationspflichten darstellt, wird in § 312 e Abs. 3 S. 1 BGB ausdrücklich gesagt.

⁷⁶ *Palandt/Grüneberg*, § 312 e, Rn. 3; *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 14 ff. Vgl. dazu auch die Erwägungsgründe Nr. 1 und 3 der Richtlinie 2000/31/EG.

⁷⁷ *Hk-Vertriebsrecht/Micklitz*, § 312 e, Rn. 47. Aus Gründen der Vollständigkeit und der Nähe zu den Informationspflichten werden sie nachfolgend dennoch kurz angesprochen.

InfoV.⁷⁸ Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB müssen dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit deren Hilfe Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und berichtigt werden können. Entsprechend hierzu hat der Anbieter nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 3 BGB-InfoV über die korrekte Nutzung der technischen Mittel zu informieren. Der Anbieter, der den Bestellvorgang auf seiner Website vorstrukturiert hat, muss den Nutzer mit hin über die technischen und damit verbundenen rechtlichen Schritte umfassend aufklären. Der Nutzer soll bei jedem seiner Schritte auf der Website des Anbieters wissen, was er macht und ob dies eine rechtliche Verpflichtung auslöst.⁷⁹ Damit soll wiederum das Fehlen eines Übereilungsschutzes beim Online-Rechtsgeschäft kompensiert werden.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des „Eingabefehlers“ weit auszulegen, so dass nicht nur „klassische Willensmängel“ i.S.d. § 119 BGB erfasst werden. Der Nutzer soll vielmehr die Möglichkeit bekommen, jegliche Eingaben vor Abgabe der Bestellung jederzeit zu korrigieren.⁸¹ Auch wenn § 312 e BGB keine verbraucherschützende Vorschrift ist, steht hinter dieser Norm der Transparenzgedanke, wie der Wortlaut in § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB nahe legt.⁸² Um diesen Erfordernissen gerecht zu werden, sollten die Bildschirmmasken für Bestellungen einfach auszufüllen sein und die Artikel, die der Kunde bestellen möchte, übersichtlich dargestellt werden. In der Praxis wird dies oftmals mit Hilfe eines virtuellen Warenkorbes bzw. Einkaufswagens umgesetzt, da der Nutzer dessen Inhalt vor der endgültigen Abgabe seiner Bestellung jederzeit überprüfen kann. Auch wenn sich die Benutzung des Warenkorbes den meisten Kunden von selbst erschließt, ist es dennoch ratsam, den Bestellvorgang so auszugestalten, dass der Nutzer am Ende mit einem finalen Mausklick zur Bestätigung die Bestellung auslöst.⁸³ Die Schaltfläche für diesen Mausklick sollte nochmals deutlich vor Augen führen, dass nun ein Vertrag geschlossen wird und es an dieser Stelle die letzte Möglichkeit zum folgenlosen Abbruch der Bestellung gibt.⁸⁴ Diese Gestaltungsmöglichkeit ist jedoch gesetzlich nicht vorgeschrieben, da der Anbieter dem Nutzer lediglich die Möglichkeit zur Fehlerkorrektur geben muss, nicht jedoch einen darüber hinaus gehenden Service.⁸⁵

§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 4 und 5 BGB-InfoV verpflichten im Umfeld des Vertragschlusses den Anbieter dazu, den Nutzer über die zur Verfügung stehenden Sprachen zu informieren sowie über die Verhaltenskodizes, denen sich der Anbieter unterwirft und wo man diese im Internet

⁷⁸ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 83.

⁷⁹ *Wülfling/Dieckert*, 2.1.2.1, S. 22; *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 61.

⁸⁰ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 52.

⁸¹ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 57.

⁸² *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 78 f.

⁸³ Eine Gestaltungsmöglichkeit bietet *v. Wallenberg*, MMR 2005, S. 664, an.

⁸⁴ Vgl. *Woitke*, BB 2003, S. 2472. Bei dem Internet-Kaufhaus „Amazon.de“, im Internet unter <<http://www.amazon.de>>, muss der Nutzer beispielsweise auf einen Button klicken, der mit „Bestellung abschicken“ gekennzeichnet ist. Der Nutzer wird darauf hingewiesen, dass mit dem Anklicken dieses Buttons der Einkauf bei „Amazon.de“ abgeschlossen wird. Am Seitenende findet der Nutzer die Information, wie mit der Bestellung weiter verfahren wird und wann der Vertrag geschlossen wird:

„Für Artikel, die direkt von Amazon.de bestellt werden: Wenn Sie auf den Button "Bestellung abschicken" klicken, senden wir Ihnen eine E-Mail mit der Bestätigung der Bestellung zu. Ihr Kaufvertrag für einen Artikel kommt zu Stande, wenn wir Ihre Bestellung annehmen, indem wir Ihnen eine E-Mail mit der Benachrichtigung zusenden, dass der Artikel an Sie abgeschickt wurde.

Für Artikel, die von Drittanbietern in „Marketplace“ bestellt wurden: Wenn Sie auf den Button "Bestellung abschicken" klicken, ist Ihr Kaufvertrag für diesen Artikel vollständig und wir senden Ihnen eine E-Mail zu, welche die Einzelheiten Ihres Einkaufs bestätigt. [...]“

⁸⁵ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 70.

finden kann⁸⁶. Die Unterwerfung steht in engem Zusammenhang mit der Selbstbindung des Anbieters an die Verhaltenskodizes. Daher werden nur solche Regelwerke erfasst sein, deren Befolgung einen gewissen Selbstbindungswillen voraussetzen.⁸⁷ Das muss jedoch nicht bedeuten, dass nur solche Regelwerke Verhaltenskodizes i.S.d. § 3 Nr. 5 BGB-InfoV sind, bei denen Verstöße sanktioniert sind.

4. Sonstige Begleitinformationen i.R.d. §§ 312 c ff. BGB

Um die Informationen in der Phase des Vertragsschlusses zu komplettieren, werden dem Nutzer schließlich diverse Begleitinformationen angeboten.⁸⁸

Nach § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 5 BGB-InfoV ist der Verbraucher im Falle eines Dauerschuldverhältnisses über die Mindestlaufzeit des Vertrags zu unterrichten. § 1 Abs. 1 Nr. 6 BGB-InfoV normiert eine Informationspflicht bei einem evtl. Vorbehalt, die Ware oder Dienstleistung in einer die Qualität und den Preis betreffenden gleichartigen Art und Weise zu erbringen bzw. sie im Falle ihrer Nichtverfügbarkeit nicht zu erbringen. Die Wirksamkeit eines solchen Vorbehalts richtet sich allerdings nach den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB⁸⁹, die ebenfalls in diesem Abschnitt behandelt werden.

Für den Nutzer sind nicht nur der Vertragsschluss und der Vertragsgegenstand erheblich, sondern auch, wie die Leistung durch den Anbieter erbracht wird und wie die Zahlung vorgenommen werden soll. Korrespondierend bestehen in § 1 Abs. 1 Nr. 9 BGB-InfoV Informationspflichten bezüglich des Zeitpunktes der Warenlieferung und der Zahlungsmodalitäten.⁹⁰

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV besteht die Pflicht, den Verbraucher über das Widerrufsrecht gemäß § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB zu informieren. Dies erfasst sowohl das Bestehen des Widerrufsrechts als auch dessen Inhalt.⁹¹ Verstöße gegen die Pflicht zur korrekten Belehrung gehen insofern zu Lasten des Anbieters, als sich dadurch der Beginn bzw. die Dauer der Widerrufsfrist ändert, § 355 Abs. 3 S. 3 BGB.

Nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 2 BGB-InfoV ist der Nutzer davon zu unterrichten, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss vom Anbieter gespeichert wird und ob er dem Nutzer

⁸⁶ *Vander*, K&R 2003, S. 340. Dies betrifft den Bereich der Selbstregulierung, vgl. dazu das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2. und 3.

⁸⁷ Aus diesem Grund wird eine Unterwerfung unter die „Regelungen“ der Netiquette nicht möglich sein, vgl. *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, 587 f.; *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 96.

⁸⁸ Kurz hingewiesen werden soll an dieser Stelle auf § 312 c Abs. 1 S. 2 BGB, nach dem der Verbraucher bei einem Telefonat über den geschäftlichen Zweck des Vertrages informiert werden muss. Diese Verpflichtung betraf vor der Änderung des § 312 c BGB sämtliche Fernabsatzmittel, § 312 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB a.F. In diesem Rahmen stellte sich allerdings die Frage nach Sinn und Zweck der Informationspflicht, wenn ein Nutzer die Homepage des Anbieters selbst auswählte. Denn die Pflicht sollte vielmehr stets die Fälle erfassen, in denen der Verbraucher vom Unternehmer kontaktiert wird. Bei einem solchen Kontakt, sei es per E-Mail, sei es per Telefon, musste jedoch ausweislich des Gesetzeswortlauts zu Beginn eine ausdrückliche Klarstellung des Geschäftszwecks erfolgen. Insofern wurde die Pflicht in § 312 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB a.F. dahingehend ausgelegt, dass über den geschäftlichen Zweck *des Kontakts* informiert werden musste. Dem Verbraucherschutz war es dagegen nicht abträglich, wenn der Verbraucher dann nicht über den geschäftlichen Zweck informiert wurde, wenn er seinerseits den Anbieter kontaktiert hat. Daher konnte in solchen Fällen die Angabe des Zwecks aufgrund einer teleologischen Reduktion der Norm unterbleiben.

⁸⁹ *Palandt/Grüneberg*, BGB-InfoV 1, Rn. 4.

⁹⁰ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 c, Rn. 90.

⁹¹ Da sich in Verbraucherkreisen das Bestehen eines Widerrufsrechts mittlerweile herumgesprochen hat, besteht nunmehr auch die Pflicht der negativen Information für alle Fälle, in denen ein Widerrufsrecht nicht besteht.

zugänglich ist. Sinn dieser Informationspflicht ist, dass der Nutzer anderenfalls entsprechende Vorsorge treffen und den Vertragstext speichern bzw. ausdrucken kann.⁹²

§ 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB schließlich verpflichtet den Anbieter, den Zugang der Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen und stellt daher keine Informationspflicht dar.⁹³ Vielmehr soll der Kunde darüber informiert sein, ob seine Bestellung den Anbieter erreicht hat.⁹⁴ Die Zugangsbestätigung ist per se rechtlich nicht als Willenserklärung zu verstehen und regelt daher auch nicht das Zustandekommen des Vertrags durch Angebot und Annahme.⁹⁵ Allerdings wird mitunter darüber gestritten, ob die Mitteilung des Anbieters tatsächlich nur eine Zugangsbestätigung darstellt oder nicht doch als Annahmeerklärung auszulegen ist.⁹⁶ Automatische Empfangsbestätigungen genügen den Anforderungen der Vorschrift.⁹⁷ Die Bestätigungspflicht wird im übrigen in § 312 e Abs. 1 S. 2 BGB von einer gesetzlichen Fiktion des Zugangs der Bestellung ergänzt.

5. Informationspflichten im Rahmen der Datenerhebung

Nur kurz erwähnt werden sollen an dieser Stelle die zwingenden Informationspflichten aus dem Datenschutzrecht.⁹⁸ Vor dem Hintergrund des Schutzes personenbezogener Daten muss der Nutzer nach § 4 Abs. 1 TDDSG bzw. § 17 Abs. 1 MDStV vor jeder Datenerhebung über Art, Umfang, Ort und Zweck der Datenerhebung, -nutzung oder -verarbeitung informiert werden, damit dieser eine entsprechende - auch elektronische - Einwilligung abgeben kann.⁹⁹ Eine Einwilligung ist allerdings nicht notwendig im Rahmen der Vertragsabwicklung.¹⁰⁰ Sofern über die reine Vertragsabwicklung hinausgehende personenbezogene Daten mit der erforderlichen Einwilligung erhoben werden, ist der Nutzer auf die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung sowie sein jederzeitiges Auskunftsrecht bezüglich seiner Daten aufmerksam zu machen.¹⁰¹

⁹² *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 89. Vgl. bei dem Internet-Kaufhaus „Amazon.de“, im Internet unter <<http://www.amazon.de>>: „Sie können die Bestelldaten und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrucken und zu Ihren Unterlagen nehmen. Die Bestelldaten können Sie später auch über „Mein Konto“ einsehen, die AGB speichern wir stets nur in der aktuellen Fassung.“

⁹³ *KompaktKom/Micklitz*, § 312 e, Rn. 60. Ausführlich zur Empfangsbestätigung und deren dogmatischer Einordnung als geschäftsähnliche Handlung *Kendra Stockmar/Alexander Wittver*, „Die Pflicht zur Empfangsbestätigung von elektronischen Bestellungen im Spiegel der Rechtsprechung“, CR 2005, S. 118 ff.

⁹⁴ *KompaktKom/Micklitz*, § 312 e, Rn. 60.

⁹⁵ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 98; *KompaktKom/Micklitz*, § 312 e, Rn. 61.

⁹⁶ Als Annahmeerklärung wird die Mitteilung dann gesehen, wenn sich hieraus der tatsächliche Wille zur Annahme des Angebots ergibt. Dies wird von der Rspr. allerdings eher restriktiv behandelt. Vgl. AG Herford, CR 2003, 934 [934]; LG Köln, CR 2003, 613 [613]; AG Hamburg-Barmbeck, MMR 2004, 772 [773 f.]; LG Hamburg, CR 2005, 605 = MMR 2005, 121 und MMR 2005, 227.

⁹⁷ *KompaktKom/Micklitz*, § 312 e, Rn. 61; *Schmittmann*, K&R 2004, S. 363, mit Angabe aktueller Rechtsprechung.

⁹⁸ Ausführlich hierzu im Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter II.

⁹⁹ Zum Grundsatz der informierten Einwilligung *Zscherpe*, MMR 2004, S. 725 mwN. Vgl. auch im Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter II.

¹⁰⁰ Generell sollte ein Anbieter jedoch über entsprechende Datenschutzmaßnahmen informiert werden, um dem Kunden zu zeigen, dass dieser Themenbereich ernst genommen wird, v. *Wallenberg*, MMR 2005, S. 663.

¹⁰¹ Vgl. *Taeger*, K&R 2003, S. 224 f.; *Merx/Tandler/Hahn/Lubner*, 3.6.1, S. 47.

6. Zeitpunkt der Informationsabgabe

Den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten hat der Anbieter gem. § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 BGB-InfoV rechtzeitig *vor Abgabe der Vertragserklärung* des Verbrauchers nachzukommen.¹⁰² In § 312 c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 4 BGB-InfoV wird dagegen darauf verwiesen, dass die Informationen dem Verbraucher *alsbald*, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, zur Verfügung stehen müssen. Der insofern bestehende Widerspruch über den korrekten Zeitpunkt der Mitteilung löst sich dadurch auf, dass an die Informationen „nach Vertragsschluss“¹⁰³ besondere Formvorschriften geknüpft werden.¹⁰⁴ Die Pflicht zur Mitteilung vor Abgabe der Verbraucher-Willenserklärung besteht daneben.¹⁰⁵

Keine Auskunft gibt das Gesetz darüber, wann die Information noch „rechtzeitig“ erfolgt.¹⁰⁶ Entscheidend ist, dass der Nutzer die übermittelten Informationen zur Kenntnis nehmen und eine solchermaßen informierte Entscheidung treffen können muss, ohne durch zu kurze Überlegungsfristen unter Druck gesetzt zu werden.¹⁰⁷ In der Praxis finden sich die Informationen häufig bereits auf der Website des Anbieters, so dass der Kunde bereits während des Herumstöbers im Online-Shop die nötigen Informationen abrufen kann.¹⁰⁸

7. Erfüllung der Informationspflichten im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

In der Praxis werden vom Anbieter häufig Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, um die Vertragsbedingungen festzulegen. Auch der Erfüllung der Informationspflichten wird oft im Rahmen von AGBs nachgekommen.¹⁰⁹ Dann müssen diese neben den Vorschriften des Fernabsatzrechts zugleich den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen.¹¹⁰ Nach § 305 Abs. 2 BGB werden AGBs nur dann Bestandteil des Vertrags, wenn auf ihr Bestehen ausdrücklich hingewiesen wird und eine Kenntnisnahme ihres Inhalts in zumutbarer Art und Weise möglich ist. Inwiefern ein solcher Hinweis im Rahmen des E-Commerce ausgestaltet sein muss, wird in § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB abstrakt behandelt.¹¹¹ Hiernach muss der Nutzer die Möglichkeit haben, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen - ebenso wie die übrigen Vertragsbestimmungen - bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu

¹⁰² Dies gilt auch für die Informationspflichten gegenüber dem Nutzer nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 BGB-InfoV. Nach § 312 C BGB a.F. mussten die Informationspflichten rechtzeitig „vor Vertragsschluss“ erfüllt werden. Bereits unter der a.F. bestand jedoch Einigkeit darüber, dass eine Information dann nicht mehr rechtzeitig ist, wenn sie nach Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erfolgt, *Vander*, MMR 2005, S. 140.

¹⁰³ So auch die a.F. von § 312 c Abs. 2 BGB.

¹⁰⁴ *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c Rn. 3.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu *Schimmel/Bublmann*, D VI, Rn. 15 ff.

¹⁰⁶ Die Auslegung wurde bewusst der Rspr. überlassen, da sich eine konkretisierte, für alle Einzelfälle passende Bestimmung nicht finden lasse, BT-Drs. 14/2658, S. 38; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1276.

¹⁰⁷ OLG Hamburg, MMR 2005, 318 [1. Leitsatz]; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1277; *Mankowski*, CR 2001, S. 770; *Schmittmann*, K&R 2005, S. 340; vgl. auch *Gounalakis/Leßmann/Leßmann*, § 11, Rn. 52.

¹⁰⁸ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2658, S. 38; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1277. Zu weitgreifend wird die Forderung im *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 c, Rn. 32 sein, wonach der Nutzer grundsätzlich drei Tage Zeit haben muss, um seinen Meinungsbildungsprozess abschließen zu können. Diese Auffassung berücksichtigt die generelle Kurzfristigkeit der Geschäftsvorgänge im E-Commerce nicht genügend, so auch *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1277.

¹⁰⁹ *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 24.

¹¹⁰ *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1156; *Palandt/Grüneberg*, § 312 c, Rn. 8.

¹¹¹ Zu beachten ist, dass nach § 1 Abs. 4 S. 3 BGB-InfoV AGBs abweichend von § 312 e BGB nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilt werden müssen. Genaueres hierzu im Rahmen der 3. Phase unter IV.1.

speichern. Die AGBs müssen demnach auf dem Bildschirm des Nutzers angezeigt werden können. Dabei ist umstritten, ob der Nutzer die AGBs vor Vertragsschluss sehen muss oder ob die bloße Möglichkeit zur Kenntnisnahme ausreicht. Für einen besseren Schutz der Nutzer spräche die Variante der „Zwangsführung“, bei der im Rahmen des Bestellvorganges die AGBs angezeigt und ihre Kenntnisnahme durch einen Mausklick bestätigt wird.¹¹² Jedoch wird der Schutzzweck verfehlt, wenn sich der Nutzer gelangweilt durch die AGBs scrollt und nur einen flüchtigen Blick darauf wirft. Nach § 305 Abs. 2 BGB reicht es zur wirksamen Einbeziehung von AGBs aus, wenn der Verwender erstens deutlich auf ihr Vorhandensein hinweist und zweitens dem Vertragspartner die Möglichkeit zur Kenntnisnahme verschafft. Vor diesem Hintergrund sollte auch im Bereich des E-Commerce nicht mehr gefordert werden. Daher genügt es, wenn der Verwender ausdrücklich auf die AGBs hinweist und in direkter Nähe einen Link setzt, mit dem sie sich aufrufen lassen.¹¹³ Nicht ausreichen wird es dagegen, wenn ein Link zu den AGBs an versteckter Stelle platziert und auf einen Hinweis verzichtet wird.¹¹⁴ Allerdings wird es auch nicht notwendig sein, die AGBs von jeder Unterseite innerhalb der Website aufrufen zu können.¹¹⁵

Für die Ausgestaltung der mitzuteilenden Informationen innerhalb der AGBs gibt das Transparenzprinzip vor, diese nicht unter den sonstigen Klauseln zu „verstecken“, so dass sie nur schwer und nach längerem Suchen auffindbar sind, sondern sie an eine leicht zu findende Stelle zu setzen.¹¹⁶ Die Verpflichtung zur Speichermöglichkeit gibt vor, dass der Anbieter die die AGBs enthaltenden Datensätze so aufbereiten muss, dass der Nutzer sie problemlos auf seinen PC herunterladen und mit einer allgemein zugänglichen Software lesbar machen kann.¹¹⁷ Die Verpflichtung zur Ermöglichung von Abruf und Speicherung beinhaltet von ihrem Schutzzweck her auch eine Möglichkeit zum Ausdrucken - dabei spielt es im Ergebnis keine Rolle, ob sich diese Verpflichtung aus den Vorgaben zum Abruf oder zur Speicherung herleiten lässt.¹¹⁸

8. Form der Informationspflichten vor Vertragsschluss

Der Anbieter hat die Informationen „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich“¹¹⁹ mitzuteilen. Damit muss stets das hinter §§ 312 c und e BGB stehende Transparenzgebot beachtet werden. Dabei können auch die Erkenntnisse herangezogen werden, die durch das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gewonnen wurden.¹²⁰

Da der Nutzer vor der Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung aufgrund einer unverständlichen Gestaltung geschützt werden soll, müssen die Informationen einem gewissen Mindeststandard entsprechen.¹²¹ Jedoch soll im Fernabsatz eine absolute Transparenz ausweislich des § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB

¹¹² *Mankowski*, CR 2001, S. 771; *Woitke*, BB 2003, S. 2472.

¹¹³ So auch *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 24; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1277; *Mankowski*, CR 2001, S. 772.

¹¹⁴ So wohl *Woitke*, BB 2003, S. 2472.

¹¹⁵ Anders als bei der Anbieterkennzeichnung muss daher hier nicht das „two-clicks-away“-Prinzip beachtet werden.

¹¹⁶ *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1278.

¹¹⁷ Vgl. *Kamanabrou*, CR 2001, S. 424 f., die aber primär auf die Speicherfunktion des Browsers abstellt. Ähnlich, aber nicht ausdrücklich *Woitke*, BB 2003, S. 2472.

¹¹⁸ Für eine Herleitung aus dem Abruf *KompaktKom-BGB/Micklitz*, § 312 e, Rn. 66; für eine Herleitung aus der Speicherung *Kamanabrou*, CR 2001, S. 425.

¹¹⁹ So die Formulierung in § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB, ähnlich auch in § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB.

¹²⁰ Vgl. insoweit *Mankowski*, CR 2001, S. 770.

¹²¹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 307, Rn. 20.

zugunsten der Förderung der Leichtigkeit der Geschäftsabwicklung aufgegeben werden.¹²² Erst nach dem Vertragsschluss bestehen weitergehende Transparenzpflichten. Bei Kommunikationsmitteln, die nur eingeschränkte Möglichkeit zur Information bieten, wie z.B. WAP-Anwendungen im Rahmen des M-Commerce, wird aus diesem Grund vor Vertragsschluss eine summarische Mitteilung der Informationen ausreichen.¹²³ Mehr und mehr setzt sich zugunsten einer übersichtlichen Gestaltung der Online-Shops die Erkenntnis durch, dass die erforderlichen Informationen dem Nutzer nicht unmittelbar auf der Website präsentiert werden müssen, sondern dass es ausreicht, einen Link zu setzen.¹²⁴ Denn eine optische Überfrachtung der Website birgt wiederum die Gefahr einer Informationsüberflutung auf Seiten des Nutzers.¹²⁵ Das Argument eines stärkeren Verbraucherschutzes machen sich dagegen diejenigen zunutze, die die Informationsmitteilung per Link als nicht zulässig erachten.¹²⁶ Der unaufmerksame Nutzer würde durch die Links in seiner Unaufmerksamkeit nur noch bestärkt werden, da er sie nicht anzuklicken braucht.¹²⁷

Sicher ist es wünschenswert, den Nutzer (und vor allem den Verbraucher) vor Übervorteilung zu schützen. Dabei sollte jedoch nicht die Mündigkeit des Nutzers aus den Augen verloren werden. Ein Fehler ist es, stets vom in der Internetliteratur durchaus bekannten „DAU“, dem „Dümmsten Anzunehmenden User“, auszugehen. Denn dies steht im Widerspruch zur durch den BGH eingeleiteten Trendwende im Hinblick auf das Verbraucherleitbild.¹²⁸ Es kann nicht nur auf den oberflächlichen und unkritischen Nutzer ankommen, vielmehr kann von einer „situationsangemessenen Aufmerksamkeit“ ausgegangen werden.¹²⁹ So bleibt es grundsätzlich jedem Nutzer selbst überlassen, ob er die angebotenen Informationen zur Kenntnis nimmt oder nicht. Auch wenn der Wortlaut der §§ 312 c und e BGB von „informieren“ spricht (im Gegensatz zu § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, der die Möglichkeit zur Kenntnisnahme vorschreibt¹³⁰), kann es dennoch nicht Sinn und Zweck sein, den Anbieter dazu zu verpflichten, sich um sämtliche Obliegenheiten des Nutzers zu kümmern. Schließlich hat sich dieser auf ein Rechtsgeschäft gerade in diesem Medium eingelassen. Daher ist es sicherlich nicht notwendig, dass sich der Anbieter die Kenntnisnahme der Informationen durch den Nutzer per Mausclick bestätigen lässt.¹³¹ All dies spricht für eine Erfüllbarkeit der Informationspflichten durch Links. Um insoweit dem Transparenzgebot gerecht zu werden, ist dabei allerdings eine Websitegestaltung erforderlich, bei der sich die Links einfach finden lassen und sie hinreichend gekennzeichnet sind, so dass auch der Laie weiß, welche Informationen sich hinter den jeweiligen Links verbergen.¹³²

¹²² *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 3.

¹²³ *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 3. Durch die „Vorverlagerung der Widerrufsbelehrung im Fernabsatzrecht“, die nun eine komplette Belehrung bereits vor Vertragsschluss anordnet, sieht *Daniel A. Pauly* jedoch erhebliche Probleme auf den M-Commerce zukommen, vgl. den gleichlautenden Aufsatz in MMR 2005, S. 811 ff.

¹²⁴ *Mankowski*, CR 2001, S. 771; *Ott*, WRP 2003, S. 945.

¹²⁵ *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155.

¹²⁶ *Hk-VertriebsR/Miwkltitz*, § 312 c, Rn. 50; *Janal*, S. 67 ff.

¹²⁷ *Janal*, S. 68.

¹²⁸ So *Becker/Föhlisch*, NJW 2005, S. 3378 mit Verweis auf den BGH, MMR 2005, 531, wonach ein Verbraucher, der bis auf die Webseiten und die dortigen Angebote eines Anbieters gelangt, erfahrungsgemäß bereits die Fähigkeit hat, einen elektronischen Verweis zu erkennen. S. auch *Ott*, WRP 2003, S. 947. Ähnlich *Schuster et al.*, MMR Beilage 5/2003, S. 18; *Sosnitzka*, AnwBl 2004, S. 547.

¹²⁹ So *Ott*, WRP 2003, S. 947.

¹³⁰ Darauf weist *Janal* hin, S. 68.

¹³¹ So aber *Arnold*, CR 1997, S. 530.

¹³² *Mankowski*, CR 2001, S. 771, im Ergebnis auch *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1277. Beispielsweise sollte nicht übermäßiges Scrollen erforderlich sein, um die Links zu finden; ausführlich *Ott*, WRP 2003, S. 946 f. Zur Zulässigkeit von Preisangaben durch Links OLG Köln, JurPC Web-Dok. 210/2004.

Bemerkenswert ist, dass der Internationalität des Internets dadurch Rechnung gezollt wird, dass es im Rahmen des Transparenzgebots als zulässig angesehen wird, wenn die Informationen nicht in deutscher, sondern in englischer Sprache übermittelt werden.¹³³ Das soll jedoch nicht unbeschränkt möglich sein, sondern hängt davon ab, ob der Anbieter damit rechnen kann, dass der Kundenkreis die Informationen auf Englisch auch versteht. Der Anbieter muss prüfen, ob und in welchem Umfang er sich Fremdsprachen bedienen kann.¹³⁴ Ein wichtiger Umstand ist dabei, auf welchen Markt der Anbieter fixiert ist. So wird ein Anbieter mit einem deutschsprachigen Internetangebot, das vor allem auf den deutschen Markt zielt, seine Informationspflichten kaum in Englisch erfüllen können. Anders verhält es sich bei englischsprachigen Internetangeboten. Der Nutzer, der sich auf einen Vertrag in einer fremden Sprache einlässt, ist insoweit nicht vermehrt schutzbedürftig.¹³⁵ Auch bei grenzüberschreitenden Verträgen reicht die Informationsmitteilung in der Verhandlungssprache aus.¹³⁶

9. Sanktionen bei einer Verletzung der Informationspflichten aus §§ 312 c und e BGB

Als Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen sind an einen Verstoß gegen die Pflichten des Anbieters entsprechende Folgen geknüpft.¹³⁷ Eine Sanktionierung bei Verstößen gegen die vorvertraglichen Informationspflichten erfolgt im BGB nicht ausdrücklich.¹³⁸ Dennoch können verschiedene Sanktionen ausgelöst werden.

a. Sanktionen aus dem UKlaG und UWG

Bei einem Verstoß gegen die in §§ 312 c Abs. 1 und 312 e Abs. 1 BGB i.V.m. BGB-InfoV normierten Pflichten kann zunächst einmal gem. § 2 Abs. 1 und 2 Nr. 1 UKlaG eine Unterlassungsklage angestrengt werden.¹³⁹ Klageberechtigt sind allerdings gem. § 3 UKlaG nur Verbraucherschutzverbände, gewerbliche Interessenverbände und die Industrie- und Handels- sowie die Handwerkskammern, nicht jedoch der einzelne Nutzer.

Im Rahmen des UWG kommt u.U. ein Verstoß gegen die dortigen Lauterkeitsregeln in Betracht. Dabei wird v.a. die Generalklausel des § 3 UWG i.V.m. dem nicht abschließenden Negativkatalog des § 4 UWG herangezogen, der Beispielsfälle unlauteren Wettbewerbes nennt. In der alten Fassung des UWG¹⁴⁰ bestand Uneinigkeit darüber, inwiefern die zivilrechtlichen Informationspflichten tatsächlich einen Wettbewerbsverstoß auslösen können. Generell wurde unterschieden zwischen Vorschriften, die

¹³³ BT-Drs. 14/2658, S. 38; *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 7; *Palandt/Grüneberg*, § 312 c, Rn. 2; *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 23; *Härtig*, CR 2000, S. 693; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1277; ausführlich *Janal*, S. 74 ff.

¹³⁴ *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 24; *Janal*, S. 76.

¹³⁵ Vgl. OLG Köln, MMR 2005, 110 = CR 2005, 536; ebenso *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 7; *Palandt/Grüneberg*, § 312 c, Rn. 2.

¹³⁶ *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 7.

¹³⁷ Sehr ausführlich hierzu, allerdings mit anderer Systematisierung *Janal*, S. 136 ff.

¹³⁸ *KompaktKom-BGB/Rott*, § 312 c, Rn. 6; *Gounalakis/Leßmann/Leßmann*, § 11, Rn. 55;

¹³⁹ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 121; *Palandt/Grüneberg*, § 312 e, Rn. 11; *Hk-BGB/Schulze*, § 312 e, Rn. 12; *Schimmel/Buhlmann*, D VII, Rn. 67 ff.; *KompaktKom-BGB/Micklitz*, § 312 e, Rn. 81.

¹⁴⁰ Vor dem 8.7.2004.

die Werte des UWG widerspiegeln und solchen, die demgegenüber neutral sind.¹⁴¹ Nur die Verletzung wertbezogener Vorschriften löste die Sanktionen des UWG aus. Bei einem Verstoß gegen wertneutrale (Ordnungs-)Vorschriften behelf man sich damit, dass es eines Vorsprungs durch den Rechtsbruch bedürfe, um das UWG als verletzt anzusehen.¹⁴² Vor diesem Hintergrund ist der Streit verständlich, ob die Informationspflichten tatsächlich auch im Sinne des Wettbewerbsrechts wertbezogen sind oder nicht. Dieser Streit hat sich durch die Neufassung erledigt. Mittlerweile ist auf das einheitliche Merkmal des Wettbewerbsbezugs abzustellen, wofür der Schutzzweck des UWG entscheidend ist.¹⁴³ Hieran knüpft auch die Gesetzesbegründung an.¹⁴⁴ In der neu formulierten Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG werden erstmals auch ausdrücklich die Belange der Verbraucher genannt, weshalb nunmehr davon auszugehen ist, dass die Verletzung verbraucherschützender Vorschriften (wie es die Informationspflichten sind) gleichzeitig einen Verstoß gegen das UWG auslösen. Zu beachten ist allerdings die in der Generalklausel eingeführte Bagatellgrenze. Eine solche befand sich bislang jedoch ebenso in der Bestimmung der Aktivlegitimation, so dass sich hieraus wohl keine inhaltlichen Änderungen ergeben werden.¹⁴⁵ Bei einem Verstoß kann der unlauter handelnde Anbieter nach § 8 Abs. 1 und 3 UWG von den bereits i.R.d. UKlaG genannten Stellen und von Mitbewerbern auf Unterlassung verklagt werden.¹⁴⁶ § 9 UWG normiert einen Schadensersatzanspruch der Konkurrenten. Inhaltliche Änderungen zum alten UrhG ergeben sich insoweit nicht.¹⁴⁷ Neu ist ein in § 10 UWG normierter Anspruch auf Gewinnabschöpfung, der von den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Verbänden und Kammern, nicht aber von den Mitbewerbern geltend gemacht werden kann. Die Gewinnabschöpfung zielt v.a. auf diejenigen, die bewusst massenhaft Wettbewerbsverstöße begehen, sich von Unterlassungsverfügungen nicht beeindrucken lassen und kaum Schadensersatzansprüche befürchten müssen, da die Schadenshöhe im Einzelfall recht niedrig ist.¹⁴⁸ Ob der Anspruch auf Gewinnabschöpfung diesbezüglich ein wirksames Sanktionsmittel ist, wird sich noch zeigen. In vielen Fällen dürfte es jedenfalls Probleme mit dem Nachweis der Kausalität geben, da nur der Gewinn abgeschöpft werden kann, der gerade durch die Zuwiderhandlung erzielt worden ist.¹⁴⁹

b. Haftung aus c.i.c.?

Um dem einzelnen Nutzer eine eigene Sanktionsmöglichkeit einzuräumen, wird in der Literatur mitunter ein Schadensersatzanspruch nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB propagiert.¹⁵⁰ Bezüglich der Informationspflichten wird mithin der Gedanke einer Haftung aus c.i.c. herangezogen. Dabei werden bereits durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten erhöhte Sorgfalts-

¹⁴¹ Vgl. hierzu *Schulte/Schulte*, NJW 2003, S. 2141 f.; *Ott*, WRP 2003, S. 949; andeutend *Lubitz*, K&R 2004, S. 117, jeweils mit Angabe der Rspr.

¹⁴² Instruktiv hier *Schulte/Schulte*, NJW 2003, S. 2142. Zwischenzeitlich wurde die Unterscheidung von der Rspr. aufgegeben, vgl. *Sosnitzka*, AnwBl 2004, S. 548 mit Angabe der Rspr.

¹⁴³ *Sosnitzka*, AnwBl 2004, S. 548.

¹⁴⁴ BT-Drs. 15/1487, S. 19.

¹⁴⁵ *Sosnitzka*, AnwBl 2004, S. 546 f.

¹⁴⁶ *Moritz/Hermann* in *Moritz/Dreier*, Teil D Rn. 443; *Kloepfer*, § 6, Rn. 30 f.

¹⁴⁷ *Sosnitzka*, AnwBl 2004, S. 550.

¹⁴⁸ *Sosnitzka*, AnwBl. 2004, S. 550 f.

¹⁴⁹ *Sosnitzka*, AnwBl. 2004, S. 551.

¹⁵⁰ *BGB-Hk/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 10; *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155; kurz *Palandt/Grüneberg*, § 312 c, Rn. 12; genauer *KompaktKom-BGB/Rott*, § 312 c, Rn. 6.

pflichten begründet, deren Verletzung eine Haftung nach sich ziehen kann.¹⁵¹ Die Phase der Vertragsverhandlungen schafft mit anderen Worten eine Sonderverbindung. Ein Teil der Pflichten im Rahmen dieser Sonderverbindung ist nach der Ansicht der Literatur auch die Befolgung der Informationspflichten des § 312 c Abs. 1 BGB.¹⁵² Das ist eingängig, was die Pflichten in der Phase vor Vertragsschluss angeht. Denn zu diesem Zeitpunkt handelt der Nutzer bereits unter dem Eindruck eines später möglichen Vertragsschlusses. Die erste Phase der Kontaktaufnahme muss jedoch noch nicht mit dem Ziel eines Vertragsschlusses erfolgen. Die Informationspflichten setzen auch nicht voraus, dass ein Vertrag tatsächlich zustande kommt.¹⁵³ Daher spricht für die Möglichkeit, eine Anbieterkennzeichnung bereits im Rahmen dieser Sonderverbindung zu verlangen, das Argument, dass die c.i.c. ein Instrument ist, mit dessen Hilfe sich unbillige Härten anderer Haftungstatbestände ausgleichen lassen¹⁵⁴ und das einen umfassenden Schutz der Beteiligten statuiert. Aus diesem Grund wurde die Haftung auch auf Fälle ausgeweitet, in denen ein Vertragsschluss allenfalls möglich war, die entsprechenden Verhandlungen indes noch nicht begonnen hatten. Mit der Normierung der c.i.c. in § 311 Abs. 2 und 3 BGB wollte der Gesetzgeber deren Anwendungsbereich nicht einschränken.¹⁵⁵ Das spricht dafür, sämtliche Informationspflichten des § 312 c Abs. 1 BGB als Pflichten im Rahmen der Sonderverbindung anzusehen.¹⁵⁶ Damit kann ein Verstoß im Rahmen der c.i.c. auch vom einzelnen Nutzer geltend gemacht werden.¹⁵⁷ Allerdings ist zu bezweifeln, ob durch den bloßen Verstoß gegen Informationspflichten ein bezifferbarer Schaden entsteht.¹⁵⁸ Immerhin steht dem Nutzer ein Anspruch auf nachträgliche Erfüllung der Informationspflichten zu.¹⁵⁹ Generell sollen aber die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts im Sanktionensystem der §§ 312 c und e BGB nur eine untergeordnete Rolle spielen.¹⁶⁰

c. Beeinflussung der Wirksamkeit des Vertrags?

Eine Vertragsaufhebung, die ebenfalls mögliche Rechtsfolge eines Anspruchs aus c.i.c. sein kann, wird aufgrund der Verletzung von Informationspflichten regelmäßig nicht zu erreichen sein.¹⁶¹ Denn das setzt voraus, dass die Pflichtverletzung für den ungünstigen Abschluss des Vertrags ursächlich war.¹⁶² Diese Ursächlichkeit wird in einer differenzierenden Betrachtung vor allem an der Wichtigkeit der Information festzumachen sein, in deren Rahmen die Pflichtverletzung erfolgte. So werden für den Vertrag wesentliche Informationen wie der Sitz des Anbieters, der nicht oder nicht richtig wiedergegeben

¹⁵¹ *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 103.

¹⁵² *Vander*, K&R 2003, S. 341; *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155.

¹⁵³ Vgl. dazu *Härting*, CR 2000, S. 691 (für die Fassung des FernAbsG).

¹⁵⁴ *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 104.

¹⁵⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 163.

¹⁵⁶ *Grigoleit*, WM 2001, S. 597, spricht von der c.i.c. als einer „generalklauselartigen Grundlage für die Formulierung von Informationspflichten“.

¹⁵⁷ So auch *Palandt/Grüneberg*, § 312 c, Rn. 12. Andere Ansicht *Härting*, CR 2000, S. 695, der sich allerdings ohne weitere Begründung lediglich mit dem Hinweis begnügt, Einzelansprüche könnten nicht hergeleitet werden; ebenso *Gounalakis/Leßmann/Leßmann*, § 11, Rn. 55. *Grigoleit*, WM 2001, S. 601 ff. differenziert bezüglich des Inhalts der verschiedenen Informationspflichten. Danach sei die c.i.c. nur bei der Verletzung solcher Informationspflichten anwendbar, deren Zweck eine Vermeidung von Willensmängeln auf der Seite des Nutzers ist, wie die Information über die technischen Schritte zum Vertragsschluss und technische Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern.

¹⁵⁸ *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155.

¹⁵⁹ *Vander*, K&R 2003, S. 341.

¹⁶⁰ *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1158.

¹⁶¹ Vgl. zur Haftung aus c.i.c. *Palandt/Grüneberg*, § 312 e, Rn. 12; *Hk-BGB/Schulze*, § 312 e, Rn. 12; wohl auch *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 118 ff.

¹⁶² *Schimmel/Buhlmann*, D VII, Rn. 64.

wird, ein Vertragslösungsrecht nach sich ziehen. Abgesehen davon wird ein solches Recht auch dann propagiert, wenn diejenigen Pflichten verletzt werden, die die Einbeziehung der Vertragsbestimmungen einschließlich der AGBs nach § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB regeln.¹⁶³ Für gewöhnlich werden solche Pflichtverletzungen jedoch lediglich zu einem Erklärungsirrtum des Nutzers führen, so dass der Vertrag anfechtbar ist. Dabei geht es vor allem um die Pflichten, die dem Nutzer den Vertragsschluss erleichtern und ihn damit vor Erklärungsirrtümern bewahren sollen.¹⁶⁴ Die Gefahr einer Haftung gegenüber dem Anbieter aus § 122 Abs. 1 BGB besteht insofern nicht, als dieser durch sein pflichtwidriges Verhalten die Anfechtung ausgelöst hat und sich daher wegen § 242 BGB nicht auf den Anspruch stützen kann.¹⁶⁵ Ebenso wird es kaum für den Vertragsschluss ursächlich sein, wenn der Anbieter versäumt hat, den Nutzer über die zur Verfügung stehenden Sprachen zu informieren.¹⁶⁶

Dass die Verletzung der Pflichten in § 312 e Abs. 1 BGB jedenfalls nicht per se die Unwirksamkeit des Vertrags nach sich ziehen sollte, war in einem ersten Diskussionsentwurf noch als ausdrückliche Klarstellung festgehalten, wurde jedoch im Zuge der Beratungen als unnötig und irreführend verworfen.¹⁶⁷ Insofern bestand darüber bereits Einigkeit.¹⁶⁸

Jedoch kann die Verletzung gewisser Pflichten dazu führen, dass ein Vertrag schon überhaupt nicht abgeschlossen wurde. Etwa dann, wenn der Anbieter nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 bzw. § 3 Nr. 1 BGB-InfoV darauf hinweist, in welchem Zeitpunkt der Vertrag zustande kommt, kann der Mausklick des Kunden, der den Bestellvorgang abschließt, u.U. nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht als bindende Erklärung behandelt werden.¹⁶⁹

d. Verschiebung des Beginns der Widerrufsfrist

Das effizienteste Mittel der Sanktionierung ist jedoch die Koppelung des Beginns der Widerrufsfrist an die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten aus §§ 312 c und e BGB.¹⁷⁰ Dabei verweist § 312 d Abs. 2 BGB allerdings nur auf die Informationspflichten im Rahmen der dritten Phase nach dem Vertragsschluss. Insofern wird dort nochmals kurz auf die Verschiebung des Fristbeginns zurückzukommen sein. § 312 e Abs. 3 S. 2 BGB, der ebenfalls die Fristverschiebung anordnet, bezieht sich jedoch auf die bereits genannten Pflichten in § 312 e BGB. Der Anbieter, der aus Gründen der Rechts- und Planungssicherheit an einem möglichst schnellen Beginn der Widerrufsfrist interessiert sein wird, wird dieser Regelungen wegen einen guten Grund haben, seinen Informationspflichten zügig nachzukommen. Davon abgesehen, ist die Verletzung einer Pflicht speziell des § 312 e BGB ohne direkten gesetzlichen Einfluss auf den Vertrag.¹⁷¹ Nach der Gesetzesbegründung wurde auf eine Normierung möglicher Sanktionen verzichtet, weil die Pflichten in § 312 e BGB so unterschiedlich sind, dass eine

¹⁶³ *Hk-Vertriebsrecht/Micklitz*, § 312 e, Rn. 119.

¹⁶⁴ § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 i.V.m. § 3 Nr. 1 BGB-InfoV.

¹⁶⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 173.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu *Schimmel/Bublmann*, D VII, Rn. 65.

¹⁶⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 173; *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 107.

¹⁶⁸ *Grigoleit*, WM 01, S. 597. A.A. *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 116, der darauf verweist, dass sich die Verletzung der Rechtsposition eines Verbrauchers auch auf die Wirksamkeit des Vertrages auswirken müsste. Unklar ist hierbei jedoch, wieso *Micklitz* im Rahmen des § 312 e BGB auf Verbraucherrecht verweist.

¹⁶⁹ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 173.

¹⁷⁰ Vgl. *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155; *Lubitz*, K&R 2004, S. 119.

¹⁷¹ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 c, Rn. 144; § 312 e, Rn. 107. Insbesondere sollen Verstöße nach Meinung des Gesetzgebers nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben, BT-Drs. 14/6040, S. 173.

statische Vorschrift keine sinnvolle Sanktionierung gewährleisten kann. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 312 e BGB richten sich daher nach allgemeinem Schuldrecht.¹⁷² Welche Rechtsfolge ein Pflichtverstoß auslöst, hängt maßgeblich davon ab, welchen Zweck die jeweilige Pflicht verfolgt.¹⁷³ Allerdings ist zu beachten, dass sich bei der Gewährung eines nach § 323 BGB bestehenden Rücktrittsrechts das Problem einer Kollision mit dem Widerrufsrecht nach § 355 BGB ergibt. Das Rücktrittsrecht könnte generell länger ausgeübt werden und somit die Wertung des Widerrufsrechtes umgehen.¹⁷⁴ Daher wird die Gewährung eines Rücktrittsrechts i.S.d. § 323 BGB keine gültige Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die Pflichten aus § 312 e BGB sein.

e. Bewertung der Sanktionsmöglichkeiten

Der Überblick zeigt, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, einen Anbieter zur Erfüllung seiner Informationspflichten zu zwingen. Jedoch stellt sich häufig das Problem, dass eine Einzelverfolgung viel zu aufwändig ist und daher kaum praktiziert wird. Auch wenn der Kunde stets die nachträgliche Mitteilung der Information verlangen kann, soweit dies für ihn sinnvoll ist¹⁷⁵, fallen fehlende Informationen mitunter überhaupt nicht auf. Denn aufgrund der Vielzahl der Informationen verlieren nicht nur die Anbieter, sondern auch die Kunden den Überblick.¹⁷⁶ Beruhigend ist immerhin die Erkenntnis, dass es unter den vielen Sanktionsmöglichkeiten zwei Ansätze gibt, die auch eine praktische Effizienz versprechen. So wachen zum einen die Verbraucherverbände über das Geschäftsgebaren der Anbieter, zum anderen kann sich der Verbraucher sicher sein, dass sich sein Widerrufsrecht entsprechend verlängert, soweit ihm nicht alle nötigen Informationen zugegangen sind. Das Nachsehen haben hierbei die Geschäftskunden, denen eine solche Sicherheit fehlt. Häufig genug wird zur Transparenz bezüglich der Informationspflichten sowohl auf Anbieter- als auch auf Kundenseite allerdings auf die Werbekraft von Internet-Gütesiegeln zurückgegriffen werden müssen.¹⁷⁷

10. Überforderung des Anbieters?

Die Vielzahl der Informationspflichten und die damit verbundene Unübersichtlichkeit wird des öfteren kritisiert¹⁷⁸ und soll mit Hilfe solcher selbstregulativer Transparenzmaßnahmen bekämpft werden. Die Anbieter sollen Pflichten nachkommen, die nicht an einer Stelle, sondern in verschiedenen Gesetzen und an unterschiedlichen Stellen geregelt sind. Ein Anbieter, der sich keine teure Rechtsberatung leisten kann, muss sich seine Informationspflichten selbst zusammensuchen, wobei schnell der Überblick verloren geht. Daneben ist oft auch nicht klar ersichtlich, welche Rechtspflichten welchen Anbieter überhaupt treffen.¹⁷⁹ Deshalb verstoßen die Anbieter mitunter unabsichtlich gegen die sie betreffenden Pflichten. Dies kann bei der entsprechenden Haftung des Anbieters jedoch kaum mildernd berücksich-

¹⁷² BT-Drs. 14/6040, S. 173.

¹⁷³ In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die ausführliche Darstellung von *Janal*, S. 136 ff. verwiesen.

¹⁷⁴ *Hk-VertriebsR/Micklitz*, § 312 e, Rn. 117.

¹⁷⁵ *Schimmel/Bublmann*, D VII, Rn. 66. Beispielsweise können nach dem Vertragsschluss noch immer die Verhaltenskodizes interessant sein, denen sich der Anbieter unterworfen hat.

¹⁷⁶ Vgl. *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1158; ähnlich *Föhlisch*, DuD 2004, S. 75.

¹⁷⁷ Ausführlich hierzu im Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2.

¹⁷⁸ Vgl. nur *Vander*, MMR 2005, S. 144; *Woitke*, BB 2003, S. 2469; *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1158.

¹⁷⁹ *Wülfing/Dieckert*, 2.1.2.2, S. 25.

tigt werden. Zwar kann der Höchstsatz eines zu zahlenden Bußgeldes nach § 17 Abs. 2 OWiG halbiert werden und sich bei einer Verschuldenshaftung Wertungen vornehmen lassen, doch am grundlegenden Problem ändert sich dadurch kaum etwas. Der Anbieter muss erheblichen Aufwand betreiben, um seinen Pflichten genüge zu tun.

Die Abwägung zugunsten des Verbraucherschutzes wird solchen Erwägungen allerdings kaum Raum lassen. Den Anbietern bleibt die Möglichkeit der Selbsthilfe. Verschiedene Unternehmensverbände, die die Streuung der Pflichten kritisieren, bieten in Form von Seminaren, Broschüren¹⁸⁰ und Internetpublikationen¹⁸¹ Hilfe an. Aus diesem Grund ist damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung den Betreibern eines Internetauftritts in jedem Fall abverlangen wird, sich über die rechtlichen Rahmenbedingungen zu informieren.¹⁸²

IV. Die 3. Phase: Nach Vertragsschluss

Nach dem Vertragsschluss erschöpfen sich die Pflichten des Anbieters nicht in der reinen Hauptleistung, beispielsweise der Lieferung der Ware. Den Vertrag begleiten vielmehr Nebenpflichten, die zum Teil ebenfalls Informationspflichten darstellen. Dazu gehört zunächst einmal die formal besonders festgelegte Mitteilung einiger Informationen, die im Bereich des Fernabsatzrechts nach § 312 c BGB verlangt werden. Gleichzeitig existieren geschriebene und ungeschriebene Informationspflichten, deren Inhalt vom jeweiligen Vertrag abhängt. Das Schuldrecht differenziert hierbei zwischen leistungsbezogenen und nicht-leistungsbezogenen Nebenpflichten.

1. Inhalt und Form der Informationspflichten im Rahmen des Fernabsatzrechts

Sämtliche Informationen, die der Anbieter dem Verbraucher gem. § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 BGB-InfoV in der Phase vor dem Vertragsschluss gewähren muss, sind nach dem Vertragsschluss gem. § 312 c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB und § 1 Abs. 4 BGB-InfoV alsbald, spätestens aber bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, in Textform mitzuteilen.¹⁸³ Bei der Lieferung von Waren ist der späteste Zeitpunkt einer möglichen Erfüllung die Lieferung der Waren an den Verbraucher.

Diese Pflicht hat vor allem den Zweck, die bereits vor Vertragsschluss übermittelten Informationen dem Verbraucher dauerhaft zu bestätigen.¹⁸⁴ Der Anbieter muss höheren Transparenzanforderungen genügen, damit der Verbraucher den Vertrag problemlos bewerten und kontrollieren kann.¹⁸⁵ Neben den Informationen im Rahmen des § 1 Abs. 1 BGB-InfoV sind nach § 1 Abs. 4 BGB-InfoV bestimmte Gestaltungsvorschriften einzuhalten. Vor allem im Rahmen von AGBs müssen Informationen bezüg-

¹⁸⁰ Die IHK bietet beispielsweise verschiedene Rechtsberatungsbroschüren an, von denen eine auch die Pflichten im neuen Schuldrecht beleuchtet, zu finden unter <<http://verlag.dihk.de/Recht.html>>.

¹⁸¹ Beispielhaft seien die Ausführungen des ECIN (Electronic Commerce Info Net) unter <<http://www.ecin.de/recht/informationspflichten>> oder der IHK Oldenburg unter <http://www.ihk-oldenburg.de/druckversion.php?drucken=recht_193.php> genannt. Teilweise gibt es auch Websites, die sich ausschließlich, jedoch umfassend mit einer Informationspflicht befassen, wie <<http://www.anbieterkennung.de>>.

¹⁸² Bezüglich der Impressumspflicht *Ott*, WRP 2003, S. 949.

¹⁸³ Vgl. zur zeitlichen Reihenfolge der Informationspflichten auch *Schimmel/Buhlmann*, D VI Rn. 20.

¹⁸⁴ *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, § 312 c, Rn. 5.

¹⁸⁵ *Wülfing/Dieckert*, S. 9; ähnlich *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1278.

lich des Widerrufsrechts des Verbrauchers und der Anschrift des Anbieters, mithin für den Verbraucher relevante Informationen, besonders einfach zu finden sein.

Mit dem Hinweis auf die Textform verweist das Gesetz auf § 126 b BGB, wonach die Informationen in einer Urkunde oder sonstiger Weise, sofern zur dauerhaften Wiedergabe der Schriftzeichen geeignet, übermittelt werden müssen. Mit anderen Worten müssen die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden. Dies ist zunächst einmal in gedruckter Form auf Papier möglich¹⁸⁶; eine Mitteilung auf Diskette bzw. CD-ROM ist dann zulässig, wenn die Daten in einem Dateiformat vorliegen, die sich durch ein allgemein verbreitetes Programm in einen lesbaren Zustand wandeln lassen.¹⁸⁷ Umstritten ist, ob eine Mitteilung per E-Mail ausreicht. Problematisch ist hieran, dass eine E-Mail - je nachdem, welchen Mailservice der Nutzer verwendet - nur für eine bestimmte Vorhaltezeit gespeichert und nach Ablauf dieser Zeit automatisch gelöscht wird.¹⁸⁸ Dadurch wird keine Dauerhaftigkeit gewährleistet. Allerdings scheint es dem Gedanken des E-Commerces zu widersprechen, wenn in dessen Ablauf herkömmliche Kommunikationsformen notwendig werden.¹⁸⁹ In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass die Wiedergabe für eine *angemessene* Zeit ausreichend ist.¹⁹⁰ Das heißt also, dass eine dauerhafte Speicherung zeitlich nicht unendlich sein muss. In Anbetracht dessen, dass der mündige Nutzer die E-Mail im Zweifelsfalle auf seine Festplatte laden und damit vor dem automatischen Löschen retten kann, wird sie als im Rahmen des § 126 b BGB zulässig zu betrachten sein.¹⁹¹ Zweifelhafter ist die Zulässigkeit der Mitteilung durch bloße Bereitstellung im WWW. Die Daten auf den Websites des Anbieters sind jederzeit veränderbar, ohne dass der Nutzer hiervon Kenntnis erhält.¹⁹² Die Möglichkeit der Speicherung bzw. des Ausdrucks durch den Nutzer wird hier nicht genügen, da sich, anders als bei der E-Mail, die Informationen nicht in der Zugriffssphäre des Nutzers befinden. Daher könnte der Anbieter die Daten jederzeit nach Belieben verändern, so dass keine inhaltlich unveränderbare Verfügbarkeit für den Verbraucher besteht.¹⁹³ Aus diesem Grund wird auch die Aufforderung durch den Anbieter an den Nutzer, sich die Informationen von der jeweiligen Website herunterzuladen, nichts an der Bewertung ändern. Die Gesetzesbegründung deutet allerdings an, dass ein konkreter Einzelnachweis einer tatsächlichen Aufforderung der Informationspflicht genügen könnte.¹⁹⁴ Technisch wäre es möglich, dass der Anbieter durch die Nutzung von Applets sicherstellt, dass die Speicherung auf der Festplatte des Nutzers tatsächlich erfolgt ist.¹⁹⁵ Jedoch ist damit nach wie vor der Mangel nicht behoben, dass die Informationen vor dem Abspeichern durch den Nutzer in der Zugriffssphäre des Anbieters liegen. Da der Nutzer sich die Daten erst zu einem viel späteren Zeitpunkt herunterladen kann, als eine Informationsmitteilung per E-Mail erfolgt wäre, sollte die Mitteilung durch Bereitstellen auf der Website des Anbieters nicht als zulässig erachtet werden.

¹⁸⁶ So der Rat von *Härting*, FernAbsG, § 2, Rn. 206; vgl. *MüKo/Wendeborst*, § 2 FernAbsG, Rn. 90; *Mankowski*, CR 2001, S. 773.

¹⁸⁷ *Schimmel/Bublmann*, D VI Rn. 29; *Merx/Tandler/Hahn/Hahn*, 4.3.1.2.1., S. 65; *MüKo/Wendeborst*, § 2 FernAbsG, Rn. 95.

¹⁸⁸ *Schimmel/Bublmann*, D VI Rn. 29.

¹⁸⁹ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2658, S. 40; *Merx/Tandler/Hahn/Hahn*, 4.3.1.2.1., S. 65.

¹⁹⁰ BT-Drs. 14/2658, S. 41.

¹⁹¹ Zustimmung *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1279; *Härting*, CR 1999, S. 509; *ders.*, K&R 2001, S. 312 f.; *Lorenz*, JuS 2000, S. 837; *Riehm*, Jura 2000, S. 508 f.

¹⁹² *Schimmel/Bublmann*, D VI Rn. 30; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1278.

¹⁹³ Vor diesem Hintergrund auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/2658, S. 40; *Härting*, CR 1999, S. 509; *Mankowski*, CR 2001, S. 772. Für ein Ausreichen der Verfügbarkeit im Internet allerdings OLG München, K&R 2001, 313 [316] mit deutlicher Kritik von *Härting*, K&R 2001, S. 312.

¹⁹⁴ BT-Drs. 14/2658, S. 40 f.

¹⁹⁵ *Merx/Tandler/Hahn/Hahn*, 4.3.1.2.1., S. 66 und *Riehm*, Jura 2000, S. 509, lassen dies genügen.

2. Sanktionen bei Nichterfüllung der Informationspflichten

Neben den oben im Rahmen der zweiten Phase genannten Sanktionen muss aufgrund der Regelung in § 312 d Abs. 2 BGB nochmals auf die Verschiebung des Beginns der Widerrufsfrist nach §§ 312 d Abs. 1, 355 ff. BGB verwiesen werden. Da das Widerrufsrecht eine feste Säule des Verbraucherschutzes ist, werden an die Pflicht des Anbieters zur Information des Verbrauchers über dieses Recht hohe Anforderungen gestellt. Was gem. § 1 Abs. 4 S. 2 BGB-InfoV die Informationen über das Widerrufsrecht angeht, regelt § 355 Abs. 2 BGB deren Mindestgehalt. So genügt nicht nur der Hinweis auf dieses Recht, darüber hinaus muss auch mitgeteilt werden, wem gegenüber (mit Namen und Anschrift) der Widerruf zu erklären ist, weiterhin dass die Widerrufsfrist im Zeitpunkt der wirksamen Belehrung beginnt sowie über evtl. Abweichungen der Widerrufsfrist.¹⁹⁶ Zur Verdeutlichung und als Hilfestellung für den Anbieter wird in § 14 BGB-InfoV i.V.m. deren Anlage 2 ein Muster für die Widerrufsbelehrung vorgestellt. Die Widerrufsbelehrung hat nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB in Textform zu erfolgen. Damit verweist das Gesetz wiederum auf § 126 b BGB, wonach die Informationen in einer Urkunde oder sonstiger Weise, sofern zur dauerhaften Wiedergabe der Schriftzeichen geeignet, übermittelt werden müssen.

3. Informationspflichten als allgemeine Nebenpflichten

Unabhängig von einer Einteilung in verschiedene Geschäftsphasen und spezialgesetzlichen Normierungen stellen Informationspflichten auch allgemein Nebenpflichten dar, die zu jedem Zeitpunkt bestehen können. Unterschieden werden sie danach, ob sie auf die Leistung bezogene oder von ihr losgelöste Pflichten sind. Ein Überblick zeigt, wie weit sie den Vertrag begleiten.

a. Die Verletzung einer - sonstigen - leistungsbezogenen Nebenpflicht

Leistungsbezogene Pflichten sind solche, die die rechtzeitige, vollständige und ordnungsgemäße Erfüllung sowie die Absicherung der vertraglichen bzw. gesetzlichen Ansprüche beinhalten.¹⁹⁷ Verortet werden sie in § 241 Abs. 1 BGB.¹⁹⁸ Sie beziehen sich mithin auf die vertragliche Leistung. Während die Hauptpflichten die Erfüllung selbst betreffen¹⁹⁹, sichern die Nebenpflichten die reibungslose Durchführung des Vertrages. Sie sind nur teilweise gesetzlich geregelt, lassen sich jedoch im Einzelfall durch Auslegung aus dem Vertrag herauslesen.²⁰⁰ Typische Nebenpflichten des Anbieters sind Auskunftspflichten. Im alten Kaufrecht wurden sie ausdrücklich in § 444 BGB a.F. genannt; sie haben sich im Zuge der Schuldrechtsreform trotz ihrer Streichung inhaltlich nicht verändert. So ist der Verkäufer u.a. nach wie vor dazu verpflichtet, dem Käufer über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes Auskunft zu geben. Dies umfasst auch dessen Beschaffenheit und die damit verbundenen Gefahren bezüglich seiner

¹⁹⁶ Nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB beträgt die Widerrufsfrist einen Monat, wenn die Widerrufsbelehrung erst nach Vertragschluss erfolgt.

¹⁹⁷ *Matthens*, JuS 2002, S. 211.

¹⁹⁸ *Matthens*, JuS 2002, S. 211; *Münch*, Jura 2002, S. 363.

¹⁹⁹ Klassisches Beispiel für eine Hauptpflicht ist die rechtzeitige Übergabe und Übereignung des Kaufgegenstandes, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

²⁰⁰ *Reischl*, S. 45; vgl. auch *Brox/Walker*, § 2 Rn. 13.

Stellung in der Außenwelt und daraus evtl. resultierende rechtliche Schwierigkeiten.²⁰¹ Durch die Auskunftspflicht soll der Käufer die Angaben erhalten, die erforderlich sind, um den Kaufgegenstand nutzen und schützen zu können.²⁰²

Eine andere Nebenpflicht ist die Aufklärung des Vertragspartners. Sie schließt Rat, Belehrung, Warnungen oder Offenbarungen im Zusammenhang mit dem Kaufgegenstand ein.²⁰³ Daher stellt sie auch häufig die Grundlage für die Entscheidung dar, ob und zu welchen Konditionen ein Vertrag geschlossen wird. Darüber hinaus schützt sie - v.a. in ihrer Ausformung als Warnung - die Integritätsinteressen des Kunden. Aufklärungspflichten sollen also ein Informationsgleichgewicht zwischen den Geschäftspartnern herstellen.

Allerdings bestehen sie in jedem Fall nicht aus sich heraus, sondern lediglich unter bestimmten Voraussetzungen. So kann eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eine Aufklärungspflicht auslösen. Auch wenn vom Vertragsgegenstand Gefahren ausgehen, die der Käufer nicht kennt - typischerweise beim Kauf -, besteht die Pflicht zur Aufklärung.²⁰⁴ War eine bestimmte Eigenschaft des Vertragsgegenstandes für den Kaufentschluss maßgeblich, liegt ebenfalls eine Aufklärungspflicht nahe, da ansonsten der Vertragszweck vereitelt werden kann.

Die Nebenpflichten stehen außerhalb des Gegenseitigkeitsverhältnisses und lösen daher bei einer Verletzung grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche aus.²⁰⁵ Allerdings kann über § 280 Abs. 1 BGB der durch die Pflichtverletzung entstandene Schaden ersetzt verlangt werden, sofern dieser beziffert werden kann.²⁰⁶

b. Die Verletzung einer - sonstigen - nicht-leistungsbezogenen Nebenpflicht

Nicht-leistungsbezogene Pflichten sind diejenigen, durch die außerhalb der eigentlichen Leistungsbeziehung die Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners geschützt werden sollen.²⁰⁷ Verortet werden diese in § 241 Abs. 2 BGB, da in dieser Norm weder die Leistung noch die Gläubiger-Schuldner-Beziehung geregelt werden.²⁰⁸ Es fallen vor allem Schutzpflichten darunter, allerdings werden auch bestimmte Aufklärungspflichten dazugezählt.²⁰⁹ Bei einer Verletzung kann der Nutzer seinen dadurch entstandenen Begleitschaden, sofern bezifferbar, über § 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen.²¹⁰ Denn durch § 241 Abs. 2 BGB wird die Schadensersatzpflicht des § 280 Abs. 1 BGB auch bei der Verletzung nicht-leistungsbezogener Pflichten ausgelöst. Inhalt und Umfang derartiger Schutzpflichten sind nicht

²⁰¹ Palandt/Putzo, § 433, Rn. 25. Allerdings muss hierbei abgegrenzt werden zur Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

²⁰² Palandt/Putzo, § 433, Rn. 25.

²⁰³ Palandt/Putzo, § 433, Rn. 23.

²⁰⁴ BGH LM § 433, Nr. 49.

²⁰⁵ Ausnahmen gibt es im Bereich der Nacherfüllung gem. §§ 439 und 635 BGB, Palandt/Heinrichs, § 280, Rn. 22.

²⁰⁶ Beispielhaft kann der Schaden ersetzt werden, der durch die Nichtaufklärung über die Risiken der Verwendung des Kaufgegenstandes entsteht, BGHZ 88, 130 [135].

²⁰⁷ Mattbeus, JuS 2002, S. 211.

²⁰⁸ Münch, Jura 2002, S. 364; auch Mattbeus, JuS 2002, S. 211, verorten die nicht-leistungsbezogenen Pflichten in § 241 Abs. 2 BGB. Vgl. auch Vander, K&R 2003, S. 341 sowie Grigoleit, NJW 2002, S. 1155.

²⁰⁹ Palandt/Heinrichs, § 241 Rn. 7; Junker/Benecke, Rn. 182.

²¹⁰ Bei einem Begleitschaden handelt es sich um den Schaden, der dem Gläubiger lediglich aus Anlass des Vertrages an seinen übrigen Rechtsgütern entsteht; Münch, Jura 2002, S. 368.

gesetzlich geregelt, können jedoch durch Vertragsauslegung ermittelt werden.²¹¹ Da die Schutzpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB ein neben der Leistungserbringung stehendes weitergehendes Verhalten erfassen, werden sie auch nicht vom Vorrang der Nacherfüllung tangiert.²¹² Beispiel für einen durch die Verletzung einer nicht-leistungsbezogenen Pflicht hervorgerufenen Begleitschaden ist der Datenverlust, der durch den fehlerhaften Gebrauch eines Computerprogramms auftritt. Ein Nutzer lädt aus dem Internet eine kostenpflichtige Software herunter, wird dabei vom Anbieter allerdings nicht davon in Kenntnis gesetzt, dass das Programm bei einer bestimmten Konfiguration seines Betriebssystems zu einem Datenverlust führt. Da das Betriebssystem des Nutzers zufälligerweise so konfiguriert ist, kommt es tatsächlich zum Datenverlust. In diesem Beispiel ist die Information selbst, d.h. das Computerprogramm, mangelfrei. Allerdings hat der Anbieter es versäumt, auf die Inkompatibilität bei einer bestimmten Konfiguration hinzuweisen. Damit hat er eine Schutzpflicht verletzt und ist nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zum Ersatz des Schadens verpflichtet.²¹³ Obwohl § 437 Nr. 3 BGB auf § 280 BGB verweist, ist der Anspruch auf Ersatz der Begleitschäden nicht von einem Mangel des Kaufgegenstandes abhängig.²¹⁴ In den wohl meisten Fällen des Informationskaufes werden die Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Nutzers jedoch von einer mangelhaften Information ausgelöst (und sind damit begrifflich Folgeschäden).

Mit §§ 282 i.V.m. 241 Abs. 2 BGB ist seit der Schuldrechtsreform auch die Möglichkeit geregelt, aufgrund der Verletzung nicht-leistungsbezogener Pflichten Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können. Nach dem Willen des Gesetzes besteht eine solche Haftung dann, wenn eine so wesentliche Pflichtverletzung einer Partei vorliegt, dass dem anderen Teil eine weitere Zusammenarbeit und damit das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist.²¹⁵ Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Vertrag bereits geschlossen wurde oder sich noch in der Anbahnung befindet. Denn §§ 311 Abs. 2 und 3 BGB erklären § 241 Abs. 2 BGB auch in der Phase vor Vertragsschluss für anwendbar.²¹⁶ Unzumutbarkeit wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungserbringung unter unangenehmen Begleitumständen erfolgte²¹⁷ oder ein Vertrauensbruch vorliegt²¹⁸.

4. Informationspflichten bei Übernahme einer Garantie im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs

Wie im vorherigen Kapitel bereits angesprochen, kann der Verkäufer nach § 443 BGB mit dem Käufer eine selbstständige Garantie für die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes vereinbaren. Wenn eine solche Garantie im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs zwischen einem Unternehmer-Anbieter und einem Verbraucher-Nutzer vereinbart wurde, sind in diesem Kontext die Sonderbestimmungen des

²¹¹ *Reischl*, JuS 2003, S. 45; vgl. auch *Brox/Walker*, § 2 Rn. 13.

²¹² *Reischl*, JuS 2003, S. 45.

²¹³ Das Beispiel ist von *Reischl*, JuS 2003, S. 46 (Fall 2), übernommen worden, wobei die Grenze zwischen mangelhafter Leistung auf der einen Seite und mangelfreier Leistung bei Verletzung einer Nebenpflicht auf der anderen Seite mitunter schwierig zu ziehen ist. Dass daneben die Abgrenzung zwischen leistungsbezogenen und nicht-leistungsbezogenen Nebenpflichten schwierig sein kann, beweist die weiter oben beschriebene Tatsache, dass die Aufklärung zur sachgerechten Benutzung eines Kaufgegenstandes nach allgemeiner Meinung als leistungsbezogene Nebenpflicht angesehen wird, vgl. *Mattheus*, JuS 2002, S. 211 mwN.

²¹⁴ Vgl. *Reischl*, JuS 2003, S. 47.

²¹⁵ *Münch*, Jura 2002, S. 371.

²¹⁶ Vgl. zur c.i.c. hier nur *Jauernig/Vollkommer*, § 311, Rn. 34; *Palandt/Heinrichs*, § 311, Rn. 14.

²¹⁷ *Münch*, Jura 2002, S. 371.

²¹⁸ Vgl. dazu die Fallgruppen in *Palandt/Heinrichs*, § 311, Rn. 33 ff.

§ 477 BGB zu beachten. Diese Vorschrift erlegt dem Anbieter nicht nur die Mitteilung gewisser Mindestinformationen auf, sondern verweist ebenfalls wieder auf das Transparenzgebot. Nach § 477 Abs. 1 S. 1 BGB muss die Garantieerklärung demnach einfach und verständlich abgefasst sein. Auch in diesem Rahmen beinhaltet das den Gebrauch einer dem Verbraucher verständlichen Sprache.²¹⁹ Wenn der Nutzer mithin die Bestellung auf einer in englischer Sprache gestalteten Website abgegeben hat, ist ihm auch eine Garantieerklärung in Englisch zuzumuten.²²⁰

Die Garantieerklärung muss nach § 477 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nur den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers enthalten und dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, es müssen darüber hinaus auch alle wesentlichen Angaben mitgeteilt werden, die zur Geltendmachung der Garantie erforderlich sind. Dazu zählen insbesondere die Angaben zur Dauer und zum räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers. Diese Angaben sind dem Verbraucher nach § 477 Abs. 2 BGB auf dessen Wunsch in Textform, § 126 b BGB, mitzuteilen. Damit der Verbraucher dies überhaupt verlangen kann, ist der Unternehmer verpflichtet, auf dieses Recht auch hinzuweisen.

§ 477 Abs. 3 BGB konzidiert, dass die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung nicht von der Erfüllung aller gesetzlichen Anforderungen von Seiten des Unternehmers abhängig ist. Damit wird verhindert, dass ein Unternehmer die zuvor gewährte Garantie durch gezielte Verletzung der Formvorschriften wirkungslos macht.²²¹ Gesetzlich normierte Sanktionen, die den Unternehmer zur Erfüllung der Anforderungen anhalten, gibt es allerdings nicht. Die Gesetzesbegründung verweist in diesem Rahmen lediglich auf die Verbandsklagen nach § 2 UKlaG und § 8 UWG. Eine Schadensersatzklage des Verbrauchers aus § 280 Abs. 1 BGB wird regelmäßig am fehlenden Schaden scheitern, da die Garantie neben den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften besteht.²²²

5. Mindestangaben auf Rechnungen

Gem. § 14 Abs. 3 UStG müssen ab 1.1.2004 auf jeder - auch auf elektronischem Wege übermittelten - Rechnung bestimmte Mindestangaben zum Rechnungssteller, dessen Steuernummer, dem Ausstellungsdatum und der Rechnungsnummer zu ihrer Identifizierung sowie zu bestimmten Einzelheiten des Vertrags und der Leistung gemacht werden. Eine Nichtbeachtung führt u.U. gem. § 14 c UStG zu entsprechenden steuerlichen Nachteilen, daneben stellt sie eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. §§ 26 a Abs. 1 Nr. 1, 26 b Abs. 1 UStG dar, die mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden kann, §§ 26 a Abs. 2, 26 b Abs. 2 UStG.

6. Informationspflichten des Nutzers

Informationspflichten als Nebenpflichten treffen beide Vertragsparteien und bestehen damit auch beim Kunden. Dabei wird es sich i.d.R. jedoch um nicht leistungsbezogene Aufklärungspflichten gegenüber

²¹⁹ *KompaktKom/Tonner*, § 477, Rn. 1.

²²⁰ Dies geht einher mit dem neuen Leitbild des verständigen und aufmerksamen Verbrauchers; vgl. auch *KompaktKom/Tonner*, § 477 BGB, Rn. 2.

²²¹ *KompaktKom-BGB/Tonner*, § 477, Rn. 9.

²²² *KompaktKom-BGB/Tonner*, § 477, Rn. 9.

dem Anbieter handeln, die sich entweder aus dem Vertrag oder - in Ausnahmefällen - aus den Umständen des Einzelfalles ergeben.²²³ Beispielsweise muss der Nutzer nicht mitteilen, wofür er den erworbenen Gegenstand verwenden will.²²⁴ Jedoch hat er im Falle eines Ratenkaufes den Anbieter darüber zu informieren, wenn er weiß, dass er zur Zahlung nicht imstande sein wird.²²⁵ Generell zeigt sich, dass der weitaus größere Teil der Informationspflichten beim Anbieter liegt.

V. Fazit

Mit der Entwicklung des E-Commerce sind auch seitens des Gesetzgebers einige Anstrengungen unternommen worden, Informationspflichten zu normieren, die die Stellung des Verbrauchers stärken. Auch wenn nicht alle Anbieter diese Pflichten umsetzen, lässt sich doch beobachten, dass das geschäftliche Verhalten im Internet zusehends besser werden. Oftmals werden Verstöße nicht bewusst begangen, sondern sind Folge von Irritationen aufgrund häufiger Gesetzesänderungen²²⁶ und der Tendenz des Gesetzgebers, umfangreiche Pflichtenkataloge zu erstellen²²⁷. Insgesamt ist wohl berechtigterweise zu hoffen, dass sich mit sorgfältiger Erfüllung der Informationspflichten der Internethandel verfestigt und das Vertrauen der Nutzer wächst. Auch die Wirtschaft hat erkannt, dass die Missachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen generell nicht unsanktioniert bleibt.²²⁸ Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass von den Vorschriften der §§ 312 ff. BGB nach § 312 f BGB nicht zum Nachteil der Verbraucher bzw. der Kunden abgewichen werden darf. Dies beinhaltet auch, dass die Anbieter keine evtl. Lücken im Fernabsatzrecht bzw. bei den Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr ausnutzen.²²⁹

In der Vielzahl der Sanktionsmöglichkeiten bei einem Verstoß zeigt sich die Macht der Verbraucherverbände sowie die der gesetzgeberisch geschickten Koppelung von Informationspflichten und der Widerrufsfrist. Die Verbraucher-Nutzer werden gegenüber den Geschäftskunden insofern deutlich privilegiert. Dies betrifft jedoch nicht alle Möglichkeiten einer Sanktionierung. Denn dass sich Schadensersatzansprüche ebenso leicht durchsetzen lassen wie der Widerruf eines Vertrages, mag bezweifelt werden. Oft wird der Anbieter eine Haftung ablehnen und der Nutzer das Nachsehen haben. In solchen Fällen wird es sich meist nicht lohnen, die Gerichte einzuschalten; allerdings profitieren die Nutzer im Internet von anderen Möglichkeiten. Auf negative Erfahrungen reagieren die interessierten Nutzer sehr sensibel, da sich gerade im Internet viele potenzielle Kunden zunächst einmal über die verschiedenen Anbieter informieren werden, bevor sie eine Bestellung aufgeben. Hierbei können sie beispielsweise auf Kundenforen zurückgreifen, in denen unzufriedene Nutzer ihrem Ärger Luft machen. Die Anbieter sind gezwungen, auf die geäußerte Kritik sorgfältig zu reagieren, um andere Kunden nicht zu verschrecken. Insofern entfalten die Kunden in ihrer Gesamtheit durch diese Foren eine neue Form der Marktmacht.²³⁰

²²³ *Palandt/Putzko*, § 433, Rn. 52; BGH NJW 1992, 1222 [1222]. So z.B. bezüglich der Bonität von Vertragspartnern im Falle einer Kreditgewährung. Bezüglich der damit verbundenen datenschutzrechtlichen Schwierigkeiten (auch im Zusammenhang mit Schufa-Auskünften) vgl. *Puchert*, S. 50 ff.

²²⁴ BGH NJW 92, 1222 [1222 f.]. Davon zu unterscheiden ist freilich der der Beschaffenheitsvereinbarung zugrunde liegende Nutzungszweck.

²²⁵ *Palandt/Putzko*, § 433, Rn. 52.

²²⁶ So die Bewertung von *Schmittmann*, K&R 2004, S. 361.

²²⁷ *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155.

²²⁸ *Merx/Wierl* in *Hermanns/Sauter*, S. 90.

²²⁹ *Schmittmann*, K&R 2004, S. 366 mwN.

²³⁰ Vgl. hierzu das Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 4.

5. Kapitel - Die Abgabe von Informationen

Für einen flüssigen Geschäftsverkehr müssen die Parteien davon ausgehen können, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie sie regelmäßig für mehrseitige Verträge benötigt werden, beim Empfänger nachweisbar Zugang finden können.

I. Abgabe und Zugang von Willenserklärungen

Dass Willenserklärungen auch per elektronischer Kommunikation im Internet abgegeben werden können, ist mittlerweile unbestritten.¹ Nicht restlos geklärt ist allerdings die rechtliche Bewertung des Wirksamwerdens einer solchermaßen auf den Weg gebrachten Willenserklärung. Recht unproblematisch ist dabei noch die Frage, ob es sich bei einer elektronischen Erklärung um eine verkörperte oder eine unverkörperte handelt. Bei einer E-Mail gibt der Nutzer eine Nachricht in seinen Rechner ein, die dann als Datei (zumindest zwischen-)gespeichert wird.² Wenn der Nutzer die Datei versendet, wird diese - in Datenpakete zerlegt - zum Empfänger geschickt, wo sie dann ebenfalls wieder (zumindest zwischen-) gespeichert wird.³ Die Mitteilung ist in dieser Datei verkörpert, was sich auch dadurch zeigt, dass der Empfänger in der Lage ist, sie durch Speichern auf einem Datenträger oder Ausdrucken dauerhaft zu verkörpern.⁴ Einigkeit besteht ebenfalls darüber, dass Willenserklärungen im Internet in Abwesenheit des Empfängers abgegeben werden, vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.⁵ Dies ist auch einleuchtend, da der Austausch von E-Mails zeitliche Verzögerungen mit sich bringt, so dass eine individuelle Nachfragemöglichkeit nicht mehr gegeben ist.⁶ Auch der Einwand ändert an der rechtlichen Beurteilung nichts, dass E-Mails sehr schnell (oft nur innerhalb von Sekunden) beim Empfänger eingehen, der dann wiederum sofort durch eine Antwortmail darauf reagieren kann, was einem „niedergeschriebenen Telefongespräch“ vergleichbar ist.⁷ Dass sich der Empfänger einer E-Mail schreibbereit an seinem Computer befindet, ist meist nur zufällig und gibt nicht das typische Bild des E-Mail-Verkehrs wieder.

§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass eine Willenserklärung im Zeitpunkt des Zugangs beim Empfänger wirksam wird, hilft jedoch bei der Definition des Zugangs nicht weiter. Aus diesem Grund hat sich in der Rechtsprechung unter Zustimmung der allgemeinen Auffassung die Formel herausgebildet, dass eine Erklärung dann zugegangen ist, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt, so dass

¹ Sei es durch E-Mail, sei es durch das Ausfüllen und Versenden eines Online-Formulars, vgl. im 3. Kapitel „Das Internet als Informationsquelle“, unter II. 2. a. aa. Die Rechtsfragen werden in der Literatur allerdings fast ausschließlich im Rahmen der Versendung von E-Mails besprochen. Das soll der besseren Übersicht halber auch hier so beibehalten werden.

² *Dietrich*, K&R 2002, S. 139.

³ *Dietrich*, K&R 2002, S. 139. Ähnlich *Ultsch*, NJW 1997, S. 3007. Zur technischen Erklärung der Versendung von Daten vgl. auch im 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter III. 2.

⁴ Vgl. *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 841; *Hervig*, MMR 2001, S. 146; *Dietrich*, K&R 2002, S. 139. Ähnlich auch *MüKo/Einsele*, § 130, Rn. 18.

⁵ Zur Vorschrift des § 130 BGB vgl. nur *Schreiber*, Jura 2002, S. 249; *Bork*, Rn. 622 ff.; *Leipold*, Rn. 335 ff.

⁶ *Dietrich*, K&R 2002, S. 139; *Hervig*, MMR 2001, S. 145; *Ernst*, NJW-CoR 1997, S. 166. *MüKo/Einsele*, § 130, Rn. 18 sowie *Henn*, CR 1994, S. 597 f., weisen dabei allerdings auf Online-Verfahren zur Kommunikation hin (wie beispielsweise bestimmte Anwendungen des Inter Relay Chat, vgl. im 1. Kapitel, unter III. 6.), bei denen von einer Erklärung unter Anwesenden ausgegangen werden muss. Allerdings wird in solchen Kommunikationsbereichen häufig schon das Vorliegen einer Willenserklärung problematisch sein, vgl. 1. Kapitel, „Gegenstand der Untersuchung“, unter IV.

⁷ Vgl. eine ähnliche Darstellung bei *Henn*, CR 1994, S. 597 f.

unter normalen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme zu rechnen ist.⁸ Der Machtbereich ist hierbei sehr weit zu fassen, bis hin zu den vom Empfänger zur Kenntnisnahme eingerichteten Empfangsvorrichtungen, wie z.B. dem Briefkasten oder dem Anrufbeantworter.⁹ Mit der Bestimmung des Machtbereichs wird eine Risikoverteilung bezüglich des Zugangs einer Erklärung vorgenommen. Sobald diese in den Bereich gelangt, auf den der Empfänger uneingeschränkter Einfluss ausüben kann¹⁰, kommt es auf eine tatsächliche Kenntnisnahme nicht mehr an. Auch für Zugangshindernisse in diesem Bereich ist der Empfänger verantwortlich zu machen. Ein Zugang erfolgt jedenfalls dann nicht (und der Empfänger ist dafür auch nicht verantwortlich), wenn die Erklärung nur verstümmelt ankommt.¹¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Daten einer E-Mail auf ihrem Weg durchs Internet beschädigt werden. Daneben ist ein Zugang u.U. auch dann abzulehnen, wenn die E-Mail ein solch ungewöhnliches Datenformat hat, dass sie nur mit besonderen Hilfsmitteln lesbar gemacht werden kann.¹²

1. Bestimmung des Machtbereichs für den Zugang

Ob eine im Internet verschickte Erklärung zugegangen ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln danach, ob sie entsprechend in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Die zum Empfang der elektronischen Willenserklärung eingerichtete Empfangsvorrichtung ist der Posteingangsordner bzw. die Mailbox des E-Mail-Accounts.

Dabei besteht in der Literatur Einigkeit hinsichtlich der Frage, dass der Posteingangsordner nur dann als Empfangsvorrichtung angesehen werden kann, wenn dessen Inhaber zumindest nach außen hin den Anschein erweckt hat, diesen für den Empfang von Willenserklärungen auch nutzen zu wollen.¹³ Grund hierfür ist, dass angesichts der Leichtigkeit (und häufig Kostenfreiheit) des Einrichtens einer E-Mail-Adresse nicht aufgrund ihrer bloßen Existenz automatisch davon ausgegangen werden kann, dass sie auch verwendet wird. Häufig benutzt ein- und derselbe Nutzer mehrere E-Mail-Adressen zu verschiedenen Zwecken. Daher können solche E-Mail-Adressen auch für eine rein „rechtsfreie“ Kommunikation eingerichtet worden sein.¹⁴ Damit eine Mailbox als Empfangsvorrichtung genutzt werden kann, bedarf es demnach einer Kenntlichmachung nach außen. Wenn der Empfänger unter Angabe seiner E-Mail-Adresse auftritt, muss der Absender einer Nachricht davon ausgehen können, dass der Empfänger die Mailbox auch entsprechend nutzt. Hintergrund dessen ist wiederum das Vertrauensschutzprinzip.¹⁵ Mit der Angabe einer E-Mail-Adresse auf dem Briefkopf oder Visitenkarten¹⁶ wird der Vertrauenstatbestand gesetzt, dass bei dieser Adresse auch regelmäßig der Eingang von Willenserklä-

⁸ BGHZ 67, 271 [275] = NJW 1977, 194 [194]; BGH NJW 1980, 990 [990]; *Schreiber*, Jura 2002, S. 250; *Dietrich*, K&R 2002, S. 139; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 841; *Hervig*, MMR 2001, S. 145; *Heun*, CR 1994, S. 598; *Ernst*, NJW-CoR 1997, S. 166; *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 5; *MiKo/Einsele*, § 130, Rn. 9 und 11; *Bork*, Rn. 622; *Leipold*, Rn. 336.

⁹ *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 5, *Dietrich*, K&R 2002, S. 140, *Mankowski*, NJW 2004, S. 1902; *Bork*, Rn. 622; *Leipold*, Rn. 336.

¹⁰ So formuliert es *Dietrich*, K&R 2002, S. 140. Ähnlich auch *Hervig*, MMR 2001, S. 145.

¹¹ *Jauernig/Jauernig*, § 130, Rn. 6; *Ernst*, NJW-CoR 1997, S. 167.

¹² *Mankowski*, NJW 2004, S. 1902.

¹³ *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 7a; *MiKo/Einsele*, § 130, Rn. 18; *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008; *Leipold*, Rn. 344.

¹⁴ In einem solchen Falle kann kein Zugang einer Willenserklärung erfolgen, *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008; *MiKo/Einsele*, § 130, Rn. 18. Vgl. hierzu auch nochmals unter „Zeitpunkt des Zugangs“.

¹⁵ So ausdrücklich *Riepl*, S. 125.

¹⁶ Beispiele von *Riepl*, S. 125; s. auch *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 841; ähnlich *Leipold*, Rn. 344. Gegen das Abstellen auf eine Kenntlichmachung nach außen *Mankowski*, NJW 2004, S. 1902.

rungen überprüft wird¹⁷. Wenn ein schutzwürdiger Absender von der Nutzung der angegebenen Mailbox ausgeht, muss sich demnach der Vertrauensveranlasser daran festhalten lassen. Damit ist eine an die entsprechende E-Mail-Adresse gesendete Willenserklärung dem Empfänger zugegangen.¹⁸

Eine E-Mail geht dem Empfänger nach alledem jedenfalls mit dem Download auf dessen Computer¹⁹ bzw. mit der Speicherung auf seiner eigenen Datenverarbeitungsanlage²⁰ zu. Allerdings stellt sich bei genauerer Betrachtung der elektronischen Kommunikation die Frage, ob dieser Machtbereich nicht ausgedehnt werden muss. Eine E-Mail, die an eine bestimmte E-Mail-Adresse gesendet wird, wird u.U. vor dem Download durch den Empfänger auf einem Server des Maildiensteanbieters, der die Adresse bereitstellt, zwischengespeichert. Vor dem Hintergrund der Risikoverteilung könnte bereits mit diesem Zwischenspeichern der Zugang erfolgt sein. Denn der Posteingang der E-Mail-Adresse befindet sich, wenn nicht ein eigener Server betrieben wird, auf dem des Mail-Providers. Der Empfänger bedient sich mithin dieses Servers, um empfangene E-Mails zu speichern, womit der Maildiensteanbieter im Lager des Empfängers steht. Daher erscheint es passender, das Risiko des Verlustes der Nachricht zwischen Mailserver und dem Computer des Empfängers nicht dem Absender aufzubürden. Entsprechend erfolgt der Zugang einer elektronischen Willenserklärung nach mittlerweile herrschender Ansicht mit der Zwischenspeicherung auf dem Server des Providers.²¹ Dieser Auffassung wird entgegengehalten, dass der Nutzer gegenüber einem Provider keine vollen, uneingeschränkten Zugriffsrechte auf seine E-Mails habe und der Mailserver sich daher gerade nicht mehr im Machtbereich des Empfängers befinde. Der Provider könne beispielsweise in Insolvenz gehen und damit die auf dem Server abgespeicherten Mails verlieren. Oder er könne Zurückbehaltungsrechte gegenüber dem Nutzer geltend machen und dessen Zugang sperren.²² Wenn eine E-Mail auf dem Server des Providers gespeichert wird, sei das mit einem Brief vergleichbar, der bei der Post zur Abholung bereit liege. Dies sei ebenfalls nicht ausreichend für einen Zugang.²³

Aus alledem lasse sich ableiten, dass ein Zugang von E-Mails nur mit dem Download auf den eigenen Computer erfolge. Diese Auffassung scheint auch durch die neuere Rechtsprechung bestätigt zu werden, nach der eine elektronische Erklärung erst am Tag des Eingangs in den elektronischen Briefkasten, die Mailbox, als zugegangen gilt.²⁴ In dem hierzu von der Rechtsprechung zitierten Aufsatz²⁵ wird allerdings klargestellt, dass es für den Zugang nicht darauf ankommt, ob der Empfänger die E-Mail auf seinen Rechner heruntergeladen hat. Vielmehr geht es in der Entscheidung um den genauen Zeitpunkt des Zugangs; die Formulierung im Urteil ist insoweit missverständlich. Die Ansicht, dass ein Zugang erst mit dem tatsächlichen Download der E-Mail auf den eigenen Rechner erfolge, bürdet dem Absender ein unangemessen hohes Verlustrisiko auf, da sich Probleme in der Sphäre zwischen dem Empfänger und dessen Provider auf den Zugang auswirken. Wenn insoweit auch der Vergleich mit dem Zu-

¹⁷ Dabei muss auch beachtet werden, dass die E-Mail-Adresse mitunter ohne direkte Kenntnis des Adressinhabers nach außen bekannt gemacht wird, indem sie - nach Einwilligung - in Mail-Adressverzeichnissen eingetragen wird.

¹⁸ Dass ein Vertrauenstatbestand genügt, stellen mittelbar auch *MüKo/Einsele*, § 130, Rn. 18 sowie *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 7a fest.

¹⁹ *Hervig*, MMR 2001, S. 146; ihm folgend *Dietrich*, K&R 2002, S. 140. Wohl auch *Leipold*, Rn. 344.

²⁰ *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 7a; *Bork*, Rn. 628.

²¹ *MüKo/Einsele*, § 130, Rn. 18; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 841; *Härtig*, K&R 2001, S. 313; *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 7a; *Mankowski*, NJW 2004, S. 1902; *Schreiber*, Jura 2002, S. 251; *Bork*, Rn. 628.

²² Beispiele von *Dietrich*, K&R 2002, S. 140.

²³ *Dietrich*, K&R 2002, S. 140, in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Zugang von Schriftstücken, BGHZ 67, 271 [275].

²⁴ LG Nürnberg-Fürth, CR 2003, S. 293 [294].

²⁵ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008.

gang von Schriftstücken bemüht wird²⁶, ist das Einrichten einer Mailbox beim Provider wohl eher mit dem Benutzen eines Postfachs beim Postamt vergleichbar²⁷. Hier wie dort wird Raum zum (Zwischen-)Lagern von Nachrichten reserviert.

2. Zeitpunkt des Zugangs

Auch über den genauen Zeitpunkt des Zugangs wird noch gestritten. Nach gängiger Ansicht ist beim Briefverkehr unter regelmäßigen Umständen mit einer Kenntnisnahme erst am Morgen nach dem Eintreffen der Willenserklärung in den Machtbereich des Empfängers zu rechnen.²⁸ Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Regel auf elektronische Willenserklärungen vorbehaltlos angewendet werden kann. Nicht jeder, der über einen Internetanschluss und eine E-Mail-Adresse verfügt, ruft auch regelmäßig seine E-Mails ab. Aus dieser Unsicherheit heraus konkurrieren verschiedene Ansichten zur Bestimmung des Zeitpunkts des Zuganges miteinander.

Ein Großteil der Literatur bestimmt die „regelmäßigen Umstände“ im Sinne einer Zeitangabe. Ein anderer Teil stellt dagegen fest, dass die momentane Unbestimmbarkeit der „regelmäßigen Umstände“ dazu führen muss, den Zugang erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Empfänger erfolgen zu lassen.²⁹ Die mit der Ermittlung des Zeitpunktes zusammenhängenden Probleme können schließlich dadurch umgangen werden, dass der Zugang der Willenserklärung alleine von deren Eintritt in den Machtbereich des Empfängers abhängig gemacht wird.³⁰ Allerdings sieht auch diese Auffassung von dem Erfordernis der Kenntnisnahme nicht völlig ab, so z.B. dann, wenn es auf die Wahrung einer Frist ankommt.³¹

Wo zur Bestimmung der „regelmäßigen Umstände“ Zeiträume angegeben werden, divergieren diese naturgemäß. Recht früh ist dabei die Notwendigkeit erkannt worden, zwischen dem Zugang bei Geschäftsleuten und bei Privatpersonen zu unterscheiden.³² Hierbei wurde die Trennung allerdings nicht einheitlich vorgenommen, was zu Verwirrungen führen kann. In den meisten Fällen wird unterschieden zwischen Geschäftsleuten, die per E-Mail zumindest teilweise auch die geschäftliche Kommunikation erledigen und privaten Nutzern³³, die den E-Mail-Dienst aber dennoch für Rechtsgeschäfte im privaten Bereich einsetzen.³⁴ Vereinzelt wird stattdessen auch zwischen der rechtsgeschäftlichen Kommunikation im geschäftlichen und privaten Bereich sowie der rein privaten Kommunikation unterschieden.³⁵ Dass in einem solchen Fall ein Zugang von Willenserklärungen überhaupt nicht stattfinden kann, weil der Nutzer seine Mailbox für rechtsgeschäftliche Erklärungen nicht bestimmt hat, ist denn auch die

²⁶ So zieht *Dietrich*, K&R 2002, S. 140, den BGH heran, der die Niederlegung eines Schreibens bei der Post - selbst wenn dem Empfänger eine Niederlegungsbenachrichtigung in den Briefkasten gelegt wurde, als nicht ausreichend für eine Zustellung bewertet.

²⁷ Für den Zugang ist auf den üblichen Abholtermin abzustellen, BGH LM, § 130 BGB Nr. 2, *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 6; *Schreiber*, Jura 2002, S. 251.

²⁸ *Schreiber*, Jura 2002, S. 251; *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 6.

²⁹ *Bork*, Rn. 628. Dies führt allerdings zu einer nicht zu billigenden Rechtsunsicherheit und sollte daher - wie es die h.M. auch tut - abgelehnt werden.

³⁰ *Flume*, § 14 3b, S. 230 ff.

³¹ So *Schreiber*, Jura 2002, S. 251, unter Hinweis auf *Flume*, a.a.O.

³² Dies ist allgemeine Ansicht; vgl. nur *Dietrich*, K&R 2002, S. 141 f.; *Bork*, S. 628; *Leipold*, Rn. 344. Auch die Rechtsprechung trifft eine Unterscheidung, LG Nürnberg-Fürth, CR 2003, S. 293 f.

³³ Teilweise auch „Verbraucher“ genannt, so bei *Leipold*, Rn. 344.

³⁴ So bei *Hernig*, MMR 2001, S. 146; *Leipold*, Rn. 344; *Dietrich*, K&R 2002, S. 141 f.; *Bork*, Rn. 628.

³⁵ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008; *MüKo/Einsle*, § 130, Rn. 18.

Folge einer solchen Aufteilung.³⁶ Problematisch an dieser Auffassung ist allerdings, dass bei einer privaten E-Mail-Adresse eine Unterteilung zwischen rechtsgeschäftlicher und nicht-rechtsgeschäftlicher Kommunikation sehr willkürlich erfolgen kann und daher der Rechtssicherheit des Verkehrs abträglich ist. Zumal sich der E-Mail-Verkehr mittlerweile so weiterentwickelt hat, dass jeder Nutzer vernünftigerweise mit dem Zugang auch von rechtsgeschäftlich relevanten Erklärungen ausgehen muss. Trennt man daher mit der herrschenden Meinung lediglich zwischen geschäftlich und privat genutzten (aber dennoch rechtsgeschäftlichen Erklärungen offenstehenden) E-Mail-Konten, so werden entsprechend verschiedene Zeitpunkte eines möglichen Zugangs angegeben. Oftmals wird hierbei die Nähe zum Briefverkehr betont. So soll für Erklärungen, die während der Geschäftszeit in den Machtbereich des Empfängers gelangen, unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme noch am selben Tag zu rechnen sein. Wenn die Erklärung dagegen nach Geschäftsschluss eingeht, ist mit einem Zugang erst bei Bürobeginn am nächsten Morgen zu rechnen.³⁷ Hinsichtlich des Zugangs bei Privatleuten besteht dagegen keine solch einheitliche Bestimmung. Mit dem Hinweis, dass sich die elektronische Kommunikation noch nicht ausreichend durchgesetzt hätte, werden daher zum Teil längere Zeiträume eingeräumt. So galt noch vor wenigen Jahren die Ansicht, es sei damit zu rechnen, dass die elektronische Post nur einmal pro Woche abgerufen werde.³⁸ Doch mit der fortschreitenden Ausbreitung des Internets lässt sich tendenziell eine Verkürzung dieser Zeiträume beobachten. Mittlerweile werden daher auch an Privatpersonen höhere Anforderungen gestellt. Im Schrifttum scheint sich langsam die allgemeine Meinung herauszubilden, dass auch hier mit einem täglichen Abruf der E-Mails gerechnet werden darf.³⁹ Dafür besteht Uneinigkeit bezüglich der Tageszeit, zu der dieser Abruf typischerweise geschehen soll. So werden als Zeitpunkte der Feierabend oder der nächste Morgen vorgeschlagen⁴⁰. Aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffes „Feierabend“ verspricht als einheitlicher Zeitpunkt der nach Eingang der E-Mail folgende Morgen eine größere Rechtssicherheit.

a. Einheitliche Betrachtung von Geschäfts- und Privatverkehr?

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass im Geschäfts- wie im Privatverkehr mit einem Zugang spätestens am nächsten Morgen nach Eintreffen der Erklärung in den Machtbereich des Empfängers zu rechnen ist. Dies legt den Gedanken nahe, eine Trennung zwischen Geschäfts- und Privatverkehr aufzugeben. Dazu gilt es zunächst, die Gründe für eine getrennte Betrachtung zu ermitteln. Hierzu wird zunächst angegeben, dass sich bezüglich des Abrufs von E-Mails noch keine allgemeine Übung entwickelt hat.⁴¹ Weiterhin seien die Kosten für die nötige Hardware und den Internetzugang nicht zu unterschätzen.⁴² Das Surfen im Netz sei teuer und es sei daher den Privathaushalten nicht zuzumuten,

³⁶ *Utsch*, NJW 1997, S. 3008.

³⁷ *Utsch*, NJW 1997, S. 3008; ihm folgend *Dietrich*, K&R 2002, S. 141 f.; vgl. auch *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 842; *Strömer*, S. 133; LG Nürnberg-Fürth, CR 2003, 293 [294]; *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 7a; *Jauernig*, § 130, Rn. 5; *MiKo/Einsele*, § 130, Rn. 19; *Leipold*, Rn. 344; *Bork*, Rn. 628; *Hoeren*, S. 190. Auch in Österreich erfolgt nach h.M. der Zugang zu den genannten Zeiten, *Riepl*, S. 124 f. mwN. Einschränkend *Hervig*, MMR 2001, S. 146, nach dem Geschäftsleute nur einmal täglich ihre elektronische Post abrufen. Nach *Schreiber*, Jura 2002, S. 251, geht eine Erklärung erst am Morgen des nächsten Tages zu.

³⁸ *Hervig*, MMR 2001, S. 146 mwN.

³⁹ Vgl. *Leipold*, Rn. 344; *Dietrich*, K&R 2002, S. 142; *Hoeren*, S. 190; *Jauernig*, § 130, Rn. 5; für Österreich *Riepl*, S. 125.

⁴⁰ Feierabend: *Leipold*, Rn. 344. Nächster Morgen: *Dietrich*, K&R 2002, S. 142; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 842; *Hoeren*, S. 190 spricht ausdrücklich vom „Tag nach der Abrufbarkeit“.

⁴¹ *Leipold*, Rn. 344; *Bork*, Rn. 628; wohl auch *Hervig*, MMR 2001, S. 146.

⁴² So ausdrücklich *Bork*, Rn. 628.

allzu oft ihre elektronische Post abzurufen. Anders verhielte es sich bei Unternehmen, die die Erreichbarkeit auch im Internet ihren Geschäftspartnern und Kunden als Service anbieten. Mit einer entsprechenden Finanzkraft ausgestattet, sei es ihnen zuzumuten, ihre E-Mails täglich zu überprüfen. Vergewöhnlicht man sich allerdings die Preisentwicklung auf dem Elektroniksektor, so entfernt sich diese Begründung mehr und mehr von der Realität. Nicht nur die nötige Hardware (ständig werden komplett ausgestattete Rechner zum Discountpreis angeboten), sondern auch die Nutzungsgebühren sind dank des Preisdrucks unter den Internet-Zugangsp Providern günstig geworden. Die Privathaushalte, die mit einem Internetzugang ausgestattet sind, sind aufgrund der geringen Kosten nicht mehr auf einen nur sporadischen Abruf der elektronischen Post angewiesen. Aus diesem Grund scheint es gerechtfertigt, privaten Nutzern ein tägliches Überprüfen der E-Mails zuzumuten. Umso mehr gilt dies, als häufig die private Nutzung des Internets in beschränkter Weise auch am Arbeitsplatz möglich ist.⁴³ Alles in allem kann das Kostenargument eine getrennte Betrachtungsweise nicht mehr rechtfertigen.

Ein weiterer Grund für die Trennung zwischen Geschäfts- und Privatleuten liegt darin, dass im geschäftlichen Verkehr ein Zugang nicht erst zum nächsten Morgen möglich ist, sondern während der gewöhnlichen Geschäftszeiten auch am selben Tag. Doch häufig werden beim Anbieter eintreffende E-Mails automatisch nach ihrem Eingang weiterverarbeitet bzw. von der EDV-Anlage selbständig entsprechende Reaktionsschritte eingeleitet.⁴⁴ In diesen Fällen muss von einer jederzeitigen Erreichbarkeit, auch nach Geschäftsschluss, ausgegangen werden.⁴⁵ Solche Automatismen existieren mittlerweile auch bei privaten Internetanschlüssen.⁴⁶ Wer sich privat elektronischer Kommunikationsmittel bedient, erklärt demnach nach außen ebenso seine jederzeitige Erreichbarkeit und verzichtet auf übliche Zustellzeiten.⁴⁷ Insofern käme es der Rechtssicherheit zugute, stets einen unmittelbaren Zugang anzunehmen, sobald die Nachricht im Machtbereich des Empfängers eintrifft.

Dass auf eine Trennung verzichtet werden könnte, wird zumindest teilweise angedeutet.⁴⁸ Allerdings werden in diesen Fällen einer abstrakten Betrachtung die üblichen Zustellzeiten, wie Bürozeiten bei Geschäftsleuten und der nächste Tag bei Privaten, auch ohne ausdrückliche Trennung auf der Ebene der „üblichen Erwartung“ der Kenntnisnahme berücksichtigt. Insofern wird es nach wie vor bei einer getrennten Betrachtung von Geschäfts- und Privatverkehr bleiben.⁴⁹

⁴³ So kann die (Misch-)Nutzung des Internets am Arbeitsplatz auch für private Zwecke beispielsweise durch Einzelarbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung gestattet werden, vgl. hierzu und Folgefragen nur *Elmar Weißnicht*, „Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz“, MMR 2003, S. 448 ff. und *Dirk M. Barton*, „E-Mail-Kontrolle durch den Arbeitgeber“, CR 2003, S. 839 ff.

⁴⁴ So erhält der Kunde eines Online-Shops z.B. automatisch eine Bestätigungsmittelteilung, nachdem die Bestellung beim Anbieter eingegangen ist.

⁴⁵ *Heun*, CR 1994, S. 598.

⁴⁶ So ist es z.B. möglich, sich per sms über neu eingegangene E-Mails informieren zu lassen.

⁴⁷ So *Heun*, CR 1994, S. 598.

⁴⁸ *Schreiber*, Jura 2002, S. 251, erwähnt eine Trennung nicht, sondern nimmt eine einheitliche Betrachtungsweise vor. *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rn. 7a, zitiert zwar unter anderem *Ultsch*, schreibt jedoch ebenfalls nichts von einer getrennten Betrachtung. Auch *MiKo/Einsele*, § 130, Rn. 19, verweist auf eine allgemeine Betrachtungsweise.

⁴⁹ Vielleicht wird sich zur besseren Überschaubarkeit und rechtlichen Sicherheit in den nächsten Jahren eine einheitliche Betrachtungsweise bilden.

b. Längere Abwesenheit des Empfängers

Im regulären Briefverkehr geht eine Willenserklärung auch dann zu, wenn der Empfänger durch Krankheit, Urlaub, Haft oder sonstige Abwesenheit daran gehindert ist, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Dies gilt - vorbehaltlich des § 242 BGB - auch dann, wenn der Absender von der Abwesenheit des Adressaten weiß.⁵⁰ Diesbezüglich ändert sich nichts bei der elektronischen Post, bei der ebenfalls unter normalen Umständen mit Kenntnisnahme zu rechnen ist.⁵¹ Zumal es anders als beim festen Briefkasten im Internet möglich ist, seine elektronische Post weltweit abzurufen.⁵² Der Einwand des Empfängers, er habe mangels Internetzugang seine E-Mails im Ausland nicht abrufen können, geht damit ins Leere.

II. Die rechtliche Behandlung bei Zugangshindernissen

Da der Zugang einer Willenserklärung von deren Eintreffen im Machtbereich des Empfängers abhängig ist, kann diesem u.U. ein Vorwurf gemacht werden, wenn er bewusst oder auch nur fahrlässig diesen Zugang verhindert. Eine E-Mail-Adresse kann beispielsweise falsch geschrieben sein, so dass eine entsprechend adressierte E-Mail niemals ankommt.⁵³ Oder aber die Speichergröße der Mailbox ist seitens des Mailproviders begrenzt⁵⁴, so dass bei voller Ausnutzung dieses Speicherplatzes neu eingehende E-Mails nicht mehr angenommen werden.

Wenn der Adressat den Zugang bewusst verhindert, z.B. durch eine falsch angegebene Adresse oder ein gezieltes Verstopfen der Mailbox, ist es sachgerecht, diesen zu fingieren.⁵⁵ Eine Willenserklärung gilt dann als zugegangen. Im Streitfall wird das bewusste Handeln jedoch regelmäßig kaum nachzuweisen sein. Daher wird es häufiger auf die Rechtslage bei Fahrlässigkeit des Empfängers ankommen. Ist beispielsweise die Mailbox versehentlich deswegen verstopft, weil der Empfänger die bereits gelesenen E-Mails nicht gelöscht hat, muss der Absender einen erneuten Zugangsversuch unternehmen.⁵⁶ Sonst ist die Erklärung nicht wirksam zugegangen.⁵⁷ Die Willenserklärung wird bei einem erneuten Zugangsversuch erst im entsprechend späteren Zeitpunkt wirksam, wobei sich der Empfänger allerdings nicht auf den späteren Zeitpunkt des Zugangs berufen kann.⁵⁸ Eine Verpflichtung des Absenders zu einem neuen Übermittlungsversuch ist auch deshalb sachgerecht, da der Absender eine Nachricht vom System erhält, dass die abgeschickte E-Mail nicht zugestellt werden konnte. Aufgrund dieser Nachricht weiß er, dass seine E-Mail nicht angekommen ist und ist daher nicht schutzwürdig. Dies ändert sich auch nicht

⁵⁰ *MüKo/Einsele*, § 130, Rn. 19.

⁵¹ *MüKo/Einsele*, § 130, Rn. 19.

⁵² Dies gilt i.d.R. sowohl für reine Online-Mailprovider wie „gmx“ oder „web“, als auch für Mischprovider wie „aol“ oder „t-online“. Eine Ausnahme kann es beispielsweise bei Firmennetzen geben, bei denen ein Zugriff auf die Mailbox ausschließlich über das Intranet möglich ist.

⁵³ Bsp. bei *Schreiber*, Jura 2002, S. 252.

⁵⁴ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008.

⁵⁵ *Schreiber*, Jura 2002, S. 252; *Dietrich*, K&R 2002, S. 141; *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 842; *Medicus*, AT, Rn. 282 mwN. Beispielsweise gilt eine Kündigungserklärung somit als zugegangen, obwohl sie den Empfänger nie erreicht hat.

⁵⁶ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008. Aufgrund der stetigen Zunahme des Speicherplatzes im Internet und auf den PCs sind freilich einige Mailboxes schon so groß geworden, dass ein Verstopfen kaum mehr möglich ist.

⁵⁷ *Schreiber*, Jura 2002, S. 252.

⁵⁸ Eine erneut zugesandte, dadurch allerdings außerhalb der Frist liegende Kündigungserklärung wird daher so behandelt, als sei sie innerhalb der Frist zugegangen, *Schreiber*, Jura 2002, S. 252. Vgl. dazu auch BGH LM § 130 BGB Nr. 1; *Brox*, AT, Rn. 159; ausführlich *Medicus*, AT, Rn. 283 mwN.

in Zeiten, in denen die Anzahl der Spam-Mails⁵⁹ die normaler E-Mails eingeholt bzw. überholt hat. Eine Flut von unerwünschten Massenmails ergießt sich täglich in die Posteingangsordner, was nicht nur den überforderten Empfänger stört, sondern vor allem die unangenehme Folge hat, dass aufgrund der Verstopfung der Mailboxes neue Mitteilungen nicht mehr ankommen. Die Spam-Plage ist allgegenwärtig und bekannt. Insofern ist es dem Empfänger zuzumuten, durch geeignete Maßnahmen seine Mailbox frei zu halten.⁶⁰

So sind mittlerweile verschiedene (Online-)Maildienste dazu übergegangen, nicht mehr nur einen, sondern gleich mehrere Posteingangsordner zu konfigurieren, in die die eingehenden E-Mails vom System je nach Spam-Wahrscheinlichkeit einsortiert werden.⁶¹ Nach Möglichkeit sollen die normalen bzw. erwünschten E-Mails⁶² in den regulären Posteingangsordner einsortiert werden, potenzielle Spam-Mails dagegen in einen Spam-Ordner. Dabei muss beachtet werden, dass die Ordner nach wie vor im Machtbereich des Empfängers liegen, zumal eingehende E-Mails je nach Leistung des Filters mitunter auch einem falschen Ordner zugeteilt werden. Eine E-Mail ist somit auch dann zugegangen, wenn sie sich in einem falschen Ordner befindet (die Literatur spricht hierbei von den „false positives“⁶³) und deshalb vom Empfänger nicht zur Kenntnis genommen wurde. Anders verhält es sich u.U., wenn eine solche Mail vom System schon herausgefiltert wird, bevor sie überhaupt den Server des Maildienstes erreicht.⁶⁴ Dieses Problem gewinnt zusätzlich an Brisanz, da die Filterung automatisch erfolgt und falsch erkannte E-Mails je nach Konfiguration des Systems mitunter ohne Kenntnis des Empfängers abgewiesen werden.⁶⁵ Jedenfalls empfiehlt es sich dringend, regelmäßig auch die Ordner mit den augenscheinlich unerwünschten Spam-Mails zu überprüfen.⁶⁶

Bei sonstigen technischen Hindernissen, die weder der Absender noch der Empfänger verschulden, kommt es auf die bereits angesprochene Verteilung des Verlust- und Verzögerungsrisikos an. Bei Systemdefekten etwa, die den Verlust der E-Mail nach sich ziehen, ebenso wie bei ungewöhnlich langen Transportzeiten im Internet (mehrere Stunden oder Tage⁶⁷) ist darauf abzustellen, ob die E-Mail den Machtbereich des Empfängers schon erreicht hat. Die gleichen Grundsätze gelten für die Verteilung des Verfälschungsrisikos, d.h. des Risikos der inhaltlichen Veränderung der Nachricht.⁶⁸ Wird eine Nachricht inhaltlich verändert, bevor sie in den Machtbereich des Empfängers gelangte, so wird sie mit dem geänderten Inhalt wirksam, kann jedoch - mit den entsprechenden Rechtsfolgen - gem. § 120 BGB angefochten werden.⁶⁹ Schutz gegen die Verfälschung bietet wiederum die Verschlüsselung der Nachricht, z.B. mittels des SSL-Protokolls oder der qualifizierten elektronischen Signatur.⁷⁰

⁵⁹ Allenthalben auch als „Junk Mail“ bezeichnet, *Börner*, S. 108.

⁶⁰ Als Spam-Mails noch nicht so sehr verbreitet waren, sollte eine daraus folgende Zugangsstörung dem Empfänger nicht zugerechnet werden, vgl. *Ultsch*, NJW 1997, S. 3008; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 842.

⁶¹ So z.B. bei „gmx“ oder „web“, die einen regulären Posteingangs- und einen Spam-Ordner zur Verfügung stellen. Vgl. zur Technik *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, S. 75 f.; *Spindler/Ernst*, CR 2004, S. 437 f.; *Ungerer*, DuD 2004, S. 344 ff.

⁶² Die erwünschten E-Mails werden auch - in Abgrenzung zu Spam - „Ham“ genannt, vgl. *Ungerer*, DuD 2004, S. 345.

⁶³ *Spindler/Ernst*, CR 2004, S. 438; *Ungerer*, DuD 2004, S. 345.

⁶⁴ Vgl. *Spindler/Ernst*, CR 2004, S. 437 f.

⁶⁵ *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, S. 76; vgl. auch *Koecher*, DuD 2004, S. 273. Zu entsprechenden vertraglichen Folgen im Verhältnis zwischen dem Empfänger und dem Provider vgl. *Spindler/Ernst*, CR 2004, S. 441.

⁶⁶ Vgl. auch *Ungerer*, DuD 2004, S. 346 f.

⁶⁷ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3009.

⁶⁸ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3009; *Riepl*, S. 128.

⁶⁹ *Ultsch*, NJW 1997, S. 3009; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 843; *Palandt/Heinrichs*, § 120, Rn. 2.

⁷⁰ Vgl. zum Prinzip der Verschlüsselung sowie zum „Secure Socket Layer“-Protokoll *Puchert*, S. 84 und 87 f. sowie *Strömer*, S. 123; zur Signatur *Lüdemann/Adams*, K&R 2002, S. 10.

III. Beweisbarkeit des Zugangs?

Auch wenn es aufgrund technischer Möglichkeiten, z.B. mit der bereits angesprochenen Rückmeldung durch das System, erkennbar erscheint, ob eine elektronische Erklärung den Empfänger erreicht hat, so muss dies vor Gericht auch bewiesen werden.⁷¹ Die Frage der Beweisbarkeit des Zugangs von elektronischen Erklärungen wird zumeist über die Hinweise der Rspr. bezüglich des Zugangs eines Telefaxes angegangen. Beim Fax genügt die Vorlage des Sendeprotokolls für den Beweis nicht, da dieses nur die Herstellung einer Verbindung zwischen Sende- und Empfangsgerät dokumentiert, nicht aber die Übermittlung von Daten bzw. das Ausbleiben von Störungen.⁷² Mit dieser Argumentation scheint auch das Sendeprotokoll einer E-Mail keine weitergehende Beweiskraft zu bieten. Unter dem Hinweis auf gegenüber dem Fax fortgeschrittene technische Rückkoppelungsmechanismen soll der Zugang einer E-Mail jedoch besser bewiesen werden können. Hierbei werden verschiedene Möglichkeiten aufgezeigt.

1. DSN-Erweiterung im Rahmen von SMTP

Mittels einer DSN⁷³-Erweiterung von SMTP⁷⁴ kann vom System festgestellt werden, dass keine Probleme durch den Empfänger beim Versenden der E-Mail aufgetreten sind, dass die E-Mail m.a.W. den Machtbereich des Empfängers erreicht hat⁷⁵. Insofern scheint ein Anscheinsbeweis über den Zugang einer an einen mit DSN ausgestatteten Mailserver gesendeten E-Mail möglich.⁷⁶ Zu bedenken ist in Anlehnung an die Beweisbarkeit der Authentizität einer E-Mail allerdings, dass die Rspr. neuen Technologien anfangs häufig recht skeptisch gegenübersteht. Soweit ersichtlich, ist eine Entscheidung bezüglich des Beweiswertes einer über DSN verschickten E-Mail bislang noch nicht ergangen. So bleibt abzuwarten, wie die Rspr. auf diese technische Möglichkeit reagiert. Angesichts der Vorsicht der Rspr. gegenüber Bestätigungen, die - in welcher Weise auch immer - gefälscht werden könnten und auf die aus diesem Grunde kein Verlass ist, sollten aber nicht allzu große Hoffnungen bestehen.

2. Empfangsbestätigung

Daneben besteht die Möglichkeit, vom Empfänger der E-Mail eine Empfangsbestätigung anzufordern. Hierfür ist der MDN⁷⁷-Standard zuständig. Eine solche Bestätigung kann manuell oder automatisch ausgelöst werden. Entweder wird der Empfänger beim Öffnen der E-Mail gefragt, ob er bereit ist, eine Lesebestätigung an den Absender zu übermitteln⁷⁸, oder die Bestätigung wird automatisch beim Herunterladen der Nachrichten vom Mailserver ausgelöst⁷⁹. Wenn auch eine Lesebestätigung nahe legt, dass

⁷¹ Die Beweislast trägt derjenige, der sich auf den Zugang beruft, BGHZ 101, 49 [54 f.].

⁷² BGH NJW 1995, 665 [667]; vgl. auch *Riepl*, S. 127; *Hervig*, MMR 2001, S. 146; *Mankowski*, NJW 2004, S. 1904. Etwas nachdenklich *Heun*, CR 1994, S. 599, der sich auf das OLG München, NJW 1994, 527 [527] bezieht. Für die Richtigkeitsvermutung durch den Sendebericht dagegen LG Hamburg, NJW-RR 1994, 1486 [1486]; sowie AG Rudolstadt, CR 2004, 916 [916].

⁷³ Delivery Status Notification; definiert in der RFC 1891.

⁷⁴ Simple Mail Transfer Protocol, vgl. hierzu im 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter III. 6. SMTP ist in den verbreiteten Mailprogrammen implementiert.

⁷⁵ Hierbei wird die SMTP Reply durch das System mit genaueren Fehlermeldungen ergänzt.

⁷⁶ Bereits andeutend *Heun*, CR 1994, S. 599 f.; *Hervig*, MMR 2001, S. 146; ihm folgend *Riepl*, S. 127.

⁷⁷ Message Disposition Notification; definiert in der RFC 2298.

⁷⁸ *Riepl*, S. 128.

⁷⁹ *Hervig*, MMR 2001, S. 146 f. Dies ist möglich bei Servern, die mit IMAP (Internet Message Access Protocol), POP (Post Office Protocol) oder ähnlichen Protokollen abgeholt werden. Hierbei werden, je nach Mailprogramm, mehrere Arten

die E-Mail den Empfänger erreicht hat, so stellen sich doch mehrere Probleme, die diese im Ergebnis wohl nicht zu einem echten Anscheinsbeweis zu machen vermag. So kann der Empfänger zunächst einmal das Absenden der Lesebestätigung manuell verweigern bzw. sein System so einstellen, dass keine Bestätigungen versendet werden. Der Absender erhält also keine Empfangsbestätigung, wenn der Empfänger einen hierfür ungeeigneten E-Mail-Client bzw. eine ungeeignete Konfiguration verwendet.⁸⁰ Außerdem wird die Bestätigung als unverschlüsselte und nicht digital signierte E-Mail an den Absender gesendet.⁸¹ Insofern treffen die Empfangsbestätigung seitens der Rspr. die gleichen Vorbehalte wie jede reguläre E-Mail auch.⁸² Zumindest aber hat eine Eingangsbestätigung auch vor Gericht einen gewissen Indizwert.⁸³

3. „Internet-Einschreiben“

Schließlich wird auch auf spezielle Programme wie „eKurier“ der Deutschen Post Com hingewiesen.⁸⁴ Mit diesem als „Internet-Einschreiben“ bezeichneten Service wird beim Öffnen der E-Mail durch den Empfänger eine automatisch verschlüsselte und digital signierte Nachricht über deren Zugang an den Server der Deutschen Post Com übermittelt, wobei Datum und Uhrzeit des Empfangs registriert werden. In der Praxis hat dieser Service jedenfalls keine große Verbreitung gefunden. Immerhin sollen im Falle von „eKurier“ die Anforderungen für einen Anscheinsbeweis gem. § 292 a ZPO erfüllt werden, so dass mit diesem Programm tatsächlich der Zugang einer E-Mail im Wege des Anscheinsbeweises bewiesen werden könnte. Indes ist dies nicht bei allen Programmen der Fall, die versprechen, eine reguläre E-Mail durch Zugangsnachweis zum „Einschreiben“ zu machen. Denn teilweise funktionieren solche Programme nur bei bestimmten E-Mail-Zieladressen, teilweise werden die Empfangsbestätigungen nicht als digital signierte Nachricht versendet. Insofern ist bei der Verwendung entsprechender Programme Vorsicht geboten.⁸⁵

4. Keine Anwendbarkeit von § 292 a ZPO

Nur zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass sich der Anscheinsbeweis in § 292 a ZPO nicht auf den Zugang der qualifiziert digital signierten E-Mail beim Empfänger bezieht, sondern nur auf die Echtheit der Willenserklärung, deren Abgabe sowie die willentliche Entäußerung durch den Absender.⁸⁶

von Empfangsbestätigungen unterstützt: So kann eine Benachrichtigung erfolgen, dass die E-Mail erfolgreich zum Mail-Server des gewünschten Empfängers übertragen und dort im korrekten Postfach gespeichert wurde. Oder es erfolgt eine Benachrichtigung, dass der Empfänger die Nachricht geöffnet hat. (So beispielsweise die Varianten bei dem Mailprogramm „Microsoft Messenger“.)

⁸⁰ So z.B., wenn alle Anfragen nach Benachrichtigungen ignoriert und damit auch keine MDNs automatisch versandt werden. Eine solche Konfiguration wird teilweise aus Sicherheitsgesichtspunkten sogar empfohlen, vgl. nur im Internet unter <http://www.kroupware.org/groupware_de-1.0.1-html/x504.html>.

⁸¹ *Hervig*, MMR 2001, S. 147; *Riepl*, S. 128; *Mankowski*, NJW 2004, S. 1905 mwN.

⁸² Dagegen *Mankowski*, NJW 2004, S. 1905, der insofern den zu hoch angelegten Maßstab kritisiert. Da die Fälschungsfahrer recht niedrig sei, müsse eine Empfangsbestätigung einen Anscheinsbeweis begründen können.

⁸³ Vor allem, wenn zugleich der Inhalt der betreffenden Erklärung dokumentiert ist, *Mankowski*, NJW 2004, S. 1906.

⁸⁴ Im Internet unter <<http://www.dpcom.de>>.

⁸⁵ Vgl. z.B. die Warnungen in FINANZtest 12/2003, S. 11 und 1/2004, S. 64.

⁸⁶ Vgl. *Gassen*, S. 63.

IV. Zur Wiederholung: Die Bindung des Absenders an eine Willenserklärung

In Anlehnung an das zweite Kapitel⁸⁷ sei daran erinnert, dass sich der Absender einer Willenserklärung an dieser festhalten lassen muss. Die Behandlung von Willenserklärungen im Internet unterscheidet sich auch insofern rechtlich nicht von den sonstigen Fällen einer Entäußerung von Willenserklärungen.

Lediglich am Rande soll daher erwähnt werden, dass eine auch über das Internet abgegebene Willenserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nicht wirksam wird, wenn dem Empfänger zuvor oder gleichzeitig ein Widerspruch zugeht.⁸⁸ Angesichts der Übermittlungsgeschwindigkeit von Informationen im Internet ist diese gesetzliche Bestimmung jedoch faktisch ausgeschlossen.⁸⁹

Auch sonst sind für sämtliche Arten von über das Internet abgegebenen Willenserklärungen grundsätzlich die §§ 116 ff. BGB anwendbar. Eine Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB ist möglich.⁹⁰ Zwar kann der Computer bei der bloßen Ausführung logischer Befehle nicht irren⁹¹, jedoch wurden diese Befehle vom Nutzer veranlasst, der wiederum bei der Bedienung des Computers Fehler machen kann⁹². Ein Vertippen berechtigt demnach beispielsweise aufgrund § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB zur Anfechtung.⁹³ Hiervon abzugrenzen sind Fehler bei der Willensbildung, die bei der Vorbereitung einer Erklärung entstehen. Nach der Rspr. sind allerdings Systemfehler, die aufgrund eines Softwarefehlers zu einer falschen Preisanzeige führen, im Rahmen des § 120 BGB anfechtbar.⁹⁴ Wurde hingegen fehlerhaftes Datenmaterial verwendet, was zur Abgabe einer entsprechend fehlerhaften Willenserklärung führte, so handelt es sich hierbei lediglich um einen „internen Kalkulationsirrtum“, der jedenfalls dann nicht zur Anfechtung berechtigt, wenn die Kalkulation dem Erklärungsempfänger gegenüber nicht offengelegt wurde.⁹⁵

V. Fazit

Durch die mittlerweile erfolgte Billigung von Willenserklärungen im Internet ergeben sich bezüglich deren rechtlicher Behandlung zunächst einmal kaum Unterschiede zu den sonstigen Willenserklärungen. Unter Umständen variiert jedoch der Zeitpunkt des Zuganges im Vergleich zu herkömmlichen Briefen. Nicht nur in diesem Fall zeigt sich, dass der Empfänger mitunter ein gewisses Risiko zu tragen hat. Erinnert sei auch an die Abgrenzung der Risikosphären zwischen Absender und Empfänger, die letzterem durchaus seinen Teil aufbürdet. Besonderheiten ergeben sich darüber hinaus durch die technischen Möglichkeiten, die das Internet eröffnet. So zeigt sich, dass die Filterung von Erklärungen nicht unbedingt nur positive Seiten hat, sprich eine Entlastung des Empfängers bedeutet. Der Einsatz sol-

⁸⁷ 2. Kapitel „Unverbindlichkeit im Internet und Beständigkeit von Informationen“.

⁸⁸ *Heun*, CR 1994, S. 599.

⁸⁹ Vgl. hierzu 8. Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“, unter II.2. zur Frage der Extemporalisierung des Rechts.

⁹⁰ *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 843; *Wülfing/Dieckert*, 2.2.1.1, S. 26; *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 96 ff.

⁹¹ Das bedeutet gleichwohl nicht, dass eine Anfechtung wegen falscher Übermittlung gem. § 120 BGB nicht möglich ist; vgl. OLG Hamm, MMR 2004, 761 [762].

⁹² *Wülfing/Dieckert*, 2.2.1.1, S. 26.

⁹³ *Hoeren*, S. 8; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 843. Allerdings bedarf es einiger Vorsicht bei Auto-Reply-Erklärungen, da Zeitpunkt des Irrtums und der Abgabe divergieren und somit der Anfechtungsgrund entfallen kann, vgl. LG Köln, CR 2003, 613 [614].

⁹⁴ BGH NJW 2005, 976 [977] = MMR 2005, 233 [234]. A.A. bislang die Literatur: *Mebrings*, MMR 1998, S. 32; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 843; *Wülfing/Dieckert*, 2.2.1.1, S. 26 f.

⁹⁵ AG Frankfurt, CR 1990, 469 [469]; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, S. 843; *Hoeren*, Grundzüge, S. 8; *Holzbach/Süßenberger* in *Moritz/Dreier*, Teil C, Rn. 105 ff.; *Wülfing/Dieckert*, 2.2.1.1, S. 26. Ausführlich zu Kalkulationsirrtümern s. *Pawlowski*, „Die Kalkulationsirrtümer: Fehler zwischen Motiv und Erklärung“, JZ 1997, 741 ff.

cher Techniken ändert dabei grundsätzlich nichts an der Risikoverteilung. Wenn sich auch in der Praxis eine allgemeine Übung entwickeln sollte, im Spam-Ordner befindliche E-Mails zu ignorieren, kann diese Übung - schon allein wegen der Gefahr der Einordnung als „false positives“ - nicht zu Lasten des Absenders der Nachricht gehen. Insgesamt lässt sich also die beruhigende Erkenntnis gewinnen, dass derjenige, der eine Willenserklärung über das Internet abgibt, keinem größeren Risiko ausgesetzt ist als derjenige, der die herkömmlichen Kommunikationswege benutzt.

6. Kapitel - Datenschutzrechtliche Grundlagen

Der Schutz vor unberechtigter Aneignung der persönlichen Daten eines Nutzers durch Dritte ist eine Grundvoraussetzung für das Vertrauen im Internet. Datenschutz wird daher von den Nutzern zumeist an erster Stelle genannt, wenn es um Gründe möglichen Misstrauens und damit um Wachstumshemmnisse des Internets geht.¹ Datenschutz ist dabei als der korrekte Umgang und die Nutzung personenbezogener Daten während ihrer Lebensdauer in Übereinstimmung mit allgemeinen Prinzipien und den Festlegungen des Betroffenen zu verstehen.² Das Problem ist hierbei, dass beim Datenschutz die Divergenz der Interessen von Anbietern und Nutzern besonders deutlich auffallen. Der Anbieter möchte möglichst viele Informationen über den Kunden und seine Gewohnheiten in Erfahrung bringen, um einerseits das Risiko eines Vertragsschlusses kalkulieren und andererseits seine Angebote auf dessen Bedürfnisse zuschneiden zu können.³ Der Nutzer hingegen schreckt zurück vor der Vision des gläsernen Kunden. Daher werden in diesem Bereich große Anstrengungen von verschiedenen Seiten im Hinblick auf die Ausgestaltung des Datenschutzes unternommen, um das Vertrauen der Nutzer in den E-Commerce zu gewinnen.⁴ Datenschutz ist ein weiter Bereich, der sich in stetiger Entwicklung befindet und immer wieder neue Ausprägungen erfährt. Anfangs noch im Rahmen der allgemeinen informationsrechtlichen Literatur mitberücksichtigt, hat sich dieses Thema mehr und mehr verselbstständigt und ist Ort zahlreicher Publikationen geworden. Aufgrund des Umfangs und der Eigenständigkeit des Sachgebiets Datenschutz kann im Rahmen dieser Arbeit eine umfassende Beurteilung nicht möglich sein. Vielmehr soll hier das Augenmerk auf die zentralen Entwicklungslinien und künftigen Tendenzen gelegt werden, um nicht nur einen Überblick zu gewinnen, sondern vor allem auch Berührungspunkte mit den übrigen, zivilrechtlich geprägten Problemfeldern aufzuzeigen. Für eine tiefergehende Beschäftigung mit dem Bereich Datenschutz sei auf die umfangreiche Literatur sowie die Beiträge in den Fachzeitschriften verwiesen.⁵

¹ *IuKDG-Komm/Engel-Flechsig*, TDDSG Einf., Rn. 3; *Hladjk*, DuD 2002, S. 597; *Gundermann*, K&R 2000, S. 225; *Schindler*, K&R 2002, S. 482.

² Vgl. insoweit den Definitionsentwurf der Internationalen Allianz für Sicherheit, Vertrauen und Datenschutz, DuD 2004, S. 740 mwN.

³ *Taeger*, K&R 2003, S. 220. Für das reibungslose Funktionieren des Handels wird die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten auch von den Datenschutzorganisationen als erheblich angesehen. Uneinigkeit herrscht allerdings, inwieweit eine solche Erkenntnis zur Regel gemacht werden kann, vgl. DuD 2004, S. 740 mwN. Beispielsweise interessiert den Anbieter nicht nur die Bonität des Kunden zur Bewertung des Vertragsrisikos, vgl. hierzu *Müller-Hagedorn/Dach/Hudetz/Kaapke*, S. 41 f., sondern auch Kundendaten für eine angemessene Produktdifferenzierung, z.B. durch die Erstellung von Einkaufsprofilen, vgl. *Latzner/Schmitz*, S. 113 f., *Boehme-Neßler*, S. 284 f.

⁴ Zu der engen Verknüpfung von Datenschutz und E-Commerce vgl. nur *Gundermann*, K&R 2000, 225 ff.; *Taeger*, K&R 2003, S. 227; *Donges/Mai*, S. 185; *Rofsnagel/Rofsnagel*, Einleitung, Rn. 14.

⁵ Vom Datenschutz ist der Geheimnisschutz, d.h. die Geheimhaltung vertraulicher Informationen, abzugrenzen. Dieses Ziel der Datensicherheit wird u.a. durch Verschlüsselung erreicht und ist nicht Bestandteil der folgenden Ausführungen. Bei der Unterscheidung der Begrifflichkeiten ist problematisch, dass „Datensicherheit“ nicht einheitlich definiert wird, *Weck*, S. 211 f. Vgl. zur Verschlüsselung *Schindler*, K&R 2002, S. 483 ff.; *Puchert*, S. 84 ff.

I. Ausgangspunkt und Entwicklung des Datenschutzes

In Deutschland trat am 1.1.1978 erstmals ein nationales Datenschutzgesetz in Kraft, das BDSG.⁶ Ausgangspunkt war und ist der Schutz des Bürgers, nicht der Daten als solche. Daher sind nach der deutschen Rechtsordnung personenbezogene Daten geschützt; nach der Definition in § 3 Abs. 1 BDSG mithin „Angaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person“.⁷ Juristische Personen, aber auch Personenhandelsgesellschaften, werden vom Schutzbereich ausgenommen.⁸ Hintergrund hierfür ist die Sicherungsfunktion des Datenschutzes bezüglich der informationellen Selbstbestimmung als Grundlage der Persönlichkeitsentwicklung und Persönlichkeitsentfaltung⁹, die wiederum Ausprägung der Autonomie des Individuums ist¹⁰. Die Gefahr ging dabei zunächst von der staatlichen Datenschutzverarbeitung aus.¹¹ Die Datenschützer hatten viele Abwehrkämpfe zu führen; Datenschutz wurde vor allem als Bürgerrecht im Sinne eines Abwehrrechts verstanden.¹² Doch personenbezogene (Kunden-)Daten haben im Hinblick auf bargeldlosen Kreditkauf und zielgruppenorientiertes Direktmarketing seit Anfang der 1990er Jahre eine immer größere Rolle im Bereich der Privatwirtschaft gespielt. Parallel fand ein Umdenken bei den Datenschützern statt. Datenschutz ist auch eine tragende Säule im Wirtschaftsleben.¹³ Das Datenschutzrecht antwortete auf diese Herausforderung bisher mit Ordnungsrecht. Mit Verboten und Geboten und staatlichen Kontrollen sollten die schlimmsten Auswüchse privater Datenmacht verhindert werden.¹⁴ Dabei blieben die betroffenen Bürger Objekt; als Subjekte handelten Wirtschaft und Verwaltung. So haben die Bürger zwar subjektive Rechte, z.B. auf Auskunft, Datenkorrektur (Berichtigung, Sperrung und Löschung) und auf Schadensersatz. Um diese Rechte aber durchsetzen zu können, benötigen sie in jedem Fall staatliche Hilfe. Mit der Popularisierung des Internets und dem Wachstum des E-Commerce hat sich die Situation indes stark verändert: Die Verarbeitung personenbezogener Daten findet nicht mehr in einer zentralen Datenverarbeitungsanlage statt, sondern in einem leistungsfähigen Netz mit einer Vielzahl von Beteiligten.¹⁵ Gegen das Ausspähen von Daten aus dem Ausland, gegen Spam im Netz oder gegen die Erstellung von Kommunikations-, Interessen- und Konsumprofilen durch internationale Konzerne kann keine staatliche Instanz mehr wirksam schützen. Die Kontrollmöglichkeiten sind aufgrund der Vernetzung erheblich eingeschränkt und die Überschaubarkeit, wer wann wo welche Daten erhebt,

⁶ Der Begriff „Datenschutz“ wurde bereits durch ein hessisches Landesgesetz von 1970 in die deutsche Rechtssprache eingeführt, *Büllesbach/Garstka*, CR 2005, S. 721.

⁷ Ausführlich *Roßnagel/Brühmann*, Europarechtliche Grundlagen, Rn. 17; zur diesbezüglichen Rspr. des EuGH *Brühmann*, DuD 2004, S. 202.

⁸ *Koitz*, S. 238.

⁹ *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 4; *Bizer*, DuD 2004, S. 6. Zum insofern bestehenden Recht auf informationelle Selbstbestimmung *Koitz*, S. 232 ff.; zum rechtshistorischen Hintergrund *Büllesbach/Garstka*, CR 2005, S. 722.

¹⁰ Vgl. hierzu *Tinnefeld/Schuster*, DuD 2005, S. 78 f.; *Tinnefeld*, DuD 2005, S. 328.

¹¹ *Weichert*, DuD 2001, S. 264.

¹² *Weichert* geht auf mehrere Bestrebungen des Staates ein: Lauschangriffe gegen vermeintliche und tatsächliche Terroristen in den 70ern, Volkszählungen in den 80ern, sog. Sicherheitsgesetz in den 90ern und seit dem 11. September 2001 wieder sog. Anti-Terrorismusetze riefen die Datenschützer auf den Plan. Vgl. hierzu den Vortrag von *Thilo Weichert* für die Konferenz

“Privacy - a fundamental right with an expiry date? International Conference on Privacy“ der Österreichischen Akademie der Wissenschaften - Institut für Technikfolgenabschätzung, Wien, 11. November 2002; im Internet abrufbar unter <<http://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/divers/verbrsch.htm>>.

¹³ Vgl. *Weichert*, DuD 2001, S. 264; *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 13 f.; *Wächter* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 646; *Boehme-Nefler*, S. 284.

¹⁴ Vgl. *Weichert*, DuD 2001, S. 270; *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 19.

¹⁵ Vgl. *Roßnagel*, MMR 2005, S. 71; *Büllesbach/Garstka*, CR 2005, S. 722.

speichert, verändert oder in sonstiger Weise nutzt, ist nicht mehr gegeben.¹⁶ „Selbstdatenschutz“ wurde damit zu einem neuen zentralen Begriff.¹⁷ Erste Instrumente dieses Selbstdatenschutzes waren zunächst die Protokollierung von Datenströmen, dann der Einsatz von Firewalls und Anonymisierungsdiensten.¹⁸ Aber derartige technische Instrumente können nicht allein die Lösung des Problems sein; eine rechtliche Flankierung ist notwendig. Hierbei zeigt sich jedoch u.U. die Schwäche eines Gesetzgebers, der auf bestehende technische Angriffsszenarien nur reagieren kann, dem es indes an der notwendigen Phantasie fehlt, technischen Entwicklungen in entsprechenden Regelungen vorzugreifen.¹⁹ Insofern bedarf es einer verstärkten Aufnahme von Elementen der Selbstregulierung, selbst wenn es im Bereich des Datenschutzes bereits solche Bemühungen gab. Zwar haben sich die Betroffenen schon in vielerlei Hinsicht zum Subjekt emanzipiert, doch werden sie von den Gesetzen weiterhin als Objekte behandelt.²⁰ So soll sich der Betroffene an die zuständigen Aufsichtsbehörden wenden, wenn er sich in seinen diesbezüglichen Rechten verletzt sieht.²¹

II. Grundlagen des Datenschutzes im Internet

Ein zentraler Kritikpunkt am bestehenden Datenschutz ist die Zersplitterung seiner rechtlichen Grundlagen. Neben den allgemeinen Vorschriften im BDSG sind auf Bundesebene die gem. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG vorrangigen bereichsspezifischen Regelungen als *leges speciales* zu beachten. Je nach Anwendungsbereich kommen hierbei das TKG²² sowie das TDDSG bzw. der MDStV in Betracht, die die Online-Kommunikation einschließen²³. Dabei muss vom Anbieter eine Abgrenzung des jeweils zu bewertenden Internetdienstes vorgenommen werden. Unter diesen Umständen ist gut zu verstehen, dass eine Datenschutz-Sensibilität bei vielen Diensteanbietern schlichtweg nicht vorhanden ist. Die Verpflichtungen aus den verschiedenen Regelungen sind häufig nur in groben Zügen bekannt.²⁴ Aus diesem Grund werden die Stimmen immer lauter, die eine Abschaffung des Flickenteppichs zugunsten eines ausgereiften Datenschutzkonzeptes fordern.²⁵ Wenngleich es dem Gesetzgeber bislang nicht gelungen ist, den Datenschutz in der Telekommunikation in einem einheitlichen Gesetzeswerk zu regeln, schreiten die Arbeiten an einem Telemediengesetz fort, in dem die Tele- und Mediendienste unter dem Begriff „Telemedien“ zusammengefasst und die datenschutzrechtlichen Fragen in einem eigenen Gesetzesabschnitt behandelt werden sollen.²⁶

¹⁶ *IuKDG-Komm/Engel-Flehsig*, TDDSG Einf., Rn. 1.

¹⁷ *Bizer*, DuD 2004, S. 7; *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

¹⁸ S. auch *Weck*, S. 216 sowie *Boehme-Nesler*, S. 308 f. und *Wächter* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 655 f. Im Bereich der Datensicherheit werden Instrumente wie Filter, Virensuchprogramme und Verschlüsselungsverfahren eingesetzt.

¹⁹ Kritisch insoweit *Tinnefeld/Schuster*, DuD 2005, S. 82.

²⁰ Nach *Weichert*, DuD 2001, S. 265 f., müsste das BDSG - trotz der Novelle 2001- komplett überarbeitet werden.

²¹ *Taeger*, K&R 2003, S. 227.

²² Die Regelungen der zugehörigen TDSV wurden mit der Novellierung des TKG 2004 in dieses „Stammgesetz“ integriert. Zum neuen TKG s. *Joachim Scherer*, „Das neue Telekommunikationsgesetz“, NJW 2004, S. 3001 ff.

²³ *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 49; *Hoeren*, S. 79 ff.; *Kröger/Gimmy/Moos*, S. 508 f. Zum TDDSG ausführlich *Koch*, S. 560 ff. Zur Abgrenzung von Tele- und Mediendiensten vgl. 3. Kapitel „Das Internet als Informationsquelle“, unter II. 1.

²⁴ *Taeger*, K&R 2003, S. 221. *Kloepfer*, K&R 1999, S. 241, spricht von einer „überdetaillierten, unübersichtlichen, schwer zu vollziehenden Normenmasse“. Die Überforderung der Anbieter wurde im Rahmen der Vielzahl der Informationspflichten bereits im 4. Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter III. 10. angesprochen.

²⁵ *Taeger*, K&R 2003, S. 221; *Bizer*, DuD 2004, S. 11 ff.; *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 28.

²⁶ *Gola/Klug*, NJW 2005, S. 2437.

Unabhängig davon sollen nun in aller Kürze die grundlegenden Prinzipien des Datenschutzes dargelegt werden. Schon in Art. 8 der Charta der Europäischen Grundrechte wird der Schutz personenbezogener Daten ausdrücklich anerkannt. Einen Wendepunkt in der Entwicklung des Europäischen Datenschutzes markiert die EG-Datenschutzrichtlinie.²⁷ Sie sieht vor, dass der Datenschutz in den Mitgliedsstaaten angeglichen und somit die Persönlichkeit jedes einzelnen vor einer Verletzung durch Datenverarbeitung gleichermaßen geschützt wird. Nach Art. 8 Abs. 2 der Charta dürfen diese Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung des Betroffenen oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Nach § 4 Abs. 1 BDSG, § 3 Abs. 1 und 2 TDDSG, § 17 Abs. 2 MDStV ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur dann zulässig, soweit dies gesetzlich erlaubt oder angeordnet wird oder der Betroffene eingewilligt hat. Die Datenvereinbarung unterliegt demnach einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.²⁸ Allerdings existieren auch gesetzliche Erlaubnistatbestände der Datenverarbeitung.²⁹ So dürfen z.B. zu Abrechnungszwecken (Bestands-)Daten von der zuständigen Stelle gespeichert bleiben, soweit sie zur Identifizierung dienen.³⁰ Problem der gesetzlichen Erlaubnistatbestände ist deren zum Teil recht weiter Regelungsbereich.³¹ Generell wird die Diskussion über die Vorratsspeicherung von Daten kontrovers diskutiert. Auf EU-Ebene geht es hierbei vor allem um die Schaffung einer Regelung, die durch Verpflichtung von Providern zur Vorratsspeicherung die Verbesserung der grenzüberschreitenden justiziellen Zusammenarbeit ermöglichen soll.³²

Die Einwilligung ist hingegen dann von Belang, wenn die erhobenen Daten über die gesetzliche Frist hinaus oder zu einem nicht gesetzlich vorgesehenen Zweck gespeichert und genutzt werden sollen. Im Internet geschieht dies beispielsweise zu Zwecken des Direktmarketing.³³ Da die Einwilligung des Betroffenen solch einen wichtigen Erlaubnistatbestand darstellt, muss zu ihrer Wirksamkeit eine entsprechende Vielzahl von Voraussetzungen erfüllt werden. Sie muss freiwillig abgegeben worden sein, § 4 a Abs. 1 S. 1 BDSG, und bestimmten Formvorschriften genügen, § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG³⁴. Die Einholung der Einwilligung mittels eines vorformulierten Online-Formulars ist nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich.³⁵ Damit sich der Betroffene frei entscheiden kann, darf die Abgabe der

²⁷ Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L, S. 281/31 ff.

²⁸ *Wächter* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 669; *Zscherpe*, MMR 2004, S. 724 mwN.

²⁹ Vgl. hierzu *Zscherpe*, K&R 2005, S. 265 f.; *Fechner*, Rn. 1316 f.; *Krüger/Gimmy/Moos*, S. 517 ff.

³⁰ An dieser Stelle tut sich ein Interessengegensatz bezüglich Datenspeicherung und -erhaltung auf: Das Bedürfnis nach einer Speicherung der IP-Nummer als möglicher Anknüpfungspunkt einer späteren Identifizierung für Haftungszwecke ist verständlich, allerdings müssen diese Daten nach den gesetzlichen Vorschriften aufgrund des Datenschutzes nach dem Ende der Nutzung gelöscht werden. S. dazu im 2. Kapitel „Unverbindlichkeit im Internet und Beständigkeit von Informationen“, unter IV. 4. d. sowie *Gundermann*, K&R 2000, S. 226; *Koch*, S. 569 f.

³¹ So wird § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG, wonach bestimmte Angaben zu Werbe- oder Marktforschungszwecken übermittelt werden dürfen, soweit Interessen der Betroffenen nicht entgegenstehen, häufig als Erlaubnisnorm für einen schwunghaften Adresshandel gebraucht; *Taeger*, K&R 2003, S. 226. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die Erlaubnisnormen für den spezielleren Bereich der Telekommunikations- und Telediensteanbieter in der TDSV und dem TDDSG abschließend geregelt sind.

³² *Gola/Klug*, NJW 2005, S. 2439 mwN.

³³ *Taeger*, K&R 2003, S. 224.

³⁴ Ausführlich *Wächter* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 693 ff. Zur Widersprüchlichkeit der Formvorschriften der verschiedenen Datenschutzregelungen vgl. *Taeger*, K&R 2003, S. 224 f. Zu daraus entstehenden Praxisproblemen *Gundermann*, K&R 2000, S. 230.

³⁵ § 4 Abs. 2 TDDSG, § 18 Abs. 2 MDStV. Hierzu *Taeger*, K&R 2003, S. 224 mwN.; sowie *Zscherpe*, MMR 2004, S. 726 f., die betont, dass aufgrund des flüchtigen Mediums Internet mit seiner immanenten Gefahr des „Draufklickens“ entsprechende Anforderungen an die Gestaltung des Online-Einwilligungsformulars gestellt werden müssen. Vgl. auch *Koitz*, S. 281.

Einwilligung nicht mit übermäßig lockenden Anreizen verbunden sein. Wirksam ist sie auch nur dann, wenn der Anbieter zuvor hinreichend seinen Aufklärungspflichten über den Zweck und die Verarbeitung der Daten nachgekommen ist³⁶, denn durch die Übermittlung der personenbezogenen Informationen entsteht zwischen Anbieter und Nutzer eine Verpflichtungsbeziehung³⁷. Den Anforderungen an die Aufklärungspflichten kommt insofern im Hinblick auf Transparenz und Verständlichkeit eine zentrale Rolle zu.³⁸ Über die Risiken der Einwilligung zur Datenverarbeitung ist insbesondere auch dann aufzuklären, wenn eine Übermittlung in ein Drittland außerhalb der EU erfolgen soll, in dem kein angemessenes Datenschutzniveau gegeben ist. Als Gegen Ausnahme haben hierbei die „Safe-Harbor-Privacy-Principles“ von sich Reden gemacht.³⁹

Neben den Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Datenerhebung und -verarbeitung enthalten die Datenschutzbestimmungen zwingende Regelungen über die Rechte des Betroffenen. Grundlegend ist das Recht auf Benachrichtigung.⁴⁰ Um über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten entscheiden zu können, ist für den Betroffenen die Kenntnis der datenverarbeitenden Stelle erforderlich. Demzufolge ist auf jeder Homepage neben der nach §§ 6 TDG bzw. 10 MDStV vorgeschriebenen Anbieterkennzeichnung⁴¹ ein Hinweis auf die Identität der für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stelle abzulegen, § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG. Hierzu gehört auch die ladungsfähige Anschrift.⁴² Des Weiteren muss sowohl nach BDSG als auch nach dem TDDSG und dem MDStV informiert werden über den Zweck der Verarbeitung und eventuelle Übermittlung der erhobenen Daten.⁴³ Der Betroffene hat nach allgemeinem und spezialgesetzlichem Datenschutzrecht auch Anspruch auf die unentgeltliche Auskunft über die gespeicherten Daten, §§ 6, 19 Abs. 1, 34 Abs. 1 BDSG; § 4 Abs. 7 TDDSG, § 20 Abs. 1 MDStV. Unrichtig gespeicherte Daten sind gem. §§ 20 Abs. 1, 35 Abs. 1 BDSG zu berichtigen; unzulässig gespeicherte Daten sind gem. §§ 20 Abs. 2, 35 Abs. 2 BDSG zu löschen. An Stelle der Löschung kann unter gewissen Umständen auch eine Sperrung der Daten treten. Flankiert werden die gesetzlichen Gebote durch Bußgeld- und Strafvorschriften, ebenso durch einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch.⁴⁴

³⁶ Grundsatz der informierten Einwilligung, *Zscherpe*, MMR 2004, S. 725 mwN.; *Taeger*, K&R 2003, S. 225; *Koch*, S. 566 f.

³⁷ *Kelly*, S. 187, drückt es so aus, dass der Nutzer darauf vertrauen können muss, dass mit den personenbezogenen Informationen sorgfältig umgegangen wird. Dies kann dadurch geschehen, dass er erfährt, wer über ihn Bescheid weiß und was er im einzelnen von ihm weiß. Der Nutzer benötigt mit anderen Worten ein Wissen über den Wissenden, das dem, was der Wissende über ihn weiß, gleichkommt. Ebenso wichtig ist es für den Kunden zu wissen, wem dieses Wissen sonst noch mitgeteilt wird. Dem Nutzer sollte daher Rechenschaft darüber abgelegt werden, was mit den Informationen geschieht, die ihn betreffen.

³⁸ *Bizer*, DuD 2005, S. 451; *Zscherpe*, K&R 2005, S. 268.

³⁹ Entscheidung der Kommission 2000/520/EG vom 26.7.2000 - ABl. L215/7 vom 25.8.2000. Vgl. dazu *Taeger*, K&R 2003, 225; *Boehme-Neßler*, S. 291 f.

⁴⁰ Zu den Benachrichtigungspflichten ausführlich *Bizer*, DuD 2005, S. 452 f.

⁴¹ Vgl. hierzu im 4. Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter II. 2.

⁴² *Taeger*, K&R 2003, S. 226.

⁴³ Vgl. zu den Informationspflichten des TDDSG *Woitke*, BB 2003, S. 2474 ff.

⁴⁴ Daneben bestehen nach dem BGB vertragliche und deliktische Ansprüche bei unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung; ausführlich *Hoeren*, S. 76 ff.

III. Die stetige Weiterentwicklung des Datenschutzes

Ausgehend von den Grundlagen soll auf die neuesten Entwicklungen im Datenschutz eingegangen werden. Dabei fällt v.a. auf, dass der Datenschutz fortlaufend an die neuen technischen Möglichkeiten zur Erhebung und Verarbeitung von Daten angepasst werden muss. Dazu werden regelmäßig auf europäischer Ebene Richtlinien erlassen, die Teile des bestehenden Datenschutzes ergänzen oder ersetzen. Die Neuerungen im Regelwerk sind also im Grunde ein Spiegelbild der technischen Fortschritte. Entsprechend bewegt sich der Diskussionsschwerpunkt in der Literatur kontinuierlich weiter.

Die zuletzt erlassene „Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation“ hat einige Problembereiche bei der Online-Kommunikation aufgegriffen, die nun nach ihrer Umsetzung im TKG und im TDDSG ausführlich behandelt werden. Unter anderem fordert die Richtlinie, dass Verkehrsdaten⁴⁵ grundsätzlich zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden.⁴⁶ Die Einfügung des zeitlichen Aspektes macht nochmals deutlich, dass vom Nutzer nicht mehr Daten gespeichert werden dürfen als unbedingt nötig. Idealbild ist der Nutzer als „unbeschriebenes Blatt“. Daher soll - i.S.d. seit jeher bestehenden Grundsatzes der Datensparsamkeit - keine übermäßige Datenverarbeitung stattfinden.⁴⁷ In letzter Zeit wandte sich die Empörung der Datenschützer gegen die unbemerkte Erhebung von Daten mittels Cookies; kleinen Programmen, die auf der Festplatte des Nutzers abgelegt werden und mit dem Server des Anbieters kommunizieren und diesem somit die verschiedensten Informationen über den Nutzer und sein Surfverhalten übermitteln können.⁴⁸ Nach Diskussionen über ihre datenschutzrechtliche Zulässigkeit ist ihre Verwendung durch die Richtlinie grundsätzlich erlaubt worden, allerdings nur im Rahmen strenger Regelungen bezüglich der Informierung des Nutzers.⁴⁹

Auch der Europäische Gerichtshof äußert sich zum Thema Datenschutz und hat zur Auslegung der EG-Datenschutzrichtlinie Stellung genommen.⁵⁰ Danach hat die Richtlinie die vollständige Harmonisierung des Datenschutzes in Europa zum Ziel; eine sog. Mindestharmonisierung genügt zur Umsetzung des Zieles nicht.⁵¹ Auch wenn die Richtlinie noch nicht in allen Mitgliedsstaaten umgesetzt ist, entfaltet sie doch unmittelbare Drittwirkung, so dass jeder (europäische) Nutzer gleichermaßen geschützt ist.⁵² Bezüglich der Übermittlung von personenbezogenen Daten in Drittländer hat sich der EuGH dahingehend geäußert, dass bereits die Veröffentlichung der Daten im Internet unter bestimmten Umständen eine solche Übermittlung darstellen kann. Verantwortlich ist dann die Person, die die Daten zur Verfügung gestellt hat.⁵³ Das generelle Problem bei solchen Vorgängen im Internet besteht darin, dass Datenbestände leicht in Länder gelangen können, die nur geringe oder gar keine Anforderungen an den Datenschutz stellen. Von dort aus können die Daten dann legal und ungehindert weiter-

⁴⁵ Zuvor in der TDSV „Verbindungsdaten“ genannt.

⁴⁶ Vgl. hierzu *Claudia Golembiewski*, „Das Recht auf Anonymität im Internet“, DuD 2003, S. 129 ff.

⁴⁷ Zum „Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit“ *Fechner*, Rn. 1307; *Koitz*, S. 252 f.

⁴⁸ Ausführlich *Koch*, S. 573 f. Zu verschiedenen Angriffsszenarien *Eggs*, S. 56 ff.

⁴⁹ In der neueren Literatur über Cookies *Zscherpe*, K&R 2005, S. 266; *Ohlenburg*, MMR 2003, S. 85; *Moritz/Hermann* in *Moritz/Dreier*, Teil D, Rn. 535 ff.; *Koch*, S. 573 ff.; *Hoeren*, S. 85 ff.; *Kröger/Gimmy/Moos*, S. 522 f.

⁵⁰ EuGH DuD 2003, 573 ff.; EuGH DuD 2004, 244 ff. = MMR 2004, 95 ff. = JZ 2004, 242 ff.

⁵¹ EuGH DuD 2004, 244 [251] = MMR 2004, 95 [98 f.] = JZ 2004, 242 [246]; *Briühann*, DuD 2004, S. 201.

⁵² *Briühann*, DuD 2004, S. 208.

⁵³ Häufig wird eine bloße Veröffentlichung allerdings auch nicht ausreichen, EuGH DuD 2004, 244 [248 f.] = MMR 2004, 95 [96 ff.] = JZ 2004, 242 [244 f.]; s. auch *Briühann*, DuD 2004, S. 203 ff.

verbreitet werden. Eine eventuelle Löschung der Daten ist nur schwer möglich, denn einmal ins Netz eingestellt, sind sie kaum wieder zu beseitigen.

IV. Ansätze zur Modernisierung des Datenschutzes

Auch wenn das datenschutzrechtliche System in seiner bestehenden Form als veraltet kritisiert wird⁵⁴, gibt es immerhin einige Ansätze zu seiner Modernisierung.⁵⁵ Die Wirtschaft entdeckt den Datenschutz als Wettbewerbsfaktor, da viele Verbraucher ihre Privatsphäre durch die neuen Technologien bedroht sehen.⁵⁶ So wurde der aktuelle in Europa durch die EG-Datenschutzrichtlinie statuierte Datenschutz in einer Online-Umfrage lediglich als Minimum bewertet.⁵⁷ Die Mehrzahl der Befragten hält zudem den Informationsstand über den Datenschutz für nicht ausreichend. Demgegenüber ist die Kommission der Auffassung, dass das bereits in Erwägungsgrund 10 der Richtlinie festgelegte Ziel, ein hohes Datenschutzniveau in der Gemeinschaft zu erzielen, erreicht worden ist.⁵⁸

Für den E-Commerce zählt jedoch nicht die Meinung der Legislative, sondern die der Kunden. Hat ein Nutzer den Eindruck, der Datenschutz wäre bei einem Anbieter nicht gewährleistet, so verzichtet er tendenziell auf das Angebot.⁵⁹ Entsprechend hat sich der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ unter dem Motto „Datenschutz als Verbraucherschutz“ eingeschaltet.⁶⁰ Dieser Wunsch nach mehr Datenschutz muss erfüllt werden. Nach dem Vorsitzenden der „deutschen Vereinigung für Datenschutz“, DvD e.V., muss Grundregel eines marktgängigen Datenschutzes sein, dass sich Datenschutzverstöße nicht lohnen dürfen, wohl aber vorbildliche Angebote. Wettbewerbsorientierter Datenschutz besteht demnach sowohl aus Sanktionen als auch aus positiven Anreizen.⁶¹ Hierzu bedarf es allerdings der Feststellung und effektiven Ahndung von Datenschutzverstößen. Ob diese Aufgabe der Markt alleine erledigen kann, ist zweifelhaft. Art. 28 der EG-Datenschutzrichtlinie hat zwar die rechtlichen Anforderungen an handlungsfähige unabhängige Aufsichtsbehörden präzise formuliert. Doch auch wenn die entsprechenden Vorgaben rechtlich umgesetzt wurden, weicht die Realität vom gesetzlichen Leitbild ab. Häufig sind die Behörden, die als Kontrollinstanzen fungieren, personell und technisch viel zu schwach ausgestattet.

1. Staatliche Sanktionen und neue Ansätze

Sanktionen werden von den Kontrollbehörden klassischerweise in Form von Verboten bzw. Verwaltungsanordnungen und Bußgeldern verhängt. Gerade Bußgelder scheinen das adäquate Mittel gegen Datenschutzverstöße zu sein, deren Motivation regelmäßig darin liegt, einen finanziellen Vorteil zu erlangen bzw. Kosten zu sparen. Entsprechend sehen die Datenschutzregelungen teilweise recht hohe

⁵⁴ Deutlich *Roßnagel*, MMR 2005, S. 72 f., nach dem die anhand der Datenverarbeitungsproblematiken in den 1970-er Jahren entwickelten Grundprinzipien des Datenschutzrechts nicht mehr die Notwendigkeiten der Gegenwart widerspiegeln. Ähnlich *Bülfesbach/Garstka*, CR 2005, S. 723.

⁵⁵ *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 25.

⁵⁶ *Taeger*, K&R 2003, S. 227; *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12; ebenso *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 14.

⁵⁷ Erster Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), KOM (2003) 265, S. 10.

⁵⁸ Erster Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), KOM (2003) 265, S. 11.

⁵⁹ *Weichert*, DuD 2001, S. 265. So macht das Schlagwort die Runde, dass die Konkurrenz nur einen Mausklick entfernt ist.

⁶⁰ Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) ist die Dachorganisation der deutschen Verbraucherzentralen; im Internet unter <<http://www.vzbv.de/go/index.html>>.

⁶¹ *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

Geldbußen vor. Jedoch besteht Zweifel, ob diese tatsächlich effektiv sind. In Deutschland funktioniert dieses Instrument jedenfalls nicht. Die Zahl und die Höhe der tatsächlich verhängten Bußgelder ist zu gering, um wirtschaftlich eine Rolle zu spielen.⁶² Wenn von finanziellen Sanktionen allerdings keine abschreckende Wirkung ausgeht, könnte es möglicherweise wirksamer und rechtlich weniger problematisch als staatliches Strafen sein, Datenschutzverstöße öffentlich bekannt zu machen. Zwar sind solche Beanstandungen im deutschen Recht nicht vorgesehen, die Kritik der Datenschutzbehörden gegenüber Unternehmen - vorausgesetzt diese ist sachlich und zutreffend - hat sich im bisherigen Sanktionssystem jedoch als die beste Methode erwiesen, diese zum Beenden datenschutzwidriger Vorgehensweisen zu veranlassen. Ihre volle Wirkung entfaltet Kritik allerdings nur dann, wenn sie nicht belehrend und bestrafend, sondern vor allem überzeugend zu sein versucht.⁶³ Daneben könnte auch ein System von Anreizen und Belohnungen für besonders datenschutzfreundliche Verarbeitung für weitere Erfolge sorgen.⁶⁴ Datenschutz muss insofern als Werbeargument verstanden werden.

2. Datenschutz durch Eigenständigkeit der Nutzer

Mittlerweile wurde erkannt, dass die staatliche Aufsicht alleine als zentraler Ansatz des Datenschutzes nicht ausreichen wird. Vielmehr muss dem Nutzer mehr Macht in die Hände gelegt werden.⁶⁵ In diesem Zusammenhang wird ein Paradigmenwechsel gefordert. Nicht der Betroffene sollte gegenüber dem Unternehmen seine Interessen rechtfertigen müssen; vielmehr müsste das Unternehmen die Verarbeitung der Kundendaten begründen. Mit anderen Worten müssten die Möglichkeiten einer generellen Befugnis zur Erhebung von Kundendaten in den Datenschutzgesetzen durch ein generelles Verbot ersetzt werden. Inwiefern dieses grundsätzliche Verbot im Einzelfall aufgehoben werden kann, darüber besteht noch Uneinigkeit. So soll dies nach einer Auffassung tunlichst nur mit der Zustimmung der Betroffenen möglich sein.⁶⁶ Anderweitig wird gefordert, dass eine gesetzliche Erlaubnis der Datenverarbeitung zumindest immer dann bestehen soll, wenn offenkundig keine Beeinträchtigung der betroffenen Person zu erwarten ist.⁶⁷ Immerhin herrscht bei den Reformbefürwortern Einigkeit darüber, dass an Stelle der Möglichkeit zum "Opt-Out", wie es § 28 Abs. 4 BDSG oder §§ 6 Abs. 3 TDDSG, 19 Abs. 4 MDStV vorsehen, die generelle Pflicht zum "Opt-In" zur Grundregel werden muss.⁶⁸ Um die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung⁶⁹ zu schützen, bedarf es zunächst einer

⁶² *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12. Daneben werden Datenschutzverstöße regelmäßig auch als mögliches sittenwidriges Handeln im Rahmen des Wettbewerbs nach § 3 UWG angesehen. Hierfür muss es sich bei der verletzten Norm - mithin der jeweiligen Datenschutznorm - um eine wettbewerbsbezogene handeln bzw. müssen für einen Verstoß i.S.d. UWG wettbewerbsrechtlich anstößige Umstände hinzutreten. Ob und in welchem Umfang Datenschutznormen einen Bezug zur Lauterkeit des Wettbewerbs haben, ist schon das erste Problem. Ob sich ein Wettbewerber darüber hinaus durch die Verletzung einer Datenschutznorm einen anstößigen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Vorteil verschaffen wollte, ist wohl noch schwerer feststellbar. Vgl. zu den Überlegungen bezüglich der a.F. des UWG *Taeger*, K&R 2003, S. 224 sowie allg. *Schulte/Schulte*, NJW 2003, 2140 ff.

⁶³ *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

⁶⁴ Dies schlägt auch *Roßnagel*, MMR 2005, S. 75.

⁶⁵ So die Forderung von *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

⁶⁶ So *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

⁶⁷ *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 33. Hierbei stellt sich natürlich gleich die Frage, ob es solche Fälle bei der Verarbeitung personenbezogener Daten überhaupt gibt.

⁶⁸ D.h. der Nutzer soll nicht mehr widersprechen müssen, sondern einwilligen dürfen. Genauer zur Konzeption des „Opt-Out“ und „Opt-In“ sowie weiterer Unterarten *Keber*, JurPC Web-Dok. 218/2004, Abs. 25 ff., auch *Woitke*, BB 2003, S. 2474. Dass eine generelle Hinwendung zum „Opt-In“-Modell stattfindet, ist noch nicht absehbar. Vgl. jüngst zur Diskussion bei der Neufassung des UWG *Sosnitzka*, AnwBl 2004, S. 549; vgl. auch *Hoeren*, NJW 2004, S. 3514.

Markttransparenz, die durch ausreichende Informationen über die Datenverarbeitung durch den Anbieter erreicht werden kann. Die Anbieter müssen mithin ihre Datenverarbeitung offen legen. An dieser Stelle greift wiederum der Transparenzgedanke ein, wonach etwa ein „Erschleichen“ der Einwilligung im Kleingedruckten der AGBs nicht möglich wäre.⁷⁰

Der Pflicht des Anbieters, präzise Angaben über die Informationen zu machen, die er über den Kunden sammelt und wie er sie verarbeitet, könnte das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Anbieter entgegenstehen.⁷¹ Jedoch spielen sich diese Vorgänge nicht im internen Bereich des jeweiligen Unternehmens ab, sondern berühren vor allem den Rechtsbereich des Nutzers. Insofern könnte der Anbieter einer entsprechenden Pflicht nichts entgegenhalten.

Unrechtmäßig erhobene Daten könnten indes einen Schadensersatzanspruch des Nutzers gegen den Anbieter⁷², mehr noch allerdings einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach sich ziehen. So müsste nicht nur ein tatsächlicher Schaden, wenn er denn überhaupt entstanden ist⁷³, ersetzt werden, sondern auch der Gewinn, der aus einer unzulässigen Datenverarbeitung gezogen würde. Der Datenschutz würde somit einerseits zum wirtschaftlichen Druckmittel. Andererseits bestünde aber auch die Gefahr, dass der Nutzer aus dem Verkauf seiner Daten einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen sucht und er dabei nicht nur einzelne Daten, sondern seine gesamte Persönlichkeit zu Markte trägt.⁷⁴ Gegen eine solche Kommerzialisierung personenbezogener Daten müssen Sicherungsmechanismen entwickelt werden.

3. Hilfe durch Verbände und Gütesiegel?

Eine solche Entwicklung setzt den mündigen Nutzer voraus, der jederzeit über die Art und den Umfang der Verwendung seiner persönlichen Daten autonom entscheidet. Allgemein kann jedoch kaum erwartet werden, dass ein solcher Nutzer alle technischen und rechtlichen Schwierigkeiten der Datenverarbeitung zu überblicken vermag.⁷⁵ Wenn der Selbstdatenschutz eine größere Rolle spielen soll, benötigt der Nutzer daher Unterstützung von dritter Seite. Neben den Aufsichtsbehörden bieten sich hierfür vor allem Datenschutz- und Verbraucherverbände an, die als vertrauenswürdige Institutionen die Interessen des Nutzers gegenüber den Anbietern vertreten können.⁷⁶ Das Einschalten von Interessenvertretern verschafft dem individuellen Nutzer zugleich mehr Marktmacht. In letzter Zeit haben die Verbände bereits einige Instrumente entwickelt, um den Betroffenen zu helfen. Sie erstrecken sich von individueller Beratung über Produkttests und deren Veröffentlichung bis hin zu Verbraucherschutzkla-

⁶⁹ Als Surrogat für eine Einwilligung wird auch ein Vertrag oder ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis vorgeschlagen, *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 35.

⁷⁰ *Roßnagel/Roßnagel*, Einleitung, Rn. 38 f.; *Hladjk*, DuD 2002, S. 598.

⁷¹ *Weichert*, DuD 2001, S. 265.

⁷² Vgl. § 7 BDSG.

⁷³ Problematisch ist hier, dass durch die Erhebung nur einzelner persönlicher Daten kein messbarer Schaden des Nutzers entsteht. Denn Daten besitzen für die verarbeitende Stelle regelmäßig nur in der Menge einen Wert, wenn beispielsweise aufgrund der gesammelten Daten das Persönlichkeitsbild eines Nutzers und damit personalisierte Werbung erstellt werden kann.

⁷⁴ *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

⁷⁵ Vgl. *Boehme-Nefler*, S. 286 f.

⁷⁶ Am Beispiel der Safe Harbor-Regelungen macht sich *Henry Farrell* in seinem Aufsatz „Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions“, *ZfRSoz*, Jg. 23 (2002), S. 25 ff. Gedanken darüber, ob solche selbstregulativen Lösungen die effektive Kontrolle durch den Staat schwächen oder vielmehr stärken. Vgl. zum Zusammenspiel von Selbstregulierung und staatlicher Kontrolle auch das 8. Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“, unter III. und IV.

gen, z.B. wegen unzulässiger AGBs.⁷⁷ Darüber hinaus werden in ganz Europa von den Datenschutzverbänden positive wie negative Preise für besonders vorbildlichen wie schlechten Umgang mit personenbezogenen Daten vergeben.⁷⁸ Ein weiteres Mittel ist die Vergabe von Gütesiegeln.⁷⁹ Um mit Hilfe der Gütesiegel den Nutzern mehr Vertrauen geben zu können, ist die Vertrauenswürdigkeit der siegelvergebenden Stelle notwendig. Voraussetzung hierfür ist, dass diese von der Wirtschaft unabhängig ist oder die Vergabevoraussetzungen transparent und für die Nutzer nachvollziehbar gestaltet.⁸⁰ Die Verleihung von Gütesiegeln kann auch durch staatliche Stellen erfolgen. Bei der rechtlichen und technischen Kontrolle der Homepagegestaltung eines Anbieters auf die Vereinbarkeit mit dem Datenschutz handelt es sich eine äußerst umfangreiche und komplexe Prüfung. Die Datenschutzkontrollbehörden können hierzu einiges an Kompetenz vorweisen, zumal diese Kompetenz durch die Durchführung von staatlichen Datenschutzaudits gem. § 9 a BDSG ausgebaut werden kann.⁸¹ Praktische Erfahrungen darüber existieren bereits, da in Schleswig-Holstein seit dem Jahr 2000 ein Gesetz besteht, das die Durchführung von Datenschutzaudits und die Erteilung von Gütesiegeln vorsieht. Audits und Siegelvergabe werden dort von einer staatlichen Kontrollinstanz durchgeführt, dem „Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz“. Die Erteilung von Auditzeichen und Gütesiegeln hat in Schleswig-Holstein im Jahr 2002 begonnen.⁸² Schnell haben die Anbieter ihre Werbekraft erkannt und veröffentlichen die Prüfgutachten, um den Nutzern anzuzeigen, dass sie den Datenschutz wahren.⁸³ Außerdem sind öffentliche Stellen nach dem Gesetz dazu angehalten, bei der Beschaffung von Software o.ä. zertifizierte Produkte vorzuziehen.⁸⁴ Die Kosten für die Zertifizierungen müssen von den Unternehmen erbracht werden, womit der Staat darüber hinaus finanziell nicht zusätzlich belastet wird.⁸⁵ Aufgrund des Erfolges dieses Modells ist im Gespräch, ein Bundes-Datenschutz-Auditgesetz auf den Weg zu bringen.⁸⁶

4. Datenschutz durch Hardware

Auch die Hardwareproduzenten haben den Datenschutz für sich entdeckt und forcieren entsprechende technische Lösungen. Sowieso wird allgemein der Ruf nach einer Überwachung des Datenverkehrs schon auf Technikenebene laut.⁸⁷ Vor dem Hintergrund, dass Datenverarbeitung mittlerweile jederzeit beiläufig und meist unbemerkt stattfindet, sollten auch die entsprechenden Schutzprogramme allgegenwärtig sein. Umsetzen ließe sich dies durch ein verstärktes Einbinden des Datenschutzes in die Technikkomponenten des einzelnen Computersystems, die dann statt des Nutzers persönlich die Datenerfassung durch fremde Geräte nach seinen Vorgaben beeinflussen.⁸⁸ Einwilligungen in die bzw.

⁷⁷ Weichert, Vortrag, o. Fn. 12.

⁷⁸ Seit dem Jahr 2000 werden in Deutschland beispielsweise sog. „Big Brother Awards“ an Firmen, Organisationen und Personen verliehen, die in besonderer Weise und nachhaltig die Privatsphäre von Menschen beeinträchtigen oder persönliche Daten Dritten zugänglich machen. Vgl. hierzu *Rena Tangens*, „Big Brother Awards“, DuD 2004, S. 455 ff. sowie im Internet unter <<http://www.bigbrotherawards.de>>.

⁷⁹ Zu den Gütesiegeln ausführlich im Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2.

⁸⁰ Weichert, DuD 2001, S. 268. Ein Beispiel hierfür sind die „Qualitätskriterien für Internet-Angebote“ der Initiative D 21, *Bizer*, DuD 2005, S. 456. Vgl. insoweit im Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2. b.

⁸¹ Vgl. *Hladjk*, DuD 2002, S. 599; *Koitz*, S. 255; *Boehme-Nesler*, S. 296 ff.; *Kröger/Gimmy/Moos*, S. 531 f.

⁸² Ausführlich zum Gütesiegel Schleswig-Holstein *Hladjk*, DuD 2002, S. 672 f.; vgl. auch *Bizer*, DuD 2005, S. 457.

⁸³ *Hladjk*, DuD 2002, S. 599; *Schläger*, DuD 2004, S. 461, s. auch *Schaar*, DuD 2003, S. 424.

⁸⁴ Weichert, DuD 2001, S. 268.

⁸⁵ Weitere Informationen im Internet unter <<http://www.datenschutzzentrum.de/guetesiegel/>>.

⁸⁶ *Gola/Klug*, NJW 2005, S. 2440 mwN.

⁸⁷ Vgl. nur *Büllsbach/Garstka*, CR 2005, S. 723.

⁸⁸ *Rafsnagel*, MMR 2005, S. 74.

Verweigerung der Datenverarbeitung könnten demnach automatisiert erfolgen, ohne dass der Nutzer sich ständig aktiv damit beschäftigen muss. Dies erfordert allerdings ein entsprechendes Vertrauen des Nutzers in die Technik.

Ein konkreter Ansatz ist das momentan allgemein beachtete Trusted Computing.⁸⁹ In der Trusted Computing Group (TCG)⁹⁰ haben sich zahlreiche Hersteller zusammengeschlossen, um - unterstützt durch Softwareentwickler - durch die gemeinsame Entwicklung einer neuen Hardwarespezifikation die Datenspeicherung auf dem System des Nutzers sicherer zu machen.⁹¹ Durch den Zusammenschluss soll Trusted Computing eine rasche Verbreitung finden.⁹² Die Spezifikationen sollen auf zahlreiche Plattform-Typen übertragbar sein, um so eine Anzahl von Sicherheitseinstellungen implementieren zu können. Damit könnten aber nicht nur sicherheitsrelevante Daten besser geschützt und Angriffe auf IT-Systeme deutlich erschwert werden, auch die Möglichkeit der Nutzer-Authentifikation soll verbessert werden.⁹³ Das eigentliche Ziel der Trusted Computing-Architektur liegt allerdings nicht in einem größeren Vertrauen der Nutzer in die Technik. Innovativ ist vielmehr der Ansatz, dass das Objekt des Vertrauens ausgetauscht wird. So wird der Nutzer nicht mehr dem Computersystem vertrauen müssen, sondern Institutionen, die für die Sicherheit von Computersystemen bürgen.⁹⁴

V. Fazit: Datenschutz als Wettbewerbsfaktor

Spätestens seit der ersten EG-Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995 lässt sich nicht verleugnen, dass der Datenschutz zu einem Wettbewerbsfaktor im europäischen Binnenmarkt geworden ist.⁹⁵ Diese Richtlinie orientiert sich zwar weitgehend an einem ordnungsrechtlichen Rahmen, sie enthält jedoch bereits wettbewerbsrechtliche Instrumente der Selbstregulierung, die auch entsprechend umgesetzt wurden.⁹⁶ So können nach § 38 a BDSG eigene „Verhaltensregeln zur Förderung der Durchführung datenschutzrechtlicher Regelungen“ erstellt werden. Im Verständnis der Europäischen Union gehen Datenschutz und Verbraucherschutz Hand in Hand. Bereits im ersten Bericht über die Durchführung der EG-Datenschutzrichtlinie wird die Wichtigkeit des Datenschutzes für die Akzeptanz des elektronischen Handels und die Stärkung der Verbraucherinteressen betont. Daher ist die Förderung von datenschutzfreundlichen Technologien integraler Bestandteil der europäischen Verbraucherschutzpolitik. Entsprechend war diese Erkenntnis auch Leitmotiv des deutschen Gesetzgebers für die Novellierung

⁸⁹ Trusted Computing ist momentan in der datenschutzrechtlichen Literatur in aller Munde. Zur Vertiefung seien folgende Aufsätze genannt: *Günnewig/Sadeghi/Stüble*, DuD 2003, S. 556 ff.; *Dix/Pfützner*, DuD 2003, S. 561 f.; *Schallbruch*, DuD 2004, S. 519 f.; *Sandl*, DuD 2004, S. 521 ff.; *Kuhlmann*, DuD 2004, S. 545 ff.; *Sadeghi/Stüble/Pohlmann*, DuD 2004, S. 548 ff.; *Weis*, DuD 2004, S. 651; kritisch *Hansen*, DuD 2004, S. 525 ff.; zur Technik *Brandl/Rosteck*, DuD 2004, S. 529 ff. sowie *Sailer/van Doorn/Ward*, DuD 2004, S. 539 ff.; unter wettbewerblichen Aspekten *Koenig/Neumann*, DuD 2004, S. 555 ff.; *Sadeghi*, DuD 2005, S. 511 ff. (Aufsätze sind nicht im Literaturverzeichnis enthalten).

⁹⁰ Zu deren Hintergrund vgl. *Bechtold*, CR 2005, S. 394.

⁹¹ Vgl. hierzu den offiziellen „Backgrounder“ der TCG, im Internet abrufbar unter <<https://www.trustedcomputinggroup.org>>.

⁹² Zu entsprechenden Marktschätzungen *Bechtold*, CR 2005, S. 393.

⁹³ Dies ist ein Gedanke, der wiederum im Rahmen der Identifizierung des Geschäftspartners relevant wird, vgl. dazu im 2. Kapitel „Unverbindlichkeit im Internet“, unter IV. 4.

⁹⁴ *Bechtold*, CR 2005, S. 399 f.

⁹⁵ *Weichert*, Vortrag, o. Fn. 12.

⁹⁶ Entsprechend werden die Unternehmen zur Selbstregulierung beim Datenschutz ermuntert, vgl. Feststellung Nr. 35 im „Bericht über den Ersten Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46)“, A5-0104/2004.

des BDSG im Jahr 2001.⁹⁷

Der Wunsch nach Privatheit nimmt in der heutigen, vom Informationsaustausch geprägten Gesellschaft zu. Entsprechend müssen sowohl der Markt als auch das Recht den Bedürfnissen der Nutzer Rechnung tragen. Daher wird der Datenschutz neben seiner ordnungsrechtlichen in zunehmendem Maße eine wettbewerbsrechtliche und ökonomische Bedeutung erlangen.⁹⁸ Dabei ist festzustellen, dass zumindest die datenschutzrechtlichen Grundprinzipien weltweit einheitlich sind - und sich somit kulturübergreifend gültige Grundsätze bilden.⁹⁹ Es zeigt sich, dass der Datenschutz nicht ausblutet, sondern mehr als zuvor ein zentrales Recht der demokratischen Informationsgesellschaft darstellt.¹⁰⁰

⁹⁷ *Weichert*, DuD 2001, S. 266.

⁹⁸ *Bizer*, DuD 2005, S. 456; *Büllesbach/Garstka*, CR 2005, S. 723; *Schläger*, DuD 2004, S. 461.

⁹⁹ *Büllesbach/Garstka*, CR 2005, S. 724.

¹⁰⁰ *Bizer*, DuD 2004, S. 6. So bezeichnet Tinnefeld, DuD 2005, S. 332 den Datenschutz als „Lotsendienst“ durch die Untiefen des Informationsrechts.

7. Kapitel - Mechanismen der Selbstregulierung

Von immer mehr Befürwortern des bereits beim Datenschutz beschrittenen Weges der Anbieter, sich freiwillig selbstauferlegten Regeln zu unterwerfen, wird eine Übertragung auch auf andere Bereiche des elektronischen Handels angeregt. Entsprechend findet dieser Weg an der Schnittstelle von staatlicher Ordnung und scheinbarem privatem Chaos auch in der Rechtswissenschaft nach und nach mehr Beachtung. Gefördert durch die Erkenntnis, dass der Gesetzgeber durch die Vielfalt der erforderlichen Regelungen überfordert und es für das System des E-Commerce förderlich sein könnte, die Dinge - zumindest in einem gewissen Rahmen - sich selbst zu überlassen, findet der Ansatz der Selbstregulierung mehr und mehr Verbreitung. Beobachter der Internetregulierung sprechen von einem „trend toward self-regulation“.¹ Gerade das Internet bildet für solch neue Lösungsansätze einen guten Nährboden, da in diesem Sozialraum², in dem das Prinzip der offenen Diskussion praktiziert wird, keine zentrale Autorität existiert³. Die Internetgemeinde folgt daher gerne der Idee einer schnellen, unkomplizierten Problemlösung. Nicht nur der gemeinsame Austausch in den verschiedenen Foren ist ein Beispiel hierfür, auch die steigende Zahl eigeninitiiertem Vertrauensmechanismen belegt dies. Mittlerweile existieren zahlreiche Instrumente wie Gütesiegel, Verhaltenskodizes und alternative Streitschlichtungsverfahren. Jedoch entsteht mitunter der Eindruck, dass v.a. rechtliche Fragen im Internet häufig mittels bloßen Ausprobierens gelöst werden. Rechtliche Behauptungen werden oftmals ohne wissenschaftliche Fundierung aufgestellt, finden aber dennoch ihre Verbreitung. Um dieses Manko zu beheben, fordert die Internetgemeinde schon seit jeher verfahrensrechtliche Vorgaben wie Transparenz und Information.⁴ Insofern bedarf es einer Untersuchung der rechtlichen Qualität der verschiedenen eigenentwickelten Maßnahmen.

In diesem Kapitel werden Sinn und Zweck der Selbstregulierung behandelt, ihre Möglichkeiten und ihre Grenzen aufgezeigt, um so letztlich die Frage beantworten zu können, ob die Selbstregulierung ein gangbarer Weg hin zu mehr rechtlicher Sicherheit im Internet darstellt.

I. Modelle der Regulierung

Prinzipiell wird zwischen drei Modellen zur Verhaltenssteuerung unterschieden.⁵ Einen Ansatz bildet die „Vollregulierung“, d.h. die herkömmliche hoheitliche Steuerung durch einen Gesetzgeber, der das Verhalten der Bürger mittels gesetzlicher Ge- und Verbote lenkt. Im Gegensatz dazu kann auf eine gesetzliche Regulierung völlig verzichtet und die entsprechende Kontrolle dem Markt überlassen werden, der sich ausschließlich auf die Konkurrenz der Unternehmen und die Bedürfnisse der Kunden stützt.⁶ In diesem Fall findet eine reine Selbstregulierung statt, mithin eine „unregulierte Selbstregulierung“. Eine Mittelstellung nimmt schließlich das Modell ein, bei dem durch gesetzliche Bestimmungen

¹ Teubner, ZaöRV 2003, S. 18 mwN.

² Roßnagel, MMR 2002, S. 67.

³ Vgl. hierzu im 1. Kapitel „Gegenstand der Untersuchung“, unter III. 5.

⁴ Künzler (Beitrag Hoeren), S. 187.

⁵ Vgl. hierzu Price/Verhulst in Waltermann/Machill, S. 147 f.

⁶ Das Einhalten von Konventionen ist also nicht gesetzlich erzwungen, sondern erfolgt aufgrund positiver Motivation, vgl. Schneider, MMR 2004, S. 21.

der Rahmen für eine Selbstregulierung von Unternehmen und Branchen gesetzt wird. Dies lässt sich als „regulierte Selbstregulierung“ bezeichnen.⁷

1. Auf der Suche nach dem geeigneten Regulierungsmodell

Wie bereits in den vorherigen Kapiteln gesehen, stellen einige gesetzliche Bestimmungen wirkungsvolle Regelungen für das Internet dar, andere greifen wiederum nicht. Der Versuch, das gesamte Internet mit nationalen Gesetzen durchregulieren zu wollen, scheint mithin zum Scheitern verurteilt. Angesichts der Größe und Komplexität des Internets würde ein einziger Gesetzgeber überfordert. Ein Zusammenwirken von mehreren Staaten ist dabei auf gewissen Gebieten sicher hilfreich, nur mangelt es dadurch an Flexibilität.⁸

Sich stattdessen auf eine reine Selbstregulierung zu verlagern, erscheint ebenfalls nicht ratsam. Neben den oben angesprochenen Problemen sind die Instrumente der Selbstregulierung scheinbar zu unbestimmt und nicht ausreichend entwickelt. Ungewiss ist dabei auch, welche Bereiche die Selbstregulierung überhaupt durchzudringen vermag und ob dies zum Schutz der Nutzer ausreicht.⁹ So stellt sich die Frage nach einer Kontrolle der Selbstregulierung, so dass wirtschaftliche und gesellschaftliche Interessen gleichermaßen gewahrt werden.¹⁰ Eine solche Kontrolle ist Aufgabe des Staates. Dem gemäß wird darauf verwiesen, dass sich nicht die Frage eines „entweder oder“ bezüglich staatlicher Regulierung und Selbstregulierung stellt, sondern lediglich, wie weit die beiden Modelle reichen dürfen. Nationale Rechte als Bestandteil einer kulturellen rechtlichen Wertung werden die Selbstregulierung in die gewünschten Bahnen lenken.¹¹ Demnach scheint generell eine Kombination beider Methoden der aussichtsreichste Ansatz zu sein.

Entsprechend bewegt sich der Schwerpunkt der Diskussion zur Selbstregulierung im Rahmen der „regulierten Selbstregulierung“.¹²

⁷ *Schaar*, DuD 2003, S. 422 mwN. *Marsden*, MMR 2005, S. 3 ff. verwendet den Begriff „Co-Regulation“. Im Bereich des Datenschutzes hat sich beispielsweise der europäische Gesetzgeber für eine eher hoheitliche Regulierung entschieden, während in den USA für den Umgang mit personenbezogenen Daten Marktmechanismen dominieren. Grundlegend zur Selbstregulierung mit eigenem Theorienansatz *Niklas Luhmann*, „Das Recht der Gesellschaft“ und „Legitimation durch Verfahren“: Nach dieser Theorie differenziert sich das Recht aus dem Gesellschaftssystem aus und operiert dann selbstreferenziell und autopoietisch (selbsterhaltend). Hintergrund ist die Idee, dass die moderne Gesellschaft aus einer Vielzahl von „Kommunikationssystemen“ besteht und das Recht als solches auch eines dieser Systeme ist. Die Funktion des Rechtssystems liegt dabei in der Stabilisierung von normativen Verhaltenserwartungen. Ziel eines Rechtsverfahrens ist es dabei, eine verbindliche Entscheidung zwischen zwei Streitparteien herbeizuführen. Dass die Parteien die Entscheidung in einem rechtlichen Verfahren akzeptieren, ist Folge ihres „generalisierten Systemvertrauens“.

Ein gutes Anwendungsbeispiel für das Funktionieren dieser Theorie sehen deren Befürworter in der Ordnung der Verhaltensformen im Internet. Aufbauend auf dem Konzept Luhmanns *Teubner*, „Recht als autopoietisches System“. Zur Kritik an dieser Theorie vgl. *Hoeren*, NJW 1998, S. 2852 mwN.

⁸ Vgl. dazu das Problem der „Deterritorialisierung des Rechts“; im Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“, unter II. 1.

⁹ So werden die Resultate der unregulierten Selbstregulierung zunehmend kritisch beurteilt; *Schaar*, DuD 2003, S. 422 mwN., auch wenn anfangs der Reiz bestand, die Grenzen dieses neuen Handlungsfeldes auszuloten, *Ladeur*, ZUM 1997, S. 376.

¹⁰ *Künzel* (Beitrag *Süme*), S. 184; vgl. auch *Marsden*, MMR 2005, S. 5. Beispielhaft wird die Vielzahl der mittlerweile existierenden Gütesiegel angegeben, deren verschiedene Anforderungen dem Nutzer jedoch nicht unbedingt unmittelbar ersichtlich sind.

¹¹ Vgl. *Künzel* (Beitrag *Mann*), S. 189. Zumal niemand dem Staat das Recht nehmen kann, Regelungen aufzustellen, so *Künzel* (Beitrag *Waldenberger*), S. 185.

¹² Zum Verhältnis von gesetzlicher Regulierung und Selbstregulierung ausführlich im Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“, unter III. und IV.

2. Sinn und Zweck der Selbstregulierung

Die Selbstregulierung findet ihre Basis in einer vergleichsweise gebildeten, kritischen und aktiven Nutzerschaft des Internets, die einsieht, dass es für ein konfliktfreies Zusammenleben auch in der virtuellen Welt einiger Grundregeln bedarf.¹³ Diese Regeln fußen auf den Gedanken gesellschaftlicher Freiheit und einer moralischen Werteordnung.¹⁴ Selbstregulierung ist eine Maßnahme der Selbsteinschränkung. Hier gewinnt die Einsicht an Bedeutung, dass sich das Internet von der 'Tummelwiese für Insider' endgültig zum globalen Kommunikations- und Informationsmedium gewandelt hat¹⁵, und dass eine gewisse Selbstdisziplin für dessen Funktionieren notwendig ist. Denn letztlich dient ein verantwortungsvoller Umgang mit dem neuen Medium dem Interesse aller.¹⁶ Vor allem im Hinblick auf die Schaffung von Vertrauen besteht nach allgemeiner Erkenntnis aller Netzteilnehmer ein Regelungsbedarf¹⁷, wobei Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Akzeptanz des Internets unentbehrlich sind. Diese Ziele sollen durch Eigeninitiative schneller und leichter erreicht werden.

Die Selbstregulierung bietet darüber hinaus den Vorteil einer raschen und flexiblen Reaktion auf Veränderungen.¹⁸ Sie ermöglicht es der Wirtschaft, relativ schnell passgerechte branchen- oder unternehmensbezogene verbindliche Regelungen zu entwickeln, die die schnelle Entwicklung der Technik, die Komplexität ihrer Systeme und die Vielfalt ihrer Anwendungen berücksichtigen.¹⁹ Durch sachnähere Regelungen kann besser auf neue Rechtsfragen im Bereich des Internets und speziell des E-Commerce eingegangen werden. Darüber hinaus können sie auch von Behörden und Gerichten im Wege der jeweiligen Gesetze als Entscheidungshilfe verwendet werden.²⁰ Daher kann Selbstregulierung trotz des an sich eigennütigen Verhaltens der Beteiligten durchaus sinnvoll sein.²¹ Aufgrund ihrer Abwägungsvorleistung ist die Selbstregulierung somit auch vor dem Hintergrund knapper gesellschaftlicher - und damit legislativer - Ressourcen sinnvoll.²² Der Gesetzgeber ist nicht unbedingt dazu verpflichtet, alles selbst bis in alle Einzelheiten durchregulieren zu müssen und wird dadurch entlastet.²³

3. Selbstregulative Sanktionierung

Dass die Selbstregulierung ausschließlich auf das Wohlwollen ihrer Partizipanten angewiesen ist, ist indes nicht der Fall. In ihrem Rahmen können durchaus „Zähne gezeigt“ werden.²⁴ Wer die Spielregeln verletzt, wird u.U. an einen elektronischen Pranger gestellt²⁵ oder von der Internetgemeinde faktisch

¹³ Vgl. *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, S. 588; *Waltermann/Machill*, S. 39.

¹⁴ *Berghoff*, RDV 2002, S. 78. Selbstregulierung ist also das Ergebnis eines „bottom-up“-Prozesses im Gegensatz des „top-down“ der herkömmlichen Gesetzgebung; *Ladeur*, ZUM 1997, S. 375.

¹⁵ Vgl. auch *Ladeur*, ZUM 1997, S. 374; v. *Lewinski*, CRi 2003, S. 168.

¹⁶ *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, S. 586; vgl. auch *Detjen*, AfP 1996, S. 45.

¹⁷ *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.

¹⁸ *Waltermann/Machill*, S. 39; *Machill/Rever*, S. 16; vgl. auch *Marsden*, MMR 2005, S. 3.

¹⁹ *Dahm*, DuD 2002, S. 413.

²⁰ Vgl. z.B. die entsprechende Formulierung in der Präambel der „Verhaltensregeln für die Werbepaxis im Internet und in Online-Diensten“, abgedruckt bei *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, S. 597.

²¹ *Dahm*, DuD 2002, S. 414 mwN.

²² Vgl. *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

²³ *Vander*, K&R 2003, S. 343; *Dahm* DuD 2002, S. 413. *Machill/Rever*, S. 16, stellen zudem auf den Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Handelns ab.

²⁴ So die Formulierung von *Engel*, AfP 1996, S. 223.

²⁵ *Engel*, AfP 1996, S. 223.

ausgeschlossen²⁶. Solche Beispiele führen zu der Überlegung, ob nicht ein großer Vorteil einer internet-spezifischen Regelung die Möglichkeit ist, auch technikhärente Regelungsmöglichkeiten nutzen zu können.²⁷ Nicht gemeint ist damit die bloße Anpassung bestehender Rechtsmittel auf den Bereich des Internets, sondern eine ganz eigene Form der Sanktionierung. So könnte ein Regelverstoß beispielsweise die „Amputation“ einzelner Funktionen einer elektronischen Identität nach sich ziehen.²⁸ Im gravierendsten Fall könnte auch der Server eines Rechtsverletzers durch elektronische Sperren blockiert und damit von der Internetgemeinde ausgegrenzt werden. Rechtswidrige Programme könnten damit abgeschaltet werden.²⁹ Problematisch hierbei ist, dass bei der Sperrung eines Servers der Zugriff nicht nur auf illegale bzw. illegal genutzte Daten, sondern auch auf legale Datensätze blockiert wird. Die Total-sperrung stellt damit einen ungerechtfertigten Eingriff in die Informationsfreiheit dar.³⁰ Daher wird an dieser Möglichkeit kritisiert, dass sie zu grob gerastert sei.³¹ Außerdem lassen sich Sperren technisch auch wieder umgehen.³² Häufig werden daher Maßnahmen wie die Sperrung eines ganzen Servers oder das Einschalten eines elektronischen Filters schnell wieder aufgehoben. So hatte der Provider AOL im Dezember 1995 alle Texte gesperrt, die das Wort „breast“ enthielten, mit der Folge, dass nicht nur die beanstandeten pornographischen Seiten, sondern auch medizinische Informationsdienste für Gynäkologen und Diskussionsforen über Brustoperationen betroffen waren.³³ Aufgrund der technischen Entwicklung besteht allerdings Grund zur Hoffnung auf genauere Sperrmöglichkeiten: Bei der Informationsübermittlung, so z.B. beim Versand von urheberrechtlich geschützten Musikwerken, werden mittlerweile Systeme verwendet, die gezielt den Zugriff auf Internetseiten mit unerlaubt angebotenen Inhalten unterbinden. Dabei wird im Gegensatz zu früheren Zeiten nicht der Zugriff auf einen ganzen Server, sondern nur auf einzelne URLs auf Dateiebene verhindert.³⁴

In der Gegenrichtung kann durch technische Maßnahmen auch verhindert werden, dass unerwünschte Nutzer auf bestimmte Daten im Internet zugreifen können. So ist es möglich, Minderjährige am Zugriff auf anstößige Inhalte durch Vergabe eines Erwachsenenbelegs zu hindern.³⁵ Wenn auch die Technik

²⁶ So wurde z.B. die Mailbox eines unzulässig Werbetreibenden durch eine Flut von Rücksendungen verstopft und damit für jeden anderen Zweck unbrauchbar gemacht, *Dejten*, AFP 1996, S. 45. Ein weiteres Beispiel ist eine erst kürzlich strafrechtlich abgeurteilte Online-Demonstration, AG Frankfurt, K&R 2005, 472 = MMR 2005, 863. Um gegen Geschäftspraktiken der Fluglinie Lufthansa zu demonstrieren, wurde - ähnlich wie bei einer Sitzblockade - deren Internetseite blockiert. Dies geschah durch die kostenlose Ausgabe einer Software, die in schneller Folge Anfragen an den Server der Lufthansa-Website richtete und dabei die Zugriffsgeschwindigkeiten so optimierte, dass es während der Demonstration zu einem erheblich verzögerten Aufbau der Seite (drei bis zehn Minuten) und sogar zum Totalausfall kam.

²⁷ *Ladeur*, ZUM 1997, S. 376. Vgl. auch *Hoeren*, NJW 1998, S. 2853: „Vielleicht liegt die Antwort auf die Maschine ja in der Maschine.“

²⁸ Vorschlag von *Fuhrmann*, ZfRSoz 2002, S. 119.

²⁹ *Künzler* (Frage von *Korf*), S. 186.

³⁰ *Schneider*, MMR 2004, S. 21.

³¹ Vgl. *Schaefer*, S. 122; *Schneider*, MMR 2004, S. 22.

³² Mittels eines zwischengeschalteten Proxy-Servers werden Anfragen im Internet protokoll-transparent weitergeleitet. Wird ein solcher Server außerhalb eines gesperrten Gebietes angewählt, ist die Sperre auch ohne illegale Handlungen umgangen. Auch auf http-Protokollebene sind Filterungen schwierig. Vgl. hierzu *Schneider*, MMR 2004, S. 21 ff.

³³ *Engel*, AfP 1996, S. 222; *Hoeren*, NJW 2004, S. 3515. Solche Filter können auch leicht durch Veränderungen von Texten umgangen werden. Man denke nur an die SPAM-Mails, die nicht mehr für „Viagra“, sondern für „V-I-A-G-R-A“ oder „\ / I @ G R @“ Werbung machen und damit den SPAM-Filter des Posteingangsordners überwinden.

³⁴ *Schaefer*, S. 120 ff., der das RPS (Rights Protection System) genauer vorstellt. Dieses System setzt bei Access-Providern mit einer Auslandsverbindung an und hat daher - ähnlich wie beim Zoll in der realen Welt - die Funktion einer elektronischen Grenzbeschlagnahme von illegal genutzten Daten. Die Reaktionen scheinen allerdings bislang zurückhaltend auszufallen. Einen umfassenden Schutz vor Produktpiraterie wird das System indes nicht darstellen können, vgl. *Henke*, S. 219 und 230, der einen „Internet-Zoll“ vermisst.

³⁵ Dies ist beispielsweise eine Möglichkeit, nach der sich Provider in den USA von einer Haftung wegen eines Verstoßes i.S.d. 47 U.S.C. § 223 (d) (1) befreien können. Diese Regelung betrifft die Haftung, wenn Minderjährigen (Personen un-

sicherlich nicht das einzige Mittel zur Durchsetzung von Standards sein wird, müssen ihre Möglichkeiten gerade im Bereich der Selbstregulierung durchaus mitbedacht werden. Effiziente Regelungen gewinnen mitunter durch effiziente Durchsetzungsmöglichkeiten.

II. Ansatzpunkte der Selbstregulierung

Inwiefern das System der Selbstregulierung zur Rechtssicherheit beitragen kann, wird sich bei einer Untersuchung seiner Ausprägungen im Internet zeigen. Einer der ersten Ansatzpunkte war nach Meinung vieler die „Netiquette“ (unten 1). Mittlerweile ist eine Vielzahl anderer hinzugekommen, wie Gütesiegel (die häufig auch alternative Streitbeilegungsmechanismen beinhalten, unten 2), sonstige Verhaltenskodizes (3), unternehmensinterne Selbstregulierung (4) sowie die Herbeiziehung vertrauenswürdiger Dritter (5).

1. Die Netiquette

Aus der Überlegung heraus, dass ein Zusammenleben auch im Cyberspace nicht ohne gewisse Sitten und Gebräuche möglich ist, hat die Netzgemeinde früh eine allgemeine Netiquette entwickelt.³⁶ Die Netiquette besitzt primär Appell- und Informationscharakter und setzt auf die Einsicht der Nutzer.³⁷ Die Besonderheit an ihren Empfehlungen ist, dass sie von der Internet-Community stammen und damit nicht von einem davon unabhängigen Organ aufgestellt wurden. Doch obwohl die Netiquette nach wie vor ein unter den Internetnutzern durchaus geläufiger Begriff ist, wird er mehr und mehr abstrakt gebraucht. Denn mittlerweile dient er als Sammelbegriff für alle möglichen Formen von geschriebenen und ungeschriebenen Verhaltensregeln. Daher ist gar nicht mehr überschaubar, welchen Umfang die Regelungen der Netiquette inzwischen haben. Ihr konkreter Inhalt ist bei den Nutzern weitgehend unbekannt. Dies liegt auch daran, dass sie keine einheitlichen Grundsätze über die Zulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen vorgibt.³⁸ Inhalt und Umfang der Netiquette sind mithin recht unbestimmt.

Darüber wird häufig übersehen, dass die Netiquette - jedenfalls in ihrem Ursprung - auch schriftlich niedergelegt worden ist.³⁹ In diesem Dokument werden im Rahmen der Netiquette auch die damaligen technischen Besonderheiten des Internets einbezogen. So wird die Versendung unnötig großer Datenpakete ebenso missbilligt wie eine sonstige Belastung der Bandbreite des Netzes.⁴⁰ An solchen Beispielen zeigt sich deutlich die Schwäche von festen und schwer änderbaren Regeln: Wenn auch ihre Prinzipien längerfristige Gültigkeit haben mögen⁴¹, besteht stets die Gefahr einer mehr oder weniger raschen

ter 18 Jahren) Zugang zu „anstößigem Material“ ermöglicht wird. Nach 47 U.S.C. § 223 (e) (5) (B) kann der Zugang durch Mittel verhindert werden wie das Anfordern einer bestätigten Kreditkartennummer, eines Debetkontos, Erwachsenenzugangscodes oder einer persönlichen Erwachsenenidentifikationsnummer vor dem Eintritt auf die Homepage. Eine andere Möglichkeit ist die Benutzung eines elektronischen Passes, der die sichere Authentifizierung eines Nutzers gewährleisten soll, vgl. hierzu im 2. Kapitel „Unverbindlichkeit im Internet“, unter IV. 4. f.

³⁶ Netiquette ist ein Kunstwort, zusammengesetzt aus „Network Etiquette“. Der Name ist Programm: Es sollen eines vernünftigen Umganges Willen bestimmte Regeln und Empfehlungen eingehalten werden.

³⁷ *Berghoff*, RDV 2002, S. 80.

³⁸ *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, S. 587.

³⁹ RFC Nr. 1855 vom Okt. 1995; im Internet abrufbar unter <http://www.sri.ucl.ac.be/documents/rfc1855.txt>

⁴⁰ Vgl. auch *Berghoff*, RDV 2002, S. 80.

⁴¹ Wobei auch Prinzipien veralten können, vgl. insoweit die Diskussion über die Modernisierung des Datenschutzes, 6. Kapitel, „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter IV.

Veralterung. Denn mit dem technischen Fortschritt ist es beispielsweise möglich geworden, große Datenmengen in relativ kurzer Zeit abzurufen. Was Speicherplatz und Datenverkehr angeht, vergrößern sich die Ressourcen zunehmend, womit es inzwischen nicht mehr auf eine allzu große Zurückhaltung beim Datenaustausch ankommt.

„Netiquette“ ist - abgehoben von ihrer ursprünglichen, schriftlich niedergelegten Form - mittlerweile zu einer ungeschriebenen Art von Generalklausel geworden, die alle „guten Sitten“ des Internets wiedergibt. Hierdurch erlangt sie große Anpassungsfähigkeit, die dabei sowohl Fluch als auch Segen darstellt. So bleibt die Netiquette stets aktuell, ist aber auch solch starken Veränderungen unterworfen, dass ihr genauer Inhalt unbekannt ist. Aufgrund dieser Unkenntnis kann auch kaum mehr davon ausgegangen werden, dass sich ihre Regeln als einheitliche Überzeugungen innerhalb der Internetgemeinde durchgesetzt haben.⁴² Eventuell ließe sich über Generalklauseln wie etwa § 3 UWG eine rechtliche Bindung der Netiquette innerhalb konkreter Berufsgruppen erzeugen, die im Internet in speziellen Foren oder per E-Mail miteinander kommunizieren. Jedoch scheint sie - trotz ihrer Annäherung an die „guten Sitten“ im Internet - aufgrund ihrer Unbestimmtheit keine hinreichende Bindungswirkung zu entfalten.⁴³ Gleichwohl kommt in den Regeln eine „globale“ Auffassung zum Ausdruck⁴⁴, die immerhin in selbstregulativen Entscheidungsprozessen eine Rolle spielen kann⁴⁵. Daher haben die kommerziellen Netze die Grundregeln der Netiquette im wesentlichen in ihre Benutzerordnungen übernommen.⁴⁶ Sie werden insoweit also durch eine schriftliche Fixierung innerhalb der vertraglichen Vereinbarung zwischen Access Provider und Nutzer verbindlich gemacht. Erst in einem solchen Fall kommt auch eine rechtliche Sanktionierung in Betracht.⁴⁷

Abgesehen davon hat die Netiquette als solche jedoch v.a. Vorbildcharakter. Eine rechtliche Relevanz entwickelt sie nicht. Daher wird sie in keinem Fall als ausgereifte Form der Selbstregulierung eine vollwertige Stütze neben gesetzlichen Regelungen darstellen können.

2. Die Gütesiegel als Verhaltenskodizes

Eine beliebte Methode, den Nutzer von mehr Transparenz und Glaubwürdigkeit des Anbieters zu überzeugen, ist die Vergabe von Qualitätszertifikaten in Form von Gütesiegeln.⁴⁸ Mit Hilfe dieser Siegel sollen bestehende Informationsdefizite ausgeglichen werden, um der insoweit bestehenden Unsicherheit potenzieller E-Commerce-Kunden entgegenzuwirken.⁴⁹ Auf einen Blick soll mithin erkennbar sein, dass der Anbieter die vom Siegel-Lizenzgeber vorgegebenen Verhaltenskodizes einhält.⁵⁰ Gleichzeitig

⁴² Vgl. *Berghoff*, RDV 2002, S. 80.

⁴³ *Hoeren* führt aus, dass der Internet Community als Ganzes die für einen Berufsstand i.S.d. § 1 UWG a.F., jetzt § 3 UWG, nötige Homogenität fehle, NJW 1998, S. 2852; vgl. auch *Detjen*, AfP 1996, S. 45. Das LG Berlin hat als bislang einziges deutsches Gericht in einer Äußerung bezüglich der Netiquette festgestellt, dass sie nicht genügt, um den Nutzer vor demjenigen zu schützen, der die Besonderheiten des Internets bewusst in unlauterer Weise für seine Zwecke ausnutzt, CR 1999, S. 187 [189]. Damit scheint die Netiquette keine rechtliche Bindung auszulösen.

⁴⁴ So *Berghoff*, RDV 2002, S. 80.

⁴⁵ Vgl. *Jung*, K&R 1999, S. 66 f., der einen Anwendungsbereich der Netiquette in Schiedsverfahren sieht, was sich wohl auch auf Schlichtungsverfahren ausweiten lässt. Siehe dazu in diesem Kapitel unter II. 2.c. bb.

⁴⁶ *Detjen*, AfP 1996, S. 45.

⁴⁷ *Hoeren*, NJW 1998, S. 2852.

⁴⁸ *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.

⁴⁹ *Dahm*, DuD 2002, S. 413.

⁵⁰ *Vander*, K&R 2003, S. 341 mwN.

tragen sie dazu bei, den Kunden mit finanziell angemessenen Mitteln vor den typischen Risiken eines Online-Geschäftes zu schützen.⁵¹

Qualitätssiegel waren und sind ein beliebtes Transparenzmittel. Aufgrund der Berücksichtigung solcher Verhaltenskodizes im Gesetz, § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 5 BGB-InfoV, steigt auch ihre werbemäßige Verwendung durch die Online-Händler. Jedoch kann ihre Fülle und damit einhergehende Unübersichtlichkeit ihre Wirksamkeit einschränken.⁵² Um dem entgegenzuwirken, versuchen verschiedene Unternehmen, ein eigenes, starkes Siegel zu etablieren. Es soll ab einem gewissen Bekanntheitsgrad eine solche Marktmacht entwickeln, dass es eigendynamisch weitere Teilnehmer heranzieht. Dafür ist es zunächst erforderlich, bekannte Anbieter zur Mitwirkung zu veranlassen, da das Potential zur Vertrauensgenerierung sehr stark vom Renommee der Vertrauensinstanz, d.h. des Siegel-Lizenzgebers, abhängt.⁵³

a. Gütesiegel in der Praxis

Vor einigen Jahren wurden in den USA vor dem Hintergrund anhaltender Vertrauensdefizite mehrere Internetsiegel ins Leben gerufen. Das erste Gütesiegel war das 1997 vom Unternehmen TRUSTe ins Leben gerufene gleichnamige Programm.⁵⁴ TRUSTe beschränkt sich dabei auf die Zertifizierung der Einhaltung gewisser Kriterien die Datensicherheit und den Datenschutz betreffend. Die „Better Business Bureau Inc.“ vergibt gleich mehrere Zertifikate für unterschiedliche Service- und Sicherheitsstandards.⁵⁵ Im deutschen Raum gehören die Siegel „Geprüfter Online-Shop“, hinter dem das Europäische Handelsinstitut EHI steht und das unter dem Namen „Euro-Label“ europaweite Gültigkeit erlangt⁵⁶, sowie „Trusted Shops“ der Atradius Versicherungsgruppe⁵⁷ zu den bekannteren Siegeln. Beide Siegel zertifizieren einen gewissen Standard an Verbraucherschutz und Fairness bei der Geschäftsabwicklung.

Das Gütesiegel als solches ist indes keine Erfindung des E-Commerce. Seit vielen Jahren schon werden Gütesiegel eingesetzt, um die Erfüllung bestimmter Auflagen zu kennzeichnen.⁵⁸ So existiert beispielsweise der „Blaue Engel“, der vom Deutschen Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e.V. und vom Umweltbundesamt eingeführt wurde, bereits seit 1977.⁵⁹ Auch auf europäischer Ebene besteht mit dem Eco-Label ein entsprechendes Pendant.⁶⁰ Der TÜV Süddeutschland vergibt ein Siegel für Unternehmen, die Strom aus erneuerbaren Energien zu einem gewissen Prozentsatz erzeugen.⁶¹ Es zeigt sich,

⁵¹ *Föhlisch*, DuD 2004, S. 74.

⁵² Dies stellt auch die EU-Kommission in ihrem Bericht zum „verbraucherpolitischen Aktionsplan 1999 - 2001“ und zum „allgemeinen Rahmen für die Gemeinschaftstätigkeiten zugunsten der Verbraucher 1999 -2003“, KOM (2001) 486 endg., S. 7 f., fest. Daneben *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.

⁵³ Vgl. *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.; auch *Schaar*, DuD 2003, S. 423. Dieses Prinzip besteht auch bei der Verlässlichkeit von digitalen Signaturen, vgl. hierzu *Schulte/Roßnagel*, S. 634, der in diesem Zusammenhang von der Erforderlichkeit des „vertrauenswürdigen Dritten“ (= der Lizenzgeber) spricht. Dazu in diesem Kapitel unter II. 5.

⁵⁴ Ausführlich *Hladjke*, DuD 2002, S. 675 f. mwN.

⁵⁵ Weiteres unter <<http://www.bbb.com>>.

⁵⁶ Im Internet unter <<http://www.euro-label.com/de>>.

⁵⁷ Im Internet unter <<http://www.trustedshops.de>>.

⁵⁸ *Hladjke*, DuD 2002, S. 598. Ein Überblick über deutsche Offline-Gütesiegel findet sich im Internet unter <<http://www.guetesiegel.de>>.

⁵⁹ Im Internet unter <<http://www.blauer-engel.de>>.

⁶⁰ Im Internet unter <http://www.europa.eu.int/comm/environment/ecolabel/index_en.htm>.

⁶¹ Im Internet unter <<http://www.tuev-sued.de>>.

dass Siegel offline wie online den gleichen Zweck verfolgen, nämlich gewisse Qualitätsstandards zu signalisieren und damit Vertrauen zu schaffen.⁶²

b. Mittel zur Eindämmung der Siegelflut?

Die kurze beispielhafte Aufstellung beweist bereits, dass es eine Fülle von Siegeln gibt. Doch dies trägt - im Bereich des elektronischen Handels - nicht unbedingt zum Abbau des Misstrauens bei.⁶³ Denn die Nutzer kennen in den wenigsten Fällen die Kriterien, die vom Betreiber eines Internetauftritts erfüllt werden müssen, um ein Gütesiegel tragen zu dürfen. Um dies zu ändern, wurden in der Initiative D21 der deutschen Wirtschaft sowie der Bundesregierung Qualitätskriterien für die verbrauchergerechte Gestaltung von Online-Shops erarbeitet, auf die sich vier Gütesiegelanbieter, Wirtschaft, Politik und Verbraucherverbände geeinigt haben.⁶⁴ Die Nutzer sollen dadurch seriöse Anbieter sowohl im In- als auch im Ausland leichter finden können. Dazu haben die Gütesiegelanbieter ihre Zertifizierungsbedingungen veröffentlicht und eine Selbstverpflichtung zur Beachtung der Qualitätskriterien abgegeben.⁶⁵ Mit diesen Kriterien knüpfen die Siegel an die Sicherheitsbedenken der Nutzer im elektronischen Handel an. Inhaltlich beziehen sie sich nicht nur auf die Identität des Transaktionspartners, sondern auch auf die technische Sicherheit bei der Übermittlung und Speicherung von personenbezogenen Daten sowie die organisierte Sicherheit, dass die Waren schnell und komfortabel in der zugesicherten Qualität geliefert werden. Daneben soll die Initiative D21 eine Aussage zur Intensität des Prüfungsvorganges treffen.⁶⁶ Die an diesem System teilnehmenden Online-Händler versprechen sich neben der größeren Transparenz eine Steigerung der Bekanntheit ihrer Marke und damit einen Kundenzuwachs.⁶⁷ Ihnen wird dafür ein Selbstregulierungssystem zur Verfügung gestellt, das das Vertrauen von Verbrauchern in möglichst vielen Ländern genießen soll. Dies kann auch für kleine und mittlere Unternehmen Märkte öffnen und Marketingvorteile bieten.

Der Initiative D21 sind u.a. die bereits genannten Siegel „geprüfter Online-Shop“ sowie „Trusted Shops“ angeschlossen. Trotz der Kooperation sind die Vorgaben für eine Zertifizierung bei den verschiedenen Siegelanbietern unterschiedlich.⁶⁸ Sie differieren demnach nicht nur äußerlich in Namen und optischer Gestaltung, z.B. durch die Bezeichnung „Anforderungen“ bei Trusted Shops⁶⁹ im Gegensatz zu „Europäischer Verhaltenskodex“ beim Geprüften Online Shop im Rahmen des Euro-Labels⁷⁰, son-

⁶² *Hladjk*, DuD 2002, S. 598.

⁶³ *Vander*, K&R 2003, S. 341. Ausführlich zu verschiedenen Siegeln in Deutschland, Europa und den USA *Hladjk*, DuD 2002, S. 673 ff. Nach *Dabm*, DuD 2002, S. 413, wird der Kunde von der Anzahl der Siegel geradezu erschlagen. Man könne schon von einer Überschwemmung des Marktes sprechen. Vgl. auch „Zu viel des Guten: Gütesiegel vergraulen Kunden im Web“, im Internet unter <<http://www.golem.de/0108/15258.html>>.

⁶⁴ *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.

⁶⁵ Im Internet unter <<http://www.initiaved21.de>> sowie <<http://www.internet-guetesiegel.de>>. Eine Aufstellung der D21-Qualitätskriterien findet sich unter <<http://www.foehlich.de/guetesiegel/docs/qualitaetskriterien.pdf>>. Diese beinhalten die Themen Anbieterkennzeichnung, Preisinformation, Vertragsbedingungen, Leistungserbringung und Lieferung, anwendbares Recht und Gerichtsstand, eindeutiger Bestellvorgang, Widerruf und Rückgabe, Datenschutz, Datensicherheit sowie Beschwerde- und alternative Streitschlichtungsverfahren.

⁶⁶ Vgl. *Schaar*, DuD 2003, S. 423.

⁶⁷ Zu alledem *Hladjk*, DuD 2002, S. 598.

⁶⁸ Zum Prüfprozess selbst und dessen Kosten vgl. *Hladjk*, DuD 2002, S. 674.

⁶⁹ Im Internet unter <http://www.trustedshops.de/de/shops/obligations_de.html>.

⁷⁰ Im Internet als Link mit der Bezeichnung „Der Europäische Verhaltenskodex“ unter <www.euro-label.com/de>.

dern auch in Inhalt und Umfang. Im Kern haben sie jedoch alle einen gemeinsamen Regelungsgehalt. Es werden Vorgaben zu bestimmten Themenbereichen rund um den elektronischen Handel gemacht:

[1.] Die **Anbieterkennzeichnung** muss auf der Homepage einfach auffindbar, gut lesbar und einfach auszudrucken sein. Inhaltlich werden die gesetzlichen Regelungen aus § 6 TDG, § 10 Abs. 2 MDStV und § 1 BGB-InfoV übernommen.

[2.] Auf **AGBs** muss deutlich hingewiesen werden. Sie müssen klar gekennzeichnet und leicht lesbar sein (was die Verwendung einer für den Verbraucher verständlichen Sprache einschließt). Ebenfalls müssen sie in einer einfach wiedergabefähigen Form gespeichert sein.

[3.] Beim **Vertragsschluss** muss i.S.d. § 1 BGB-InfoV über die wesentlichen Merkmale des Produkts informiert werden (Produktbeschreibung). Es muss die Möglichkeit einer Eingabekorrektur bestehen, vgl. § 312 e BGB. Dem Verbraucher muss die Speicherung des Vertragstextes möglich sein, vgl. auch hier § 312 e BGB.

[4.] Generell wird eine ganze Liste von **vorvertraglichen Informationspflichten** aufgesetzt, die inhaltlich an § 1 Abs. 1 BGB-InfoV erinnert. Eine Besonderheit ist hierbei, dass die gesetzlich vorgegebenen Informationen zumindest teilweise durch zusätzliche Informationen ergänzt werden. So müssen beim Euro-Label Informationen bezüglich der Rechtsmittel angegeben werden, die vom Kunden im Streitfall ergriffen werden können. Hier wird ausdrücklich auf die Möglichkeit zur außergerichtlichen Streitbeilegung verwiesen, falls eine Einigung mit dem Anbieter scheitert. Dazu soll das Unternehmen dem Kunden eine Stelle nennen, die solche Beilegungsverfahren durchführt. Zur Erleichterung des Procedere soll das Unternehmen dem Kunden ein vom Siegel-Lizenzgeber vorgegebenes Beschwerdeformular zur Verfügung stellen.⁷¹

[5.] Bezüglich dem Umgang mit den **Kundendaten** muss der Anbieter die aktuell gültige Sicherheit gewährleisten, beispielsweise was die Verschlüsselung der Daten betrifft. Ansonsten wird eine Anbindung an das TDDSG und das BDSG gewährleistet.

[6.] Die Bestimmungen des **Jugendschutzes** sowie der sonstigen gesetzlichen Bestimmungen bezüglich des Vertriebs von Produkten (z.B. nationalsozialistische Devotionalien) müssen eingehalten werden, § 12 MDStV.

[7.] **Werbe-E-Mails** müssen deutlich als solche gekennzeichnet sein, § 7 TDG, § 13 MDStV. Der Verbraucher kann sich gegen unerwünschte E-Mails wehren. Hier wird je nach Siegel-Lizenzgeber eine „opt-in“- oder „opt-out“-Lösung bevorzugt.⁷²

[8.] Die vertriebenen Produkte müssen **preislich** eindeutig gekennzeichnet sein. Hierzu werden ebenfalls die Bestimmungen des PreisAngG sowie des § 1 der BGB-InfoV herangezogen.

[9.] **Zahlungsbedingungen** und Zeitpunkt des Zahlungsvorganges bei Einzugsermächtigung oder elektronischer Zahlung müssen klar und unzweideutig offengelegt werden. Auch hier besteht eine Anlehnung an § 1 BGB-InfoV.

⁷¹ Zum Regelungsgehalt der selbstregulierungsinternen Streitbeilegung später in diesem Kapitel, unter II. 2. c. bb.

⁷² Ausführlicher hierzu im 6. Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter IV. 2. Bei einer „opt-in“-Lösung muss der Adressat in den Empfang von Werbe-E-Mails ausdrücklich einwilligen; bei „opt-out“ kann er sich gegen unerwünschte Botschaften wehren, indem er ihrer Zusendung widerspricht. Dies ist auch durch den Eintrag in eine Liste möglich; zur insofern wohl bekanntesten Liste, der „Robinson-Liste“, in diesem Kapitel unter II. 3.

[10.] Nach der Bestellung müssen dem Kunden verschiedene Informationen zukommen, was den Inhalt und die Abwicklung seiner Bestellung betrifft. Bezüglich des Inhalts der Informationen erinnert die Aufzählung stark an die Pflichten zur **nachträglichen Information** nach § 1 Abs. 4 BGB-InfoV.

[11.] Es bedarf dem Kunden gegenüber verbindlicher Aussagen zur **Leistungserbringung**, wie z.B. zur Warenlieferung, inkl. eventueller Einschränkungen, vgl. § 1 BGB-InfoV. Dabei wird teilweise eine Verschärfung durch den Siegel-Lizenzgeber eingeführt, nach der sich der Anbieter verpflichten muss, die Lieferung innerhalb von 30 Tagen nach Eingang der Bestellung auszuführen oder nach Verstreichen dieses Termins dem Kunden einen neuen Zustellungstermin mit der Möglichkeit des Vertragsrücktritts zu geben. Die Ware muss „bestellungsgemäß“ geliefert werden. Die Bestimmung dieses Ausdrucks ist an den Mangelbegriff des § 434 BGB angelehnt.

[12.] Der Anbieter verpflichtet sich zur Einhaltung des **Widerrufsrechts** (teilweise auch fälschlich Rücktrittsrecht genannt). In diesem Rahmen wird generell auf verbraucherschützende Vorschriften hingewiesen. Der Vertrag zwischen Anbieter und Verbraucher-Kunden kann entweder demjenigen Recht unterliegen, in dessen Land der Verbraucher seinen Sitz hat oder demjenigen Recht, wo sich der Sitz des Anbieters befindet. Im Falle einer Rechtswahl nach dem Sitz des Anbieters finden die dort geltenden Verbraucherschutzvorschriften auf alle Verbraucher-Kunden Anwendung.

Insgesamt lässt sich bezüglich der Siegel-Anforderungen mithin zwischen verbraucherschützenden Regeln sowie solchen, die die Daten- und Liefersicherheit betreffen, unterscheiden.⁷³ Bei den meisten Vorgaben zur Siegelvergabe konnte indes auf eine entsprechende gesetzliche Regelung verwiesen werden. Da kaum anzunehmen ist, dass sich das Gesetz an den Vorgaben der Lizenzgeber orientiert hat⁷⁴, ist davon auszugehen, dass schlichtweg die gesetzlichen Regelungen in die Vorgabekataloge übernommen worden.

c. Rechtlicher Gehalt der Siegel

Eine durchaus positive Folge der Adaption von Gesetz und Siegelvorgaben ist, dass dadurch die gesetzlichen Pflichten soweit konkretisiert werden können, dass dies seinerseits der Rechtsprechung als Auslegungshilfe zugute kommt. Dies entspricht wiederum den Interessen der Anbieter, die sich den Siegelvorgaben unterwerfen.⁷⁵ Insofern befruchten sich Gesetz und Selbstregulierung gegenseitig. Negativ gesehen hat die Nähe von Gesetz und Siegel jedoch zur Folge, dass die Siegelvorgaben bereits dann erfüllt werden, wenn lediglich der Wortlaut des Gesetzes eingehalten wird.⁷⁶ Primäres Ziel der Siegel scheint damit zu sein, den Anbietern die Erfüllung der gesetzlichen Informationspflichten dadurch zu erleichtern, dass diese lediglich die vom Lizenzgeber vorgehaltene Vorgabenliste umsetzen müssen.⁷⁷

⁷³ Vgl. hierzu *Eggs*, S. 134.

⁷⁴ Die Anfänge der E-Commerce-Richtlinie, bei deren Umsetzung die oben angesprochenen Informationspflichten in die deutschen Gesetze Eingang gefunden haben, liegen bereits im Dezember 1998, vor der Gründung der meisten Gütesiegel und der Initiative D21 im Juli 1999. In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird daher nicht auf Gütesiegel als Mittel der Selbstregulierung Bezug genommen, immerhin wird aber die außergerichtliche Streitbeilegung auf elektronischem Wege genannt, Erwägungsgrund 51 der Richtlinie.

⁷⁵ *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

⁷⁶ *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

⁷⁷ Zu einem anderen Ergebnis kam noch eine Studie des Fraunhofer Instituts für Produktionsanlagen und Konstruktionstechnik (IPK) aus dem Jahr 2000, nach der sich die Mehrheit der auf dem deutschen Markt befindlichen Siegel nicht an bestehenden Normen ausrichten, im Internet zu finden unter

Damit mögen sie zwar ein wirksames Mittel gegen die aufgrund der Fülle der Informationspflichten bereits angesprochene Überforderung der Anbieter sein.⁷⁸ Einen darüber hinausgehenden eigenständigen Regelungscharakter hätten die Siegel jedoch ansonsten nicht.

Genau dies wird ihnen in der Literatur auch entgegengehalten: Dadurch, dass deren Vorgaben in erster Linie den bereits gesetzlich abgedeckten Informationspflichten im Fernabsatz- und elektronischen Geschäftsverkehr entsprechen, bilden die Siegel anscheinend nichts anderes als eine „öffentliche Absichtserklärung zu gesetzeskonformem Verhalten“⁷⁹. Jedoch stellt sich die Frage, ob sich dann aus einer Verletzung der Siegelvorgaben Ansprüche ableiten lassen. Zwar kann die Verletzung von Informationspflichten Schadensersatzansprüche nach sich ziehen, da es sich hierbei um Nebenpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB handelt.⁸⁰ Jedoch kann bezweifelt werden, ob das Interesse an der Erfüllung der Informationspflichten die Schwelle zu einer vorvertraglichen Rücksichtspflicht überschreitet, da aus der bloßen Kenntnisnahme des Gütesiegels noch keine rechtlich schützenswerte Erwartung hervorgegangen ist.⁸¹ Die Zertifizierung eines Online-Händlers mit einem Siegel dürfte als vertrauensbildende Maßnahme jedoch durchaus zu einer schützenswerten Erwartung führen, zumal § 241 Abs. 2 BGB sämtliche „Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ erfasst und aus diesem Grund sein Schutzzumfang recht weit gezogen werden kann.⁸² Problematisch dürfte allerdings das Beziffern eines aufgrund der Informationspflichtverletzung eintretenden Schadens sein. Immerhin steht dem Nutzer bei einem Verstoß ein Anspruch auf (nachträgliche) Erfüllung dieser Informationspflichten zu.⁸³

aa. Gehalt der Siegel-Garantie?

Die Erfüllung der Informationspflichten ist jedoch nicht der alleinige Regelungsinhalt der Internetsiegel. So verpflichten sich die Online-Händler zumindest bei einigen Siegeln zur Beachtung schärferer Vorgaben gegenüber dem Gesetz, so z.B. bezüglich der Warenlieferung innerhalb von 30 Tagen. Eine solche Verpflichtung spricht für eine Selbstbindung des Anbieters im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, die einen Schuldnerverzug auch ohne Mahnung durch den Gläubiger auslöst. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn die Selbstverpflichtung des Anbieters auch tatsächlich gegenüber dem Kunden erfolgt.

<http://www.hladjk.de/e-siegel/Studie_Fraunhofer%20IPK_2000.pdf>, S. 8. Zu beachten ist allerdings, dass diese Studie vor der Anpassung des deutschen Schuldrechts an die EU-Richtlinie durchgeführt wurde.

⁷⁸ Vgl. hierzu im 4. Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter III. 10.; auch *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1158; *Woitke*, BB 2003, S. 2469; *Gundermann*, K&R 2000, S. 234.

⁷⁹ So provozierend *Vander*, K&R 2003, S. 342. *Dahm* reduziert die Frage nach dem Zweck der Siegel auf ein bloßes „Wozu?“, *Dahm*, DuD 2002, S. 414, Fn. 23. Ähnliche Kritik wird im übrigen auch in anderen Ländern geübt: Für die Verleihung eines US-amerikanischen Datenschutz-Siegels ist es lediglich erforderlich, dass sich der jeweilige Online-Händler an die von ihm eigens aufgestellten und abrufbaren Datenschutzangaben hält. Ihr Umfang bleibt dem Händler mithin selbst überlassen. Das Siegel bestätigt in solchen Fällen nur die Bereitschaft des Händlers zur Transparenz; darüber hinaus kann der Nutzer lediglich wählen, ob er das Angebot des Händlers nutzen oder seine Homepage wieder verlassen will. Ein derart schwach ausgelegtes Siegel wird die Rechts(un-)sicherheit des Kunden nicht allzu sehr beeinflussen, vgl. *Hladjk*, DuD 2002, S. 677 mwN.

⁸⁰ Insofern käme ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht; vgl. im 4. Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter IV. 3. b. sowie *Vander*, K&R 2003, S. 341; *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1155.

⁸¹ *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

⁸² Vgl. *Schimmel/Buhlmann/Blenske*, C II 2. a), Rn. 7 und 10.

⁸³ *Vander*, K&R 2003, S. 341.

Diese Frage wird nach Betrachtung weiterer Verpflichtungen durch das Siegel zu beantworten sein. Denn neben der Fristsetzung warten einige Siegel-Lizenzgeber mit einer finanziellen Risikotragung in Form einer Geld-zurück-Garantie auf. „Trusted Shops“ bietet diese Garantie für Kunden, die in den angeschlossenen Online-Shops gekaufte Waren nicht erhalten haben bzw. denen der Kaufpreis bei zurückgesendeten Waren nicht erstattet wurde. Auch Kunden, die einem Kreditkartenbetrug zum Opfer gefallen sind, können die Geld-zurück-Garantie u.U. in Höhe der bestehenden Selbstbeteiligung in Anspruch nehmen.⁸⁴ Durch eine solche Garantie scheinen einige Gütesiegel doch mehr zu enthalten als die bloße Erklärung, das Gesetz einhalten zu wollen. Neben dem Kaufvertrag müsste daher gleichzeitig ein selbstständiger oder unselbstständiger Garantievertrag mit dem Anbieter geschlossen worden sein. Für einen entsprechenden Vertragsschluss müsste der Siegel-Hinweis auf der Homepage des Anbieters ein Angebot darstellen, das dann vom Nutzer - ggf. konkludent - angenommen werden kann.

- [1.] Mit dem Hinweis auf das Gütesiegel zeigt der Online-Händler an, dass er die Kriterien des Siegels erfüllt. Dessen Vorgaben können durch einen Klick auf den Link von jedem Nutzer eingesehen werden. Dies ist allerdings unabhängig von einer evtl. Registrierung oder einer Bestellung beim Händler möglich. Die Zur-Verfügung-Stellung der Siegelkriterien durch Anklicken wird daher mangels Rechtsbindungswillen des Händlers nicht als Angebot zu werten sein. Ein Garantievertrag zwischen Händler und Kunde kommt somit mangels Vertragsschlusses nicht zustande.
- [2.] Der Kunde kann jedoch nach dem Einkauf die Geld-zurück-Garantie bei der hinter dem Siegel stehenden Versicherung wahrnehmen, um das Risiko bei Nicht-Lieferung, bei Rücksendung der Ware und die Selbstbeteiligung des Kunden bei einem Kreditkartenmissbrauch abzusichern. Die Kosten für diese Garantie übernimmt der Online-Shop. Sie kommt dadurch zustande, dass der Kunde bei dem zertifizierten Online-Händler Ware bestellt, diese vollständig im voraus, z.B. per Kreditkarte, bezahlt und sich hierbei für die Garantie angemeldet hat.⁸⁵ Denn für diese Bestellung ist dem Kunden die Garantie von der Versicherung über den Siegel-Lizenzgeber unter Angabe einer Transaktionsnummer per E-Mail bestätigt worden. Mit dieser Transaktionsnummer kann der Kunde dann den Garantiefall beim Lizenzgeber melden. Sobald eine Zahlung durch die Versicherung erfolgt, tritt der Kunde alle Ansprüche und Forderungen gegen den Online-Shop Zug um Zug an diese unwiderruflich ab.

Gerade die Forderungszession zeigt, dass eine rechtliche Beziehung nur zwischen Lizenzgeber und zertifiziertem Online-Händler im Innenverhältnis besteht, nicht aber ein Garantievertrag direkt zwischen Händler und Kunden abgeschlossen wurde.

- [3.] Wenn kein Garantievertrag im Außenverhältnis abgeschlossen wurde, käme jedoch eine unmittelbare Einbeziehung des Kunden in den Schutzbereich des Vertrags zwischen Lizenzgeber bzw. Versicherung und Online-Händler i.S.e. Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte in Betracht.⁸⁶ Der Nutzer kommt mit der Hauptleistung des Vertrags dadurch in Berührung, dass er das Siegel auf der Homepage des Händlers zur Kenntnis nimmt und sich somit auf seinen Inhalt verlässt. Das Gütesiegel will auch gerade für den Kunden Schutzpflichten begründen, so dass eine Gläubignähe im

⁸⁴ Im Internet unter <http://www.trustedshops.de/de/consumers/guarantee_de.html>; vgl. auch *Vander*, K&R 2003, S. 342.

⁸⁵ So beispielsweise beim Siegel der Trusted Shops GmbH. Deren Garantiebedingungen sind im Internet einsehbar unter <http://www.trustedshops.de/de/consumers/conditions_de.html>.

⁸⁶ Ausführlich hierzu *Föhlisch*, DuD 2004, S. 77 f.

Verhältnis zwischen Anbieter und Nutzer anzunehmen ist. Allerdings wird die Schutzwirkung an der Erkennbarkeit für den Vertragspartner, d.h. Versicherung oder Lizenzgeber, fehlen. Es ist unklar, wer bei dem Händler einkauft und eine Ausweitung auf alle potenziellen Kunden wäre nicht sachgerecht. Darüber hinaus ist der Kunde dann nicht schutzwürdig, wenn er einen eigenen Anspruch gegen den Gläubiger oder einen Dritten hat.⁸⁷ Ein solcher Anspruch des Kunden besteht in der Tat gegenüber der Versicherung. Insofern kommt ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ebenfalls nicht in Betracht.

- [4.] Darüber hinaus wird vom Händler bei einer Unterwerfung unter die Vorgaben des Gütesiegels kein gegenüber dem Kunden verbindliches Versprechen abgegeben, die Siegelkriterien auch tatsächlich einzuhalten. Auf der Homepage des Händlers erfolgt zwar ein Hinweis auf die Existenz des Siegels, bei Vertragsschluss wird jedoch lediglich auf die AGBs, nicht aber auf die Siegelvorgaben verwiesen. Insofern fehlt es an einem erkennbaren Rechtsbindungswillen des Anbieters, so dass die Siegelvorgaben nicht in den Vertrag mit einbezogen werden.⁸⁸ Ebenso wenig erlangen sie über das Gewährleistungsrecht Bedeutung. Zwar erklärt § 434 Abs. 1 S. 3 BGB öffentliche Äußerungen des Verkäufers bezüglich Eigenschaften der Ware als im Hinblick auf die Beschaffenheit erheblich, eine Bewertung der Qualität der im Shop vertriebenen Waren ist jedoch mit der Siegelvergabe generell nicht verbunden⁸⁹.

Damit scheinen die durch das Siegel vermittelten selbst auferlegten Pflichten keine rechtliche Bindung zu entfalten, sondern lediglich Absichten im Rahmen einer Kulanz zu sein.⁹⁰ Kulanz geht jedoch typischerweise mit der Abwicklung eines bereits bestehenden Vertrags einher. Motiv hierfür ist das Interesse des Anbieters, die bestehende Geschäftsbeziehung aufrecht zu erhalten und neue Geschäftsbeziehungen zu sichern. Wer den Ruf hat, ein kulanter Händler zu sein, gewinnt leichter neue Kunden.⁹¹

Dass „garantierte“ Zusatzverpflichtungen meist auf Kulanzbasis bestehen, zeigt sich auch deutlich an den von einigen Anbietern eigens angebotenen Haftungsübernahmen.⁹² Der vom Internetauktionshaus „eBay“ angebotene „Käuferschutz“ wird auf der entsprechenden Webseite ausdrücklich als Kulanzleistung bezeichnet, auf die es keinen Rechtsanspruch gibt. Ähnlich wie die Geld-zurück-Garantie besteht der Käuferschutz nur unter bestimmten Bedingungen.⁹³ So zahlt „eBay“ einen Ausgleich für vom Käufer erworbene Artikel bis zu einem Wert von je 200 €, wenn dieser zwar bezahlt, vom Verkäufer jedoch nichts erhalten hat bzw. wenn der Artikel im Wert nicht der Beschreibung des Verkäufers entspricht.⁹⁴ Um einen solchen Geldausgleich zu erhalten, muss der Käufer sein Begehren bei „eBay“ innerhalb einer bestimmten Frist anmelden. Der Käuferschutz wird allerdings zunächst dadurch eingeschränkt, dass eine Selbstbeteiligung des Käufers in Höhe von 25 € vorgesehen ist. Weiterhin tritt der „eBay“-

⁸⁷ S. nur *Palandt/Grüneberg*, § 328, Rn. 18.

⁸⁸ *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

⁸⁹ Vgl. *Dahm*, DuD 2002, S. 413.

⁹⁰ *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

⁹¹ *Dahm*, DuD 2002, S. 414 f.

⁹² So bietet das Internetauktionshaus eBay einen eigenen Käuferschutz an, dazu gleich. Auch Händler wie „amazon“ werben mit einer eigenständigen Zahlungsgarantie, im Internet unter <<http://www.amazon.de>>, Stichwort „Sicherheitsgarantie“, vgl. auch *Bizer*, DuD 2004, S. 72. Teilweise wirbt wiederum das Gütesiegel mit den bei einigen zertifizierten Händlern bestehenden Garantien, so z.B. bei dem Siegel „s@fer-shopping“ des TÜV Süd, vgl. im Internet unter <https://www.safer-shopping.de/geld_zurueck.html>; *Hladjk*, DuD 2002, S. 674.

⁹³ Zu den Bedingungen des von eBay so genannten „Standard-Käuferschutzes“ im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/tp/esppp-coverage-eligibility.html>>.

⁹⁴ Z.B. erhält der Käufer lediglich eine vergoldete Kette anstelle der in der Beschreibung so angebotenen Goldkette.

Käuferschutz bei einem Verlust auf dem Transportweg nicht ein. Schließlich wird der Käufer zu einer vorherigen Eigeninitiative gezwungen. Er muss vor Inanspruchnahme der Kulanzleistung selbstständig versucht haben, das Problem direkt mit dem Verkäufer zu lösen. Dies geschieht dadurch, dass der Käufer den Verkäufer per E-Mail mahnt sowie eine Rücktrittsandrohung äußert. Nach erfolglosem Verstreichen dieser Frist muss der Käufer gegenüber dem Verkäufer seinen Rücktritt erklären und den Kaufpreis herausverlangen.

Die Ähnlichkeit der Voraussetzungen für das Eintreten der Geld-zurück-Garantie und des „eBay“-Käuferschutzes zeigen, dass sich im Netz mittlerweile ein Muster für den Inhalt einer „Garantie“ herausgebildet hat. Die ausdrückliche Bezeichnung als Kulanz bei „eBay“ lässt insoweit auch auf die übrigen Garantien Rückschlüsse zu.⁹⁵

bb. Alternative Streitbeilegung (ADR) im Internet

Die von „eBay“ eingeforderte Selbstinitiative des Käufers belegt, dass es sich bei einem Streit häufig um ein bloßes Missverständnis handelt, das sich im Regelfalle rasch aufklären lässt.⁹⁶ Vor diesem Hintergrund genügt zur Beilegung eines Konfliktes meist eine ausreichende Kommunikation zwischen den Parteien. Gerade das Internet als Kommunikationsmedium ist hierfür gut geeignet. Wenn auch die durch die Siegel angebotenen oder sonstigen Garantien keinen rechtlichen Gehalt haben, ist die kommunikative Konfliktbewältigung ein Ansatz, der sich im Cyberspace stetig entwickelt und daher eine Ergänzung des herkömmlichen Rechts darstellen könnte. Davon ausgehend könnte die im Rahmen einiger Gütesiegel geförderte alternative Streitbeilegung zu einer echten Aufwertung der Selbstregulierung führen.

(1) Idee und Entwicklung der ADR

Von verschiedenen Siegelanbietern wurden Schiedsstellen neu ins Leben gerufen, die ein außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren anbieten.⁹⁷ Sinn und Zweck der Schiedsstelle ist es, dem Kunden „Kosten und Ärger“⁹⁸ zu ersparen, wenn es zum Streitfall mit einem zertifizierten Anbieter kommt. Dies ist vor allem bei ausländischen Händlern ein großer Vorteil, da durch die Schlichtungsstelle etwaige Komplikationen durch den Auslandsbezug reduziert werden.⁹⁹

Mit der Einrichtung solcher Stellen wird eine Forderung umgesetzt, die in der Literatur schon seit einiger Zeit gestellt wird. So wurde schon vor Jahren festgestellt, dass die „flexible Kombinatorik des Internet auch neue Formen einer selbstorganisierten virtuellen Schiedsgerichtsbarkeit“ zulasse¹⁰⁰. „Unabhängige Schiedsrichter [könnten] nach Anhörung [der beiden Streitparteien] eine schnelle vorläufige

⁹⁵ Das Modell der Geld-zurück-Garantie wird teilweise auch als „Kundentäuschung“ bezeichnet, da die garantierte Lieferung sowieso gesetzlich geregelt sei, *Hladjk*, DuD 2002, S. 674; *Klietmann/Summa/Wesener*, S. 167. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass mit dieser Kritik lediglich die garantierte Lieferung gemeint ist, nicht aber die Garantie in ihrem hier vorgestellten Umfang.

⁹⁶ So auch bei eBay unter <<http://pages.ebay.de/help/tp/esppp-coverage-eligibility.html>>.

⁹⁷ Vgl. z.B. das Angebot von „Trusted Shops“, im Internet unter <<http://www.trustedshops.de/de/consumers/index.html>>.

⁹⁸ So in einer früheren Pressemitteilung von Trusted Shops.

⁹⁹ Vgl. zu den Problemen gerichtlicher Konfliktlösungen auch *Eggs*, S. 224 ff.

¹⁰⁰ *Ladeur*, ZUM 1997, S. 379 mwN.

Entscheidung treffen, der sich dann auch die anderen Anbieter aufgrund prozeduraler Regelungen unterwerfen würden.¹⁰¹ Die Umsetzung dieser Forderung nach einer gegenüber den herkömmlichen Gerichten vereinfachten Konfliktlösung wird nach dem Wunsch der Siegel-Lizenzgeber auch das Vertrauen der Nutzer in den E-Commerce steigern.

Den Gedanken, abseits von der staatlichen Gerichtsbarkeit weitere Möglichkeiten der Streitbeilegung zu eröffnen, gibt es jedoch nicht erst seit dem Entstehen des elektronischen Handels. Er reifte angesichts der zunehmenden Belastung der Gerichte und der damit verbundenen Verlängerung der Prozessdauer vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Auch das mit einem herkömmlichen Prozess verbundene Kostenrisiko war ausschlaggebend für alternative Wege.¹⁰² Das System der „alternative dispute resolution“ (ADR) findet mittlerweile auch im europäischen Rechtskreis mehr und mehr Zuspruch.¹⁰³ Die Idee ist indes nicht allzu neu. Zu dem, was nun aus Amerika wieder zurückkehrt, gab es schon in den 1920er Jahren ähnliche Ansätze unter dem Titel „Güterverfahren“.¹⁰⁴ Mittlerweile existiert zu diesem Bereich eine Fülle von Literatur.¹⁰⁵ Hier soll der Fokus jedoch nur auf die Grundprinzipien der ADR gerichtet werden. Das ist insofern schwierig, als die ADR ein Werkzeug ist, das dem Grundgedanken nach der Rechtswirklichkeit stetig angepasst wird und daher in unzähligen Ausformungen existiert. Daher werden auch häufig ihre Begrifflichkeiten uneinheitlich gebraucht, was mitunter zu Verwirrungen führt.

(2) Prinzipien der ADR

Generell kann die ADR in zwei Grundtypen unterteilt werden, nämlich in die der freiwilligen außer- bzw. nebergerichtlichen und die der zwingenden vorgerichtlichen Streitbeilegung.¹⁰⁶ Die vorgerichtliche Streitbeilegung erfasst Verfahren, die vor Beginn eines Gerichtsverfahrens stattzufinden haben. Sie werden durch das Gesetz vorgeschrieben. § 278 Abs. 2 bis 5 ZPO regelt seit 1.1.2002 die Verhandlung zur „gütlichen Beilegung des Rechtsstreits“, die bei Gericht durchgeführt wird und zum einen den Parteien Rechtssicherheit geben, zum anderen die Gerichte entlasten soll¹⁰⁷. Sämtliche Arten der ADR sind darauf ausgelegt, eine friedliche Lösung zur Beilegung des Konflikts zu finden, die sog. „amicable solution“. Daneben steht die außergerichtliche Streitbeilegung, die oftmals ausschließlich gemeint ist, wenn von ADR die Rede ist. So verstanden bildet ADR den Oberbegriff für verschiedene Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung, wie beispielsweise arbitration (Schlichtung), mediation (Mediation i.S.v. Vermittlung), negotiation (Verhandlung) und conciliation (ähnlich einer Schlichtung).¹⁰⁸

¹⁰¹ *Ladewig*, ZUM 1997, S. 379.

¹⁰² *Labes*, DZWir 1998, S. 354. Anders als in Deutschland, wo dem Sieger des Prozesses die Kosten erstattet werden, muss in den USA jede Partei ihre Kosten alleine tragen. Vgl. auch *Eggs*, S. 226 f.

¹⁰³ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 1. ADR wird teilweise auch als Kürzel von „appropriate dispute resolution“ angesehen, ausgehend von einer mittlerweile ansehnlichen Zahl verschiedener ADR-Verfahren, aus denen das passende herausgesucht werden muss.

¹⁰⁴ Vgl. *Labes*, DZWir 1998, S. 356 sowie *Lauer*, NJW 2004, S. 1282.

¹⁰⁵ Vgl. nur die Literaturhinweise in *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 278 Vor Rn. 1, § 15a EGZPO, Rn. 1.

¹⁰⁶ *Jordans*, VuR 2004, S. 93.

¹⁰⁷ Zu den verschiedenen Regelungszwecken des § 278 ZPO s. *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 278, Rn. 6 ff.

¹⁰⁸ Genauer *Eggs*, S. 229 ff. Dabei ist - zumindest in Deutschland - eine eigenartige Konzentration auf die Mediation bemerkbar; *Gottwald*, FPR 2004, S. 164. Scheinbar wird die ADR hierzulande zunächst in einer Spielart ausgetestet, bevor eine Annahme auf breiter Front erfolgen soll. Zur Mediation ausführlich *Haft/v. Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2002.

Bezüglich der Durchführung eines solchen Verfahrens muss eine Vereinbarung der Parteien vorliegen, die ihnen eine selbstautonome Durchführung des Verfahrens erlaubt. Insofern richtet sich das Verfahren generell nach dem Konflikt. Es existiert kein festes Schema, das Verfahren läuft vielmehr unstrukturiert und einzelfallorientiert ab, wobei die Parteien dabei seinen Ablauf fest in der Hand haben.¹⁰⁹ Sie nehmen Einfluss auf denjenigen, der das Verfahren durchführt, können beispielsweise bestimmen, ob es sich dabei um einen Experten der im Interesse stehenden Streitfrage handelt.¹¹⁰ Jede Partei kann das Verfahren jederzeit ohne Angabe von Gründen beenden. Damit eine solche Freiheit im Verfahren besteht, bedarf es einiger Grundbedingungen, nämlich dass die Parteien jeweils über Verhandlungsspielraum verfügen und dass sie - herausstechende Eigenschaft der ADR - freiwillig handeln.¹¹¹

Die ADR besteht auf den Werten von Kommunikation und Kooperation.¹¹² Damit geht sie mit bekannten Grundwerten des Cyberspace einher.¹¹³ So dauerte es naturgemäß nicht lange, bis der Gedanke einer Anwendung der ADR im Internet aufkam. Im globalen Medium Internet gibt es des öfteren grenzüberschreitende Streitigkeiten.¹¹⁴ Bei der ADR braucht jedoch keine Partei das Heimatgericht der anderen zu akzeptieren, denn die Anbieter von ADR-Verfahren bieten ihre Dienste allesamt auf globaler Ebene an. Auch der prozessuale Aufwand bei herkömmlichen Gerichtsverfahren und die damit verbundenen Durchsetzungsschwierigkeiten im Internet lassen dieses System der Konfliktbewältigung als adäquate Lösung erscheinen.¹¹⁵ Durch die freie Wahl des Schlichters können Schiedspersonen mit besonderer Kenntnis der Problematiken des Internets gewählt werden.¹¹⁶

Die netzbezogene Streitschlichtung wird mittlerweile häufig als „Online Dispute Resolution“ (ODR) bezeichnet.¹¹⁷ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Schlichtungsverhandlung als solche online erfolgen muss. Generell ist ODR von seiner Methodenwahl auf Internetaktivitäten bezogen, kann jedoch auch auf sog. „Offline-Conflicts“ angewandt werden.¹¹⁸ Ein ODR-Verfahren besteht auf den gleichen Prinzipien wie sonstige ADR-Verfahren.¹¹⁹ Die Parteien sollen in einem ersten Schritt miteinander kommunizieren. Hierbei lässt sich ein Vorteil des Internets als Kommunikationsmedium ausspielen, indem der Streit mit vorformulierten Online-„Beschwerdeformularen“, die durch „Ankreuzen“ ausgefüllt werden müssen, schnell auf eine sachliche Ebene geführt und zeitnah verwirklicht werden kann.¹²⁰ Dem Streit-

¹⁰⁹ Ausführlich *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 41 ff.

¹¹⁰ *Jordans*, VuR 2004, S. 93.

¹¹¹ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 61 ff.; *Labes*, ZfV 1998, S. 36.

¹¹² Vgl. die Erörterung von *Hager* anhand des „Gefangenendilemmas“, Konflikt und Konsens, S. 64 ff. An diesem Punkt setzt allerdings die Kritik an, die bezweifelt, ob ADR auch in Deutschland eine Zukunft hat. Zum einen sei der deutsche Zivilprozess durchaus effektiv, zum anderen bestehe in Deutschland eine verfestigte Streitkultur und nicht ein unbedingtes Streben nach Harmonie. Genauer *Schütze*, ZVglRWiss 1998, S. 117 ff.

¹¹³ Vgl. *v. Lewinski*, CRi 2003, S. 168.

¹¹⁴ *Eggs*, S. 228.

¹¹⁵ Vgl. nur *Hoeren*, NJW 1998, S. 2853; *Ladeur*, ZUM 1997, S. 379; *Jung*, K&R 1999, S. 69.

¹¹⁶ *Labes*, ZfV 1998, S. 35. So können beispielsweise Vertreter der ICANN als Experten bei Domainstreitigkeiten eingesetzt werden, *v. Lewinski*, CRi 2003, S. 168.

¹¹⁷ Zu den verschiedenen ODR-Typen s. *v. Lewinski*, CRi 2003, S. 167 f.

¹¹⁸ Eine anschauliche Darstellung findet sich im Internet unter

<www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf>.

Der Geschäftsführer eines privaten ADR-Anbieters <www.squaretrade.com>, *Steve Abernethy*, stellt die Funktionsweise des globalen ODR-Verfahrens vor. Squaretrade ist u.a. ADR-Partner von eBay; der Einstieg in das ADR-Verfahren findet statt unter

<<http://www.ebay.com/help/tp/problems-dispute-resolution.html>>.

¹¹⁹ Klarheit, Kompromissbereitschaft, Einvernehmlichkeit, Neutralität, Vertrauen sind die von *Abernethy* genannten; im Internet unter <www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf>, S. 7.

¹²⁰ Vgl. *v. Lewinski*, CRi 2003, S. 169 sowie *Jung*, K&R 1999, S. 64 f.

gegner wird die Beschwerde per E-Mail weitergeleitet; das Schlichtungs-Programm sorgt für Erinnerung-E-Mails und automatische Einschaltung eines Schlichters, falls der Gegner nicht reagiert.¹²¹ Dabei muss allerdings auf die Gefahr hingewiesen werden, dass aufgrund der Unpersönlichkeit des Online-Kontaktes die Parteien u.U. weniger kompromissbereit sein werden.¹²² Vermögen die Parteien ihren Konflikt nicht im Rahmen der direkten Kommunikation zu lösen, können sie eine Schlichtungsstelle - z.B. einen Mediator - einschalten. Diese werden im Rahmen der ODR häufig „Internetcourt“ genannt. Sie sind weltweit in verschiedenen Ländern ansässig und beherrschen jeweils mehrere Sprachen. Dadurch können fehlende Sprachfertigkeiten als Kommunikationshindernis überwunden werden. Der Mediator vermittelt zwischen den Parteien und versucht, eine Einigung herbeizuführen.

Exkurs: Das UDRP-Verfahren als Beispiel der ODR

Beispiel für eine der ersten Regelungen über ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren im Internet ist die von der ICANN und der WIPO entwickelte UDRP (= Uniform Domain Name Resolution Policy)¹²³. Mit dieser Richtlinie wurde ein Schlichtungsverfahren für die Beilegung von Streitigkeiten über Domain-Namen geschaffen, dem die UDRP-Regeln zugrunde liegen.¹²⁴ Wer die Eintragung eines Domain-Namens beantragt und eine entsprechende Vereinbarung mit der ICANN unterzeichnet, kann sich durch Verweis auf die UDRP-Regeln mit einem entsprechenden Schlichtungsverfahren einverstanden erklären. Nach diesen Regeln führt ICANN eine Liste anerkannter Schlichtungsorganisationen, zu denen beispielsweise die WIPO¹²⁵ und das CRP Institute for Dispute Resolution¹²⁶ gehören. Das Verfahren wird von einer Schlichtungskommission vorgenommen, deren Mitglieder von der jeweiligen Schlichtungsorganisation ernannt werden. Generell muss die Kommission innerhalb von 14 Tagen zu einer Entscheidung gelangt sein. Eine Klageerhebung vor einem herkömmlichen Gericht wird durch die UDRP-Regeln nicht ausgeschlossen. Bei Einleitung eines solchen Gerichtsverfahrens liegt es im Ermessen der Kommission, das bei ihr anhängige Verfahren auszusetzen.

(3) Die Durchsetzung des Verhandlungsergebnisses

Ist eine Einigung erzielt, ist der Wille der Beteiligten entscheidend, das Ergebnis des Verfahrens auch zu akzeptieren. Grundsätzlich muss unterschieden werden, ob ein freiwilliges Schlichtungsverfahren zu einer bindenden oder einer nicht-bindenden Entscheidung führt. Bei einer nicht-bindenden Entscheidung hängt deren Durchsetzung allein vom Wohlwollen der Parteien ab. Eine gerichtliche Durchsetzung ist nicht möglich. Wenn sich die Parteien dagegen einer Bindung unterwerfen, sollte die Entscheidung unmittelbar durchgesetzt werden können. Dass das von den Parteien ausgehandelte Ergebnis die Form (und entsprechende Bindungswirkung) einer schuldrechtlichen Vereinbarung haben kann, ist

¹²¹ Hier ergibt sich die interessante Frage, ob Software das Gericht ersetzen kann. Vgl. dazu im 8. Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“, unter V.

¹²² Jung, K&R 1999, S. 70.

¹²³ Im Internet unter <<http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm>> und <<http://www.wipo.int>>.

¹²⁴ Eine ausführliche Behandlung anhand eines Fallbeispiels findet sich bei Dirk Lehmkuhl, „The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems“, ZfRSoz Jg. 23 (2002), S. 61 ff.

¹²⁵ Zuständig innerhalb der WIPO ist der „Arbitration and Mediation Center“; im Internet unter <<http://arbitrator.wipo.int/center/index.html>>.

¹²⁶ Im Internet unter <<http://www.cpradr.org>>.

allgemein anerkannt.¹²⁷ Eine unmittelbare Vollstreckbarkeit erfolgt hieraus allerdings nicht, denn dazu bedürfte es einer herkömmlichen Gerichtsverhandlung.¹²⁸ Damit wäre allerdings der ganze Vorteil der ADR wieder aufgebraucht, weshalb sich die Anstrengungen in der Praxis darauf konzentrieren, den Parteien wenigstens etwas Bindungs- bzw. Durchsetzungssicherheit zu geben.¹²⁹ Nichtsdestotrotz ist - auch aus psychologischen Gründen - das Einfügen einer Vertragsstrafklausel bei einer Weigerung der Umsetzung der Vereinbarung ratsam.¹³⁰ Sinnvoll erscheint auch, abhängig vom konkreten Konflikt, die Vereinbarung einer Sicherheit wie beispielsweise einer Bürgschaft oder der Hinterlegung eines Geldbetrags bei einem vertrauenswürdigen Dritten.¹³¹

Eine größere Rechtssicherheit ließe sich jedoch mit einer unmittelbaren Durchsetzbarkeit der Vereinbarung erzielen, weshalb in der Literatur entsprechende Vorschläge unterbreitet werden.¹³² Eine unmittelbare Vollstreckung kommt zum einen durch den Abschluss eines Anwaltsvergleiches i.S.d. § 796 a - c ZPO in Betracht, wenn sich der Schuldner nach § 796 a Abs. 1 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.¹³³ Den Anwälten, die einen Vergleich aushandeln, wird durch das Gesetz besonderes Vertrauen bezüglich ihrer Rechtsberatungsqualitäten entgegengebracht.¹³⁴ Aus diesem Grund ist in einem solchen Falle eine sofortige Zwangsvollstreckung möglich. International ist die Vollstreckbarkeit eines Anwaltsvergleiches allerdings problematisch, da dieser schon auf europäischer Ebene nicht anerkannt sein wird.¹³⁵ Eine andere Möglichkeit - insbesondere für Parteien, die nicht anwaltlich beraten sind - ist das Aufsetzen einer notariellen Urkunde, in der sich der Schuldner der sofortigen Vollstreckbarkeit unterwirft, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.¹³⁶ Doch auch eine solche Urkunde ist international nur eingeschränkt vollstreckbar, wengleich sie zumindest auf europäischer Ebene anerkannt wird.¹³⁷

Vollstreckbar - über das New Yorker UN-Übereinkommen auch praktisch weltweit¹³⁸ - wäre das Ergebnis einer ADR-Verhandlung, wenn es sich hierbei um einen Schiedsspruch i.S.d. §§ 1051 ff. ZPO handelte¹³⁹. Dessen Bindungswirkung ist in § 1055 ZPO normiert.¹⁴⁰ Doch sind ADR-

¹²⁷ *Labes*, DZWIR 1998, S. 354; *Lörcher*, DB 1999, S. 789; *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 126. Zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten ausführlich *Hacke*, S. 272 ff.

¹²⁸ Zu alledem vgl. im Internet unter <<http://www.online-adr.com/definitions.htm>>.

¹²⁹ Wobei allenthalben betont wird, dass ein in einem freiwillig durchgeführten Verfahren erzieltetes Ergebnis aller Voraussicht nach auch freiwillig erfüllt wird, *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 126; *Jordans*, VuR 2004, S. 93, zumal auch die Internetgemeinde unnachsichtiges Verhalten durch ihre Reaktionen bestrafen kann, *Jung*, K&R 1999, S. 67. Doch der Jurist kann nicht vorsichtig genug sein...

¹³⁰ Vgl. v. *Lewinski*, CRi 2003, S. 173; beachte hierzu den Klauselvorschlag von *Hacke*, S. 335.

¹³¹ *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 18; v. *Lewinski*, CRi 2003, S. 173.

¹³² Auch an dieser Stelle zeigt sich die Vorsicht des Juristen: „Indes: Selbst ein klug gestalteter materiellrechtlicher Vertrag bietet keine Garantie dafür, daß er auch erfüllt wird.“ *Eidenmüller*, S. 44.

¹³³ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 127 mwN.; *Lörcher*, DB 1999, S. 790; *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 19 ff.

¹³⁴ *Lörcher*, DB 1999, S. 790.

¹³⁵ *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 24; *Eidenmüller*, S. 46 mwN. Ein Verweis erfolgt auf das Europäische Vollstreckungsübereinkommen EuGVÜ. Der dabei zugrunde gelegte Inhalt des Art. 51 EuGVÜ findet sich mittlerweile in Art. 58 EuGVVO. Dessen Wortlaut wurde zwar leicht verändert, hat den Inhalt der Bestimmung jedoch nicht verändert. So bedarf es zur Vollstreckbarkeit nach Art. 58 EuGVVO noch immer eines *vor einem Gericht* geschlossenen Vergleichs.

¹³⁶ *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 25; *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 127.

¹³⁷ *Eidenmüller*, S. 46. Nunmehr geregelt in Art. 57 EuGVVO.

¹³⁸ New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1958, BGBl. 1961 II, S. 121.

¹³⁹ Zu einem speziellen Online-Schiedsgerichtsverfahren, dem „Virtual Magistrate Project“, ausführlich *Jung*, K&R 1999, S. 63 ff.

¹⁴⁰ § 1055 ZPO: „Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.“ Schiedsverfahren werden insbesondere im internationalen Wirtschaftsverkehr zur Streitbeilegung häufig genutzt, *Jordans*, VuR 2004, S. 94.

Schlichtungsstellen gerade nicht mit Schiedsgerichten i.S.d. § 1034 ff. ZPO gleichzusetzen.¹⁴¹ Denn dazu bedürfte es einer Übertragung der Entscheidungsmacht auf den Schiedsrichter, was wiederum den Grundsätzen der ADR entgegensteht.¹⁴² Allerdings gibt es entsprechende Versuche, die Wirkung eines Schiedsspruches auf eine ADR-Entscheidung auszuweiten. So könnte eine solche Entscheidung als „Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut“ i.S.d. §§ 1053 Abs. 2, 1054 ZPO ergehen.¹⁴³ Zunächst wurde vorgeschlagen, dies auf dem Weg einer Verknüpfung von ADR- und Schiedsverfahren umzusetzen. Aufgrund der wesentlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten wurde dieser Ansatz jedoch wieder aufgegeben.¹⁴⁴ Nunmehr soll das Ergebnis mit der parallelen bzw. aufeinanderfolgenden Durchführung beider Verfahren erreicht werden.¹⁴⁵ Diese Möglichkeit wird unter Respektierung der gesetzlichen Vorgaben des Schiedsverfahrens als gangbarer Weg angesehen.¹⁴⁶ Mit anderen Worten sollen die Parteien ein originäres Schiedsverfahren mit all seinen zwingenden Regeln durchführen. Das hat natürlich zur Folge, dass die einzelne Partei nicht mehr über das Verfahren disponieren kann.¹⁴⁷ In einem solchen Falle wird mithin (auch wenn beide Verfahren als ein „Gesamt“-Verfahren angesehen werden) keine freiwillige ADR praktiziert. Daher darf bezweifelt werden, dass dieser Vorschlag in der Praxis angenommen wird. Die Vorteile zweier Verfahren sind nicht recht einsichtig¹⁴⁸ und deren parallele Durchführung erscheint umständlich und unübersichtlich.

Doch auch, wenn zwei Verfahren durchgeführt werden, zeigt sich doch im Ergebnis, dass die ADR selbst es nicht vermag, unmittelbar bindende Verhandlungsergebnisse herbeizuführen. Aus diesem Grund wurde den „Internetcourts“ gerade in der frühen Phase der ADR recht viel Skepsis entgegengebracht.¹⁴⁹ Doch lediglich die mangelnde Bindungswirkung der Entscheidung scheint als Kritikgrund etwas kurz zu greifen. Schließlich ist eine der Funktionen der Selbstregulierung gerade die Ergänzung herkömmlicher Verfahrensarten. Maßgeblich ist primär, dass die Entscheidung der Schiedsstelle von den Beteiligten akzeptiert und auf diese Weise Rechtsfrieden geschaffen wird. Insofern sticht auch das Argument nicht, dass die Internetgemeinde zunehmend inhomogen wird und daher nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass die Entscheidung einer Schiedsstelle noch auf dem „Common Sense“ der Community beruht¹⁵⁰. Wenn diese Ansicht schon grundlegend bezweifelt werden darf, so wird es bei der Entscheidung einer Schlichtungsstelle stets nur auf die Akzeptanz durch die beteiligten Parteien ankommen. Diese Akzeptanz ließe sich auch wiederum durch die Durchführung eines erneuten ADR-Verfahrens sichern, im konkreten Vorschlag mithin eine Mediation nach der Mediation.¹⁵¹ Fraglich ist hierbei nur, ob die Parteien bei einem Scheitern der ersten ADR-Verhandlung nochmals auf freiwilliger Basis zueinander finden.¹⁵²

Alle Überlegungen führen zu der Erkenntnis, dass schlussendlich die ADR eben doch von einer zentralen Bedingung durchdrungen ist, nämlich die der Freiwilligkeit und Bereitschaft der Parteien zur end-

¹⁴¹ Vgl. *Hoeren*, NJW 1998, S. 2853.

¹⁴² Zur Abgrenzung gegenüber anderen Schlichtungsverfahren s. *Baumbach/Lauterbach/Albers*, Grundz § 1025, Rn. 9 ff.

¹⁴³ *Lörcher*, DB 1999, S. 789.

¹⁴⁴ Siehe die Selbstberichtigung von *Lörcher*, DB 1999, S. 789 im Vergleich zu *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 29.

¹⁴⁵ Vgl. *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 36 ff.

¹⁴⁶ *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 43.

¹⁴⁷ So ausdrücklich *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 32.

¹⁴⁸ Denn der Zwang des Schiedsverfahrens lässt sich dadurch nicht umgehen.

¹⁴⁹ *Hoeren*, NJW 1998, S. 2853.

¹⁵⁰ So aber *Hoeren*, NJW 1998, S. 2853.

¹⁵¹ *Haft/v. Schlieffen/Lörcher*, § 28, Rn. 17.

¹⁵² Zumal selbst dann die Gefahr einer Endlos-Mediations-Schleife besteht.

gültigen Konfliktlösung. Daher wird ihre größte Stärke auch gleichzeitig als ihre größte Schwäche angesehen.¹⁵³

(4) Das Verhältnis von ADR und Recht

Beachtenswert ist daher umso mehr, dass sich auch das Gesetz der doch so andersartigen außergerichtlichen Streitbeilegung öffnet. Seit dem 1.1.2000 schafft § 15 a EGZPO Raum für ein obligatorisches Schlichtungsverfahren im Vorfeld einer Gerichtsverhandlung. § 36 a UrhG beschäftigt sich seit dem 1.7.2002 mit der alternativen Streitschlichtung bei Konflikten über die angemessene Vergütung hinsichtlich der Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis der Werknutzung bei urheberrechtlich geschützten Werken. Es stellt sich die Frage, ob mit der Ergänzung der herkömmlichen Streitentscheidung durch ein neues Konfliktbeilegungsmodell nicht die Gefahr systematischer Brüche entsteht. Denn dadurch wird die Trennung zwischen vor- und außergerichtlicher Streitbeilegung unterbrochen. Bedeutsam dürfte dabei nicht nur die Bedingung der Freiwilligkeit sein, die die beiden Systeme unterscheidet. Ebenso gravierend ist eine grundsätzliche Unterscheidung bezüglich des Schutzes der Streitparteien.

(a) § 15 a EGZPO

§ 15 a EGZPO flankiert § 278 Abs. 2 ZPO dadurch, dass den Bundesländern die Möglichkeit gegeben wird, eigene Gütestellen zur Beilegung von Streitigkeiten einzurichten, bei denen der Streitwert oder das öffentliche Interesse gering ist.¹⁵⁴ § 15 a Abs. 1 S. 1 EGZPO zählt dabei die Fälle auf, in denen das Güteverfahren obligatorisch ist.¹⁵⁵ Die Zulässigkeit einer herkömmlichen Klage hängt dann - zumindest zum Teil - von einem solchen Verfahren ab. Bedenken bestehen insofern, als in Deutschland Anspruch auf den staatlichen Richter besteht, Artt. 92 und 103 Abs. 1 GG. Ein Verzicht auf diesen Anspruch bedarf der freiwilligen Zustimmung durch die Parteien. Wenn solche freiwilligen Verhandlungen nun zur Prozessvoraussetzung werden, bedeutet dies eine Abkehr vom Prinzip der Freiwilligkeit. Argumentative Rettung erfolgt durch den Hinweis, dass das Schlichtungsverfahren die vorgerichtliche Güteverhandlung lediglich ergänzt und durch die Schlichtung das herkömmliche Gerichtsverfahren zwar verschoben, nicht aber verweigert wird.¹⁵⁶ Außerdem werden die Parteien während des Schlichtungsverfahrens nicht zu einer Einigung gezwungen. Dennoch bleibt festzustellen, dass die Parteien zur Entlastung der Gerichte zunächst zu einer Güteverhandlung gedrängt werden und hierbei Gefahr laufen, Rechte einzubüßen. Denn anders als vor Gericht, wo „Recht“ gesprochen wird, ist primäres Ziel der Güteverhandlung die formale „Einigung“ der Parteien.¹⁵⁷ Der Inhalt dieser Einigung ist sekundär. Somit ist auch bei einer materiell „ungerechten“ Eini-

¹⁵³ Labes, ZfV 1998, S. 36; ders., DZWir 1998, S. 353; Jordans, VuR 2004, S. 93; ähnlich v. Lewinski, CRi 2003, S. 173.

¹⁵⁴ Landesrechtliche Gütestellen wurden bislang eingerichtet in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein. Zu den Fundstellen der Landesgesetze s. *Baumbach/Lauterbach/Albers*, Anhang nach § 15 a EGZPO.

¹⁵⁵ Diese Liste wird in den Landesgesetzen entweder wiederholt oder ausdifferenziert.

¹⁵⁶ Jordans, VuR 2004, S. 93 mwN.

¹⁵⁷ Ausdrücklich in § 4 Abs. 2 S. 1 SchlG BW, § 34d Abs. 1 S. 1 SchStG LSA, § 2 S. 2 GüSchlG Hess. Verstärkt wird dies durch die Bestimmung, dass die Schlichtungsperson für die zügige Erledigung des Schlichtungsverfahrens Sorge tragen soll, Art. 8 Abs. 1 S. 4 BaySchlG. Nach § 2 S. 1 GüSchlG Hess ist es Aufgabe der Gütestelle, die Inanspruchnahme der Gerichte in geeigneten Fällen entbehrlich zu machen.

gung, zu der eine unterlegene Partei gedrängt werden kann, das Ziel der Güteverhandlung erreicht.¹⁵⁸ Anders als ein Richter ist die Schlichtungsperson nicht dem Schutz der Parteien verpflichtet und steht nicht über ihnen. Vielmehr steuern die Parteien sie.¹⁵⁹ Die Funktion des formalen Verfahrens und der Richterpflichten werden im Rahmen der ADR gleichsam ausgespart; ein Schutz des Schwächeren durch das Recht findet nicht statt.¹⁶⁰ Stattdessen wird die Einigung per se als gerecht angesehen, weil eben die Parteien sie so vereinbart haben.¹⁶¹ Einen ähnlichen Hintergrund hat der Grundsatz „pacta sunt servanda“.

Um dieser Gefahr zu begegnen, erfolgt der Rückgriff auf verschiedene Schutzmechanismen, von denen einige bereits durch die Korrektur des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ bekannt sind. So werden zur „Sicherung eines fairen Ergebnisses“¹⁶² die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie¹⁶³ ebenso bemüht wie die Regeln der Vertragsauslegung und -anpassung¹⁶⁴. Doch bleibt es im Rahmen der ADR nicht nur bei solch allgemeinen Kontrollinstrumenten. Ein wichtiger Faktor für den Schutz der Parteien wird einhellig in der Neutralität des Schlichtungsleiters gesehen.¹⁶⁵ Dabei besteht allerdings Uneinigkeit darüber, wie weit der Schlichter in die eigentliche Streitfrage involviert wird, ob er also lediglich moderieren oder aktiv bei der Streitbeilegung helfen soll.¹⁶⁶ Je neutraler die Schlichtungsperson ist, desto mehr Chancen bestehen natürlich auf ein objektiv gerechtes Verhandlungsergebnis. Dennoch verbleibt es beim Grundsatz, dass auch der neutrale Schlichter das Ziel der Einigung verfolgt. Daher wird allgemein für die Errichtung von Verfahrensgarantien plädiert. Dies beginnt mit der Normierung zusätzlicher Pflichten in den Landesgesetzen, abhängig davon, wer als Schlichtungsperson zugelassen ist.¹⁶⁷ Darüber hinaus wird das Verhandlungsergebnis von unabhängigen (Außen-)Anwälten überprüft, bevor ihm die Parteien zustimmen.

Neben der Neutralität ist die Qualifikation des Schlichters für ein zufriedenstellendes Ergebnis wesentlich, da ein auch noch so neutraler, aber schlichtweg überforderter Schlichtungsleiter ein ungerechtes Ergebnis herbeiführen kann. Aus diesem Grund wird die Leitung in einigen Bundesländern nur in die erfahrenen Hände rechtskundiger Personen wie Notaren oder Rechtsanwälten gelegt.¹⁶⁸ In einigen Landesgesetzen werden darüber hinaus die Gütestellen zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet.¹⁶⁹ Aber auch außerhalb der Gesetze kann eine Absicherung erreicht

¹⁵⁸ Vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 89.

¹⁵⁹ Ein Mediator beispielweise kann jederzeit von den Parteien entlassen werden, *Jordans*, VuR 2004, S. 95.

¹⁶⁰ *Hager* spricht daher von einer „unkontrollierten, strukturlosen Herrschaft“, wenn das haltgebende Recht verlassen wird, Konflikt und Konsens, S. 90 mwN.

¹⁶¹ „Verhandlungslösungen ziehen ihre Richtigkeitsgewähr aus dem Dialog.“, *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 44.

¹⁶² So die Diktion von *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 122.

¹⁶³ Z.B. Anfechtung oder §§ 134, 138 BGB; *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 122 f.

¹⁶⁴ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 123 f.

¹⁶⁵ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 89 f.; *Jordans*, VuR 2004, S. 95 mwN.; *Eggs*, S. 238 f.; *Waltermann/Machill*, S. 196. Dies wird auch teilweise in den Landesgesetzen ausdrücklich normiert: „Die Schlichtungsperson ist unparteiisch und unabhängig.“, § 6 Abs. 1 S. 1 SchlG BW. Ähnlich Art. 8 Abs. 1 S. 3 BaySchlG. Zur Sicherstellung der Neutralität wird die Schlichtungsperson im Falle der Befangenheit (§§ 41, 48 ZPO) nach § 6 Abs. 3 S. 1 SchlG BW durch die Gütestelle entbunden und eine Nachfolge bestimmt.

¹⁶⁶ Zweiteres würde auch die Äußerung von juristischen Meinungen beinhalten, *Jordans*, VuR 2004, S. 95.

¹⁶⁷ Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 SH LSchlG, Art. 8 Abs. 1 S. 2 BaySchlG unterliegen die Rechtsanwälte bei Durchführung eines Verfahrens in der Rolle der Schlichtungsperson ihren allgemeinen Berufspflichten.

¹⁶⁸ Vgl. *Lauer*, NJW 2004, S. 1280. Mehr nach einem frommen Wunsch klingt es dagegen in den Gesetzen, die jede natürliche Person als Schlichtungsperson zulassen, wenn „nach Persönlichkeit und Fähigkeiten die Gewähr für eine unabhängige und objektive Schlichtung geboten wird“, §§ 3 Abs. 1 Bbg GüteStG, GüSchlG Hess, GüSchlG NRW.

¹⁶⁹ §§ 5 Bbg GüteStG, GüSchlG Hess, GüSchlG NRW, § 37g Saar LSchlG.

werden, so durch einen Verhandlungsvertrag zwischen den Parteien¹⁷⁰, mehr noch allerdings durch die Aufstellung allgemeiner Verhandlungsregeln. Diese Regeln können durch die jeweiligen Schlichtungsinstitutionen¹⁷¹ oder von dritter Stelle¹⁷² allgemeingültig geschaffen werden. Hält man sich allerdings die Grundsätze der ADR vor Augen, so liegt ihr Vorzug ja gerade in ihrer leichten Handhabbarkeit, hervorgerufen durch die Loslösung von festen Regeln. M.a.W. widerspricht die Bindung an Verfahrensregeln dem Grundgedanken der ADR.¹⁷³ Nichts desto trotz muss eine gerechte Abwägung gefunden werden zwischen der Wandlungsfähigkeit der ADR und dem Schutz des Verfahrens.¹⁷⁴ Nur so lassen sich die Vorteile der ADR bedenkenfrei nutzen.

(b) § 36 a UrhG

§ 36 a UrhG beschäftigt sich mit der Einrichtung von Schlichtungsstellen zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln zwischen (Vereinigungen von) Urhebern und Werknutzern. Bei dem Verfahren i.S.d. § 36 a UrhG sollte es sich nach dem ersten Gesetzesentwurf um ein Schiedsstellenverfahren handeln, welches zu einem Einigungsvorschlag und bei Ablehnung desselben zu einem gerichtlichen Verfahren führte.¹⁷⁵ Die Vergütungsregel hätte mithin gerichtlich erwirkt werden können.¹⁷⁶ Von diesem Modell wurde bei der endgültigen Fassung jedoch abgesehen.¹⁷⁷ Die beiden Streitparteien haben nun nach § 36 Abs. 4 UrhG die Möglichkeit, einen Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle herbeizuführen, dem allerdings widersprochen werden kann. In einem solchen Falle ist das Verfahren beendet; eine gerichtliche Durchsetzung ist ausgeschlossen.¹⁷⁸

Die zunächst angedachte Zwangslösung wäre ein Widerspruch zur Freiwilligkeit des Schlichtungsverfahrens gewesen. An diesem Grundsatz sollte jedoch festgehalten werden.¹⁷⁹ Wenn auch im Gesetz nicht klar ausgedrückt, ergibt sich doch aus dem Zusammenhang, dass es sich bei dem Schlichtungsverfahren um ADR handelt. So ist die Schlichtungsstelle i.S.d. § 36 a UrhG keine Dauereinrichtung wie z.B. die Schiedsstelle nach dem UrhWG. Sie wird vielmehr für den konkreten Fall gebildet und danach wieder aufgelöst.¹⁸⁰ Die Parteien können daneben nach § 36 a Abs. 7 UrhG die Durchführung des Verfahrens einvernehmlich selbst bestimmen.¹⁸¹ Bei der Einleitung des Verfahrens ist die völlige Freiwilligkeit allerdings insofern eingeschränkt, als nach § 36 a Abs. 1 UrhG jede Partei die Schlichtungsstelle auch einseitig anrufen kann, es somit nicht eines einverständlichen Verfahrensbeginns bedarf. Grundsätzlich bleibt die Freiwilligkeit des Verfahrens vor einer Schlichtungsstel-

¹⁷⁰ Vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 117 ff. Wobei hier, ebenso wie bei der eigentlichen Verhandlung, die Gefahr einer ungerechten Vereinbarung besteht.

¹⁷¹ Genauer *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 112 ff.

¹⁷² Hervorzuheben sind besonders die Initiativen auf europäischer Ebene, *Jordans*, VuR 2004, S. 96; vgl. dazu das „Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Zivil- und Handelssachen“, Vorlage der Kommission, KOM (2002) 196 endgültig.

¹⁷³ Entsprechend beklagt sich *Gottwald* über eine „Tendenz zur Verrechtlichung von ADR“, FPR 2004, S. 164.

¹⁷⁴ Dies sieht auch *Gottwald* so, FPR 2004, S. 167, der auch gleich Vorschläge zur Regelung des ADR-Verfahrens macht.

¹⁷⁵ BT-Drucks. 14/6433, S. 16 f.

¹⁷⁶ *Dreier/Schulze*, § 36, Rn. 2.

¹⁷⁷ Grund für die Änderung waren verfassungsrechtliche Bedenken bei der Zwangsschlichtung, die u.U. der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Koalitionsfreiheit, aber auch der im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG gewährten Vertragsfreiheit entgegengestanden hätte; *Dreier/Kotthoff/Meckel*, § 36 Rn. 2 und 4 mwN.; *Dreier/Schulze*, § 36 Rn. 2 mwN.

¹⁷⁸ *Dreier/Schulze*, § 36, Rn. 2.

¹⁷⁹ *Dreier/Kotthoff/Meckel*, § 36, Rn. 2.

¹⁸⁰ *Dreier/Schulze*, § 36 a, Rn. 2.

¹⁸¹ Genauer *Dreier/Schulze*, § 36 a, Rn. 20.

le i.S.d. § 36 a UrhG jedoch gewahrt. Ebenso grundsätzlich besteht dabei wiederum die Gefahr, dass eine unterlegene Partei übervorteilt wird. Auch wenn gem. § 36 Abs. 4 S. 2 UrhG ausdrücklich dem Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle widersprochen werden kann, so ergibt sich hieraus keine wesentliche Änderung zu anderen ADR-Verfahren.¹⁸² Auch die Schlichtungsstelle wird ihre vorrangige Aufgabe in der Herbeiführung einer Einigung sehen. Die Gefahr eines „unfairen Ergebnisses“ wird zudem dadurch verstärkt, dass einem abgelehnten Einigungsvorschlag vor Gericht immerhin Indizwirkung bezüglich der Angemessenheit der Vergütung zukommen soll.¹⁸³

(c) Zwischenbewertung

Die ADR ist als Alternative zum Recht angetreten. Weg von einer Überregulierung, will sie Raum schaffen für vom Rechtsgefühl getragene, kreative Lösungsansätze.¹⁸⁴ Daher sind ADR und Recht schon von ihrem Grundverständnis her unterschiedlich, teilweise sogar gegensätzlich. Eine Verbindung der beiden Systeme führt zu grundsätzlichen Schwierigkeiten, die sich - wie gesehen - vielleicht abmildern, nicht jedoch beheben lassen. Wenn die ADR generell auch gut dazu geeignet sein mag, zur Entlastung der Gerichte beizutragen, so muss ihrer Anwendung innerhalb des herkömmlichen Rechts doch mit Vorsicht begegnet werden. Ob die Öffnung des Gesetzes zur außergerichtlichen Streitbeilegung nur Vorteile bringt, darf bezweifelt werden.¹⁸⁵ Die ADR sieht ihre Aufgabe - das sagt schon ihr Name - in einer Alternative zu dem herkömmlichen Gerichtsverfahren. Sie tritt mit ihm in Konkurrenz, statt es zu ergänzen. Grundsätzlich sollten die beiden Systeme daher nebeneinander und nicht ineinander verwendet werden. Die Streitparteien können dann wählen, welchen Weg zur Konfliktbeilegung sie einschlagen wollen. Dies verschafft ihnen den Vorteil einer Rechtsverfolgung entweder „innerhalb“ oder „außerhalb“ des Rechtssystems. Bei einer Verknüpfung droht dagegen Verwässerung und damit letztlich Rechtsunsicherheit.¹⁸⁶

Innerhalb der ADR spielt das Recht jedoch eine erhebliche Rolle. Es ist nicht nur zu ihrer Kontrolle notwendig, sondern die ADR macht sich die durch die Gerichte vorgenommene Rechtsfortbildung zunutze. Da die ADR mithin keine Weisungsfunktion besitzt, wirkt das Recht trotz ihrer Freiheit in ihr fort. Ansonsten würde sie uferlos und konturlos.¹⁸⁷

¹⁸² Nach dem Gesetz macht die Schlichtungsstelle einen begründeten Einigungsvorschlag, dem - abgesehen von einer gesetzlichen Fiktion - von beiden Parteien zugestimmt werden muss, § 36 Abs. 4 UrhG. Es besteht demnach nicht die Möglichkeit, Widerspruch gegen eine bereits geschlossene Einigung einzulegen.

¹⁸³ *Dreier/Schulze*, § 36, Rn. 2; *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 36, Rn. 25.

¹⁸⁴ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 39.

¹⁸⁵ Noch immer haben bei weitem nicht alle Bundesländer die Möglichkeit genutzt, Schlichtungsgesetze zu erlassen. Im Gegenteil werden in einigen der Länder, die ein entsprechendes Gesetz erlassen haben, diese bereits überprüft. Rein zahlenmäßig kann das Verfahren vor der Gütestelle bislang keine Entlastung der Gerichte darstellen. Nicht nur die Zahl der solchermaßen eröffneten Verfahren ist quasi unbedeutend, auch die Erfolgsquote ist mit unter 15 % sehr gering. Vielmehr erfolgt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten statt des Güteverfahrens eine verstärkte Nutzung des Mahnbescheides, §§ 688 ff. ZPO. Zu den entsprechenden Zahlen vgl. *Lauer*, NJW 2004, S. 1281.

¹⁸⁶ Dies ist nach *Callies* auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 15 a EGZPO eine künstliche Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten darstellen soll, um den Streitschlichtern eine Steigerung ihrer Attraktivität zu verschaffen, *RabetsZ* 68 (2004), S. 268. Diese Annahme verträgt sich jedoch nicht recht mit der Feststellung von *Callies*, das Wachstum der ODR sei Folge eines generellen Mangels an Rechtssicherheit im Internet und dies führe zur Flucht in die Privatisierung der Streitschlichtung, *RabetsZ* 68 (2004), S. 258.

¹⁸⁷ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 40.

(5) Die weitere Entwicklung der ADR/ODR: Problem des Überangebots?

In besonderen Praxisfeldern wie Familien- und Umweltmediation¹⁸⁸ hat die Bedeutung der ADR bereits zugenommen. Nach und nach wird sie auch bei wirtschaftlichen Auseinandersetzungen herangezogen. Gerade die recht einfache Anwendung im Internet und ihre Integration in einigen Internet-Gütesiegeln trägt zu einer weiteren Verbreitung bei. Inzwischen gibt es eine Anzahl von Schlichtungsstellen, die ihre Dienste anbieten.¹⁸⁹ Darunter finden sich Institutionen, die ein Schlichtungsverfahren auch unabhängig von einer Siegel-Mitgliedschaft anbieten. Ein Beispiel hierfür ist der „Bundesverband Verbraucher Initiative e.V.“, der ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren bei Internet-Käufen zwischen deutschen Verbrauchern und Anbietern, die ihren Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat haben, praktiziert.¹⁹⁰ Diese Fülle von verschiedenen Schlichtungsorganisationen mit unterschiedlichen Verfahrensabläufen führt allerdings zu einer Gefahr, wie sie schon bei den Gütesiegeln selbst angesprochen wurde - nämlich die des Überangebots und der daraus resultierenden Intransparenz des Marktes.¹⁹¹ Um diese Gefahr zu bannen, bedarf es einer Kooperation auf den verschiedenen Feldern der ADR. Erfahrungen aus dem Ausland zeigen, dass es im Interesse der ADR-Anbieter liegt, ihre Kräfte zu koordinieren.¹⁹² Dies ließe sich durch einen gemeinsamen Verhaltenskodex zur Durchführung von ADR-Verhandlungen erreichen¹⁹³, der sowohl zu einer Standardisierung des Verfahrens beitragen, als auch den Verfahrensgang für die Streitparteien transparenter machen würde.¹⁹⁴

(6) Bewertung der ADR/ODR

Die ADR ist eine Bewegung, die im europäischen Raum an Stärke zunimmt, wenn sie auch noch nicht in vollem Umfang genutzt wird. Das mag daran liegen, dass in die alternative Streitbeilegung noch kein allzu großes Vertrauen besteht. Zu unbekannt wird dieses Verfahren den Nutzern sein. Die ADR schafft jedoch die Möglichkeit einer zügigen und grundsätzlich unkomplizierten Konfliktbeilegung. Daher wird sie sich für Konflikte eignen, bei denen die Parteien an einer raschen, ergebnisorientierten Lösung interessiert und auch dazu bereit sind, sich auf diese „aufgelockerte“ Form der Streitbeilegung einzulassen.¹⁹⁵ Gerade in der Internetgemeinde besteht ein gewisses Entwicklungspotenzial, da dort die Erkenntnis vorherrscht, dass sich durch Kommunikation viele Missverständnisse aus dem Weg räumen lassen. Der neue Weg im Cyberspace ist nicht der des Streits, sondern der der Verhandlungen. Die einfache Kommunikationsmöglichkeit im Internet wird zu dieser Entwicklung ihr übriges dazugeben. Insofern kann sich mit der Publikation zufriedenstellender Verhandlungsergebnisse auch das Vertrauen in die ODR entwickeln. Dabei kommt es weltweit auf die Unterschiede in der Streitkultur an: Länder, in

¹⁸⁸ *Gottwald*, FPR 2004, S. 165; *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 88.

¹⁸⁹ Ein Überblick ist im Internet unter <<http://www.online-adr.com/companies.htm>> zu finden.

¹⁹⁰ Im Internet unter <<http://www.ombudsmann.de>>.

¹⁹¹ *Gottwald* stellt fest, dass sich dieses Problem bereits in Deutschland eingestellt hat, FPR 2004, S. 165.

¹⁹² *Gottwald* betrachtet die ADR-Entwicklung in den USA und Australien, FPR 2004, S. 165 und 167.

¹⁹³ So der Vorschlag von *Gottwald*, FPR 2004, S. 168. Ein solcher Kodex erinnert freilich wieder an die Transparenzprogramme der Siegel-Lizenzgeber wie „Initiative D 21“.

¹⁹⁴ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 127.

¹⁹⁵ Beispielsweise bei Konflikten, bei denen der Streitwert nicht allzu hoch ist. *Callies* betont jedoch, dass im Hinblick auf Dauer, Kosten und Risiken bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung bei herkömmlichen Gerichtsverfahren ein gewisser (sanfter) Zwang für die Inanspruchnahme der ADR besteht, *RabelsZ* 68 (2004), S. 275.

denen diese nicht allzu sehr ausgeprägt ist, werden sich dem neuen Weg sicherlich schneller öffnen als solche, in denen die Streitparteien im Gang vor Gericht ihr Heil suchen.¹⁹⁶

Wenn durch eine Vereinheitlichung in Standardsituationen eine größere Transparenz des Verfahrens herbeigeführt wird, vermag die ADR zudem u.U. auch eine Vereinheitlichung der Streitbeilegung neben den nationalen Rechtssystemen zu fördern.¹⁹⁷ Dann würde sie eine echte Alternative zu herkömmlichen Gerichtsverfahren darstellen. Dies käme nicht zuletzt auch der rechtlichen Sicherheit im elektronischen Handel zugute.

cc. Die Bewertung von Gütesiegeln als Verhaltenskodizes

Nach der ausführlichen Betrachtung der möglichen Inhalte von Internet-Gütesiegeln zeigt sich, dass diese völlig unterschiedliche Aussagen beinhalten können.

Zunächst ist dies die Einhaltung verschiedener gesetzlicher Regelungen, vor allem die Erfüllung der Informationspflichten. Darüber hinaus können weitere Pflichten eingegangen werden, wie die Lieferung innerhalb einer bestimmten Frist oder die werbewirksame Geld-zurück-Garantie.¹⁹⁸ Soweit aber die Pflichten einen über das Gesetz hinausgehenden Vorteil für den Kunden darstellen, sind sie i.d.R. nicht selbstbindend. Von Händlerseite ist mithin nicht gewollt, dass die in den Siegelvorgaben enthaltenen Verpflichtungen ein relatives Recht des Kunden begründen. Nur im Innenverhältnis zwischen Siegel-Lizenzgeber und Online-Händler kann die Einhaltung der Kriterien Vertragspflicht sein und ein Verstoß entsprechende Sanktionen nach sich ziehen.¹⁹⁹ Schließlich kann bei einem Konflikt auf die durch das Siegel angebotene Möglichkeit der Eröffnung eines ODR-Verfahrens verwiesen werden. Dadurch wird dem Kunden insofern Sicherheit gegeben, als er durch Anrufung der Schlichtungsstelle den Online-Händler zwingen kann, sich auf das Verfahren einzulassen. Dies stellt einen unbestreitbaren Vorteil für den Nutzer dar, der ansonsten lediglich auf den herkömmlichen Gerichtsweg verwiesen wäre und diesen aufgrund des zeitlichen oder finanziellen Aufwands relativ zum Streitwert seltener wahrnehmen würde.

Auch wenn die Gütesiegel kaum rechtliche Bindung gegenüber den Kunden auslösen, sind sie doch ein Zeichen für Kulanz. Durch kulanteres Verhalten kann Kundenvertrauen generiert werden und genau das ist auch ihr Zweck. Insofern ist es für die Wirkung der Siegel nicht notwendig und vom Händler wohl auch kaum erwünscht, den Kunden zusätzliche Rechte zu verschaffen. Dass sich aus diesem Grund der Zweck der Siegel, Vertrauen zu erzeugen, allerdings in sein Gegenteil verkehrt²⁰⁰, lässt sich jedoch auf-

¹⁹⁶ Vgl. die Bewertung von *Lauer*, wonach in Deutschland dem Mahnverfahren nach §§ 688 ZPO der Vorzug gegeben wird, NJW 2004, S. 1282. Insofern wird es die ADR in Deutschland schwer haben. Allgemein zur Entwicklung der ADR auch *Karl-Heinz Böckstiegel*, „Schlichten statt Richten“, DRiZ 1996, S. 267 ff.

¹⁹⁷ Vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 127; zur gleichen Wirkung der Online-Schiedsgerichtsbarkeit *Jung*, K&R 1999, S. 70.

¹⁹⁸ Interessant dagegen der Ansatz von *Bizer*, nach dem solche Haftungsübernahmen dem Kunden vor Augen führen, dass auch der Händler die Risiken eines Online-Geschäfts hoch einstuft und sie daher eher abschreckend wirken, DuD 2004, S. 72.

¹⁹⁹ *Dahm*, DuD 2002, S. 414.

²⁰⁰ So aber *Dahm*, DuD 2002, S. 415, der ausgehend von der rechtlichen Unverbindlichkeit der Siegel argumentiert, dass der Anbieter mit dem Nutzer stattdessen einen Garantievertrag schließen könnte. Die Tatsache allerdings, dass er dies gerade nicht tut und sich lediglich auf das Siegel beruft, könnte zu einem Misstrauen des Kunden führen. Vgl. auch *Vander*, K&R 2003, S. 343.

grund der vom durchschnittlichen Nutzer kaum zu durchblickenden rechtlichen Lage weniger nachvollziehen.

Allgemein stellt sich die Frage, ob es eine Kontrollinstanz geben soll, die verbindlich festlegt, welche Mindestanforderungen die Siegel erfüllen müssen.²⁰¹ Abgesehen von eigenverantwortlichen Maßnahmen wie der „Initiative D21“ käme diesbezüglich eine gesetzliche Regelung in Betracht. Doch noch ist die Gesetzgebung nicht so weit, über die (Mindest-)Inhalte von Gütesiegeln zu entscheiden. Ein erster Schritt wurde gemacht mit deren Hervorhebung in § 3 Abs. 1 Nr. 5 BGB-InfoV, der Umsetzung des Art. 16 der E-Commerce-Richtlinie. Der (europäische) Gesetzgeber will damit den unverbindlichen Regelwerken einen höheren Stellenwert verschaffen, indem er diese der Informationspflicht unterwirft.²⁰² Dass über diese Norm hinaus Verhaltenskodizes geregelt werden, ist allerdings nicht absehbar. Die Vertrauensproblematik verlagert sich damit zu den Siegel-Lizenzgebern, die ihrerseits glaubhaft machen müssen, dass die von ihnen aufgestellten Vorgaben einen gewissen Sicherheitsstandard bewirken.²⁰³

So lässt sich nach alledem aus den Gütesiegeln kein „fester“ rechtlicher Gehalt herausziehen. Das scheint dafür zu sprechen, dass sie keine Daseinsberechtigung haben dürften. So sind denn die Gütesiegel auf vielen Homepages auch nicht an exponierter Stelle, sondern erst nach einigem Suchen zu finden. Diese Erkenntnis deckt sich mit dem Befund einer Studie aus dem Jahr 2000, nach der die Zahl der Gütesiegel zwar zunimmt, jedoch kaum mit ihnen geworben wird.²⁰⁴ Das wird u.a. daran liegen, dass die Siegel anfangs als starkes kundenbindendes Element angepriesen wurden. Die damit entfachte Erwartungshaltung der Händler dürfte enttäuscht worden sein, als sich zeigte, dass sie nicht das alleinige Attraktionsmittel für potenzielle Kunden sind. Dennoch sollte ihr Nutzen nicht unterschätzt werden. Ihre Existenz ist durchaus bekannt. Sollten sie auch kein „hartes Recht“ darstellen und durchsetzbare Ansprüche begründen, so haben sie dennoch einen über die bloße psychologische Wirkung hinausgehenden Effekt. Im Internet wird das „weiche Recht“ seinen Beitrag zur Lösung des Vertrauensschutzproblems leisten.²⁰⁵ Daher sind Internet-Gütesiegel, die diese Form des Rechts verbreiten helfen, ein nicht zu unterschätzendes Vertrauensmittel im E-Commerce.²⁰⁶

Die Zunahme der Gütesiegel weist zudem auf eine weitere Entwicklung hin. Denn je mehr Online-Händler ein bestimmtes Siegel benutzen, desto größer ist die Chance, dass sich dadurch bestimmte Standards branchen- und grenzübergreifend durchsetzen. Insofern würde dem Kern der Selbstregulierung genüge getan, die eine nationalgrenzenüberschreitende Regelung erreichen will. Erste Ansätze

²⁰¹ *Künzler* (Beitrag *Süme*), S. 184.

²⁰² Ausführlich *Vander*, K&R 2003, S. 340; vgl. im 4. Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter II. 3.

²⁰³ So auch *Vander*, K&R 2003, S. 341; *Hladjk*, DuD 2002, S. 598. Vgl. bezüglich der Mindeststandards die Bewertung der Online-Zeitschrift „Golem.de“ in einem Artikel „Zu viel des Guten: Gütesiegel vergraulen Kunden im Web“, im Internet unter <<http://www.golem.de/0108/15258.html>>. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, wie sich Änderungen des Websiteinhalts nach der Erteilung eines Gütesiegels auswirken. Ein Verstoß gegen die Vergabekriterien fällt in diesem Fall auf die Selbstregulierung zurück. Aus diesem Grund hat beispielsweise die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia die Einführung eines Gütesiegels abgelehnt, vgl. *Künzler* (Beitrag *Waldenberger*), S. 188.

²⁰⁴ *Dahm*, DuD 2002, S. 413 und 415. Im Jahr 2000 lag die Beteiligung an Siegelprogrammen insgesamt zwar bei lediglich 8 %, betrug jedoch unter den kommerziellen Internetauftritten mit dem meisten Verkehr immerhin 45 %; *Hladjk*, DuD 2002, S. 676 mwN.

²⁰⁵ *Dahm*, DuD 2002, S. 415.

²⁰⁶ Auch wenn sie sicherlich nicht im Alleingang dem E-Commerce zum Durchbruch verhelfen werden, s. *Dahm*, DuD 2002, S. 413. Von solch überzogenen Erwartungen sollte nach dem in den letzten Jahren errungenen Erkenntnisgewinn allerdings auch abgesehen werden.

hierzu zeigen sich beispielsweise durch die Schaffung des europaweit geltenden Eurolabels.²⁰⁷ Doch nicht nur innerhalb der Siegel zeigen sich erste Vereinheitlichungstendenzen, die dort festgelegten Verhaltenspflichten wirken sich auch beim Umgang von privaten Nutzern untereinander aus. So werden beispielsweise den Teilnehmern des Internet-Auktionshauses „eBay“ Formulierungen beim Anpreisen der Artikel nahegelegt, die durchaus mit den Informationsvorgaben von Gütesiegeln korrespondieren.²⁰⁸

3. Sonstige Verhaltenskodizes

Neben den weit verbreiteten Gütesiegeln gibt es eine Reihe anderer Verhaltensregelwerke, die als Prinzipienkataloge oder Richtlinien zur legalen und korrekten Nutzung des Internets aufrufen. Sie werden meist von branchenspezifischen Verbänden oder Organisationen aufgestellt.²⁰⁹ Beispiele hierfür sind die „Ehrenkodizes“ diverser Arbeitsgruppen des „Deutschen Direktmarketing Verbandes“.²¹⁰ Sie geben einen verbindlichen Ordnungsrahmen für das Verhalten der Mitglieder vor. Dazu gehören Regelungen zum seriösen Werbeauftritt, zum Daten- und Verbraucherschutz sowie zum Kaufverhalten bei Kundenkontakten.²¹¹ Verstöße gegen den Ehrenkodex werden vom Verband untersucht und geahndet. Auch die im DDV zusammengeschlossenen Direktmarketing-Anwender haben Regeln für ein „faires“ Direktmarketing entwickelt. Sie beinhalten allgemeine Regelungen wie Transparenzgebote oder Datenschutzgrundsätze, aber auch spezielle Vorgaben zu Finanzdienstleistungen, Spendenwerbung, Online-Werbung usw.²¹² Ebenso wie die Gütesiegel werden diejenigen Teilnehmer gebunden, die sich ihnen freiwillig unterwerfen.²¹³ Insofern lässt sich bezüglich ihres rechtlichen Gehalts auf die Ausführungen bei den Internet-Gütesiegeln verweisen.

Exkurs: Die Robinson-Liste

Kein Verhaltenskodex im engen Sinne, aber ebenso Ausdruck einer freiwilligen Selbstbindung ist die Robinson-Liste. Sie wurde 1971 als anfangs freiwillige Einrichtung der Werbewirtschaft von der Vorgängerorganisation des DDV eingeführt, ihre Verwendung der Werbeindustrie jedoch dringend empfohlen. In Art. 7 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie wurde schließlich den nationalen Gesetzgebern aufgetragen, die Beachtung dieser Liste sicherzustellen. Von der Möglichkeit, unaufgeforderte Werbung insofern zuzulassen, hat der deutsche Gesetzgeber jedoch keinen Gebrauch gemacht.²¹⁴

In der Robinson-Liste werden im Rahmen der „opt-out“-Lösung²¹⁵ die Widersprüche der Verbraucher gegen die Benutzung ihrer personenbezogenen Daten zu Werbezwecken gebündelt.²¹⁶ Der Eintrag ei-

²⁰⁷ *Vander*, K&R 2003, S. 341. Zum Eurolabel in diesem Kapitel, unter II. 2. a.

²⁰⁸ Beispielsweise soll für eine reibungslose Abwicklung des Geschäfts der Verkäufer dem Käufer Angaben zu Lieferung und Versand machen, eBay-Verkäuferhandbuch, S. 40.

²⁰⁹ *Vander*, K&R 2003, S. 340. Allgemein zu Verhaltenskodizes *Waltermann/Machill*, S. 190 ff.

²¹⁰ Der Deutsche Direktmarketing Verband (DDV) vertritt die Interessen von Dienstleistern und Anwendern der gesamten Direktmarketing-Branche; im Internet unter <<http://www.ddv.de>>.

²¹¹ *Berghoff*, RDV 2002, S. 79.

²¹² *Berghoff*, RDV 2002, S. 79.

²¹³ Vgl. *Vander*, K&R 2003, S. 340.

²¹⁴ *Wolber/Eckhardt*, DB 2002, S. 2586. S. dazu auch *Jochen Dieselhorst/Lutz Schreiber*, „Die Rechtslage zum E-Mail-Spamming in Deutschland“, CR 2004, S. 680 ff.

²¹⁵ Zu „opt-out“ s. im 6. Kapitel „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, unter IV. 2.

nes Verbrauchers in diese Liste führt dazu, dass dieser weniger adressierte Werbung erhält. Allerdings gilt das nicht gegenüber bereits bestehenden Werbemaßnahmen, da die Robinson-Liste nur bei der Neukundenakquisition herangezogen wird. Darüber hinaus zeigt sich bei der Robinson-Liste auch ein genereller Mangel der „opt-out“-Lösung: Viele E-Mail-Adressen, die in der Liste verzeichnet sind, existieren schlichtweg nicht mehr. Daher büßt die Liste wegen ihrer Behäbigkeit einiges an Wirkung ein.²¹⁷

4. Die unternehmensinterne, individuelle Selbstregulierung

Aufgrund der interaktiven Kommunikationsforen besteht für den Nutzer die einfache Möglichkeit, seinem Unmut über das Verhalten anderer Ausdruck zu verleihen.²¹⁸ Dies kann von Anbieter-, Kunden- oder neutraler Seite initiiert werden.²¹⁹ Bei vielen Unternehmen hat sich mittlerweile die Erkenntnis durchgesetzt, durch das Betreiben eines Kundenforums im Internet einen Ort zu schaffen, an dem unzufriedene Kunden ihre Kritik äußern können. Dies bringt das Unternehmen den Kunden nicht nur näher und verstärkt somit die Kundenbindung, sondern vermittelt auch ein recht deutliches Bild über die Akzeptanz der Produkte auf dem Markt und evtl. Verbesserungsmöglichkeiten.²²⁰ Von privater Seite machen sich einige Nutzer die Mühe, eigene, überwiegend nicht-kommerzielle Internet-Seiten aufzubauen, die sich mit bestimmten Produkten befassen. Teilweise liegt ihr Zweck auch nur darin, die Praktiken eines bestimmten Unternehmens zu kritisieren und eine Austauschplattform für enttäuschte Kunden zu bieten. Solche „Hate-Sites“ gibt es in fast allen Branchen.²²¹

In Foren geäußerte Kritik stellt ein nicht zu unterschätzendes Problem für den Ruf der Betroffenen dar, da die Kommunikation der Kunden untereinander und die daraus entstehenden Multiplikationseffekte nur schlecht steuerbar sind, zumal der Austausch unter den Mitgliedern eines Forums zu einem Zusammengehörigkeitsgefühl²²² und damit zu einer gewissen Solidarität führen kann. Denn trotz der Anonymität des Internets sind die dort formulierten Beschwerden überwiegend sachlich und zielgerichtet.²²³ Der „gute Ruf“ bzw. dessen Beschädigung scheinen mithin ein effektives Mittel der Sanktionierung bei einem Fehlverhalten zu sein. Denn das Vertrauen der Kunden gründet sich auch über die „Referenzen“ des Geschäftspartners.²²⁴ Im Kommunikationsmedium Internet lassen sich Referenzen recht unkompliziert einholen. Eine ausgeklügelte Möglichkeit des Austauschs von Referenzen ist das v.a. durch das Internetauktionshaus „eBay“ bekannt gewordene Bewertungssystem.

²¹⁶ *Berghoff*, RDV 2002, S. 79; *Kloepfer* § 5, Rn. 64.

²¹⁷ *Weichert*, DuD 2001, S. 266. Allgemein zu Bedenken *Wolber/Eckhardt*, DB 2002, S. 2586.

²¹⁸ *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, S. 588.

²¹⁹ Zu den verschiedenen Modellen *Hermanns/Dolski*, wisu 2004, S. 1214 ff.; vgl. auch *Janal*, CR 2005, S. 873.

²²⁰ *Hermanns/Dolski*, wisu 2004, S. 1220. Denn „im Internet ist jeder sein eigener Warentester“, *Janal*, CR 2005, S. 873, mit Verweis auf einen Zeitungsartikel. Vor einem ähnlichen Hintergrund erfolgt die Einrichtung von Internet-Hotlines, bei denen per Online-Formular auf zweifelhaft erscheinende Inhalte von Websites aufmerksam gemacht werden kann, *Macchill/Rever*, S. 22 f.

²²¹ *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, S. 588. Beispiele sind eine beachtliche Anzahl von Seiten, die sich mit Kritik an den Produkten und dem Vermarktungssystem von Microsoft beschäftigen. Aber auch über andere Großkonzerne, wie z.B. McDonald's, existieren solche Seiten: <<http://www.mcspotlight.org>>.

²²² So auch *Libotzky*, S. 128.

²²³ *Hermanns/Dolski*, wisu 2004, S. 1218. Wobei beachtet werden muss, dass sich über solche Foren auch gezielt Fehlinformationen streuen lassen, ohne dass die Unternehmen etwas dagegen ausrichten können; *Hermanns/Dolski*, wisu 2004, S. 1214.

²²⁴ Vgl. *Hermanns/Dolski*, wisu 2004, S. 1218; *Plötner*, S. 141, der allerdings darauf hinweist, dass in der Betriebswirtschaft der Begriff der Referenzen auch die mit einem Anbieter selbst gemachten Erfahrungen umfasst.

a. Das Bewertungsprofil

Jedes bei „eBay“ registrierte Mitglied verfügt über ein sogenanntes „Bewertungsprofil“. Es enthält eine Liste sämtlicher Bewertungen, die von seinen Handelspartnern für sein Verhalten bei den Transaktionen abgegeben wurden. Eine Bewertung setzt sich aus einer Beurteilung (positiv, negativ oder neutral) und einem knappen Bewertungskommentar zusammen. Je nach der Anzahl der positiven, negativen und/oder neutralen Beurteilungen verändert sich der Stand der Bewertungspunkte eines Mitglieds. Anhand dieser für alle registrierten Mitglieder einsehbaren Bewertungen kann die Zuverlässigkeit des Einzelnen als Geschäftspartner eingeschätzt werden. Der Ruf eines „eBay“-Mitglieds hängt somit zu wesentlichen Teilen von seinem Bewertungsprofil ab.²²⁵

Aus den Bewertungen lassen sich indes keine rechtlichen Verpflichtungen ableiten. Ausdrücklich wird das System von „eBay“ als „öffentliches Bewertungssystem“ bezeichnet.²²⁶ „eBay“ stellt das Forum seinen Mitgliedern zur Verfügung, ohne damit jedoch für die Richtigkeit der Bewertungen eintreten zu wollen bzw. zu können²²⁷ oder eine eigene Haftung für als besonders zuverlässig bewertete Mitglieder zu übernehmen²²⁸. Das ist auch insofern verständlich, als das Bewertungssystem recht einfach zu manipulieren ist.²²⁹ So kann sich ein Mitglied durch den Handel mit niedrigpreisigen Gütern relativ schnell ein gutes Bewertungspolster verschaffen, um dann bei einem hochpreisigen Geschäft die Ware nicht zu liefern. Oder es werden abgesprochene Bewertungen unter einander bekannten Mitgliedern vorgenommen.²³⁰ Trotz dieser Schwächen wird das Bewertungsforum von den meisten Mitgliedern als wichtigste Referenz für die Zuverlässigkeit des evtl. Geschäftspartners angesehen. Da die Möglichkeit der Rücknahme von negativen Bewertungskommentaren recht eingeschränkt ist²³¹, müssen sich in jüngster Zeit auch die Gerichte damit auseinandersetzen²³². Motivation für entsprechende Klagen auf Streichung einer Bewertung ist die Befürchtung, dass durch (unberechtigte) negative Kommentare die Seriosität und Geschäftstätigkeit des negativ Bewerteten Schaden erleidet.²³³ Die Gerichte müssen daher in solchen Streitfällen entscheiden, ob es sich bei dem jeweiligen Bewertungskommentar um eine - abweichend von § 6 (Nr. 27) der „eBay“-AGB - unsachliche Bemerkung handelt und ob diese darüber hinaus

²²⁵ Zum Bewertungssystem vgl. auch im eBay-Verkäuferhandbuch, S. 43 sowie *Eggs*, S. 201 f.; *Meyer*, NJW 2004, S. 3151. Zu bedenken ist allerdings, dass die Punktwertung auch eine „barrier to entry“ darstellt, da einem Verkäufer mit vielen Transaktionen und einem dadurch hohen Punktwert tendenziell mehr vertraut wird als einem solchen mit einer nur geringen Punkteanzahl. Vgl. hierzu auch R. Preston McAfee/Hugo M. Mialon/Michael A. Williams, „What is a barrier to entry?“, 2004; im Internet unter <<http://www.hss.caltech.edu/~mcafee/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf>>.

²²⁶ § 6 (Nr. 25) der eBay-AGB.

²²⁷ Vgl. im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/tp/feedback-disputes.html>>: „Die Angaben [=Bewertungskommentare] werden von eBay weder zensiert noch auf ihre Richtigkeit überprüft.“

²²⁸ „eBay“ weist ausdrücklich darauf hin, dass eine hohe Punktezahl nicht unbedingt darauf hinweist, dass das betreffende Mitglied einen guten Ruf hat. Das Bewertungssystem ist nur eine von mehreren Möglichkeiten, sich über ein anderes Mitglied zu informieren. Mehr dazu im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/feedback/index.html>>.

²²⁹ Vgl. § 6 (Nr. 25) eBay-AGB: „Das Bewertungssystem soll Mitgliedern dabei helfen, die Zuverlässigkeit anderer Mitglieder einzuschätzen. Die Bewertungen werden von eBay nicht überprüft und können ihrer Natur nach unzutreffend oder irreführend sein.“

²³⁰ Vgl. auch *Meyer*, NJW 2004, S. 3151 sowie *Ernst* in einer Anmerkung zu AG Koblenz, MMR 2004, 638 [640], die zu Recht darauf hinweisen, dass viele Nutzer aus Angst vor einer negativen Rachebewertung ihrerseits berechtigte Kritik zurückhalten (sog. „Feedback-Erpressung“). Dazu auch AG Eggenfelden, CR 2004, 858 [858].

²³¹ Eine Rücknahme ist nur einverständlich möglich oder wenn der Kommentar gegen bestimmte Grundsätze verstößt, er z.B. vulgäre Ausdrücke oder die Kontaktdaten eines Mitglieds enthält. S. hierzu im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/tp/feedback-disputes.html>>.

²³² Denn eine Löschung kann auch mit einer gerichtlichen Anordnung durchgesetzt werden, vgl. im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/tp/feedback-disputes.html>>. Eine ausführliche Rechtsprechungsübersicht bietet *Thomas Hoeren*, „Bewertungen bei eBay“, CR 2005, S. 498 ff.

²³³ Vgl. AG Koblenz, MMR 2004, 638 [638] = JurPC-WebDok. 217/2004, Abs. 11; LG Düsseldorf CR 2004, 623 [623].

gegen zivil- oder strafrechtliche Normen verstößt²³⁴. Dies kann nicht nur einen Widerruf der Bewertung nach sich ziehen, sondern wegen der damit einhergehenden Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht u.U. auch zu einem Schadensersatzanspruch führen.²³⁵ Zu beachten ist jedoch stets, dass eine Bewertung in einem Forum die Abgabe einer subjektiven Meinung darstellt.²³⁶ Daher darf auch die Wertung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. HS GG nicht unbeachtet bleiben.²³⁷

b. Die Verschärfung des Bewertungsgedankens - Überwachung einer Community durch die unternehmensinterne Aufsicht

Gleichgültig ob es sich um ein unternehmens- oder kundeninitiiertes Forum handelt: Damit es funktioniert, muss jemand die Einhaltung der „Spielregeln“ überwachen. Im Falle eines Verstoßes kann sich dann jedes Mitglied einer Community an die Aufsicht wenden. Da diese i.S.d. TDG bzw. MDStV für die Inhalte verantwortlich ist, muss sie auch die Macht haben, bei einem Verstoß gegen die Regeln geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Das kann eine Verwarnung des jeweiligen Mitglieds oder sogar dessen Ausschluss sein. Auch bei „eBay“ wacht eine Instanz über die Einhaltung der entsprechenden Regeln.²³⁸ Diese wird durch ein „Sicherheitsteam“ gebildet, das den sicheren Handel bei „eBay“ ermöglichen will und daher Betrugsfälle, Verletzungen von Handelsvereinbarungen usw. verfolgt.²³⁹ An dieser Stelle schließt sich mit dem Hinweis auf die Instrumente der ADR und der Sanktionen im Rahmen der Selbstregulierung der Kreis. Die Selbstregulierung setzt nicht nur auf den „erhobenen Zeigefinger“, sondern versucht durchaus, dem jeweiligen Fall angemessene, praktikable Lösungen zu finden. Doch hierzu bedarf es eines mit Entscheidungsmacht ausgestatteten Organs. Auch wenn sich eine Community frei bilden kann, wird im Regelfall der Host, der diese Community ins Leben gerufen hat, über sie wachen und von seinem „Hausrecht“ Gebrauch machen müssen. Hier zeigt sich deutlich die Bedeutung der Selbstregulierung für den einzelnen Nutzer im täglichen Umgang mit dem Internet.

c. Ein Bewertungsforum als Grundlage eines Internet-Gütesiegels

Von der Idee eines Bewertungsportals ausgehend einen Schritt weiter war die hinter „alfabag“ stehende Medienagentur Diekmeyer gegangen, die auf Ihrer Website das Gütesiegel „Consumer Certified“ vergab.²⁴⁰ Die Vergabe dieses Gütesiegels erfolgte jeweils für die Dauer von sechs Monaten. Grundlage hierfür war abweichend von den anderen Siegeln nicht die reine Überprüfung vorgegebener Kriterien durch den Siegel-Lizenzgeber, sondern ein Feedback- und Bewertungsmechanismus, bei dem die Erfahrungen der Kunden der Online-Shops in die Vergabe einfließen. Nur denjenigen Online-Händlern, die eine gewisse Mindestpunktzahl vorweisen konnten, wurde das Siegel verliehen. Zusätzlich wurde

²³⁴ In Betracht kommen hierbei v.a. §§ 823 ff. BGB, 185 ff. StGB sowie §§ 3, 4 Nr. 8, 8 Abs. 1 UWG; ausführlich *Janal*, CR 2005, S. 873 ff. S. auch AG Koblenz, MMR 2004, 638 ff. = JurPC-WebDok. 217/2004; *Meyer*, NJW 2004, S. 3153.

²³⁵ *Meyer*, NJW 2004, S. 3151; *Hoffmann*, NJW 2004, S. 2570; AG Erlangen, CR 2004, 780 [781] = MMR 2004, 635 [635 f.].

²³⁶ AG Koblenz, MMR 2004, 638 [639] = JurPC-WebDok. 217/2004, Abs. 37 ff.; mit Abstrichen auch AG Erlangen, CR 2004, 780 [781] = MMR 2004, 635 [635 f.].

²³⁷ Vgl. LG Konstanz, MMR 2005, 54; LG Düsseldorf CR 2004, 623 [624]; AG Eggenfelden, CR 2004, 858 [858]; v. *Münch/Kunig/Wendt*, Art. 5, Rn. 2. Allg. hierzu *Teubner*, ZaöRV 2003, S. 6 sowie *Schmittmann*, K&R 2005, S. 342.

²³⁸ § 4 (Nr. 12 und 13) der eBay-AGB.

²³⁹ Zum „Sicherheitsteam“ s. im Internet unter <<http://pages.ebay.de/sicherheitsportal/sicherheitsteam>>.

²⁴⁰ Im Internet früher unter <<http://www.alfabag.de>>.

redaktionell ein Anforderungskatalog gestellt, der die wichtigsten Anforderungen in Bezug auf Mindestinformationen, Gesetzestreue, Datenschutz und Datensicherheit beinhaltete. Innovativ an diesem Siegel war nichtsdestotrotz, dass der Grad der Kundenzufriedenheit maßgebliches Kriterium für eine Zertifizierung war.²⁴¹ Die Kunden bildeten eine „alfabag.de Shopping-Community“, in der Einkaufserfahrungen ausgetauscht und Shop-Bewertungen abgegeben wurden. Ein Nutzer, der einen ihm unbekanntem Händler besuchen wollte, konnte sich anhand der Erfahrungen der Community zuvor ein Bild von diesem Händler machen. Erfahrung ist hierbei ein wesentlicher Faktor für die Generierung von Vertrauen. Dies machte sich das Siegel „Consumer Certified“ zunutze, indem es auf den Erfahrungsschatz einer ganzen Community zurückgriff. Bedacht werden muss jedoch wiederum die allgemeine Missbrauchsmöglichkeit, da auch Scheinbewertungen in ein solches System einfließen können.²⁴² Eine größere rechtliche Substanz als die anderen Internet-Gütesiegel bot „alfabag“ indessen nicht, da von „alfabag“ keine Haftung für die problemlose Abwicklung der Online-Geschäfte übernommen wurde.

5. Die Einbeziehung vertrauenswürdiger Dritter (TTP)

In Internetkreisen ist bei Erstkontakten die vertrauensbildende Maßnahme der Heranziehung einer „Trusted Third Party“ als Garant für die Zuverlässigkeit des Geschäftspartners recht verbreitet.²⁴³ Dabei kann der Grad der Einbeziehung je nach dem gewählten TTP-Modell variieren. So ist eine Haftung des neutralen Dritten gegenüber dem Vertrauenden möglich, aber nicht verpflichtend. Entsprechend ist die vertrauensbildende Wirkung größer oder geringer. Die Problematik der Vermittlung der Vertrauenswürdigkeit nach außen verlagert sich so zumindest zum Teil auf die TTP. Entscheidend ist dabei die Unabhängigkeit des Dritten.²⁴⁴ Beispiele für die Einbeziehung neutraler Dritter sind die bereits angesprochenen Signaturstellen, die die digitale Signatur zertifizieren²⁴⁵, ebenso wie die Siegel-Lizenzgeber bei den Internet-Gütesiegeln. Ein weiterer Schritt ist die Integrierung der TTP in die Geschäftsabwicklung selbst. Dies ist zwar keine „Erfindung“ der Selbstregulierung, verdeutlicht jedoch die Suche nach praktikablen Lösungen. Ein Anwendungsbeispiel ist das Treuhandmodell des Internet-Auktionshauses „eBay“ mit dem Treuhandpartner „iloxx“.²⁴⁶ Die Nutzung des Treuhandservices wird vor allem beim Handel mit hochpreisigen Artikeln empfohlen.²⁴⁷ Der Käufer zahlt dabei den Kaufbetrag auf ein treuhänderisch verwaltetes Konto. Erst wenn er die Ware in einwandfreiem Zustand erhält, wird das Geld an den Verkäufer weitergeleitet. Vorteil dieser Abwicklung ist eine erhöhte Vertrauenswürdigkeit des Verkäufers und eine gleichzeitige Absicherung der Warenlieferung für den Käufer. Die Vertrauenswürdigkeit des Treuhänders kann durch eine Haftung gegenüber den Vertragsparteien gefestigt werden. Evtl. anfallende Abwicklungsgebühren können je nach Vereinbarung vom einem der Vertragspartner übernommen oder aufgeteilt werden.

²⁴¹ Hladjk, DuD 2002, S. 675. Dabei ist allerdings zu beachten, dass auch „weiche“ Kriterien in die Wertung einfließen. So kommt es für eine gute Bewertung auch auf Preisniveau, Liefergeschwindigkeit und Kundenfreundlichkeit an.

²⁴² Hladjk, DuD 2002, S. 675.

²⁴³ Vgl. hierzu auch Callies, RabelsZ 68 (2004), S. 268.

²⁴⁴ Eggs, S. 114 und 121 ff.

²⁴⁵ Vgl. dazu Schulte/Roßnagel, S. 634 sowie im 2. Kapitel „Unverbindlichkeit im Internet“, unter IV. 4. c.

²⁴⁶ Im Internet unter <<http://www.iloxx.de>>. In Verbindung mit eBay s. eBay-Verkäuferhandbuch, S. 41. Ebenso im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/confidence/payment-escrow.html>>.

²⁴⁷ Vgl. eBay-Verkäuferhandbuch, S. 41. eBay gibt einen Kaufpreis ab 200 € an; im Internet unter <<http://pages.ebay.de/help/confidence/payment-escrow.html>>.

6. Vertrauen durch Versicherung?

Ausgehend von der Geld-zurück-Garantie einiger Anbieter und der Einbeziehung von TTP in die Abwicklung von Verträgen sei ein allgemeinerwirtschaftlicher Lösungsansatz zur Bekämpfung der Unsicherheit angesprochen - der der Versicherbarkeit von Internetrisiken. So dürfte im Laufe der vorangegangenen Ausführungen in den verschiedenen Kapiteln deutlich geworden sein, dass das Internet - ebenso wenig wie die Geschäftsbeziehungen in der realen Außenwelt - niemals absolut sicher gegen Fehlverhalten und Angriffe maliziöser Nutzer gestaltet werden kann. Datenverluste in großem Umfang treffen aber nicht nur die Anbieter, sondern auch deren Kunden.²⁴⁸ Aus diesem Grund wird für solche Fälle der Weg der Versicherung erheblich sein, das Risiko von daraus entstehenden Schäden zu minimieren. Dabei werden nicht alle, jedoch typische Internet-Risiken versicherbar sein.²⁴⁹ Risiken existieren insofern auf mehreren Ebenen.²⁵⁰ So kann durch Versicherungen auf technischer Ebene Angriffen von Hackern oder Viren begegnet werden, aber auch einem etwaigen Verlust der Zurechenbarkeit, wie es im Rahmen der Unverbindlichkeit des Internets geschehen kann.²⁵¹ Daneben bestehen individuelle Risiken bei den Nutzern, die die Verletzung ihrer Privatheit oder den Diebstahl ihrer Web-Identität betreffen. Ein ähnliches Risiko existiert mit einem möglichen Verlust der Vertraulichkeit bei den Anbietern bezüglich einer Manipulation oder eines Diebstahls spezifischer Unternehmensinformationen, wie z.B. Kundendaten. Auf ökonomischer Risikoebene liegen die wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich beispielsweise in Umsatzeinbußen oder einem Imageverlust widerspiegeln. Entsprechend werden EDV-Versicherungen angeboten, die einige der genannten Risiken abdecken. So existieren auf der Technikenebene Elektronik-Sachversicherungen, die beispielsweise die Wiederbeschaffungs- bzw. Rekonstruktionskosten bei der Beschädigung von Datenträgern ersetzen.²⁵² Daneben gibt es Versicherungen, die den Ausfall des Systems auffangen sollen. Individuelle Risiken können durch Missbrauchs- oder Datenschutzversicherungen gemindert werden. So deckt die Computer-Missbrauch-Versicherung als spezielle Form der Vertrauensschadenversicherung diejenigen Schäden ab, die von Dritten am System vorsätzlich herbeigeführt wurden.²⁵³

III. Bewertung der Selbstregulierung im Internet

Maßnahmen der Selbstregulierung existieren bereits seit den Anfängen des Internets. Dabei wurden nicht nur eigene Lösungen entwickelt, sondern auch bestehende Ansätze aus anderen Bereichen angepasst und übernommen. Dies ist ein deutliches Zeichen für die Bereitschaft der Internetgemeinschaft, sachgerechte Ideen zu adaptieren. Bisweilen begegnen Juristen solch innovativen Lösungen mit Skepsis und Argwohn. Entsprechend werden diese Ansätze aus juristischer Sicht schlecht bewertet: Schließlich lassen sich in den wenigsten Fällen hieraus durchsetzbare Ansprüche oder eine unmittelbare Verbesserung der Rechtsposition des einzelnen Nutzers ableiten. Daher wird z.B. auf die mangelnde „Effektivität“ der Selbstkontrolle hingewiesen.²⁵⁴ Mittlerweile hat sich jedoch gezeigt, dass einige Maßnahmen im

²⁴⁸ Grzebiela, S. 16.

²⁴⁹ Verschiedene Methoden zur Überprüfung von Risiken auf deren Versicherbarkeit zeigt Grzebiela auf, S. 48 ff.

²⁵⁰ Ausführlich Grzebiela, S. 69 ff.

²⁵¹ Dies ist der Fall, wenn keine rechtliche Möglichkeit der Nachweisbarkeit besteht, dass ein Absender die Nachricht tatsächlich geschickt hat, Grzebiela, S. 73.

²⁵² Grzebiela, S. 106 ff.

²⁵³ Genauer Grzebiela, S. 111.

²⁵⁴ Hoeren, NJW 1998, S. 2852.

Rahmen der Selbstregulierung durchaus ihren Teil zur Verbesserung der Position des Nutzers beitragen. Aus dieser Erkenntnis heraus öffnet sich demnach auch die Jurisprudenz diesen Ansätzen.

Auch wenn die Lösungsvorschläge der Selbstregulierung keine harten, unmittelbar durchsetzbaren Ansprüche herbeiführen, kann der Nutzer davon nur profitieren, wenn neben dem herkömmlichen Rechtssystem zusätzliche Regelungsmöglichkeiten geboten werden. Dabei sollten jedoch die beiden Systeme nebeneinander stehen. Tendenzen, sie ineinander zu fügen, bergen wegen ihrer unterschiedlichen Grundkonzeption die Gefahr nicht zu überwindender Brüche.

Auch wenn noch nicht entschieden ist, inwiefern die Selbstregulierung zur Rechtssicherheit im E-Commerce beiträgt, bietet sie durchaus zeitgemäße und speziell auf die Bedürfnisse des Internets zugeschnittene Ansätze. Aufgrund dieses Systemvorteils haben sich einige Selbstregulierungsmaßnahmen als Alternative zu staatlicher Regulierung bewährt und gewinnen national und international an Bedeutung. Ein Hemmnis ist allerdings häufig die noch mangelhafte Transparenz der Kontrollmaßnahmen. Doch auch in Deutschland zeigen sich bereits Konsolidierungsansätze - ein Trend, der in anderen Ländern schon abgeschlossen ist und sich auch hierzulande fortsetzen wird. So stellt sich die Selbstregulierung letztendlich als ernstzunehmender Faktor zur Steigerung des Vertrauens in die Möglichkeiten des E-Commerce dar. Händler und Kunden haben dies längst erkannt und unternehmen weitere Anstrengungen in diese Richtung.²⁵⁵

²⁵⁵ Wenn auch die Zukunft der E-Commerce-Branche bereits in den dunkelsten Farben vorgezeichnet wurde, zeigt die Erholung der letzten Monate, dass ein Ende der Entwicklung noch lange nicht abzusehen ist. So existieren beim „Bundesverband digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.“, ehemals „Deutscher Multimedia Verband (dmmv) e.V.“ verschiedene Fachgruppen, die sich mit Fragen rund um den E-Commerce beschäftigen; vgl. im Internet unter <<http://www.bvdw.org>>.

8. Kapitel - Ergebnisse und Ausblick

In den vorherigen Kapiteln wurden Vertrauensschutzmechanismen vorgestellt, die auf unterschiedlichste Art und Weise funktionieren. Seien es Rechte des Nutzers, die einen eigenen Anspruch gewähren, seien es gesetzliche Pflichten, deren Erfüllung i.d.R. von größeren Organisationen überwacht wird, seien es freiwillige Maßnahmen seitens der Anbieter. Durchgehend können die gefundenen Lösungen allerdings lediglich einen bestimmten Mängelbereich abdecken. Dass es einen einzigen Mechanismus zur Lösung sämtlicher Sicherheitsprobleme im Internet gibt, war auch nicht zu erwarten. Es zeigt sich aber, dass durch die Ergänzung der verschiedenen Ansätze ein durchaus nicht geringer Standard der rechtlichen Sicherheit erreicht werden kann. So gehen gesetzlich festgelegte Pflichten Hand in Hand mit allgemeinen Haftungsprinzipien, die Erfüllung solcher Pflichten wird nicht nur von den Verbraucherschutzverbänden überwacht, sondern ferner im Falle einer zusätzlichen freiwilligen Unterwerfung durch Organisationen der Selbstregulierung. Individuelle Ansprüche, gesetzliche und selbst auferlegte Pflichten greifen ineinander, um den Nutzer zu schützen. Dieser kombinatorische Ansatz verstärkt die Rechtssicherheit im Internet.

Was heißt das nun für das Vertrauen des Nutzers? „Vertrauen“ ist, wie gesehen, ein ambivalenter Begriff. Er bezeichnet nicht nur die dogmatisch begründete Herleitung von Rechten in einem Vertrauensschutztatbestand, sondern erfasst auch das abstrakte und nicht-greifbare Wohlbefinden während einer Geschäftsabwicklung. Die verschiedenen Dimensionen des Vertrauens sollen und können dabei nicht vermischt werden. Denn integratives Element des Vertrauens ist die Erfüllung der dahinterstehenden Erwartung. Eine berechtigte Erwartung gründet sich dabei zu wesentlichen Teilen auf die Sicherungsmechanismen des Rechts, m.a.W. der Rechtssicherheit. Vertrauen ist demnach Ausdruck der Rechtssicherheit. Insofern ist der Wert der in dieser Arbeit vorgestellten Vertrauensmechanismen auch an ihrem Beitrag zur Rechtssicherheit zu messen. Daher kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht auf die Unterscheidung von „hard law“ und „soft law“ an. Sofern eine Maßnahme dazu geeignet ist, dem Nutzer eine Position zu verschaffen, in der er sich sicherer fühlt, mithin zur Verbesserung der rechtlichen Sicherheit beizusteuern, hat sie ihren Zweck erfüllt. Auf welche Weise dies geschieht, ist zweitrangig. Deshalb ist die Experimentierfreude in der internetbezogenen Literatur der verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen besonders groß: Ansätze aus verschiedensten Bereichen werden auf ihre Kombinationsfähigkeit hin untersucht, denn nicht nur rechtliche Mittel tragen zu einer Reduktion der Risiken im Internet bei: Ebenso können technische Sicherheitsmaßnahmen und wirtschaftspsychologisch begründete vertrauensbildende Maßnahmen eingesetzt werden. Schließlich kommt auch eine Versicherung der sonstigen (Rest-)Risiken in Betracht.¹

¹ Grzebiela, S. 102.

I. Auf dem Weg zu einem globalen Internetrecht?

Vor diesem Hintergrund ist auch die bisweilen geäußerte Idee nicht mehr fernliegend, die einzelnen Systeme zur Erweiterung der Rechtssicherheit, die in bestimmten Netzregionen existieren, auf das gesamte Internet auszudehnen. Der Gedanke einer globalen Rechtsordnung im Internet erscheint durchaus verlockend. Im Hinblick auf den einheitlichen elektronischen Wirtschafts- und Rechtsverkehr im Cyberspace scheint dies auch unabdingbar.² Weder für den Anbieter noch für den Nutzer kann es zumutbar sein, bei Online-Geschäften die verschiedenen Rechtsordnungen beachten zu müssen.³ Daher macht auf Basis der wiedererstarkten „lex mercatoria“, eines eigenen selbstgeschaffenen Rechts des internationalen Wirtschaftsverkehrs⁴, das Schlagwort der autonomen „lex electronica“ die Runde⁵. Dies scheint die große Stärke der Selbstregulierung zu sein: Wie am Beispiel des Vereinheitlichungspotenzials des Regelungsgehalts von Internet-Gütesiegeln gesehen, vermögen sie durchaus über Nationalgrenzen hinweg grundlegende Richtlinien über Anbieterpflichten bei Online-Rechtsgeschäften zu setzen. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob die Selbstregulierung alleine tatsächlich ein weltweites Internetrecht zu schaffen vermag und welches die Gefahren einer solchermaßen entstandenen Rechtsordnung sind.⁶

II. Bestehender Regulierungsrahmen

Denn dort, wo rechtliche Forderungen befriedigt werden sollen, ist zunächst einmal der Gesetzgeber gefordert. Wie in den vorherigen Kapiteln gesehen, gab und gibt es zahlreiche Aktivitäten der Legislative, um bestehende Lücken auch grenzübergreifend zu schließen. Gerade auf europäischer Ebene ist der Regulierungsrahmen beachtlich.⁷ Erinnerung sei an dieser Stelle nur an die Richtlinien zum Fernabsatz, zum E-Commerce, zur Signatur, zum Datenschutz und zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. In den für den E-Commerce zentralen Regulierungsmaterien ‚Verbraucherschutz‘ sowie ‚Datenschutz und Datensicherheit‘ besteht damit ein europaweit harmonisierter Rechtsrahmen.⁸ Auch bei verschiedenen internationalen Organisationen wird an Regelungen gearbeitet.⁹ Neben den Bemühungen der WTO auf diesem Sektor¹⁰ existiert beispielsweise eine Arbeitsgruppe der UNCITRAL¹¹, die sich mit dem elektronischen Handel beschäftigt und Modellregelungen entwirft¹², oder entsprechende

² Gegen eine Parforcierung der Globalität des Internetrechts könnte allerdings die Sachlage sprechen, dass im Netz bevorzugt regionale Inhalte abgerufen werden. Dies ist wegen der tatsächlich vorgenommenen globalen Geschäfte freilich kein Grund, die Entwicklung nicht voranzutreiben.

³ Vgl. *Rofsnagel*, MMR 2002, S. 70 mwN.

⁴ *Calliess*, *RabelsZ* 68 (2004), S. 272; *Pfeiffer*, *JuS* 2004, S. 283; *Galgano*, *ZEuP* 2003, S. 239; *Mankowski*, *AfP* 1999, S. 138; *Jung*, *K&R* 1999, S. 70; *Donges/Mai*, S. 198. Zur *lex mercatoria* ausführlich *Ursula Stein*, „Lex mercatoria - Realität und Theorie“, Frankfurt/Main 1995.

⁵ *Teubner*, *ZaöRV* 2003, S. 19.

⁶ Zur korrekten Definition eines „transnationalen“ Rechts vgl. *Calliess*, *RabelsZ* 68 (2004), S. 247 ff.

⁷ Ausführlich *Schorkopf*, *ZfRSozSoz* 2002, S. 83 ff.

⁸ *Rieß*, *TA-Datenbank-Nachrichten* 2001, S. 65 ff.

⁹ Vgl. *Timmers*, S. 171 ff.

¹⁰ Vgl. *Catrin Pekari*, „Jüngste Entwicklung in der Arbeit der WTO zur Regulierung des internationalen E-Commerce“, *K&R* 2004, S. 322 ff.; *Donges/Mai*, S. 104 ff. oder auf der offiziellen Website, im Internet unter <http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/ecom_e.htm>.

¹¹ S. hierzu im Internet unter <<http://www.uncitral.org>>.

¹² Zu verweisen ist hier u.a auf ein Modellgesetz zum E-Commerce der UNCITRAL von 1996 (geändert 1998), im Internet abrufbar unter <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html> (engl. Fassung).

Fachbereiche bei der WIPO¹³, die darüber hinaus einen starken Bezug zum Schutz geistigen Eigentums aufweisen¹⁴.

Jedoch zeigt sich in der Übersicht auch, dass sich der geregelte Bereich des Internetrechts insgesamt als fragmentiert charakterisieren lässt.¹⁵ Angesichts des schnellen Wachstums des Internets und der Veränderungen, die mit seiner Verbreitung verbunden sind, scheint die bloße gesetzliche Regulierung, konkretisiert durch die Rechtsprechung, überfordert zu sein.¹⁶ Die durch das Internet hervorgerufenen Veränderungen beziehen sich dabei vor allem auf die Deterritorialisierung und die Extemporalisierung des Rechts.¹⁷

1. Deterritorialisierung des Rechts

Das Recht weist klassischerweise lokale Bezüge auf. Bedingt durch die Globalisierung des Internets vermögen daher nationale Rechte häufig nicht mehr die in diesem Medium auftretenden rechtlichen Konstellationen befriedigend zu lösen.¹⁸ Vor allem Unterlassungsansprüche können im Internet kaum durchgesetzt werden. Diese sind nämlich originär dazu bestimmt, Handlungen auf dem Gebiet eines bestimmten Staates zu verbieten. Ein territorial weitergehendes Handlungsverbot, wie es für das Internet vonnöten wäre, verstieße jedoch grundsätzlich gegen Völkerrecht.¹⁹ Davon abgesehen besteht die Problematik, dass oftmals unbekannt ist, in welchem Land sich der Verletzer befindet. Die Rechtsdurchsetzung ist also auch technisch äußerst schwierig, wenn nicht gar unmöglich.²⁰ Dass der Verletzer sich der Rechtsdurchsetzung im Ausland entziehen kann, ist dabei nichts Neues. Doch durch die Globalität des Internets wird dies besonders einfach. Anbieter könnten sich mithin diese Durchsetzungsschwierigkeiten strategisch zunutze machen, indem sie ihr Angebot dermaßen gestalten, dass eine für sie günstige Rechtsordnung einschlägig wäre. Damit droht die Gefahr eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen²¹, wobei sich die Frage stellt, ob dem Anbieter die Ausrichtung auf einen bestimmten Markt nicht doch wichtiger sein wird als die damit verbundenen Mühen angesichts evtl. verschärfter Regelungen. Zumal sich nicht nur in Europa, sondern auch in anderen Märkten die Regeln aufgrund des recht engen Netzes von bi- und multilateralen Verträgen und Übereinkommen mehr und mehr angleichen. Die Globalität eines Mediums, wie es das Internet darstellt, bewirkt demnach in gewissen Bereichen bereits eine Anpassung des Rechts. Nachteil einer Angleichung durch völkerrechtliche Verträge ist al-

¹³ Für den Bereich speziell des E-Commerce vgl. im Internet unter <http://www.wipo.int/copyright/ecommerce/en/index.html>.

¹⁴ Allerdings betreibt die WIPO nach eigenen Angaben die Regelung des Internets nicht, so WTO-Generaldirektor *Moore* in einer Rede am 31.10.2000, Hinweis bei *Mayer*, ZfRSoz 2002, S. 103.

¹⁵ *Mayer*, ZfRSoz 2002, S. 100.

¹⁶ Vgl. zum Bereich des Öffentlichen Rechts *Ladour*, ZUM 1997, S. 374. Ein gutes Beispiel für die Unsicherheit des Gesetzgebers zu Beginn des 20. Jhd. hinsichtlich der Regelung von Informationen und ihrem Schutz stellt § 17 UWG dar, eine recht enge und als strafrechtliche Norm falsch platzierte Regelung, *Hoeren*, NJW 1998, S. 2849.

¹⁷ So die Einteilung von *Hoeren*, NJW 1998, S. 2850 ff.

¹⁸ *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff.; *Hoeren*, NJW 1998, S. 2850. Beispielhaft seien hier das Abstellen auf den Betriebsstättenbegriff im Steuerrecht sowie die Zulässigkeit von räumlichen Nutzungsbeschränkungen bei Lizenzverträgen genannt.

¹⁹ *Hoeren*, NJW 1998, S. 2850, ähnlich *Engel*, AfP 1996, S. 221. Tatsächlich strecken die deutschen Gerichte in ihrer Rechtspraxis Unterlassungsgebote weiter als rechtlich zulässig.

²⁰ Zur soeben beschriebenen Problematik ausführlich *Hoeren*, NJW 1998, S. 2850, vgl. auch *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff. Die Schwierigkeit von Sperrern im Internet beschreibt *Schneider*, MMR 2004, S. 21 ff., anschaulich.

²¹ *Engel*, AfP 1996, S. 222 mwN.

lerdings die Gefahr einer rechtlichen Versteinerung, denn solche Verträge lassen sich nur im gleichen Verfahren abändern, wie sie auch vereinbart wurden. Aufgrund dieser Schwerfälligkeit hängt eine entsprechende Änderung immer vom jeweiligen Reformdruck ab. Darüber hinaus besteht die Gefahr eines gespaltenen Rechts, wenn nur ein Teil der ursprünglichen Vertragsstaaten der Änderung zustimmt. Demgegenüber könnte sich ein vom Einfluss der nationalen Gesetzgeber abgekoppeltes Recht wesentlich freier entwickeln.

2. Extemporalisierung des Rechts

Aufgrund der Schnelligkeit der Kommunikation werden die Regeln des BGB über das Wirksamwerden von Willenserklärungen ad absurdum geführt. Wenn E-Mails i.d.R. innerhalb von Sekunden in der Mailbox des Empfängers ankommen, hat der Erklärende quasi keine Chance, eine Erklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB zu widerrufen.²² Auch wenn die eine oder andere Regel zur Willenserklärung faktisch außer Kraft gesetzt wird, sollen die Erklärungsregeln dennoch generell auch im Bereich des Internets angewendet werden.²³ Dies geschieht nicht nur aus Gründen der Rechtseinheit, sondern auch aus der Überlegung heraus, dass der Gesetzgeber auf die neuen Herausforderungen reagiert, z.B. indem bei Internetverträgen der Verbraucher durch eine Erweiterung der Widerrufsmöglichkeit besonders geschützt wird. Außerdem muss sich der Erklärende auch vorhalten lassen, dass er sich bewusst für diese Form der Kommunikation entschieden hat.²⁴ Wem dies - etwa mangels einer Widerrufsmöglichkeit nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB - zu riskant erscheint, muss auf andere Kommunikationsformen, wie beispielsweise den herkömmlichen Briefverkehr, ausweichen.

III. Selbstregulierung als Modell für die Zukunft?

Bei all den Schwierigkeiten des herkömmlichen Rechts im Internet scheint es gar keine andere Wahl zu geben, als auf eine spontane Ordnung im Sinne der Selbstregulierung zu setzen.²⁵

Um das Verhalten der Nutzer im Internet steuern zu können, müsste dabei auf die Lernfunktion des Rechts zurückgegriffen werden, indem Rechtsfragen durch Kooperation der Betroffenen und stetiger Verarbeitung neuen Wissens entschieden werden.²⁶ Grund hierfür ist, dass es für ein „netzwerkgerechtes“ Recht als nicht ausreichend erscheint, einzelne Komponenten des herkömmlichen Rechts zu kombinieren und zu variieren.²⁷ Vielmehr muss zunächst durch Beobachtung der bestehenden Verhaltensmuster der status quo festgestellt werden. Häufig haben sich bereits bestimmte Regeln herausgebildet, da jeder Nutzer von der Rechtsordnung vorgeprägt ist. Sodann ist nach dem Standard zu fragen, der erreicht werden soll. Hierfür müssen die sozialen, rechtlichen und im Internet auch technischen Mittel und Sanktionen gebildet werden, die auf die bestehenden Verhaltensformen angewandt werden können, um diese in Richtung des gewünschten Rechtsniveaus zu lenken.²⁸

²² Hoeren, NJW 1998, S. 2851.

²³ Vgl. auch im 3. Kapitel „Das Internet als Informationsquelle“, unter II. 2. a. aa.

²⁴ So auch - in anderem Zusammenhang - das LG Düsseldorf, CR 2004, 623 [623].

²⁵ Engel, AfP 1996, S. 223.

²⁶ Ladeur, ZUM 1997, S. 375. Vgl. auch Timmers, S. 239 f.

²⁷ Vgl. auch Mayer, ZfRSoz 2002, S. 111 f.

²⁸ Ausführlich Ladeur, ZUM 1997, S. 376.

Die Idee, das Internet in unterschiedliche Bereiche aufzuteilen, die jeweils eine eigene, geeignete Methode der Regulierung einrichten können, ist dabei schon vor einiger Zeit aufgekommen.²⁹ Ob sich der jeweilige Inhalt einer Website an die Allgemeinheit oder an einen bestimmten Benutzerkreis richtet, zieht verschiedene Regelungsnotwendigkeiten nach sich. Ein Angebot, das sich im Zwischenbereich der Selbstverständigung bewegt³⁰, z.B. ein Chat-Room, wird sich auch anders regulieren lassen als der Bereich, der zugunsten einer „autoritäreren“ Rechtssicherheit einer gesetzlichen Regulierung bedarf. Vor diesem Hintergrund haben die Normen des Fernabsatzrechts und der Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr ihre unbedingte Existenzberechtigung als Regelungsnotwendigkeiten. Daher wird die Selbstregulierung auch sicherlich nicht das alleinige Mittel für eine Ordnung im Internet darstellen können. Selbstregulierung ist mithin nicht das ausschließliche Zukunftsmodell. Sie wird sich jedoch - wie gesehen³¹ - auch im Bereich des E-Commerce festigen, soweit hier eine selbstinitiierte Regulierung sinnvoll ist.

IV. Gefahren der Selbstregulierung

Mit einem solchen dem Internet angepassten Recht ließe sich in gewissem Umfang auch dem Problem der Deterritorialisierung des Rechts entgegensteuern. Das Internet wird zum Kosmos, der ein eigenes Recht besitzt.³² Es käme mithin nicht mehr darauf an, physische Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des anwendbaren Rechts suchen zu müssen, sondern es zählte alleine das virtuelle Handeln der Nutzer.³³ Konsequenter wäre es, hierfür auf sämtliche Rechtsregeln zu verzichten, die beispielsweise auf den Sitz, die Betriebsstätte oder den Wohnort eines Beteiligten abstellen.³⁴ Doch ein Regelungssystem ohne räumlichen Anknüpfungspunkt erscheint schon praktisch kaum möglich.³⁵ Ein dermaßen losgelöstes Online-Recht könnte sich mithin im Laufe der Zeit von dem ortsgebundenen „Offline“-Recht entfremden.

- Dies gilt zum einen schon formal vor dem Hintergrund, dass die Rechtsetzung dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Hintergrund des Rechtsetzungsmonopols ist die Legitimierung und Kontrolle der Legislative durch das Volk mittels Wahlen und Abstimmungen. Wenn von dieser Monopolstellung abgerückt wird, entzieht sich die Rechtssetzung der Kontrolle durch das Volk.³⁶ Stattdessen könnten einzelne Verbände oder Gruppen versuchen, im Rahmen der Selbstregulierung ihre Interessen auf Kosten der Nicht-Beteiligten durchzusetzen.³⁷ Eine solche Situation wäre allerdings nicht hinnehm-

²⁹ Künzel (Beitrag Ehlers), S. 187.

³⁰ Vgl. hierzu auch Ladeur, ZUM 1997, S. 378.

³¹ Vgl. im 7. Kapitel, „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter III.

³² Vgl. Machill/Rewer, S. 16; Donges/Mai, S. 197; auch Engel, AfP 1996, S. 223.

³³ Gedanken hierzu macht sich Hoeren, NJW 1998, S. 2851. Anschaulich beschreibt v. Lewinski die Schwierigkeiten, Internet-sachverhalte an physische Anknüpfungspunkte festzumachen: Soll das *lex loci arbitrii vel mediati*, das *lex loci server*, das *lex loci arbitratoris vel mediationis* oder das *lex consumeri* gelten?, CRi 2003, S. 172.

³⁴ Pfeiffer bemerkt zu Recht, dass das Internet seinen „Sitz“ gleichsam überall und nirgends hat, JuS 2004, S. 282. Hoeren will stattdessen auf das Marktortprinzip als einheitliche Anknüpfungsregel zurückgreifen, NJW 1998, S. 2851. Das Marktortprinzip stammt aus dem Wettbewerbsrecht. Es stellt zur Bestimmung des anwendbaren Rechts darauf ab, wo final in das Marktgeschehen eingegriffen wird.

³⁵ So orientiert sich auch das Marktortprinzip an räumlichen Grenzen.

³⁶ Vgl. Mankowski, AfP 1999, S. 140; am Beispiel von Banken Galgano, ZEuP 2003, S. 240.

³⁷ Beispiel: Der Verband der Phonindustrie und die Gerätehersteller vereinbaren einen Kompromiss, der zum Gesetz gemacht wird. Die Gruppe der Verbraucher - repräsentiert durch das Parlament - ist an diesem Kompromiss nicht beteiligt, muss sich gleichwohl an das Gesetz halten.

bar. Daher sollen auch bei der Selbstregulierung die bestehenden Kontrollverhältnisse nicht angetastet werden. Der legitimierte Gesetzgeber wird nicht völlig zu umgehen sein. Selbstregulierung muss vielmehr stets in einer Wechselbeziehung mit dem Staat stattfinden.³⁸ Dann bedarf es allerdings einer Abwägung des Verhältnisses zwischen Gesetzen und Mitteln der Selbstregulierung. Ob dies im Rahmen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses erfolgen kann, ist eher zweifelhaft. So ist zu bedenken, dass die Mittel der Selbstregulierung und ihre Befolgung freiwillig sind, mithin nicht durch Gesetz erzwungen werden.³⁹ Nach Art. 16 der E-Commerce-Richtlinie⁴⁰ sowie deren Erwägungsgrund Nr. 49 sollen Initiativen zur Selbstregulierung vom Staat ermutigt werden. Eine solche Unterstützung ist dabei nicht als Initiierung zu verstehen.⁴¹ Zudem sollten allzu weitreichende staatliche Eingriffe nicht das Gleichgewicht des Systems stören.⁴²

Jedenfalls wird die Selbstregulierung aber nicht das Gesetz ersetzen können, da die Überwachung der Einhaltung der Spielregeln mangels Kontrollorganen im Internet Aufgabe des Staates sein wird. Um sicherzustellen, dass die Interessen der Bürger geschützt werden, wird demnach i.d.R. eine staatliche Überwachung der Selbstregulierung bestehen müssen, deren Grad von Fall zu Fall variiert.⁴³ Befürchtungen um eine „cyberarnachy“⁴⁴, durch die das Internet als „Hydra“ den „Leviathan“ des Staates bedroht⁴⁵, erscheinen überspitzt. Vielmehr wird sich auch die Selbstregulierung an das bestehende Recht anlehnen müssen. Jedoch zeigen solch blumig ausgedrückte Vergleiche, wie groß die Befürchtungen vor dem unbekanntem Internet noch immer sind.

- Zum anderen ist zu beachten, dass eine Rechtsordnung stets eng mit der örtlichen Kultur verknüpft ist, deren inhaltliche Standards auf der Welt allerdings nicht einheitlich sind. Was in einem Land recht und billig ist, muss es in anderen Kultur- und Rechtskreisen nicht sein.⁴⁶ Insofern können im Internet lediglich Regeln umgesetzt werden, die eine weltweit einheitliche Bedeutung haben. Es bedarf demnach zunächst der Schaffung eines Mindestqualitätsstandards.⁴⁷ Eigeninitiativ entwickelte Regelungen werden sich dabei, entsprechend zur Informationstechnik, dynamisch und regelmäßig entwickeln.⁴⁸ Auf diese Weise können trotz der kulturellen Differenzen mit relativ wenig Aufwand international akzeptierte Prinzipien gefunden werden.⁴⁹ Solche Regeln vermögen die strenge territori-

³⁸ Ein schönes Beispiel hierfür gibt *Schläger*, DuD 2004, S. 459 f.: Wenn auch Datenschutzaudits als selbstregulative Maßnahmen durchgeführt werden, zeigt sich dennoch, dass innerhalb dieser Maßnahmen die Durchführung eines Auditierungsprozesses durch eine öffentliche Behörde mehr Vertrauen erzeugt als bei einer rein privatrechtlichen Lösung.

³⁹ Allerdings kann es auch eine vom Staat erzwungene Selbstkontrolle geben, *Price/Verhulst* in *Waltermann/Machill*, S. 182.

⁴⁰ Richtlinie 2000/31/EG, vgl. auch im 4. Kapitel „Das Internet als Handelsplattform“, unter I.

⁴¹ *Vander*, K&R 2003, S. 340.

⁴² So wurde auch bei der OECD-Konferenz 1998 zum Thema „Elektronischer Geschäftsverkehr“ festgestellt, dass neben der Selbstregulierung staatliche Eingriffe nur im unbedingt erforderlichen Maße stattfinden sollen.

⁴³ *Price/Verhulst* in *Waltermann/Machill*, S. 143 f.

⁴⁴ Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Bildung einer globalen Zivilverfassung *Teubner*, *ZaöRV* 2003, S. 6.

⁴⁵ Als provozierende (und abgelehnte) These in diesem Zusammenhang von *Michael Germann*, „Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet“, Berlin 2000, S. 688.

⁴⁶ Vgl. *Rofsnagel*, MMR 2002, S. 70.

⁴⁷ *Vander*, K&R 2003, S. 344.

⁴⁸ *Hladjk*, DuD 2002, S. 673; ähnlich *Vander*, K&R 2003, S. 343.

⁴⁹ *Rieß*, TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 ff. Dabei werden auch progressivere Stimmen laut, die feststellen, dass die Wertvorstellungen der Internetgemeinde nicht immer mit denen aller Nationalstaaten übereinstimmen müssen, *Engel*, *AF* 1996, S. 227.

ale Begrenzung des herkömmlichen Rechts mit all ihren Problemen⁵⁰ mittel- und langfristig vielleicht zumindest etwas abzufedern.

Wenn sich tatsächlich ein globales Cyberlaw bilden sollte, wird sich seine sachliche Reichweite im wesentlichen auf den vertragsrechtlichen Bereich beschränken.⁵¹ Denn die Regeln werden vor allem von Schiedsgerichten und Schlichtungspersonen gefasst, die im Regelfalle bei kaufmännischen Konflikten herbeigezogen werden.⁵² Insofern stellt sich jedoch das Problem, inwiefern auch Verbraucher in das neue Rechtssystem einbezogen werden können, da deren wirtschaftliche Interessen denen der übrigen Marktteilnehmer zuweilen gegenläufig sind.⁵³ Es stellt sich das Problem der strukturellen Korruption, d.h. des ungefilterten Einflusses von „privaten“ Interessen auf den Rechtsbildungsprozess.⁵⁴ Daher ist der Schutz der Marktteilnehmer dort notwendig, wo die Korrektur durch den Markt als nicht hinreichend erscheint bzw. sogar versagt. Insofern müssen Fragen des Verbraucher-, aber auch beispielsweise des Datenschutzes, von außen in die Diskussion eingebracht werden.⁵⁵ Ein im Rahmen reiner Selbstregulierung isoliert geschaffenes System würde insofern kaum Akzeptanz finden. Wenn Deutschland tatsächlich seinen Anteil am weltweiten Internethandel in den nächsten Jahren noch ausbauen kann, wie es eine Studie des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung vorgibt⁵⁶, könnte sich damit auch das Gewicht des deutschen bzw. europäischen Rechts im Rahmen des Internetrechts vergrößern.⁵⁷ Letztlich bleibt im Rahmen der Selbstregulierung abzuwarten, ob es gelingt, Rechtssicherheit auch für den elektronischen Welthandel zu schaffen.⁵⁸

V. Regulierung durch Technik?

Unbestreitbarer Vorteil eines Internetrechts - sei es gesetzlich oder selbstregulativ geschaffen - ist die mögliche Einbeziehung seiner technischen Besonderheiten in die Regelungen. Insofern wird der Technik in diesem Bereich mehr Gewicht eingeräumt.⁵⁹ Ein Beispiel ist die Möglichkeit, DVDs mit einem Regionalcode auszustatten, so dass sie nur in bestimmten Ländern abspielbar sind. Ebenso sollen technische Sicherungssysteme wie IPv6 eingesetzt werden. Interessant hieran ist, dass Ansatzpunkt des Schutzes nicht mehr unbedingt die Beteiligten, wie Anbieter und Nutzer, sind, sondern die übermittelten Informationen selbst. Entsprechend wird Sicherheit im Rahmen des Informationsmanagements bereits als “Schutz von Informationen bzw. Daten und der gesamten Informationsinfrastruktur vor unberechtigtem Zugriff und vor zufällig oder vorsätzlich erfolgten unberechtigten Manipulationen“ definiert⁶⁰.

⁵⁰ Es sei nur an die mitunter komplizierte Frage des anwendbaren Rechts und damit verbundener, dem Recht unverrückbar innewohnender Grundsätze, sog. „ordre public“, erinnert.

⁵¹ *Mankowski*, AfP 1999, S. 139.

⁵² Vgl. hierzu *Callies*, *RabelsZ* 68 (2004), S. 256.

⁵³ Vgl. *Mankowski*, AfP 1999, S. 139.

⁵⁴ Vgl. hierzu *Teubner*, *ZaöRV* 2003, S. 19.

⁵⁵ *Donges/Mai*, S. 198. So z.B. durch internationale Organisationen: *Galvano* nennt hier als Beispiel den Filter von UNIDROIT bei einer *lex mercatoria*, *ZEuP* 2003, S. 242; vgl. auch *Mankowski*, *MMR* 2002, S. 70.

⁵⁶ Veröffentlicht in „RWI-Mitteilungen“ 2002

⁵⁷ Momentan ist das Internetrecht sehr amerikanisch geprägt, was auch teilweise beanstandet wird, vgl. *Mayer*, *ZfRSoz* 2002, S. 113 mwN.

⁵⁸ Vgl. *Donges/Mai*, S. 199. *Marsden* würde ein Scheitern der Statuierung von Grundstandards als Scheitern der Selbstregulierung an sich beurteilen, *MMR* 2005, S. 7.

⁵⁹ Ausführlich hierzu *Fuhrmann*, *ZfRSoz* 2002, passim.

⁶⁰ *Schwarze*, S. 253; auch zit. in *Weck*, S. 210.

Doch darüber hinaus wird in noch größeren Kategorien gedacht: Aufgrund der strukturellen Nähe von Programmzeilen einer Software, die dem Computer Befehle gibt, und konditionalen gesetzlichen Anordnungen wird der „Rechner als Richter“ propagiert. Im Bereich der ODR werden bereits Computerprogramme eingesetzt, die die Kommunikation zwischen den Streitparteien fördern.⁶¹ Vorteil dieser „Computer-Mediated Communication (CMC)“ ist eine absolute Neutralität der Maschine. Diskriminierende Tendenzen, wie Geschlecht, Bildung oder Ausdrucksfähigkeit, werden ausgeschlossen.⁶² Ein Computer könnte darüber hinaus die gegensätzlichen Begehren der Parteien rechnerisch zu einem bestmöglichen Ausgleich bringen und dann einen „logischen“ Vergleichsvorschlag unterbreiten. Nachteil einer solchen Lösungsfindung ist indessen, dass jegliche Begleitumstände des Konflikts ignoriert werden.⁶³

Im Geiste dieser sich neu eröffnenden Möglichkeiten wird daher schon von wirtschaftswissenschaftlicher Seite aus konstatiert, dass Gesetze als allgemein kodifizierte *soziale* Standards in Zukunft von kodifizierten *technischen* Standards abgelöst werden könnten. „Das Gesetz wird unwichtig werden. Der wahre Ort von Regelungen wird der (Computer-)Code sein.“⁶⁴ Hiergegen wenden sich naturgemäß die Juristen vor dem Hintergrund einer notwendigen Legitimationsgrundlage. „Die Technik als solche ist nur ein Faktum, das als solches aus sich heraus noch keine Legitimität beanspruchen kann.“⁶⁵ Denn anderenfalls bedeutete dies einen enormen Machtzuwachs auf Seiten der Internet Access-, Service- und Contentprovider, die durch die Kontrolle der Netzarchitektur und der Softwarecodes quasi eigenständig die „Naturgesetze“ im Internet festlegen könnten.⁶⁶ Dabei muss auch beachtet werden, dass die technischen Sicherungssysteme das System nicht lahm legen. Wenn der Spaß der Nutzer verloren geht, wäre das für alle Beteiligten fatal. Grundaussage wird daher sein, dass Technologie zunächst lediglich ein Werkzeug ist.⁶⁷ Denn Standardisierung ist weniger Regulierung als vielmehr Koordinierung.⁶⁸ Wie dieses Werkzeug genutzt wird, bleibt eine davon unabhängig zu beantwortende Frage, die nur im Einvernehmen zwischen Recht und Wirtschaft gelöst werden kann.⁶⁹ Die Techniksteuerung wird ihre vornehmliche Aufgabe mithin darin finden, neue Optionen zu bieten und zu erhalten, nicht aber, bereits vorgegebene (rechtliche) Handlungsmöglichkeiten zu begrenzen.⁷⁰ Letztlich wird demnach das Schlagwort des „Code as Law“ zu ergänzen sein um „Law trumps over Code“⁷¹.

⁶¹ Vgl. im Kapitel „Mechanismen der Selbstregulierung“, unter II. 2. c. bb. (2).

⁶² V. Lewinski, CRi 2003, S. 169.

⁶³ Vgl. hierzu auch Brin, S. 284 ff.

⁶⁴ Das Schlagwort des „Code as Law“ stammt von Lawrence Lessig, Code and other Laws of Cyberspace, New York 1999.

⁶⁵ Roßnagel, MMR 2002, S. 70; Hoeren, NJW 1998, S. 2853. Exemplarisch wird die digitale Signatur herangezogen, die ihre Zertifikationsfunktion auch nicht aus sich selbst heraus zu legitimieren vermag; vielmehr sind hierzu (legitimierte) Zertifizierungsstellen notwendig. Vgl. auch Künzel (Beitrag Hoeren), S. 183 f.

⁶⁶ Vgl. Donges/Mai, S. 202; Mayer, ZfRSoz 2002, S. 107 mwN.; vgl. auch Schorkopf, ZfRSoz 2002, S. 91.

⁶⁷ V. Lewinski, CRi 2003, S. 168.

⁶⁸ Holznapel/Werle, ZfRSoz 2002, S. 19.

⁶⁹ Ein schönes Bild zeichnen Holznapel/Werle, ZfRSoz 2002, S. 20, die das Recht als „framework“ für die Selbstregulierung sehen.

⁷⁰ Deutlich Fuhrmann, ZfRSoz 2002, S. 119.

⁷¹ Mayer, ZfRSoz 2002, S. 109.

VI. Rechtliche Sicherheit im Internet, insbesondere im E-Commerce

Insgesamt gesehen scheint es wohl nicht allzu schlecht um die Rechtssicherheit auch im Bereich des E-Commerce bestellt zu sein. Dass das Recht im Internet sämtliche Lücken schließen wird, ist ebenso utopisch wie ein perfektes Recht in der realen Welt. Auch im elektronischen Handel gibt es „Wildwuchs“.⁷² Die Unsicherheit vieler Nutzer kann jedoch häufig darauf zurückgeführt werden, dass eine mangelnde Vertrautheit im Umgang mit dem E-Commerce besteht und sich die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters durch die räumliche Trennung eben nur schwer einschätzen lässt⁷³. Dies sind wiederum Unsicherheitsfaktoren, die sich durch rechtliche Sicherheit zwar abfedern, aber wohl kaum vollständig auflösen lassen. Insofern muss jeder potenzielle Online-Kunde die Hemmschwelle zunächst persönlich überschreiten. Die Rechtssicherheit dient hierbei in vielen Fällen nur als Argumentationshilfe, die Vorzüge (und Nachteile) des elektronischen Handels muss sich jedoch jeder selbst erschließen. Trotz aller rechtlichen Ansätze bleibt für die weitere Entwicklung des E-Commerce deshalb der Faktor Mensch ausschlaggebend. Und mit der zunehmenden Verbreitung des Internets selbst wird es auch mehr und mehr Menschen geben, die Online-Geschäfte vornehmen. Aufgabe jeglichen Rechts ist es, die Menschen hierbei zu unterstützen. Und hierfür befindet sich das Recht auf einem guten Weg.

⁷² Vgl. *Künzel* (Beitrag *Mann*), S. 187.

⁷³ *Hladjk*, DuD 2002, S. 597.

-
- Achilles/
Gebhard/
Spahn** Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des
Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898
- Altmeppen, Holger** Disponibilität des Rechtsscheins, Köln 1993
- Arnold, Dirk** Verbraucherschutz im Internet;
in: CR 1997, S. 526 - 532
- Backhaus, Klaus** Investitionsgütermarketing, 4. Aufl., München 1995
- Ballerstedt, Kurt** Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch
Stellvertreter;
in: AcP 151 (1950-51), S. 501 - 531
- Baumbach, Adolf/
Hopt, Klaus J./
Merkt, Hanno** Handelsgesetzbuch, 32. Aufl., München 2006
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 63. Aufl., München 2005;
zit.: Baumbach/Lauterbach/Bearbeiter,...
- Baur, Jürgen F./
Stürner, Rolf** Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., München 1999
- Bechtold, Stefan** Trusted Computing;
in: CR 2005, S. 393 - 404
- Becker, Rolf/
Föhlich, Carsten** Von Quelle bis eBay: Reformaufbereitung im Versandhandelsrecht;
in: NJW 2005, S. 3377 - 3381
- Beckmann, Kirsten/
Müller, Ulf** Online übermittelte Informationen: Produkte i.S.d. Produkthaftungsgesetzes?;
in: MMR 1999, S. 14 - 18
- Bergfelder, Martin** Was ändert das 1. Signaturänderungsgesetz?;
in: CR 2005, S. 148 - 153
- Berghoff, Julia** Selbstregulierung im Marketing;
in: RDV 2002, S. 78 - 80
- Bieser, Wendelin** Bundesregierung plant Gesetz zur digitalen Signatur;
in: CR 1996, S. 564 - 567
- Bizer, Johann** Strukturplan modernes Datenschutzrecht;
in: DuD 2004, S. 6 - 14
- ders.** Datenschutzrechtliche Informationspflichten;
in: DuD 2005, S. 451 - 457
- Bizer, Kilian** Der Endowment-Effekt im E-Commerce;
in: DuD 2004, S. 69 - 73
- Bliemel, Friedhelm/
Fassott, Georg/
Theobald, Axel** Electronic Commerce, 3. Aufl., Wiesbaden 2000

- Boehme-Neßler, Volker** CyberLaw Lehrbuch zum Internetrecht, München 2001
- Borges, Georg** Rechtsfragen des Phishing - Ein Überblick;
in: NJW 2005, S. 3313 - 3317
- Bork, Reinhard** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001
- Börner, Fritjof u.a.** Der Internet-Rechtsberater, 2. Aufl., Köln 2002
- Brin, David** The Transparent Society, Reading (Massachusetts) 1998
- Brox, Hans** Erbrecht, 21. Aufl., Köln 2004; zit.: Brox, Erbrecht
- ders.** Allgemeiner Teil des BGB, 29. Aufl., Köln 2005; zit.: Brox, AT
- Brox, Hans/
Walker, Wolf-Dietrich** Allgemeines Schuldrecht; 30. Aufl., München 2004
- Brühann, Ulf** Die Veröffentlichung personenbezogener Daten im Internet als
Datenschutzproblem;
in: DuD 2004, S. 201 - 209
- Büllesbach, Alfred/
Garstka, Hans-Jürgen** Meilensteine auf dem Weg zu einer datenschutzgerechten Gesellschaft;
in: CR 2005, S. 720 - 724
- Calliess, Graf-Peter** Transnationales Verbrauchervertragsrecht;
in: RabelsZ 68 (2004), S. 244 - 287
- Canaris, Claus-Wilhelm** Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen;
in: JZ 2001, S. 499 - 530
- ders.** Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
- Cichon, Caroline/
Pighin, Ralph** Transportschäden und Umtausch bei Online-Auktionen und anderen
physisch abgewickelten Online-Geschäften;
in: CR 2003, S. 435 - 440
- Corsten, Hans** Einführung in das Electronic Business, München und Wien 2003
- Creifelds, Carl (Begr.)** Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 18. Aufl., München 2004
- Dahm, Patrick** Unverbindlich verbindlich - Zur Selbstregulierung durch Verhaltenskodizes
und Gütesiegel;
in: DuD 2002, S. 412 - 415
- Debatin, Bernhard/
Funiok, Rüdiger** Kommunikations- und Medienethik, Konstanz 2003;
zit: Debatin/Funiok/Bearbeiter
- Deike, Thies** Open Source Software: IPR-Fragen und Einordnung ins deutsche
Rechtssystem;
in: CR 2003, S. 9 - 18
- Demelius, Heinrich** M. Wellspachers Vollmachtslehre;
in: AcP 153 (1954), S. 1 - 40
- Detjen, Stephan** Rechtsprobleme internationaler Datennetze;
in AfP 1996, S. 44 - 46

-
- ders.** Rechtsprobleme internationaler Datennetze - Bericht von der Arbeitstagung des IUM am 17.11.1995 in München;
in: AfP 1996, S. 44 - 46
- Dietrich, Christian** Der Zugang einer per E-Mail übermittelten Willenserklärung;
in: K&R 2002, S. 138 - 142
- Diskussionsentwurf** Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes,
Bundesministerium der Justiz, Referat I B 2, Stand: 4. August 2001
- Dix, Alexander/
Pfitzner, Roy** Trusted Computing und Datenschutz in Deutschland;
in: DuD 2003, S. 561 - 562
- Donges, Juergen B./
Mai, Stefan** E-Commerce und Wirtschaftspolitik, Stuttgart 2001
- Dreier, Thomas/
Schulze, Gernot** Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., München 2006
- Dreyer, Gunda/
Kotthoff, Jost/
Meckel, Astrid** Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Heidelberg 2004
- Druey, Jean Nicolas** Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995
- eBay-Verkäuferhandbuch** Offizielles Handbuch der eBay AG, Stand Juli 2005;
im Internet herunterzuladen unter der Rubrik „Verkäuferportal“ bei
<<http://www.ebay.de>>;
Internetadresse: <http://pages.ebay.de/pdf/ebay_verkaeufnerhandbuch.pdf>
- Eggs, Holger** Vertrauen im Electronic Commerce, Wiesbaden 2001
- Eichler, Hermann** Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
- Eidenmüller, Horst** Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Köln 2001
- Engel, Christoph** Inhaltskontrolle im Internet;
in: AfP 1996, S. 220 - 227
- Engel-Flehsig, Stefan/
Maennel, Frithjof A./
Tettenborn, Alexander** Beck'scher IuKDG-Kommentar: Kommentar zum Informations- und
Kommunikationsdienstegesetz, München 2001;
zit.: IuKDG-Komm/Bearbeiter,...
- Erber-Faller, Sigrun** Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied 2000;
zit.: Erber-Faller/Bearbeiter,...
- Erman, Walter** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
11. Aufl., Münster/Köln 2004;
zit.: Erman/Bearbeiter,...
- Ernst, Stefan** Der Mausklick als Rechtsproblem - Willenserklärungen im Internet;
in: NJW-CoR 1997, S. 165 - 167
- ders.** Vertragsgestaltung im Internet, München 2003
- ders.** Beweisproblem bei E-Mail und anderen Online-Willenserklärungen;
in: MDR 2003, S. 1091 - 1094

- Esser, Josef/
Schmidt, Eike** Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Heidelberg 1995
- Fechner, Frank** Medienrecht: Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia, 6. Aufl., Tübingen 2005
- Fikentscher, Wolfgang F.** Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin/New York 1997
- Flume, Werner** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Heidelberg 1979
- Föhlisch, Carsten** Gütesiegel: Haftung gegenüber dem Verbraucher?; in: DuD 2004, S. 74 - 79
- Fringuelli, Pietro Graf/
Wallhäuser, Matthias** Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, in: CR 1999, S. 93 - 101
- Fritsch, Lothar** A secure, affordable infrastructure for electronic signature applications; in: DuD 2001, S. 532 - 535
- Fuchs, Andreas** Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts; in: ZIP 2000, S. 1273 - 1287
- Fuchs, Maximilian** Deliktsrecht, 5. Aufl., Berlin 2004
- Fuhrmann, Heiner** Technikgestaltung als Mittel zur rechtlichen Steuerung im Internet; in: ZfR 23 (2002), S. 115 - 130
- Gaertner, Reinhard/
Gierschmann, Sibylle** Das neue Fernabsatzgesetz; in: DB 2000, S. 1601 - 1606
- Gaigl, Volker** Zum Begriff des Informationsrechts; in: DSWR 1978, S. 39 - 43
- Galgano, Francesco** Die Globalisierung im Spiegel des Rechts; in: ZEuP 2003, S. 237 - 242
- Gassen, Dominik** Digitale Signaturen in der Praxis, Köln 2003
- Géczy-Sparwasser,
Vanessa** Die Gesetzgebungsgeschichte des Internet, Berlin 2003
- GfK-Nürnberg** eCommerce aus Verbrauchersicht: Europa vor dem Megaboom?, Bericht der GfK-Tagung vom 7. Juli 2000 in der Meistersingerhalle Nürnberg, Nürnberg 2000
- Giddens, Anthony** Konsequenzen der Moderne, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1995
- Gola, Peter/
Klug, Christoph** Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2004/2005; in: NJW 2005, S. 2434 - 2440
- Gottwald, Walther** Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland; in: FPR 2004, S. 163 - 168

-
- Gounalakis, Georgios** Rechtshandbuch Electronic Business, München 2003;
zit.: Gounalakis/Bearbeiter,...
- Grigoleit, Hans
Christoph** Rechtsfolgenspezifische Analyse « besonderer » Informationspflichten am
Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce;
in: WM 2001, S. 597 - 604
- ders.** Besondere Vertriebsformen im BGB;
in : NJW 2002, S. 1151 - 1158
- Grundmann, Stefan** Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte;
in: AcP 198 (1998), S. 457 - 488
- Grzebiela, Torsten** Internet-Risiken: Versicherbarkeit und alternativer Risikotransfer,
Wiesbaden 2002
- Gundermann, Lukas** E-Commerce trotz oder durch Datenschutz?;
in: K&R 2000, S. 225 - 235
- Hacke, Andreas** Der ADR-Vertrag. Vertragsrecht und vertragliche Gestaltung der Mediation
und anderer alternativer Konfliktlösungsmöglichkeiten, Heidelberg 2001
- Haft, Fritjof/
von Schlieffen, Katharina** Handbuch Mediation, München 2002;
zit.: Haft/v. Schlieffen/Bearbeiter,...
- Hager, Günter** Konflikt und Konsens, Tübingen 2001;
zit.: Hager, Konflikt und Konsens,...
- Hager, Johannes** Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, München 1990
- Hansen, Udo** Das sogenannte Transparenzgebot im System des AGB-Gesetzes;
in: WM 1990, S. 1521 - 1528
- Härting, Niko** Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005
- ders.** Referentenentwurf für neues Fernabsatzgesetz;
in: CR 1999, S. 507 - 511
- ders.** Kurzkomentar zum Fernabsatzgesetz, Köln 2000
- ders.** Verbraucherwerbung nach dem Fernabsatzgesetz,
in: CR 2000, S. 691 - 696
- ders.** Der dauerhafte Datenträger;
in: K&R 2001, S. 310 - 313
- Hartmann, Martin/
Offe, Claus** Vertrauen. Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts,
Frankfurt/Main 2001;
zit.: Hartmann/Offe/Bearbeiter,...
- Hartmann, Nicolai** Ethik, 4. Aufl., Berlin 1962;
zit.: Hartmann, Ethik,...
- Heck, Philipp** Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Heidrich, Joerg/
Tschoepe, Sven** Rechtsprobleme der E-Mail-Filterung;
in: MMR 2004, S. 75 - 80

- Heinrichs, Helmut** Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,
in: Friedrich Graf von Westphalen/Otto Sandrock; Lebendiges Recht - Von den Sumerern bis zur Gegenwart, FS für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995;
zit.: Heinrichs, FS Trinkner,...
- Henke, Reginhard** Produktpiraterie und Zoll,
in: Dirk Ehlers/Hans-Michael Wolfgang/Hermann Pünder, Rechtsfragen des internationalen Schutzes geistigen Eigentums,
Münster/Köln 2002, S. 211 - 230
- Henslin, James M.** Trust and the Cab Driver,
in: Marcello Truzzi, (Hrsg.), Sociology and Everyday Life, Englewood Cliffs (New Jersey) 1968, S. 138 - 158
- Hepting, Reinhard** Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung,
in: Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, Köln 1988,
S. 209 - 234;
zit.: Hepting, FS Universität Köln,...
- Hermanns, Arnold/
Dolski, Joerg** Internet-Kundenforen;
in: wisu 2004, S. 1214 - 1222
- Hermanns, Arnold/
Sauter, Michael** Management-Handbuch Electronic Commerce, 2. Aufl., München 2001
- Herwig, Volker** Zugang und Zustellung in elektronischen Medien;
in: MMR 2001, S. 145 - 149
- Heun, Sven-Erik** Die elektronische Willenserklärung;
in: CR 1994, S. 595 - 600
- ders.** Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform;
in: CR 1995, S. 2 - 7
- Hirsch, Christoph** Allgemeines Schuldrecht, 5. Aufl., Köln 2004
- Hk-BGB** Reiner Schulze, Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch,
4. Aufl., Baden-Baden 2005;
zit.: Hk-BGB/Bearbeiter,...
- Hk-VertriebsR** Micklitz, Hans-W./Tonner, Klaus; Handkommentar Vertriebsrecht,
Baden-Baden, 2002;
zit.: Hk-VertriebsR/Bearbeiter,...
- Hladjk, Jörg** Gütesiegel als vertrauensbildende Maßnahme im E-Commerce,
in: DuD 2002, S. 597 - 600
- ders.** Qualität und Effektivität von Gütesiegeln,
in: DuD 2002, S. 672 - 678
- Höckelmann, Eckhard** Die Produkthaftung für Verlagserzeugnisse, Baden-Baden 1994
- Hoeren, Thomas** Beweisklauseln in EDI-Vereinbarungen;
in: CR 1995, S. 513 - 518

-
- ders.** Internet und Recht - Neue Paradigmen des Informationsrechts;
in: NJW 1998, S. 2849 - 2854
- ders.** Grundzüge des Internetrechts; 2. Aufl., München 2002
- ders.** Zur Einführung: Informationsrecht;
in: JuS 2002, S. 947 - 953
- Hoeren, Thomas** Virenscreening und Spamfilter - Rechtliche Möglichkeiten im Kampf gegen
Viren, Spams & Co.;
in: NJW 2004, S. 3513 - 3517
- Hoeren, Thomas/
Queck, Robert** Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999;
zit.: Hoeren/Queck/Bearbeiter
- Hoffmann, Helmut** Zivilrechtliche Haftung im Internet;
in: MMR 2002, S. 284 - 289
- ders.** Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2004;
in: NJW 2004, S. 2569 - 2576
- ders.** Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2005;
in: NJW 2005, S. 2595 - 2600
- Hohloch, Gerhard** „Vertrauenshaftung“ - Beginn einer Konkretisierung?;
in: NJW 1979, S. 2369 - 2374
- Holznapel, Bernd/
Werle, Raymund** Sectors and Strategies of Global Communications Regulation;
in: ZfR 23 (2002), S. 3 - 23
- Homann, Stefan** Typische Probleme des Schadensersatzrechts und ihre systematische
Einordnung;
in: JuS 2002, S. 554 - 557
- Huber, Hans** Vertrauensschutz;
in: Otto Bachof/Ludwig Heigl/Konrad Redeker;
Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, FS zum
25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts;
München 1978; S. 313 - 336;
zit.: Huber, FS BVerwG,...
- ders.** Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat,
in: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie; FS Werner Kägi,
Zürich 1979, S. 193 - 207;
zit.: Huber, FS Kägi,...
- Hübner, Heinz** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,
2. Aufl., Berlin, New York 1996
- Huitema, Christian** IPv6 - die neue Generation, München 2000
- Jaeger, Till/
Metzger, Axel** Open Source Software - Rechtliche Rahmenbedingungen der freien Software,
München 2002
- Janal, Ruth M.** Abwehransprüche im elektronischen Markt der Meinungen;
in: CR 2005, S. 873 - 878

- dies.** Sanktionen und Rechtsbehelfe bei der Verletzung verbraucherschützender Informations- und Dokumentationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, Berlin 2003
- Janisch, Sonja/
Schartner, Peter** Internetbanking;
in: DuD 2002, S. 162 - 169
- Jauernig, Othmar** Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., München 2004;
zit.: Jauernig/Bearbeiter,...
- John, Uwe** Fiktionswirkung oder Schutz typisierten Vertrauens durch das Handelsregister;
in: ZHR 140 (1976), S. 236 - 255
- Jordans, Roman** Außergerichtliche Streitbeilegung - ein Überblick;
in: VuR 2004, S. 92 - 96
- Jung, Peter** Handelsrecht, 4. Aufl., München 2005
- ders.** Rechtsfragen der Online-Schiedsgerichtsbarkeit;
in: K&R 1999, S. 63 - 70
- Jungermann, Sebastian** Der Beweiswert elektronischer Signaturen;
in: DuD 2003, S. 69 - 72
- Junker, Abbo** Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2001/2002;
in: NJW 2003, S. 2792 - 2799
- ders.** Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2002/2003;
in: NJW 2004, S. 3162 - 3168
- ders.** Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2003/2004;
in: NJW 2005, S. 2829 - 2834
- Junker, Abbo/
Benecke, Martina** Computerrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2003
- Kamanabrou, Sudabeh** Vorgaben der E-Commerce-RL für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften;
in: CR 2001, S. 421 - 425
- Kegel, Gerhard** Sicherheit und Wahrscheinlichkeit im Recht;
in: Erik Jayme/Gerhard Kegel/Marcus Lutter,
Ius Inter Nationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld,
Heidelberg 1983, S. 129 - 145;
zit.: Kegel, FS Riesenfeld,...
- ders.** Verwirkung, Vertrag, Vertrauen,
in: Paul Hofmann/Ulrich Meyer-Cording/Herbert Wiedemann;
FS für Klemens Pleyer, Köln 1986;
zit.: Kegel, FS Pleyer,...
- Kelly, Kevin** NetEconomy, München/Düsseldorf 1999
(orig.: New Rules for the New Economy, New York 1998)

-
- Klein, Peter** Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn und seine Bedeutung für uns;
in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1919, S. 128 - 159
- Klietmann, Markus** Kunden im E-Commerce - Verbraucherprofile, Vertriebstechniken, Vertrauensmanagement, Düsseldorf 2001; zit.: Klietmann/Bearbeiter,...
- Kloepfer, Michael** Informationsgesetzbuch - Zukunftsvision?;
in: K&R 1999, S. 241 - 251
- ders.** Informationsrecht, Berlin 2002
- Kloos, Bernhard/
Wagner, Axel-Michael** Vom Eigentum zur Verfügbarkeit. Nutzungsorientierte Geschäftskonzepte im IT-Sektor aus vertragsrechtlicher Sicht;
in: CR 2002, S. 865 - 872
- Köbler, Gerhard** Juristisches Wörterbuch, 13. Aufl., München 2005
- Koch, Christian** Datenschutz bei Telediensten;
in: Sabine Brumme/Michael Weis, Praxishandbuch Internet, 2. Aufl., Stuttgart 2004
- Koch, Frank A.** Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source-Software;
in: CR 2000, S. 273 - 281 und 333 - 344
- Koecher, Jan K.** Zentrale Spam- und Virenfilterung;
in: DuD 2004, S. 272 - 276
- Köhler, Markus/
Arndt, Hans-Wolfgang** Recht des Internet, 3. Aufl., Heidelberg 2001
- Koitz, Rainer** Informatikrecht, Berlin/Heidelberg 2002
- KompaktKom-BGB** Kothe, Wolfhard/Micklitz, Hans-W. et al.; Das neue Schuldrecht - Kompaktkommentar; Neuwied/München 2003;
zit.: KompaktKom-BGB/Bearbeiter,...
- Kotthoff, Jost** Softwareerstellungs-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung;
in: K&R 2002, S. 105 - 110
- Kötz, Hein/
Wagner, Gerhard** Deliktsrecht, 9. Aufl., Neuwied 2001
- Krause, Jörg** Electronic Commerce and Online Marketing, München 1999
- Kreienbaum, Birgit** Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin, 1998
- Kröger, Detlef/
Gimmy, Marc A.** Handbuch zum Internetrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2002;
zit.: Kröger/Gimmy/Bearbeiter,...
- Kruse, Vinding** Das Eigentumsrecht, II. Band, Berlin 1935
- Kube, Hanno** Die Zugänge der Informationsgesellschaft und der Gegenstandsbezug des Rechts;
in: JZ 2001, S. 944 - 951

- Künzel, Dirk** Zukunftsperspektive Internet: Selbstregulierung der Wirtschaft versus staatliche Regulierung. Streitgespräch.
in: Dirk Ehlers/Hans-Michael Wolfgang/Hermann Pünder, Rechtsfragen des Electronic Commerce, Münster/Köln 2001
- Labes, Hubertus W.** Konfliktbeseitigung durch ADR;
in : ZfV 1998, S. 35 - 38
- ders.** Verfahrensoptionen der Alternativen Streitbeilegung („ADR“);
in: DZWir 1998, S. 353 - 362
- Ladeur, Karl-Heinz** Zur Kooperation von staatlicher Regulierung und Selbstregulierung des Internet;
in: ZUM 1997, S. 372 - 384
- Landrock, Gisela** Das Produkthaftungsrecht im Lichte neuerer Gesetzgebung und Rechtsprechung;
in: JA 2003, S. 981 - 989
- Larenz, Karl** Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“;
in: Werner Flume/Peter Raisch/Ernst Steindorff, Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, S. 397 - 419;
zit.: Larenz, FS Ballerstedt,...
- ders.** Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil;
14. Aufl., München 1987;
zit.: Larenz I,...
- ders.** Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band (1. Halbband): Besonderer Teil;
13. Aufl., München 1986;
zit: Larenz II/1,...
- Latzer, Michael/
Schmitz, Stefan W.** Die Ökonomie des eCommerce, Marburg 2002
- Lauer, Jürgen** Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in Ausführung des § 15 a EGZPO;
in: NJW 2004, S. 1280 - 1282
- Lediger, Astrid** Der Onlineauftritt in der rechtlichen Praxis, Berlin 2003
- Lehmann, M.** Produkt- und Produzentenhaftung für Software;
in: NJW 1992, S. 1721 - 1725
- Leipold, Dieter** BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 2004
- Lenz, Karl-Heinz** Das Vertrauensschutz-Prinzip, Berlin 1968
- Leupold, Andreas/
Bräutigam, Peter/
Pfeiffer, Markus** Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet;
in: WRP 2000, S. 585 - 598
- Lewinski, Kai v.** Alternative Dispute Resolution and Internet;
in: CRi 2003, S. 167 - 173

- Libertus, Michael** Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit bei unbeabsichtigter Verbreitung von Computerviren; in: MMR 2005, S. 507 - 512
- Lieb, Manfred** Aufgedrängter Vertrauensschutz?; in: Gottfried Baumgärtel/Hans Jürgen Becker et al., Festschrift für Heinz Hübner, Berlin/New York 1984, S. 575 - 591; zit.: Lieb, FS Hübner,...
- ders.** Vertragsaufhebung oder Geldersatz?; in: Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, Köln 1988, S. 251 - 270; zit.: Lieb, FS Universität Köln,...
- Lihotzky, Nikolai** Kundenbindung im Internet, Wiesbaden 2003
- Lörcher, Gino** Mediation: Rechtskraft über Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut?; in: DB 1999, S. 789 - 790
- Lorenz, Stephan** Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie; in: JuS 2000, S. 833 - 843
- Lorenz, Werner** Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft; in: Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus-Wilhelm Canaris; Festschrift für Karl Larenz; München 1973; S. 575 - 620; zit.: Lorenz, FS Larenz,...
- Lubitz, Marcus** Entwicklung des E-Commerce im Jahre 2003; in: K&R 2004, S. 116 - 121
- Lüdemann, Volker/
Adams, Nils** Die elektronische Signatur in der Rechtspraxis; in: K&R 2002, S. 8 - 12
- Luft, Alfred Lothar** Zur begrifflichen Unterscheidung von „Wissen“, „Information“ und „Daten“; in: Rudolf Wille/ Monika Zickwolff, Begriffliche Wissensverarbeitung, Mannheim 1994
- Luhmann, Niklas** Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl., Stuttgart 2000; zit.: Luhmann, Vertrauen,...
- ders.** Vertrautheit, Zuversicht, Vertrauen. Probleme und Alternativen, in: Martin Hartmann/Claus Offe (Hrsg.), Vertrauen. Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts, Frankfurt/Main 2001; S. 143 - 160 (orig.: Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives in: Diego Gambetta, Making and Breaking Cooperative Relations, Oxford 1988, S. 94 - 107); zit.: Luhmann, Vertrautheit,...
- Machill, Marcel/
Rewer, Alexa** Internet-Hotlines - Evaluierung und Selbstregulierung von Internet-Inhalten, Gütersloh 2001
- Manigk, Alfred** Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939

- Mankowski, Peter** Wider ein transnationales Cyberlaw;
in: AfP 1999, S. 138 - 143
- ders.** Fernabsatzrecht: Information über das Widerrufsrecht und
Widerrufsbelehrung bei Internetauftritten;
in: CR 2001, S. 767 - 775
- ders.** Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?;
in: NJW 2002, S. 2822 - 2828
- ders.** Für einen Anscheinsbeweis hinsichtlich der Identität des Erklärenden bei
E-Mails;
in: CR 2003, S. 44 - 50
- ders.** Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen;
in: NJW 2004, S. 1901 - 1907
- Mansel, Heinz-Peter/
Budzikiewicz, Christine** Das neue Verjährungsrecht, Bonn 2002
- Mardsen, Christopher T.** Co-Regulation in European Media and Internet Sectors;
in: MMR 2005, S. 3 - 7
- Mattheus, Daniela** Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen
Leistungsstörungenrechts;
in: JuS 2002, S. 209 - 219
- Mayer, Franz C.** Das Internet, das Völkerrecht und die Internationalisierung des Rechts;
in: ZfR 23 (2002), S. 93 - 114
- Medicus, Dieter** Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., Heidelberg 2002;
zit.: Medicus, AT,...
- ders.** Bürgerliches Recht, 20. Aufl., Köln 2004
- ders.** Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 2004;
zit.: Medicus, Schuldrecht I,...
- ders.** Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 2004;
zit.: Medicus, Schuldrecht II,...
- Mehrings, Josef** Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online- und CD-ROM-
Datenbanken;
in: NJW 1993, S. 3102 - 3109
- Meier, Klaus/
Wehlau, Andreas** Produzentenhaftung des Softwareherstellers;
in: CR 1990, S. 95 - 100
- Merx, Oliver/
Tandler, Ernst/
Hahn, Heinfried** Multimedia-Recht für die Praxis, Berlin/Heidelberg 2002;
zit.: Merx/Tandler/Hahn/Bearbeiter,...
- Metzger, Axel/
Jaeger, Till** Open Source Software und deutsches Urheberrecht;
in: GRUR Int. 1999, S. 839 - 848
- Meyer, Olaf** Haftung der Internet-Auktionshäuser für Bewertungsportale;
in: NJW 2004, S. 3151 - 3154

-
- Moritz, Hans-Werner/
Dreier, Thomas** Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Aufl., Köln 2005;
zit.: Bearbeiter in Moritz/Dreier, Teil ..., Rn. ...
- Mugdan, B.** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1899
- Müller, Günther/
Pfitzmann, Andreas** Mehrseitige Sicherheit in der Kommunikationstechnik, Bd. 1., Bonn 1997;
zit.: Müller/Pfitzmann/Bearbeiter,...
- Müller-Hagedorn, Lothar** Zukunftsperspektiven des E-Commerce im Handel, Frankfurt/Main 2000;
zit.: Müller-Hagedorn/Bearbeiter,...
- Müller-Hengstenberg,
Claus D.** Computersoftware ist keine Sache;
in: NJW 1994, S. 3128 - 3134
- Münch, Ingo v./
Kunig, Philipp** Kommentar zum GG, 5. Aufl., München 2000 - 2003;
zit.: v. .Münch/Kunig/Bearbeiter,...
- Münch, Joachim** Die „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen;
in: Jura 2002, S. 361 - 374
- Münchener Kommentar** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
4. Aufl., München 2001 - 2004;
zit.: MüKo/Bearbeiter,...
- Musielak, Hans-Joachim** Grundkurs ZPO, 8. Aufl., München 2005
- Neumann, Dania** Die Rechtsnatur des Netzgeldes, München 2000
- Nieschlag, Robert/
Dichtl, Erwin/
Hörschgen, Hans** Marketing, 19. Aufl., Berlin 2002
- Oetker, Hartmut** Handelsrecht, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2005
- Oetker, Hartmut/
Maultzsch, Felix** Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004
- Ohlenburg, Anna** Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG. Auswirkungen und Neuerungen für elektronische Kommunikation;
in: MMR 2003, S. 82 - 86
- Olbrich, Alfred** Netze, Protokolle, Spezifikationen, Braunschweig/Wiesbaden 2003
- Ossenbühl, Fritz** Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat;
in: DÖV 1972, S. 25 - 36
- Ott, Sieghart/
Lüer, Dieter W./
Heussen, Benno** Anwalts-Checkbuch Aktuell - Schuldrechtsreform, Köln 2002
- Ott, Stephan** Informationspflichten im Internet und ihre Erfüllung durch das Setzen von Hyperlinks;
in: WRP 2003, S. 945 - 955

- Palandt, Otto** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., München 2006;
zit.: Palandt/Bearbeiter,...
- Paul, Tobias** Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern
aus strafrechtlicher Sicht, Baden-Baden 2005
- Pfeiffer, Thomas** Welches Recht gilt für elektronische Geschäfte?;
in: JuS 2004, S. 282 - 285
- Pietsch, E.** Der heutige Stand der automatischen Dokumentation;
in: IBM-Nachrichten 1961, S. 1338 ff.
- Plötner, Olaf** Das Vertrauen des Kunden - Relevanz, Aufbau und Steuerung auf
industriellen Märkten, Wiesbaden 1995
- Preuß, U. K.** Vertrauensschutz als Staatsschutz;
in: JA 1977, S. 265 - 271
- Protokolle** Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des
Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898
- Puchert, Sigmar** Rechtssicherheit im Internet, Berlin und Heidelberg 2001
- Redeker, Helmut** Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst;
in: NJW 1984, S. 2390 - 2394
- ders.** Zivilrechtliche Probleme des Bildschirmtextesinsatzes. Eine Auswahl.
in: Arbeitspapiere der GMD 176, November 1985, S. 21 - 36
- Reischl, Klaus** Grundfälle zum neuen Schuldrecht;
in: JuS 2003, S. 40 - 48; S. 453 - 461; S. 865 - 870 (mehrteiliger Aufsatz)
- Riehm, Thomas** Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des
Verbraucherrechts;
in: Jura 2000, S. 505-513
- Riepl, Gundula** Europäischer Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft, Wien 2002
- Rieß, Joachim** Selbstregulierung und E-Business-Politik - Die Sicht der Wirtschaft;
in: TA-Datenbank-Nachrichten 2001, S. 65 - 70
oder im Internet unter:
<http://www.itas.fzk.de/deu/tadn/tadn014/ries01a.htm>
- Roellecke, Gerd** Vertrauensschutz als Rechtskritik;
in: Erhard Denninger u.a., Kritik und Vertrauen, Festschrift für Peter
Schneider, Frankfurt am Main 1990; S. 409 - 429
zit.: Roellecke, FS Schneider,...
- Roßnagel, Alexander** Aufgaben der Regulierungsbehörde nach dem Signaturgesetz;
in: MMR 1998, S. 468 - 474
- ders.** Weltweites Internet - globale Rechtsordnung?;
in: MMR 2002, S. 67 - 71
- ders.** Modernisierung des Datenschutzrechts für eine Welt allgegenwärtiger
Datenverarbeitung;
in: MMR 2005, S. 71 - 75

-
- ders.** Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003;
zit.: Roßnagel/Bearbeiter, Kapitelüberschrift, Rn.
- ders.** Rechtsverbindliche Telekooperation;
in: Martin Schulte, Handbuch des Technikrechts,
Berlin/Heidelberg 2003, S. 629 - 668
- ders.** Kommentar zum Recht der Multimediadienste, München, Loseblatt
- Roßnagel, Alexander/
Fischer-Dieskau, Stefanie** Automatisiert erzeugte elektronische Signaturen;
in: MMR 2004, S. 133 - 139
- Roßnagel, Alexander/
Pfitzmann, Andreas** Der Beweiswert von E-Mail;
in: NJW 2003, S. 1209 - 1214
- Roth, Herbert** Das Fernabsatzgesetz;
in: JZ 2000, S. 1013 - 1019
- Roxin, Claus** Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006
- Ruess, Peter** Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht,
München 2003
- Runte, Christian/
Potinecke, Harald W.** Software und GPSG - Anwendbarkeit und Auswirkungen des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes auf Hersteller und Händler von Computerprogrammen;
in: CR 2004, S. 725 - 729
- Schaar, Peter** Selbstregulierung und Selbstkontrolle - Auswege aus dem Kontrolldilemma?;
in: DuD 2003, S. 421 - 426
- Schaefer, Martin** Der Kampf gegen die Produktpiraterie. Aspekte der Online-Pirateriebekämpfung;
in: Dirk Ehlers/Hans-Michael Wolfgang/Hermann Pünder,
Rechtsfragen des Electronic Commerce, Münster/Köln 2001
- Schimmel, Roland/
Buhlmann, Dirk** Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Neuwied 2002
- Schindler, Werner** Sichere digitale Kommunikation - Motivation, Anforderungen, mathematisch-technische Realisierung und rechtliche Aspekte,
in: K&R 2002, S. 481 - 490
- Schläger, Uwe** Gütesiegel nach Datenschutzauditverordnung Schleswig-Holstein;
in: DuD 2004, S. 459 - 461
- Schmidt, Karsten** Handelsrecht, 5. Aufl., Köln/Berlin 1999;
zit.: Schmidt, Handelsrecht,...
- ders.** Gutgläubiger Eigentumserwerb trotz Abtretungsverbots in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Zur Bedeutung des § 354a HGB für die Praxis zu § 366 HGB;
in: NJW 1999, S. 400 - 401
- Schmittmann, Jens M.** Werbung im Internet, München 2003

- ders.** Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht;
in: K&R 2004, S. 361 - 367
- ders.** Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2004/2005;
in: K&R 2005, S. 337 - 343
- Schneider, Gerhard** Sperren und Filtern im Internet;
in: MMR 2004, S. 18 - 24
- Schönke, Adolf/
Schröder, Horst** Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2001;
zit.: Schöne/Schröder/Bearbeiter,...
- Schorkopf, Frank** An International Regime of Electronic Commerce?;
in: ZfR 23 (2002), S. 79 - 92
- Schottlaender, Rudolf** Theorie des Vertrauens, Berlin 1957
- Schramm, Marc** Pflicht zur Anbieterkennzeichnung;
in: DuD 2004, S. 472 - 475
- Schreiber, Klaus** Abgabe und Zugang von Willenserklärungen;
in: Jura 2002, S. 249 - 252
- Schubel, Christian** Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Das neue Kaufrecht;
in: JuS 2002, S. 313 - 319
- Schulte, Martin** Handbuch des Technikrechts, Berlin/Heidelberg 2003;
zit.: Schulte/Bearbeiter,...
- Schulte, Thomas/
Schulte, Ulrich W.** Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr -
wettbewerbsrechtlich betrachtet;
in: NJW 2003, S. 2140 - 2142
- Schuster, Fabian
et al.** Entwicklung des Internet- und Multimediarechts im Jahre 2002,
MMR-Beilage 5/2003
- Schütze, Rolf A.** Alternative Streitschlichtung. Zur Übertragbarkeit ausländischer Erfahrungen;
in: ZVglRWiss 1998 (97. Band), S. 117 - 123
- Schwarz, Kyrill-A.** Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, Baden-Baden 2002
- Schwarze, J.** Informationsmanagement: Planung, Steuerung, Koordination und Kontrolle
der Informationsversorgung im Unternehmen, Herne/Berlin 1998
- Schwerdtfeger, Armin** Probleme und Fragen zum Vertragsrecht, Wiesbaden 1999
- Seeler, W. von** Vollmacht und Scheinvollmacht;
in: ArchBürgR 28 (1906), S. 1 - 52
- Sieber, Ulrich** Haftung für Online-Datenbanken;
in: CR 1992, S. 518 - 526
- Soergel, Hans Theodor** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen, 13. Aufl., Stuttgart 2000 - 2003;
zit.: Soergel/Bearbeiter,...

-
- Sosnitza, Olaf** Das neue UWG - Liberalisierung des Lauterkeitsrechts;
in: AnwBl 2004, S. 545 - 551
- Sosnitza, Olaf/
Gey, Michael** Zum Beweiswert von E-Mails;
in: K&R 2004, S. 465 - 469
- Spindler, Gerald** Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet;
in: MMR 1998, S. 23 - 29
- ders.** Verschuldensunabhängige Produkthaftung im Internet;
in: MMR 1998, S. 119 - 124
- ders.** Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr - Verantwortlichkeit der
Dienstanbieter und Herkunftslandprinzip; in: NJW 2002, S. 921 - 927
- ders.** Authentifizierungssysteme;
in: CR 2003, S. 534 - 541
- ders.** IT-Sicherheit und Produkthaftung - Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller
und der Softwarenutzer;
in: NJW 2004, S. 3145 - 3150
- Spindler, Gerald/
Ernst, Stefan** Vertragsgestaltung für den Einsatz von E-Mail-Filtern;
in: CR 2004, S. 437 - 445
- Spindler, Gerald/
Klöhn, Lars** Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce;
in: CR 2003, S. 81 - 86
- Stallings, William** Sicherheit im Internet, München 2001
- Staudinger, J. von** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen, Berlin 1995 - 2004;
zit.: Staudinger/Bearbeiter,...
- Stoll, Hans** Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluß;
in: Erik Jayme/Gerhard Kegel/Marcus Lutter,
Ius Inter Nationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld,
Heidelberg 1983, S. 275 - 299;
zit.: Stoll, FS Riesenfeld,...
- Strömer, Tobias H.** Online-Recht, 3. Aufl., Heidelberg 2002
- Taeger, Jürgen** Kundenprofile im Internet - Customer Relationship Management und
Datenschutz;
in: K&R 2003, S. 220 - 227
- Taupitz, Jochen/
Kritter, Thomas** Electronic Commerce - Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet;
in: JuS 1999, S. 839 - 846
- Teubner, Gunther** Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten
Verfassungstheorie;
in: ZaöRV 63 (2003), S. 1 - 28
- Thamm, Manfred/
Pilger, Gerhard** Taschenkommentar zum AGB-Gesetz, Heidelberg, 1998

- Thome, Rainer/
Schinzer, Heiko/
Hepp, Martin** Electronic Commerce und Electronic Business, 3. Aufl., München 2005
- Timmers, Paul** Electronic Commerce, Chichester 1999
- Tinnefeld, Marie-Theres** Datenschutz - Lotse in der Informationsgesellschaft;
in: DuD 2005, S. 328 - 333
- Tinnefeld, Marie-Theres/
Schuster, Heidi** Mangel an Vertrauen in die Telekommunikation;
in: DuD 2005, S. 78 - 83
- Turiaux, André** Kommentar zum Umweltinformationsgesetz, München 1995
- Ulmer, Detlef** Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung“;
in: CR 2000, S. 493 - 499
- Ultsch, Michael L.** Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen. Dargestellt am
Beispiel der Electronic Mail;
in: NJW 1997, S. 3007 - 3009
- Ungerer, Bert** Spam-Abwehr;
in: DuD 2004, S. 343 - 347
- Vander, Sascha** Verhaltenskodizes im elektronischen Geschäftsverkehr;
in: K&R 2003, S. 339 - 344
- ders.** Eingriffe in das allgemeine Fernabsatzrecht;
in: MMR 2005, S. 139 - 144
- Völker, Stefan** Änderungen im Recht der Preisangaben;
in: NJW 1997, S. 3405 - 3408
- ders.** Neue Entwicklungen im Recht der Preisangaben;
in: NJW 2000, S. 2787 - 2792
- Waldner, Uwe** Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, Hannover, 2001
- Wallenberg, Gabriela v.** B2B-Onlineshop - betriebswirtschaftliche und rechtliche Fragen;
in: MMR 2005, S. 661 - 666
- Waltermann, Jens/
Machill, Marcel** Verantwortung im Internet, Gütersloh 2000
- Weber, Juliane** Mit undurchsichtigen Methoden zum durchsichtigen Verbraucher?;
in: DuD 2003, S. 625 - 630
- Weber, Wilhelm** Vertrauensschutz aus fortgesetztem Verhalten (Übung) eines Dritten;
in: DB 1974, S. 709 - 714
- Weck, Reinhard J.** Informationsmanagement im globalen Wettbewerb, München 2003
- Weichert, Thilo** Datenschutz als Verbraucherschutz;
in: DuD 2001, S. 264 - 270
- Wellspacher, Moriz** Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Rechte, Wien 1906

-
- Welp, Jürgen** Datenveränderung (§ 303 aStGB) - Teil 1;
in: IuR 1988, S. 443 - 449
- Wendt** Die exceptio doli generalis im heutigen Recht;
in: AcP 100 (1906), S. 1 - 417
- Wenzel, Henning
et al.** Schuldrecht Besonderer Teil I - Vertragliche Schuldverhältnisse,
2. Aufl., Grasberg bei Bremen 2003
- Wersig, Gernot** Information-Kommunikation-Dokumentation,
2. Aufl., München/Berlin 1974
- Westermann, Harm Peter** Das neue Kaufrecht;
in: NJW 2002, S. 241 - 253
- Wiedmann, Klaus-Peter
et al.** Konsumentenverhalten im Internet, Wiesbaden 2004
- Wiegand, Wolfgang** Rechtsableitung vom Nichtberechtigten;
in: JuS 1978, S. 145 - 150
- Wilhelm, Jan** Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 2002
- Woitke, Thomas** Informations- und Hinweispflichten im E-Commerce;
in: BB 2003, S. 2469 - 2477
- Wolber, Tanja/
Eckhardt, Jens** Zulässigkeit unaufgeforderter E-Mail-Werbung?;
in: DB 2002, S. 2581 - 2586
- Wolf, Manfred** Sachenrecht, 21. Aufl., München 2005
- Wolf, Manfred/
Larenz, Karl** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
- Wuermeling, Ulrich/
Deike, Thies** Open Source Software: Eine juristische Risikoanalyse;
in: CR 2003, S. 87 - 91
- Wülfling, Thomas/
Dieckert, Ulrich** Praxishandbuch Multimediarecht, Berlin/Heidelberg 2002
- Wüstenberg, Dirk** Die Mängelrechte nach dem gemeinsamen Erwerb von Hardware und
Software;
in: JA 2003, S. 424 - 430
- Zerres, Thomas** Der Begriff des Sachmangels im neuen Kaufrecht;
in: JA 2002, S. 713 - 718
- Zhang, Xi** Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich
mit deutschem, englischem, US-amerikanischem und Haager Einheitlichem
Kaufrecht, Starnberg 1994
- Zimmer, Daniel/
Eckhold, Thomas** Das neue Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf;
in: Jura 2002, S. 145 - 154
- Zscherpe, Kerstin A.** Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet;
in: MMR 2004, S. 723 - 727

Im Massenphänomen Internet ist mangelndes Vertrauen nach wie vor das grundlegendste Hindernis für eine Ausnutzung seiner Potentiale. Obwohl der Datenstrom weltweit zunimmt, stockt die Entwicklung des E-Commerce.

Dem entspricht die Notwendigkeit einer kritischen Untersuchung seiner rechtlichen Grundlagen. In welchen Bereichen eine zufriedenstellende rechtliche Regulierung stattgefunden hat und wo noch Verbesserungsbedarf besteht, ist Inhalt dieser Arbeit.

Dabei werden verschiedene Anwendungsfelder betrachtet, um so die unterschiedlichen Lösungsansätze für eine Vertrauensbildung herauszuarbeiten und miteinander vergleichen zu können. Um den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden, wird auch auf deren wirtschaftliche Umsetzbarkeit Rücksicht genommen. Umgekehrt werden Ansätze aus der Wirtschaftspraxis auf ihren juristischen Gehalt hin untersucht. Und nicht zuletzt müssen bei alledem die strukturellen Besonderheiten des Internets beachtet werden.