

Schweigen im Fernabsatz

Die Mitteilungspflichten nach § 5i Abs 2 KSchG und § 10 Abs 2 ECG

Von Josef Wagner

Inhaltsübersicht:

A. Einführung

B. Begriffe

- I. Verbraucher
- II. Unternehmer
- III. Vertragserklärung
- IV. Zugang

C. Intentionen des ECG

- I. Schutz des Nutzers
- II. Schaffung von Rechtssicherheit
- III. Schutz des Diensteanbieters

D. § 5i Abs 2 KSchG

- I. § 5i Abs 2 S 1 KSchG
 1. Der Unternehmer kommt seiner Mitteilungspflicht nach
 2. Der Unternehmer kommt seiner Mitteilungspflicht nicht nach
- II. § 5i Abs 2 S 2 KSchG

E. § 10 Abs 2 ECG

- I. Entstehungsgeschichte
 1. Der Richtlinienvorschlag
 2. Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr
 3. Der österreichische ECG-Entwurf
- II. Grundsatz: Bloße Wissenserklärung
- III. These vom Vertrauenstatbestand
 1. Grundsätzliches
 2. Ausgangspunkt: § 863 ABGB
 3. Auslegung nach § 914 ABGB
 4. Analogie zu § 915 ABGB
 5. Analogie zu § 1003 ABGB
 6. Das „Ob“
 7. Das „Wann“
 8. Schutzwürdiges Vertrauen seitens des Nutzers
 9. Möglicher Widerspruch zu § 862 ABGB
 10. Der Ausnahmefall: Angebot des Diensteanbieters
- IV. Unklarheitenregel des § 915 ABGB
- V. Schweigen als Annahme?
 1. Grundsätzliches
 2. § 1003 ABGB
 3. § 5i KSchG
 4. Ergebnis
- VI. Haftung aus culpa in contrahendo?

F. Abschließende Überlegungen

- I. Bedeutung in der Praxis
- II. Ausweichen auf e-mail-Bestellungen

G. Zusammenfassung

A. Einführung

Seit 1. Jänner 2002 ist das E-Commerce-Gesetz (ECG)¹ in Kraft, mit dem die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr² in Österreich umgesetzt wurde. Damit sollten Regelungen geschaffen werden, die insbesondere Transparenz und Rechtssicherheit im E-Commerce gewährleisten.

Dieser Aufsatz beschäftigt sich nun mit dem ECG und dessen Intentionen ganz allgemein, wobei insbesondere die Frage geklärt werden soll, welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn der Diensteanbieter entgegen § 10 Abs 2 keine Bestätigung abschickt. Hand in Hand mit diesen Erläuterungen sollen auch die Rechtsfolgen des § 5i Abs 2 KSchG geklärt werden. Unumgänglich scheint es somit, auf die jeweiligen Begriffe des ECG und des KSchG einzugehen.

Um die Lesbarkeit des Artikels zu fördern finden sich jeweils Zitate der zu Diskussion stehenden Gesetzesstellen. Dabei wird auch auf den Richtlinienvorschlag über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (RL-V)³ hingewiesen, dann auf die Richtlinie selbst, daraufhin auf den Entwurf zum ECG und schließlich auf die geltenden Bestimmungen des ECG, um auf diese Weise etwaige Problemkreise zu veranschaulichen.

Hinsichtlich der Bestimmungen des KSchG schien eine Schilderung der Entstehungsgeschichte nicht nötig, da hier ohnehin bereits einschlägige österreichische Literatur vorhanden ist.

B. Begriffe⁴

I. Verbraucher

Im Gegensatz zu § 1 KSchG ist in § 3 Z 5 ECG der Verbraucher als „eine natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die nicht zu ihren gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören“, definiert. Das ECG folgt insofern hier beinahe wörtlich Art 2 lit e der Richtlinie.

Worin liegen nun die Unterschiede zwischen den jeweiligen Verbraucherbegriffen? Nun, im ECG ist der Kreis der Verbraucher kleiner. Das liegt erstens daran, dass eben nur natürliche Personen, und nicht etwa „kleinere“ juristische Personen, unter diese Definition fallen.

¹ BGBl I Nr. 152/2001.

² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABIL 178 vom 17. Juli 2000, 1.

³ ABIL 1999 C 30/4ff; vgl dazu *Brenn*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481 ff.

⁴ Die genaue Auslegung der Begriffe „Diensteanbieter“ / „Nutzer“ und „Unternehmer“ / „Verbraucher“ soll hier der einschlägigen Fachliteratur überlassen werden, da diese Themenbereiche den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes sprengen würden.

Zweitens fallen die Vorbereitungsgeschäfte, nach § 1 Abs 3 KSchG Verbrauchergeschäfte, nicht unter den Verbraucherbegriff des ECG.

II. Unternehmer

Weiters sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass des ECG den Begriff „Unternehmer“ gar nicht kennt. Dennoch dürfte es zulässig, ja sogar vernünftig sein, den Verbrauchern die Unternehmer gegenüberzustellen, da dies eben dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht.

III. Vertragserklärung

Dieser terminus technicus findet sich auch schon in den §§ 3 und 5c KSchG. Eine Begriffsbestimmung bietet § 9 Abs 1 ECG, wonach unter einer Vertragserklärung Vertragsangebot und -annahme zu verstehen sind. Man kann also sagen, dass das ECG den Begriff der Willenserklärung durch eigene Bezeichnungen näher konkretisiert: In diesem Sinne unterscheidet § 12 zwischen elektronischen Vertragserklärungen und anderen rechtlich erheblichen elektronischen Erklärungen einerseits, und zwischen der Empfangsbestätigung als Wissensklärung andererseits.

IV. Zugang

§ 12 enthält folgende Definition für den Begriff des Zuganges: *„Elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen gelten als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Diese Regelung kann nicht zum Nachteil von Verbrauchern abbedungen werden.“*

Diese Formulierung entspricht der in Österreich geltenden Empfangstheorie, welche besagt, dass Willenserklärungen in dem Zeitpunkt als zugegangen gelten, in dem sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt sind, dass sich dieser unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann⁵. Diese gewöhnlichen Umstände hängen insbesondere davon ab, ob die Partei einer geschäftlichen Tätigkeit nachgeht oder nicht. So wird man beispielsweise von einem durchschnittlichen Verbraucher nicht erwarten können, dass er jeden Tag mehrfach seine elektronische Post abrufen. Einem Geschäftsmann ist es aber sehr wohl zumutbar, innerhalb seiner Geschäftszeiten regelmäßig elektronische Erklärungen abzurufen.

Was hier allerdings zu sagen bleibt, ist, dass damit der Zugangsdefinition der Richtlinie widersprochen wird, welche bezüglich des Zugangs auf den Zeitpunkt der bloßen Abrufbarkeit abstellt. Dies wurde im Entwurf noch so übernommen, weswegen in § 13 Abs 1 des Entwurfes bestimmt war, dass die Verwendung der elektronischen Post nur zulässig sei, wenn mit dem Einverständnis der anderen Partei gerechnet werden kann. Bei Verbrauchern war vorgesehen, dass die Verwendung der elektronischen Post im einzelnen ausgehandelt werden müsse. Dadurch glaubte man zunächst, die Zugangsdefinition zumindest einigermaßen an die österreichische Rechtslage anzupassen. Problematisch blieb dabei aber jedenfalls, dass dem

⁵ Rummel in Rummel³ § 862a Rz 2.

Verbraucher bei Einwilligung in die Verwendung der elektronischen Post die Pflicht auferlegt worden wäre, seine Nachrichten regelmäßig oft abzurufen. Dies alles vermochte sich aber nicht durchzusetzen, weshalb man in § 12 ECG nunmehr eine der Empfangstheorie entsprechende Definition normierte.

C. Intentionen des ECG

I. Schutz des Nutzers

In zahlreichen modernen Gesetzen finden sich Schutzvorschriften zugunsten der „schwächeren“ Partei. Das KSchG ist vom Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis geprägt, das MRG bezweckt den Schutz des Mieters gegenüber dem Vermieter, im Arbeitsrecht ist der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber geschützt. Außerdem gibt es auf sozialrechtlicher Ebene entsprechende Vorgaben.

Auch das ECG ist durch ein solches Verhältnis gekennzeichnet: Dem Diensteanbieter auf der einen Seite steht der Nutzer auf der anderen Seite gegenüber.

Betrachtet man das ECG in seiner Gesamtheit, so fällt vor allem ins Auge, dass die meisten Normen dem Schutz des Nutzers dienen. Daneben werden auch noch öffentliche Interessen geschützt. Das soll anhand dieser kurzen Übersicht gezeigt werden:

-) § 5: Diese Informationspflichten sollen dem Nutzer vor allem eine entsprechende *Transparenz* bieten. Er soll insbesondere wissen, mit wem er es eigentlich zu tun hat.
-) §§ 6, 7: Auch die Bestimmungen über die kommerzielle Kommunikation sollen den Nutzer unter anderem durch entsprechende *Transparenz* schützen.
-) § 9: Durch die vorgeschriebenen Informationspflichten soll der Nutzer vor allem über formale Belange des Vertragschlusses aufgeklärt werden, wie die technischen Schritte, die Sprachen, in denen der Vertrag geschlossen werden kann, sowie Informationen darüber, ob der Vertragstext gespeichert wird und ob Zugang zu diesem ermöglicht werden wird. Alle diese Vorschriften sollen dem Nutzer schon *vor* Vertragsschluss *Klarheit* verschaffen, insofern soll also sichergestellt werden, dass sich der Nutzer aussuchen kann, ob er unter den gegebenen Voraussetzungen überhaupt abschließen will.
-) § 10: Auch die hier besprochene Norm muss wohl vor diesem Hintergrund gesehen werden: Der Nutzer soll zunächst vor Erklärungsirrtümern geschützt werden, die sich aus der technischen Beschaffenheit ergeben können zum anderen soll ihm die notwendige Klarheit darüber gegeben werden, ob seine Vertragserklärung auch tatsächlich zugegangen ist.
-) § 11: Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Vertragsbestimmungen müssen dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, dass dieser sie speichern und wiedergeben kann.

Die angeführte Übersicht möge verdeutlichen, dass ein Hauptanliegen des ECG der Schutz des Nutzers ist. Dabei werden innerhalb der Gruppe der Nutzer noch besonders die Verbraucher (iSd ECG) geschützt. Das ergibt sich daraus, dass die §§ 10 und 12 nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden können.

Nun stellt sich noch die Frage, warum der Nutzer dem Gesetzgeber überhaupt schutzwürdig erscheint. Im KSchG ist der Grund für den besonderen Schutz die wirtschaftliche Unterlegenheit des (durchschnittlichen) Verbrauchers gegenüber dem (durchschnittlichen)

Unternehmer⁶. Auf die typische wirtschaftliche Überlegenheit kann es im ECG aber gerade nicht ankommen, denn oft werden sich zwei wirtschaftlich gleich starke Unternehmer gegenüberstehen, oder die Nutzer sogar wirtschaftlich stärker als die Diensteanbieter sein. Vielmehr scheinen hier technische Kenntnisse ausschlaggebend zu sein: Der durchschnittliche Nutzer kann die Anforderungen der Informationsgesellschaft häufig nicht erfüllen, was dem Diensteanbieter aber sehr wohl zumutbar ist.

Entscheidend ist - analog zur Haltung des KSchG - eine *typische* technische Überlegenheit des Diensteanbieters gegenüber dem Nutzer.

Beispiel: N will auf der Website von DA eine Bestellung aufgeben, hat jedoch Java-Script nicht aktiviert, weswegen sein Klicken auf „Abschicken“ erfolglos bleibt. - Hier kann die Empfangsbestätigung des § 10 Abs 2 ECG von Bedeutung sein: Denn dem technisch nicht versierten Nutzer, fällt es womöglich nicht einmal auf, dass er gar keine Bestellung abgegeben hat. Die Bestätigung soll ihm eben die erforderliche Sicherheit darüber geben, ob seine Bestellung „funktioniert“ hat..

Dadurch, dass dem Nutzer eine entsprechende Sicherheit geboten wird, soll die Teilnahme am elektronischen Geschäftsverkehr gefördert werden.⁷ Weiters soll dadurch auch die hierfür erforderliche Rechtssicherheit geschaffen werden. Damit ergibt sich bereits eine weitere Intention des Gesetzgebers:

II. Schaffung von Rechtssicherheit

Der Schutz des Nutzers dient zwar in erster Linie dessen privaten Interessen, jedoch ergibt sich daraus auch der Schutz öffentlicher Interessen, nämlich allgemein die Schaffung von Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr. Denn nur wenn jedem einzelnen Nutzer gewisse Sicherheiten geboten werden, kann sich der elektronische Geschäftsverkehr insgesamt durchsetzen.

III. Schutz des Diensteanbieters

Es soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass das ECG auch den Schutz des Diensteanbieters bezweckt. In diesem Licht sind insbesondere die weitgehenden *Haftungsprivilegien* zu sehen. Für die Auslegung im Bereich des Vertragsschlusses ist dies aber eher von untergeordneter Bedeutung.

D. § 5i KSchG

I. § 5i Abs 2 S 1 KSchG

„Kann der Unternehmer eine Bestellung des Verbrauchers nicht ausführen, weil die bestellte Ware oder Dienstleistung nicht verfügbar ist, so hat er dies dem Verbraucher unverzüglich mitzuteilen und ihm bereits geleitete Zahlungen zu erstatten.“

⁶ Welser, JBl 1980, 1ff; Krejci in Rummel² § 1 KSchG Rz 1.

⁷ So auch Erwägungsgrund 3 der Richtlinie.

Da Satz 2 bestimmt, dass „gleiches gilt, wenn der Unternehmer das Anbot des Verbrauchers nicht annimmt“, ist festzuhalten, dass es hier um Fälle geht, wo der Unternehmer das Anbot des Verbrauchers bereits angenommen hat, wo also schon ein Vertrag besteht. Nun stellt sich also die Frage, welche Folgen es nach sich zieht, wenn der Unternehmer den Verbraucher darüber in Kenntnis setzt, dass die Ware oder Dienstleistung nicht verfügbar ist, beziehungsweise wenn er dies unterlässt.

1. Der Unternehmer kommt der Mitteilungspflicht nach

*Welser*⁸ vertritt in diesem Fall, dass dem Unternehmer im Zuge seiner Mitteilung an den Verbraucher ein Rücktrittsrecht zustehe. Dem hält *Zankl*⁹ zu Recht entgegen, dass dieses Rücktrittsrecht system- und wertungswidrig wäre. Das Gesetz geht aber offenbar davon aus, dass der Vertrag wegfällt, ansonsten hätte der Unternehmer bereits geleistete Zahlungen des Verbrauchers ja nicht zu erstatten. Dem glaubt *Zankl* dadurch beizukommen, dass er argumentiert, diese Norm sei - entgegen dem klaren Wortlaut - hinsichtlich der Rückzahlungspflicht auf jene Fälle teleologisch zu reduzieren, in denen der Unternehmer das Angebot nicht annimmt.

Meines Erachtens bedarf es dieser teleologischen Reduktion gar nicht, wenn man die Bestimmung im Licht des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und der Materialien betrachtet: „Einer [gesonderten] Rücktrittserklärung des Verbrauchers oder auch des Unternehmers bedarf es für alle Fälle, in denen bereits ein Vertrag vorliegt, ... nicht“. (EB zur RV 1998 B1g NR 20. GP 30). Hier wird also weder dem Verbraucher noch dem *Unternehmer* (wie dies aber *Welser* vertritt; siehe oben) ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Vielmehr bedürfe es gar keiner speziellen Rücktrittserklärung. Dies ist wohl so zu verstehen, dass sich der Vertrag von selbst auflöse, wenn der Unternehmer seiner Mitteilungspflicht nachkommt, was aber nicht heißt, dass diese Mitteilung selbst den Rücktritt darstellt.

Nach den Regeln der Leistungsstörungen wird es sich bei den Fällen der Unverfügbarkeit meist um Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit handeln. Denn entweder ist die Ware auf dem ganzen Markt nicht verfügbar, oder sie ist als beschränkte Gattungsschuld dem jeweiligen Unternehmer unmöglich. Denkbar wären auch die Tatbestände der anfänglichen Unmöglichkeit und des Verzugs. Bei vom Schuldner zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit kann der Gläubiger gemäß § 920 ABGB vom Vertrag zurücktreten, bei Verzug unabhängig von Verschulden gemäß § 918. In jedem dieser Fälle würde der Vertrag also durch eine entsprechende Erklärung des Gläubigers (=Verbrauchers) mit obligatorischer ex tunc-Wirkung aufgelöst werden, ohne dass es dazu einer Nachfristsetzung bedürfte, da die Leistung bei Unverfügbarkeit ja auch nicht innerhalb der angemessenen Nachfrist erbracht werden könnte. Somit kann der Verbraucher gemäß § 1435 ABGB bereits erbrachte Leistungen zurückverlangen. Wenn nun in den Materialien angeordnet wird, dass es eben keiner gesonderten Rücktrittserklärung bedürfe, so verfolgt dies mE den Zweck, die Rücktrittserklärung des Gläubigers (=Verbrauchers) ex lege eintreten zu lassen. Daneben ändert sich meiner Meinung nach aber nichts an den allgemeinen Regeln des Leistungsstörungsrechts, sodass bei Verschulden des Unternehmers - je nach Art der Leistungsstörung - insbesondere der Nichterfüllungsschaden beziehungsweise der Vertrauensschaden geltend gemacht werden

⁸ *Koziol/Welser* II², 382. Er beruft sich dabei auf EB 1998 BglRV 20. GP 30.

⁹ *Zankl*, *ecolex* 2000, 351.

können. Besonders zu beachten ist dabei, dass Verschulden gemäß § 1298 ABGB vermutet wird.

Der Unternehmer hat ja das Angebot auch angenommen, es besteht somit grundsätzlich ein wirksamer Vertrag, warum sollte er sich also von der Erfüllung und den Regeln der Leistungsstörungen befreien können, zumal das KSchG den Verbraucher und nicht den Unternehmer schützen soll?

2. Der Unternehmer kommt der Mitteilungspflicht nicht nach

*Zankl*¹⁰ ist hier der Ansicht, dass der Unternehmer bei schuldhafter Unterlassung für den Verspätungsschaden hafte. *P. Madl*¹¹ vertritt den Standpunkt, dass der Unternehmer selbst bei unverschuldetem Untergang der Ware dem Verbraucher für jene Schäden ersatzpflichtig werde, die durch die verspätete oder unterbliebene Verständigung und das Vertrauen des Verbrauchers auf die Erfüllung des Vertrages entstehen. *M. Mohr*¹² führt nur an, dass Unterlassen allenfalls zu Schadenersatzpflichten führen kann.

ME muss man hinsichtlich des Verschuldens zunächst zwischen dem Untergang der Ware und dem Unterlassen der Mitteilungspflicht unterscheiden. So darf der Verbraucher aufgrund des wirksamen Kaufvertrages auf Erfüllung vertrauen, wenn ihm der Unternehmer nichts Gegenteiliges mitteilt. Falls nun diese Mitteilung schuldhaft unterbleibt, so haftet meiner Meinung nach der Unternehmer für den Verspätungsschaden, also jenen Schaden, den der Verbraucher dadurch erleidet, dass er weiterhin auf die Erfüllung des Vertrages vertraut. Für diesen Schaden ist es also unbeachtlich, ob der Unternehmer den *Untergang der Ware* verschuldet hat oder nicht, entscheidend ist hier nur, ob er seiner Mitteilungspflicht schuldhaft nicht nachgekommen ist, was aber im Zweifel gemäß § 1298 ABGB vermutet wird.¹³

Überdies bleibt zu sagen, dass dem Verbraucher das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zusteht, wenn er sich vom Vertrag lösen will.

II. § 5i Abs 2 S 2 KSchG

„*Gleiches gilt, wenn der Unternehmer das Anbot des Verbrauchers nicht annimmt.*“

Hier gilt Schweigen nach richtiger Auffassung nicht als Annahme¹⁴, sondern begründet bei Verschulden Schadenersatzpflichten. Eine andere Ansicht vertritt *Welser*¹⁵: Seiner Meinung nach sei das Schweigen des Unternehmers als Zustimmung zu werten. Dabei beruft er sich auf

¹⁰ *Zankl*, *ecolex* 2000, 351.

¹¹ *P. Madl*, *ecolex* 1996, 81.

¹² *M. Mohr*, *ecolex* 1999, 756.

¹³ Dieses Ergebnis deckt sich auch mit den oben geschilderten Meinungen.

¹⁴ *M. Mohr*, *ecolex* 1999, 756; *Zankl*, *ecolex* 2000, 350; *Rummel* in *Rummel*³ § 863 Rz 15; EB 1998 BlgNR 20. GP 29.

¹⁵ *Koziol/Welser* II¹², 382.

*P. Madl*¹⁶ und führt an, dass § 5i Abs 2 S 2 KSchG eine Pflicht zum Widerspruch normiere, weswegen dem bloßen Schweigen hier der Erklärungswert einer Annahme zukomme. Dem ist allerdings nicht zuzustimmen, da schon der Vergleich mit § 1003 ABGB ein anderes Ergebnis bringt¹⁷. Außerdem sind bereits die Ausführungen von *P. Madl* kaum haltbar, so vergleicht dieser doch die Widerspruchspflicht mit § 362 HGB, der nur in einem relativ eingeschränkten Bereich anwendbar ist, worauf schon *Zankl*¹⁸ hingewiesen hat. Zudem wird in § 362 HGB explizit angeführt, dass Schweigen als Annahme gilt, in § 5i KSchG hingegen nicht. Weiters erscheint es mir seltsam, dass *Welser* zwar Schweigen auf ein Angebot als Zustimmung verstehen möchte, aber für den Fall, dass der Vertrag schon zustandegekommen ist, dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht einräumen will, wenn die Ware nicht mehr verfügbar ist. In der ersten Konstellation würde nämlich der Unternehmer in den Vertrag gezwungen, in der zweiten könnte er sich dann auf einmal vom Vertrag lösen. Diese Kombination erscheint mir in sich äußerst wertungswidersprüchlich.

E. § 10 Abs 2 ECG

„Ein Diensteanbieter hat dem Nutzer den Zugang einer elektronischen Vertragserklärung unverzüglich elektronisch zu bestätigen.“

I. Entstehungsgeschichte

1. Der Richtlinienvorschlag

„Artikel 11 - Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

1. Die Mitgliedstaaten sehen in ihren Rechtsvorschriften vor, dass - außer im Fall gewerblicher Parteien, die eine abweichende Vereinbarung getroffen haben - immer dann, wenn ein Nutzer eines Dienstes aufgefordert wird, ein Angebot eines Diensteanbieters durch Benutzung technischer Mittel anzunehmen, wie etwa durch das Anklicken eines Symbols, folgende Grundsätze gelten:

- a) der Vertrag ist geschlossen, wenn der Nutzer
 - vom Diensteanbieter auf elektronischem Wege die Bestätigung des Empfangs seiner Annahme erhalten und
 - er den Eingang der Empfangsbestätigung bestätigt hat,*
- b) die Empfangsbestätigung gilt als dem Nutzer zugegangen und die Bestätigung ihres Erhalts gilt als erfolgt, wenn die jeweils andere Partei, für die sie bestimmt sind, sie abrufen kann;*
- c) die Empfangsbestätigung des Diensteanbieters und die Bestätigung ihres Erhalts durch den Nutzer sind so schnell als möglich abzusenden.“*

Diese Bestimmung hätte einen massiven Eingriff in das österreichische Zivilrecht zur Folge

¹⁶ *P. Madl*, ecolex 1996, 81 (allerdings noch zur Fernabsatz-Richtlinie).

¹⁷ Vgl dazu E.V.2.

¹⁸ *Zankl*, ecolex 2000, 350.

gehabt, denn abweichend von dem Prinzip, dass ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande kommt (vgl § 861 ABGB), hätte sie besondere Anforderungen für den Vertragsschluss normiert.

Zuerst ist dabei zu sagen, dass hier vorausgesetzt ist, dass ein tatsächliches Angebot auf einer Website vorliegt, und nicht eine bloße invitatio ad offerendum, wie dies aber nach österreichischem Recht der Regelfall ist¹⁹. Der Nutzer würde somit das Angebot annehmen, der Diensteanbieter hätte eine Empfangsbestätigung an den Nutzer zu senden, der Nutzer wiederum eine Rückbestätigung an den Diensteanbieter. Erst mit dem Zugang dieser Rückbestätigung sollte der Vertrag zustande kommen, was gleich auf heftige Kritik gestoßen ist²⁰, da hier unter anderem der Vertragsschluss unnötigerweise nach Belieben des Nutzers hinausgezögert würde. Von einem durchschnittlichen Nutzer kann man eben nicht erwarten, dass er sofort eine Rückbestätigung abschickt.

Auch wenn sich dieser Vorschlag nicht durchzusetzen vermochte, kann es dennoch von Nutzen sein, dem Hintergedanken dieser Regelung nachzugehen: Dass der Diensteanbieter dem Nutzer bestätigt, dass seine Annahmeerklärung zugegangen ist, dient dem Nutzer, der nun über diese Tatsache mit Sicherheit Bescheid weiß. Dass nun der Nutzer eine Rückbestätigung an den Diensteanbieter abschicken muss, verschafft nun wiederum dem Diensteanbieter die Sicherheit, dass dem Nutzer die Bestätigung zugegangen ist. Somit ist für beide Parteien klar, dass nicht etwa eine Erklärung „verlorengegangen“ ist. Deswegen sollte der Vertrag auch erst mit Zugang der Rückbestätigung wirksam werden.

Von diesem Blickwinkel aus betrachtet, scheint diese Idee wirklich sehr sinnvoll: Keine der beteiligten Parteien müsste in einem unsicheren Zustand verharren, was den Zugang der Erklärungen betrifft. Leider wäre eine derartige Regelung aber viel zu komplex, so müsste man dem Nutzer die Pflicht zum unverzüglichen Absenden der Rückbestätigung auferlegen. Der Vertrag würde ohne die beiden Bestätigungen nicht zustandekommen, selbst wenn dies dem Parteiwillen widerspräche. Der Nutzer wäre indirekt verpflichtet, häufig seine Nachrichten abzurufen, und schließlich würde der Vertragsschluss oft unnötigerweise hinausgeschoben.

Damit ist nun klar, dass sich dieser Vorschlag so nicht halten konnte. Die Grundidee, die dahintersteht, wird bei der Auslegung des ECG aber sehr wohl zu berücksichtigen sein: *Im elektronischen Geschäftsverkehr bedarf es besonderer Sicherheiten, was den Zugang von Willenserklärungen angeht.*

2. Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass — außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind — im Fall einer Bestellung durch einen Nutzer auf elektronischem Wege folgende Grundsätze gelten:

— Der Diensteanbieter hat den Eingang der Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen;

— Bestellung und Empfangsbestätigung gelten als eingegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können.“

¹⁹ Vgl P. Madl, *ecolex* 1996, 79; M. Mohr, *ecolex* 1999, 755; Janisch/Mader, *E-Business*, 35f; auch § 5i KSchG geht offenbar davon aus, dass erst der Kunde das Angebot stellt: „[...] Gleiches gilt, wenn der Unternehmer das Anbot des Verbrauchers nicht annimmt.“

²⁰ Vgl Brenn, *Der elektronische Geschäftsverkehr*, *ÖJZ* 1999, 488.

Hier wird die Bestätigung also ganz allgemein für eine Bestellung verlangt, und nicht nur, wenn tatsächlich ein Angebot auf einer Website angenommen wird. Außerdem sind ganz offensichtlich die Vertragsschluss-Ideen gefallen, wie die Rückbestätigung durch den Nutzer und deren Maßgeblichkeit für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Von enormer Bedeutung ist aber auch noch folgende Tatsache: Während bei der Konzeption des Richtlinienvorschlages auch der Diensteanbieter geschützt gewesen wäre, lässt sich aus Richtlinie nur mehr ein Schutz des Nutzers ableiten. Denn nur dieser soll eine Bestätigung erhalten, der Zugang einer Erklärung des Diensteanbieters hingegen fällt somit im ausschließlichen in dessen Risikosphäre - zumindest im Verhältnis zum Nutzer .

Die Formulierung der Richtlinie erhält meines Erachtens eine gewisse begriffliche Unschärfe: „außer im Fall abweichender Vereinbarung zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind“. Mit dem Ausdruck „Parteien, die nicht Verbraucher sind“ wollte man wohl festlegen, dass die folgenden Bestimmungen in Verbrauchergeschäften, also in Geschäften zwischen Verbrauchern und Unternehmern, unabdingbar sind.

3. Der österreichische ECG-Entwurf

(2) Ein Diensteanbieter hat dem Nutzer den Zugang einer elektronischen Vertragserklärung unverzüglich elektronisch zu bestätigen.

(3) Eine elektronische Vertragserklärung und eine solche Empfangsbestätigung gelten als zugegangen, wenn sie die Parteien, für die sie bestimmt sind, abrufen können.

(4) Die Verpflichtungen des Diensteanbieters nach den Abs. 1 bis 3 können nicht zum Nachteil von Verbrauchern abbedungen werden. Sie gelten nicht für Verträge, die ausschließlich im Wege der elektronischen Post oder eines damit vergleichbaren individuellen elektronischen Kommunikationsmittels abgeschlossen werden.

Was hier zunächst auffällt, ist, dass im Gegensatz zur Richtlinie nicht von „Bestellung“, sondern ganz allgemein von „Vertragserklärung“ gesprochen wird, wie auch im geltenden ECG²¹. Was aber von der Richtlinie übernommen wurde, ist die Zugangsdefinition: „wenn sie die Parteien, für die sie bestimmt sind, abrufen können.“ Dabei hat man gleich bemerkt, dass dies der in Österreich geltenden Empfangstheorie widersprechen würde, nach der eine Willenserklärung dann als zugegangen gilt, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass sich dieser unter gewöhnlichen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann²².

Würde man aber bereits auf den Zeitpunkt der Abrufbarkeit abstellen, so wäre Zugang meist wesentlich früher als nach der Empfangstheorie gegeben. So würde beispielsweise ein um Mitternacht in den Postkasten geworfener Brief erst am nächsten Tag als zugegangen gelten, eine elektronisch übermittelte Erklärung aber, die um Mitternacht abgerufen werden kann, schon um Mitternacht. Dies hätte einen beträchtlichen Wertungswiderspruch bedeutet, weshalb im ECG die Zugangsdefinition an die österreichische Rechtslage angepasst wurde.

II. Grundsatz: bloße Wissenerklärung

²¹ Vgl B.III.

²² Vgl B.V.

Nach einhelliger Ansicht in Österreich stellt die Empfangsbestätigung eine bloße Wissenserklärung über den Zugang der Vertragserklärung des Nutzers dar. Für den Vertragsschluss ist sie somit grundsätzlich völlig belanglos, es sei denn sie ist bereits mit der Annahme kombiniert.²³

Kurz soll in diesem Zusammenhang noch darauf eingegangen werden, was die diskutierte Bestätigung überhaupt *bestätigen* soll. Man könnte meinen, sie solle dem Nutzer den Inhalt seiner Vertragserklärung bestätigen, dies ist aber schon nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht der Fall: „*Ein Diensteanbieter hat dem Nutzer den Zugang einer elektronischen Vertragserklärung unverzüglich elektronisch zu bestätigen.*“ Somit bezieht sich die Bestätigung lediglich auf den Umstand, dass dem Diensteanbieter eine Vertragserklärung zugegangen ist. Selbstverständlich steht es dem Diensteanbieter frei, gleichzeitig auch den Inhalt zu bestätigen, um somit eventuellen Missverständnissen gleich vorweg vorzubeugen. Verlangt wird vom Gesetz aber bloß die Bestätigung bezüglich des Zugangs.

Zivilrechtliche Folgen oder eine Verwaltungsstrafe sind nicht vorgesehen, somit käme bloß noch eine Klage nach §1 UWG und § 28a KSchG in Betracht, wobei dem durchschnittlichen Nutzer dazu die entsprechende Aktivlegitimation fehlen wird. Die Konsequenz daraus: Eine Norm, die ausschließlich den Interessen des Nutzers dienen soll, würde derartig zweckentleert, dass sich gerade dieser nicht darauf berufen könnte.

Dass kein Vertrag zustandekommt, wenn schon die Abgabe des Angebots durch den Nutzer nicht stattfindet beziehungsweise nicht funktioniert, bedarf wohl keiner näheren Begründung. Wie sollte denn der Diensteanbieter ein Angebot annehmen, ohne es zu erhalten? Schon etwas weniger klar sind die Fälle, in denen der Vertragsschluss daran scheitert, dass der Diensteanbieter entweder gar keine Annahmeerklärung abgibt, oder die Annahmeerklärung dem Nutzer nicht zugeht. Da Schweigen nur ausnahmsweise als Annahme gilt, besteht somit grundsätzlich kein Vertrag (siehe V). Außerdem ist zu beachten, dass in vielen Fällen die Annahme auch durch *Willensbetätigung* erfolgen kann, welche keines Zuganges beim Empfänger bedarf, weshalb gerade in diesem Bereich der Nutzer ein berechtigtes Interesse hat zu erfahren, ob seine Vertragserklärung zugegangen ist.

Näherer Untersuchung bedürfen somit jene Konstellationen, in denen der Diensteanbieter keine Bestätigung abschickt oder diese dem Nutzer nicht (oder bloß verspätet) zugeht. Dann kann es nämlich sein, dass der Nutzer schutzwürdig darauf vertraut und auch vertrauen darf, seine Erklärung sei nicht zugegangen, weswegen ihm möglicherweise ein Rücktrittsrecht (siehe III) oder Schadenersatzansprüche aus culpa in contrahendo (siehe VI) zustehen könnten.

III. These vom Vertrauenstatbestand

²³ So Erwägungsgrund 34 der Richtlinie: „Die Empfangsbestätigung durch den Diensteanbieter kann darin bestehen, dass dieser die bezahlte Dienstleistung online erbringt.“ Meiner Meinung nach liegt hier aber eine begriffliche Ungenauigkeit vor: Dass Erbringen der Dienstleistung (=Annahme durch Willensbetätigung) stellt wohl nicht selbst die Empfangsbestätigung dar, sondern macht diese einfach überflüssig. Denn wenn der Nutzer die Dienstleistung erhält, besteht ohnehin kein Zweifel mehr, dass seine Vertragserklärung tatsächlich zugegangen ist. Einer Bestätigung bedarf es somit nicht mehr.

1. Grundsätzliches

Da § 10 Abs 2 ECG ja eigentlich dem Nutzer dienen soll, dieser sich darauf aber gerade nicht berufen kann, sollte man mE das Erfordernis der Bestätigung im vertragsrechtlichen Kontext untersuchen. Dabei möchte ich zunächst nur schlagwortartig mein Ergebnis formulieren: *Wenn der Nutzer keine Empfangsbestätigung erhält, so wird ihm deswegen in vielen Fällen ein Rücktrittsrecht zustehen, das sich aus vertrauenstheoretischen Überlegungen ergibt.*

2. Ausgangspunkt: § 863 ABGB

In § 863 ABGB ist normiert, dass eine Willenserklärung nicht nur ausdrücklich, sondern auch schlüssig erfolgen kann. Letzteres ist „unter Berücksichtigung aller Umstände“ zu ermitteln, da hier kein vernünftiger Grund zu zweifeln übrig bleiben darf. Unter einer schlüssigen Erklärung darf man sich meistens nicht eine tatsächliche Erklärung vorstellen, vielmehr ergibt sich der Erklärungswert aus gewissen Handlungen und Umständen. Somit ist es durchaus möglich, dass eine Willenserklärung den Vorbehalt eines Rücktrittsrecht, für den Fall, dass keine oder eine bloß verspätete Empfangsbestätigung des Diensteanbieters eintrifft, enthält, selbst wenn der Erklärende von der Verpflichtung des Diensteanbieters, eine Empfangsbestätigung abzuschicken, gar nichts gewusst hat. Entscheidend ist nämlich nach der in Österreich geltenden Vertrauenslehre²⁴, wie ein objektiv redlicher Erklärungsempfänger eine ihm zugegangene Willenserklärung verstehen durfte. Daher ist auf die Sicht des Empfängers (hier: des Diensteanbieters) abzustellen.

Dass auf die Erklärung abgestellt werden sollte, ergibt sich auch aus der Überschrift zu § 10 ECG: „Abgabe einer Vertragserklärung“. Insofern ist also tatsächlich schon bei Abgabe der Vertragserklärung der Umstand mitzuberücksichtigen, dass der Diensteanbieter unverzüglich eine Empfangsbestätigung abzuschicken hat.

3. Auslegung nach § 914 ABGB

Nach § 914 ABGB sind Willenserklärungen nicht ausschließlich wörtlich auszulegen, sondern es soll auf die Übung des redlichen Verkehrs besondere Rücksicht genommen werden. Im redlichen Verkehr kann man wohl davon ausgehen, dass man sich gesetzeskonform verhält und somit auch § 10 Abs 2 ECG beachtet. Im gegenteiligen Fall kann mE nicht von redlichem Verkehr gesprochen werden. Überdies ist eine unredliche Übung oder Verkehrssitte für die Vertragsauslegung unbeachtlich²⁵.

Wenn also das Absenden einer Empfangsbestätigung im redlichen Verkehr üblich ist, so muss man dies auch bei der Auslegung einer Willenserklärung des Nutzers berücksichtigen. Denn aus der Sicht des Diensteanbieters wird sich bei Auslegung nach § 914 ABGB ergeben, dass der Nutzer eine Empfangsbestätigung erwartet und zu Recht erwarten darf. Somit kann in weiterer Folge festgehalten werden, dass der Diensteanbieter erstens davon ausgehen muss, dass der Nutzer auf den Erhalt einer Empfangsbestätigung vertraut und dass dieser zweitens vermutet, seine Erklärung sei nicht zugegangen, wenn er keine Bestätigung erhält. Wenn der Nutzer den Vertrag noch immer will, wird er wiederholt den Diensteanbieter kontaktieren, wenn er aber

²⁴ Die Geltung der Vertrauenslehre ist unbestritten. Vgl nur *Rummel* in *Rummel*³ § 863 Rz 1.

²⁵ *Rummel* in *Rummel*³ § 914 Rz 16.

den Vertrag mittlerweile ablehnt, so wird er darauf vertrauen, dass seine Bestellung nicht zugegangen ist, und einfach nicht mehr reagieren.

Für den Erklärungsempfänger bedeutet dies nun folgendes: Er kann nicht davon ausgehen, dass der Nutzer in der unsicheren Situation verharren will, in der er nicht weiß, ob seine Bestellung zugegangen ist. Sogar das Gegenteil ist der Fall, der Erklärungsempfänger muss sogar davon ausgehen, dass sich der Nutzer möglicherweise gar nicht mehr gebunden fühlt, weil dieser wahrscheinlich annimmt, seine Erklärung sei nicht zugegangen. Nun könnte man meinen, die Vertragserklärung des Nutzers stehe somit konkludent unter der auflösenden Bedingung, eine Empfangsbestätigung zu erhalten. Dem Willen des Nutzers wird das jedoch nicht in jedem Fall entsprechen, da der Vertrag somit nicht einmal dann zustande kommen würde, wenn der Nutzer dennoch noch zum Abschluss bereit ist. Man könnte hier zwar noch mit dem Satz „falsa demonstratio non nocet“ argumentieren, da zwar der Parteiwille vom objektiven Erklärungswert abweicht, der innere Parteiwille jedoch jeweils auf dasselbe gerichtet ist. Sehr viel praxisnäher scheint mir aber die These, dass sich der Nutzer mit seiner Vertragserklärung eben konkludent ein allfälliges *Rücktrittsrecht* vorbehalten will. Der Vertrag würde demnach schon nach allgemeinen Regeln zustande kommen, jedoch bliebe dem Nutzer die Möglichkeit zurückzutreten, was wohl interessengerechter ist, da somit der Vertrag nicht automatisch unwirksam ist, wenn etwas mit der Empfangsbestätigung nicht „klappt“.

Dies alles muss mE nach der Vertrauentheorie beachtet werden, schließlich soll sich der Erklärungsempfänger ja bemühen, den tatsächlichen Willen des Erklärenden herauszufinden.

4. Analogie zu § 915 ABGB

Nun ist noch näher auf die Frage einzugehen, warum der Nutzer zu Recht darauf vertrauen dürfe, seine Vertragserklärung sei nicht zugegangen, wenn er keine Empfangsbestätigung erhält. Möglicherweise kann dabei ein Analogieschluss aus § 915 ABGB aufschlussreich sein. § 915 ABGB normiert, dass bei entgeltlichen Geschäften eine undeutliche Erklärung zu Lasten dessen ausgelegt wird, der sich dieser Erklärung bedient hat. In der hier besprochenen Konstellation liegt nun aber überhaupt keine Erklärung vor, ganz im Gegenteil: Die unklare Situation entsteht erst dadurch, dass eben die Empfangsbestätigung als Wissensklärung gar nicht zugeht. Eine unmittelbare Anwendung des § 915 ABGB ist demnach jedenfalls ausgeschlossen. Jedoch lässt sich aus der zitierten Bestimmung der Grundsatz ableiten, dass eine unklare Situation, die durch Umstände herbeigeführt wurde, die aus der Sphäre des Erklärenden stammen, nicht dem Erklärungsempfänger zum Nachteil gereichen soll. Dieser soll eben vor dieser Unsicherheit geschützt werden. Im Zusammenhang mit der Empfangsbestätigung bedeutet dies somit folgendes: Die unsichere Situation soll - so auch die Wertungen des ECG - eher dem Diensteanbieter als dem Nutzer zur Last fallen. Somit können auch Fälle eintreten, wo der Nutzer zu Recht darauf vertrauen darf, dass seine Erklärung nicht zugegangen sei. Deswegen sehe ich das Rücktrittsrecht als interessengerechte Alternative.

5. Analogie zu § 1003 ABGB

Der Antragsteller darf in diesem Fall darauf vertrauen, dass bei Nichtäußerung innerhalb der vorgesehenen Frist, der Vertrag zustande kommt. Wenn der Vertrag in weiterer Folge doch nicht zustande kommt, so ist er so zu stellen wie er stünde, wenn er nicht auf den Abschluss vertraut

hätte.²⁶ Begründet wird dies damit, dass durch die öffentliche Geschäftsbesorgung ein Vertrauenstatbestand (!) hervorgerufen wird, das heißt, dass der Offerent grundsätzlich auf den Vertragschluss vertrauen darf, wenn ihm der Oblat auch keine Annahmeerklärung zuschickt, nicht aber, dass der Vertrag *tatsächlich* durch Schweigen zustande kommt.

Übertragen auf § 10 Abs 2 ECG bedeutet dies, dass der Vertrauenstatbestand darin besteht, dass der Diensteanbieter den Zugang einer Vertragserklärung unverzüglich elektronisch bestätigt. Somit kann der Nutzer daraus, dass er keine Bestätigung erhält, darauf schließen, dass seine Vertragserklärung nicht zugegangen sei.

6. Das „Ob“

Selbstverständlich muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob eine derartige schlüssige Erklärung vorliegt. Dabei sind wieder die konkreten Umstände zu berücksichtigen.

Wenn § 10 Abs 2 ECG zwischen Unternehmern ausgeschlossen wird, so ist dies zu verneinen. Problematischer ist die Frage, ob der Ausschluss zu Lasten eines Verbrauchers dessen Vertrauen zerstreuen kann. Meines Erachtens ist dies möglich, wenn dieser Umstand dem Nutzer bereits vor Abgabe seiner Vertragserklärung klar gemacht wird. Dies ist zwar nicht legal, dürfte allerdings den Vertrauenstatbestand ausschließen. Insofern benachteiligt dies den Verbraucher aber doch wieder nicht, da er sich ja selbst aussuchen kann, ob er nun auf die Bestätigung verzichtet.

7. Das „Wann“

Außerdem muss auch im Einzelfall ermittelt werden, wann dieser Moment, ab welchem dem Nutzer das Wahlrecht zustehen soll, angenommen werden kann. Dies hängt ja davon ab, wann mit einer Bestätigung gerechnet werden darf. Auch wenn das Gesetz anordnet, dass die Bestätigung unverzüglich zu erfolgen hat, so wird dies dennoch von Fall zu Fall verschieden sein. Somit wird dies bei Kleinunternehmen zu einem anderen Zeitpunkt der Fall sein als bei einem Großunternehmen. Diese Einschränkungen ergeben sich aber ohnedies wieder aus der Vertrauensehre: Der Nutzer kann eben beispielsweise bei einer unprofessionell gestalteten Website auch nicht annehmen, wirklich sofort eine Bestätigung zu erhalten. Daraus folgt, dass auch der Diensteanbieter als Erklärungsempfänger diesen Moment dann annehmen darf, wenn der Nutzer vernünftigerweise mit der Bestätigung rechnen kann, was somit Vertragsinhalt wird. Der Begriff „Moment“ mag hier vielleicht etwas irreführend sein. Denn nur theoretisch kann man von einem Augenblick sprechen, in der Praxis lässt sich das selbstverständlich nicht so genau sagen. Das allein kann allerdings keinen Grund dafür bilden, die angeführte These gleich zu verwerfen, denn auch hinsichtlich des Zugangs kann man ganz allgemein in der Praxis keinen bestimmten Augenblick fixieren.

8. Schutzwürdiges Vertrauen seitens des Nutzers?

Den obigen Ausführungen könnte man entgegenhalten, dass elektronische Erklärungen ohnehin so gut wie immer zugehen würden, weshalb der Nutzer nicht davon ausgehen könne, seine Erklärung sei nicht beim Diensteanbieter eingelangt, auch wenn er keine Empfangsbestätigung

²⁶ *Reischauer* in Rummel³ Vor § 918ff Rz 17.

erhält.

Wenn dies zuträfe, so hätte der Gesetzgeber die Bestätigung gar nicht einführen müssen, denn wenn elektronische Erklärungen immer zugehen, wäre hier gar kein Regelungsbedarf gegeben. Ein Vergleich mit dem Briefverkehr möge dies veranschaulichen: Bei gewöhnlichen Briefen gibt es keine Empfangsbestätigung, nur im Ausnahmefall des Einschreibbriefes ist dies der Fall. Wenn aber nun schon bei „gewöhnlichen“ elektronischen Erklärungen eine Empfangsbestätigung verlangt wird, so bedeutet dies, dass hier im Vergleich zum Briefverkehr, zusätzlicher Sicherheitsbedarf besteht.

Dies deckt sich auch mit der Beweislastverteilung für den Zugang²⁷: es besteht kein Erfahrungssatz, dass gewöhnliche Briefe immer zugehen, somit gibt es auch keinen prima-facie-Beweis für den Zugang eines Briefes. Anders sieht die Lage allerdings bei eingeschriebenen Briefen aus, denn hier wird Zugang vermutet.

Die Grundvorstellung des Gesetzgebers kann also nicht sein, dass elektronische Erklärungen immer zugehen.

9. Möglicher Widerspruch zu § 862 ABGB

Wenn man wie hier unterstellt, dass das Angebot des Nutzers bereits in dem Zeitpunkt seine volle Bindungswirkung verliert, in dem er mit einer Bestätigung rechnen darf, aber noch keine erhalten hat, könnte man meinen, dass die Bindungsfristen des § 862 ABGB außer Acht gelassen würden. Danach ist nämlich der Erklärende nämlich weitaus länger an seine Erklärung gebunden: Die Frist ergibt sich nämlich aus dem Hinweg der Erklärung, zuzüglich der Bedenkzeit des Empfängers, plus Rückweg der Erklärung. Im elektronischen Geschäftsverkehr dürfte dabei aber nur die Bedenkzeit von Bedeutung sein.

Hier liegt allerdings kein Widerspruch vor, denn mit der Bestätigung soll der Nutzer ja bereits *vor* der Annahmeerklärung erfahren, ob seine Erklärung zugegangen ist. Ihm soll also die Unsicherheit bezüglich des Einlangens seiner Erklärung genommen werden, nicht aber die Unsicherheit, ob der Geschäftspartner auch annimmt.

Es handelt sich deswegen um verschiedene Regelungsinhalte, weshalb hier ein Widerspruch zu verneinen ist.

10. Der Ausnahmefall: Angebot des Diensteanbieters

Bisher wurden lediglich jene Fälle behandelt, in denen erst der Nutzer das Angebot stellt. Dies ist zwar mit Sicherheit der Regelfall, jedoch wird sich das vorgeschlagene Konzept erst dann als sinnvoll erweisen, wenn es in der umgekehrten Konstellation entsprechend anwendbar ist. Es ist daher nun die Wirkung der Bestätigung zu untersuchen, wenn der Nutzer tatsächlich ein Angebot des Diensteanbieters annimmt.

Legt man dieser Situation nun die oben angeführten Überlegungen zu Grunde, so muss man zunächst davon ausgehen, dass der Vertrag mit Zugang der Annahmeerklärung grundsätzlich zustande kommt. Dass der Vertragsschluss scheitert, wenn die Annahmeerklärung erst gar nicht zugeht, bedarf offensichtlich keiner näheren Begründung. Wenn nun aber die Annahmeerklärung zugeht, der Nutzer aber keine Empfangsbestätigung erhält, so wird ihm mE auch hier ein Rücktrittsrecht unter den angeführten Voraussetzungen zustehen.

²⁷ *Rummel* in Rummel³ § 862a Rz 9.

Hier ist zuerst das Angebot des Diensteanbieters aus dem Empfängerhorizont auszulegen. Dabei gelten die oben erarbeiteten Grundsätze entsprechend: Der Erklärungsempfänger (=hier der Nutzer) darf annehmen, dass ihm seine Annahmeerklärung unverzüglich bestätigt werden wird. Dies wird in weiterer Folge auch Vertragsinhalt, wenn der Nutzer dieses Angebot annimmt, weswegen ihm auch hier das Rücktrittsrecht zusteht.

IV. Unklarheitenregel des § 915 ABGB

Denkbar wäre auch, dass ein Diensteanbieter eine bloße Bestätigung abschicken will, die Formulierung aber so ungünstig wählt, dass nicht klar ist, ob nun eine Bestätigung oder bereits eine Annahme vorliegt. Zuerst muss die Erklärung wieder nach § 914 ABGB ausgelegt werden. Kommt man auf diese Weise zu keinem eindeutigen Ergebnis, so kommt bei entgeltlichen Geschäften § 915 ABGB zur Anwendung: Eine mehrdeutige Erklärung wird zu Lasten des Erklärenden ausgelegt.

Beispiel: Eine Formulierung wie „Wir haben Ihre Bestellung erhalten.“ kann nicht als Annahme gewertet werden, da sich diesbezüglich gar keine Zweifel ergeben; Lautet die „Bestätigung“ allerdings beispielsweise „Wir bedanken uns für Ihre Bestellung“, so wird dies wohl bereits als Annahme zu qualifizieren sein.

V. Schweigen als Annahme?

1. Grundsätzliches

Grundsätzlich hat Schweigen keinen Erklärungswert, somit bedeutet es insbesondere auch nicht die Zustimmung zu einem Vertragsangebot.²⁸ Allerdings gibt es gewisse Ausnahmen, so zum Beispiel in § 362 HGB. Diese Bestimmung gilt allerdings nur für Geschäftsbesorgungskaufleute, stellt somit in der Tat nur eine Ausnahmeregelung dar. Andere Normen hingegen bestätigen die genannte Regel, insbesondere § 1003 ABGB und § 5i KSchG.

2. § 1003 ABGB

§ 1003 ABGB bestimmt, dass Personen, die öffentlich zur Geschäftsbesorgung bestellt sind, die vorvertragliche Pflicht trifft, unverzüglich auf Angebote zum Abschluss eines Auftrages zu antworten. Unterlassung oder Verzögerung dieser Antwort führen aber gerade nicht zum Vertragsschluss, sondern - bei Verschulden - zu Schadenersatzpflichten. Somit gibt es auch keine Verpflichtung zur Annahme des Offerts.²⁹ Erleidet der Offerent infolge der Unterlassung oder Verzögerung der Antwort einen Vertrauensschaden, so ist dieser im Rahmen der culpa in contrahendo zu ersetzen.³⁰

²⁸ *Rummel* in Rummel³ § 863 Rz 15.

²⁹ *Strasser* in Rummel³ § 1003 Rz 8.

³⁰ *Strasser* in Rummel³ § 1003 Rz 9; *Apathy* in Schwimann² § 1003 Rz 3.

3. Ergebnis

§ 1003 ABGB und § 5i Abs 2 S 2 KSchG regeln gerade den Fall, dass der Unternehmer das Angebot nicht annimmt. Wenn also schon kein Vertrag zustandekommt, wenn der Unternehmer nicht darüber informiert, dass er nicht annimmt, so kann erst recht kein Vertrag zustande kommen, wenn der Diensteanbieter das Absenden der Bestätigung unterlässt, ist diese ja ohnehin bloße *Wissenserklärung*.

In diesem Sinne kann grundsätzlich weder bei Unterbleiben der Empfangsbestätigung noch bei Unterbleiben einer Annahmeerklärung von Schweigen auf Zustimmung geschlossen werden.

VI. Haftung aus culpa in contrahendo?

Hier stellt sich zuerst einmal die Frage, welchen ersatzfähigen Schaden der Nutzer überhaupt erleiden kann, wenn er keine Empfangsbestätigung erhält. Denkbar wäre, dass er im Vertrauen darauf, dass seine Erklärung nicht zugegangen sei, Dispositionen tätigt, die seine Bestellung obsolet machen. Zum anderen wäre möglich, dass er aufgrund der unsicheren Situation allfällige zusätzliche Aufwendungen oder Dispositionen im Vertrauen auf den Vertragsschluss zu tätigen hat.

Fraglich ist somit, ob und worauf der Nutzer überhaupt vertrauen darf. Worauf er nicht vertrauen kann, ist, dass der Diensteanbieter sein Angebot auch annimmt. Denn wie gezeigt, ergibt sich aus der Pflicht zur Absendung einer Empfangsbestätigung nicht die Pflicht, ein Angebot des Nutzer auch anzunehmen. Der Vertrauenstatbestand bezieht sich nämlich lediglich auf den Umstand, dass der Nutzer darauf vertrauen darf, dass ihm der Diensteanbieter den Zugang einer Vertragserklärung unverzüglich bestätigt. Wenn nun der Nutzer darauf vertraut, dass sein Angebot nicht zugegangen ist, kann er sich mit dem hier vertretenen Rücktrittsrecht vom Vertrag lösen. Ob er darauf vertrauen dürfe, seine Erklärung sei zugegangen, wenn er keine Bestätigung erhält scheint mir aber fraglich, weshalb eine Haftung aus c.i.c. wohl kaum in Betracht kommt.

F. Abschließende Überlegungen

I. Bedeutung in der Praxis

Der praktische Anwendungsbereich des geschilderten Rücktrittsrechts wird insbesondere bei Geschäften zwischen Unternehmern, die § 10 Abs 2 ECG nicht (wirksam) ausgeschlossen haben liegen. Denn zum einen steht Verbrauchern iSd KSchG das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu, zum anderen sind § 10 Abs 1 und 2 ECG zwischen Unternehmern iSd ECG dispositiv (§ 10 Abs 3 ECG). Gerade in Geschäften zwischen Unternehmern könnte die vorgeschlagene Interpretationsmöglichkeit von weitreichender Bedeutung sein. Denn hier wird häufig eine relativ lange Bedenkzeit iSd § 862 ABGB zustehen. Umso wichtiger ist es für den Unternehmer als Nutzer deshalb, eine Empfangsbestätigung zu erhalten.

II. Ausweichen auf e-mail-Bestellungen

Die Tatsache, dass die besonderen Regelungen des ECG nicht anwendbar sind, wenn der Vertrag ausschließlich über die elektronische Post abgeschlossen wird, legt es nahe, anstelle von Bestellformularen e-mail-Formulare zu verwenden. Dies erfolgt in der Weise, dass der Kunde auf „Bestellen“ klickt, worauf sich eine vorgefertigte e-mail öffnet. Für den Nutzer ist dies allerdings unangenehm, da er hier erst selbst die Bestellung eintippen muss. Obwohl diese Vorgangsweise eben nicht nutzerfreundlich ist, kommt sie in der Praxis nun schon relativ häufig vor. Rechtlich dürfte sich das allerdings nicht verhindern lassen, wirtschaftlich gesehen dürfte es aber den Diensteanbieter selbst benachteiligen.

G. Zusammenfassung

Schweigen im Fernabsatz kann insbesondere bei § 5i KSchG und § 10 ECG von Bedeutung sein. Aus beiden Bestimmungen kann grundsätzlich nicht von Schweigen auf Annahme geschlossen werden. Kommt der Unternehmer schuldhaft seiner Mitteilungspflicht nach § 5i KSchG nicht nach, so macht er sich schadenersatzpflichtig. Unabhängig von Verschulden des Diensteanbieters sollte dem Nutzer, der keine Empfangsbestätigung erhält, ein Rücktrittsrecht zustehen.