

Vertragsschluss im Internet

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades
Mag. iur.
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Linz

vorgelegt von

JOSEF WAGNER

Am Kogl 277
3920 Groß Gerungs

-Begutachter: Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Kerschner
-Eingereicht am:

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	
II. Maßgebliche Rechtsquellen und Begriffe	
A. Diensteanbieter-Nutzer	
1. Diensteanbieter	
2. Nutzer	
B. Unternehmer-Verbraucher	
III. Die elektronische Willenserklärung als Ausgangspunkt für den Vertragsschluss	
A. Technisch mögliche Arten	
1. E-Mail	
2. WWW-Erklärungen	
3. Chat-Foren	
4. Voice over IP	
5. Sonstige Übermittlungsmedien	
6. Praktische Handhabung beim Vertragsschluss	
B. Computererklärungen	
1. Zurechnung von Computererklärungen	
2. Erklärungsfahrlässigkeit	
3. Sonderproblem: Software-Agenten	
C. Zugang	
1. Zugang nach allgemeinem Zivilrecht	
2. Zugang nach § 12 ECG	
a. Vergleich mit der EC-RL	
aa. Erweiterung der betroffenen Willenserklärungen	
bb. Zusatz "unter gewöhnlichen Umständen"	
b. Vereinbarung als Wirksamkeitsvoraussetzung?	
c. Sonderprobleme	
aa. Standardisierte Mail-Accounts	
bb. Vergessenes Passwort	
cc. Vom Unternehmer zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse	
dd. Änderung der E-Mail-Adresse ohne Benachrichtigung	

ee. Zugang von sicher signierten E-Mails	16
D. Abgrenzung der Risikobereiche bei der Erklärungsübermittlung	16
1. Scheitern der Datenübertragung	17
2. Fehler im Zuge der Übertragung	17
a. Fehler auf Seiten des Empfängers	17
b. Fehler auf Seiten des Erklärenden	17
3. Veränderung der Erklärung nach Zugang beim Empfänger	18
E. Zurechnung manipulierter Erklärungen	18
1. Manipulationen im Zusammenhang mit Verträgen	19
a. Unberechtigte Benützungshandlungen im Rahmen bestehender Verträge	19
b. Abgabe von Willenserklärungen unter Missbrauch einer Zugangskennung	19
F. Auslegung	20
G. Widerruf	21
1. Der Meinungsstreit	21
2. Ergebnis	21
H. Irrtumsanfechtung bei elektronischen Willenserklärungen	21
1. Anwendbarkeit des § 10 Abs 1 ECG	22
2. Die drei Alternativen des § 871 ABGB	22
III. Der Vertragsschluss	23
A. Warenpräsentation als Angebot oder bloße invitatio ad offerendum?	24
B. Angebot	24
C. Annahme	25
1. Annahme durch Willenserklärung	26
2. Annahme durch Willensbetätigung	26
3. Ort und Zeitpunkt des Vertragsschlusses	26
D. Formvorschriften (zB bei Bürgschaft) gemeinschaftsrechtswidrig?	27
E. Einbeziehung von AGB (§ 11 ECG)	27
1. Allgemeine Regeln	27
2. Besonderheiten bei elektronischen AGB	28
F. Informationspflichten	28
1. Informationspflichten nach KSchG	31
a. Informations- und Bestätigungspflichten nach den §§ KSchG	31

b. Informationspflichten nach § 5i KSchG	
aa. § 5i Abs 2 S 1 KSchG	31
aaa. Einhaltung der Mitteilungspflicht	32
bbb. Verletzung der Mitteilungspflicht	32
bb. § 5i Abs 2 S 2 KSchG	33
2. Informationspflichten nach ECG	34
a. § 5 ECG	35
b. § 9 ECG	36
aa. Anwendungsbereich	36
bb. Sprache und Gestaltung der Informationen	36
cc. Inhalt der Informationspflichten	37
aaa. Z 1: Bestellhilfe	38
bbb. Z 2: Speicherung des Vertragstextes	39
ccc. Z 3: Eingabefehlererkennung/-berichtigung ...	39
ddd. Z 4: Vertragssprache	39
eee. § 9 Abs 2 ECG	40
dd. Sanktionen	40
c. Empfangsbestätigung nach § 10 Abs 2 ECG	41
aa. Allgemeines	41
bb. Entstehungsgeschichte	41
cc. Bestätigung vor Zugang?	41
dd. Bestätigung als Annahme?	42
ee. Rechtsfolgen bei Unterbleiben der Empfangs-	
bestätigung	44
G. Vertragsschluss bei Internetversteigerungen	
1. Grundsätzliche Geschäftsmodelle	45
2. Praktischer Ablauf einer Online-Auktion	46
3. Rechtliche Besonderheiten	46
a. Angebot oder invitatio ad offerendum?	47
b. Annahme	47
c. laesio enormis?	47
d. § 5e KSchG	48
e. AGB	48
	49
	50

f. Nichtigkeit bei fehlender gewerberechtl. Bewilligung?	50
V. Rücktrittsrechte	50
A. Anwendbarkeit des § 3 KSchG?	51
B. Rücktritt nach dem Fernabsatzgesetz	51
1. Grundsätzliche Rücktrittsfrist: Sieben Werktage	51
2. Verlängerte Rücktrittsfrist: drei Monate	52
VI. Fälligkeit im Fernabsatz	52
	52

Abkürzungsverzeichnis

aA	= anderer Ansicht
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	= Amtsblatt der EU
abl	= ablehnend
Abs	= Absatz
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
AnwBl	= Österreichisches Anwaltsblatt
Art	= Artikel
BG	= Bundesgesetz
BGBI	= Bundesgesetzblatt
Blg	= Beilage(n)
Bsp	= Beispiel
bzgl	= bezüglich
bzw	= beziehungsweise
ders	= derselbe
EB	= Erläuternde Bemerkungen
ECG	= E-Commerce-Gesetz
EC-RL	= E-Commerce-Richtlinie
EK	= Europäische Kommission
Entw	= Entwurf
f	= folgend (-e; -er)
ff	= und die folgenden
gem	= gemäß
GewO	= Gewerbeordnung
GP	= Gesetzgebungsperiode
HGB	= Handelsgesetzbuch
hL	= herrschende Lehre
Hrsg	= Herausgeber
idR	= in der Regel
ieS	= im engeren Sinne
insb	= insbesondere
IP	= Internet Protocol
iSd	= im Sinne des/der
JAP	= Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
krit	= kritisch
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz
Mat	= Materialien
mE	= meines Erachtens
MR	= Medien + Recht
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NR	= Nationalrat
NZ	= Österreichische Notariats-Zeitung
OGH	= Oberster Gerichtshof
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
PHG	= Produkthaftungsgesetz
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	= Richtlinie
RV	= Regierungsvorlage

Rz	= Randziffer
s	= siehe
S	= Seite; auch Satz
ua	= und andere; auch: unter anderem
UID	= Umsatzsteueridentifikationsnummer
usw	= und so weiter
uU	= unter Umständen
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl	= vergleiche
www	= world wide web
Z	= Ziffer
zB	= zum Beispiel
zust	= zustimmend
zutr	= zutreffend

Literaturverzeichnis

Blume/Hammerl, E-Commerce-Gesetz (2002)

Brenn, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 641

Brenn, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481

Brenn (Hrsg), E-Commerce-Gesetz (2002)

Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz (2002)

Fallenböck/Haberler, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), RdW 1999, 505

Fitzal, Fernabsatzrichtlinie - Änderungen im KSchG, JAP 2000/2001, 109

Höhne, Vertragsrechtliche Aspekte des Electronic Commerce, in *Biegler* (Hrsg), www.electronicbusiness.at, 22

IT-LAW.AT (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003)

Kilches, Fernabsatzrichtlinie - Europäisches Electronic Commerce Grundgesetz?, MR 1997, 276

Kilches, Electronic Commerce Richtlinie, MR 1999, 3

Kilches, E-Commerce-Gesetz - gelungene Richtlinienumsetzung?, MR 2001, 248

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II² (2001)

Kucsko/Madl, doingbusiness.at (2000)

Kresbach, E-Commerce (2000)

Laga/Seherschön, E-Commerce-Gesetz (2002)

Lachmair, EU-Richtlinie für E-Commerce seit 1. 6. 2000 in Kraft, RdW 2000, 454

Madl, Vertragsabschluss im Internet, ecolex 1996, 79

Mayer-Schönberger, E-Commerce: Rechtliche Rahmenbedingungen und Notwendigkeiten, AnwBl 1999, 217

Mohr, Elektronischer Kauf- und Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 247

Mohr, KSchG-Novelle 1999 - Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 755

Mottl, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader*, Privatrechtsfragen des e-commerce (2003), 1

Mottl, Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen für den Electronic Commerce im Internet, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht² (2003), 21

Oberkofler, Vertragsabschluss im Internet, in *Stomper* (Hrsg), Praxishandbuch Internet-Recht (2002), 121

Peck, Die Internetversteigerung (2002)

Pichlmair, Vertragsrecht im Internet (2001)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I³ (2004); Band II³ (2003)

B. Schauer, e-commerce in der Europäischen Union (1999)

Schwartz/Wohlfahrt, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323

Sykora, e-mail - Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr?, AnwBl 1999, 540

Tangl, Leitfaden für die Einbeziehung elektronischer AGB, ecolex 2001, 896

Thaler, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, ecolex 2000, 568

Thiele, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998, 670

Tichy, Zugang elektronischer Willenserklärungen, Verbraucherschutz und E-Commerce-Gesetz, RdW 2001, 518

Vonkilch, Zum wirksamen Zugang von sicher signierten E-Mails, RdW 2001, 578

Wessely, Internetauktionen - Steiger' dich rein!, MR 2000, 266

Zankl, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), ecolex 2000, 416

Zankl, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, ecolex 2001, 344

Zankl, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, NZ 2001, 288

Zankl, Der Entwurf zum E-Commerce-Gesetz, NZ 2001, 325

Zankl, Zivilrecht und e-commerce, ÖJZ 2001, 542

Zankl, E-Commerce-Gesetz (2002)

Zankl, Online-AGB: Erste OGH-Entscheidung zum E-Commerce-Gesetz, ecolex 2003, 669

I. Einleitung

Im Laufe des Informationszeitalters nehmen insb auch die geschäftlichen Beziehungen über das Internet zu. So war es noch vor wenigen Jahren kaum denkbar, dass man per Mausclick Bücher bestellen, Gegenstände versteigern, sogar Finanzgeschäfte tätigen und Autos erwerben kann usw. Aufgrund dieser schnellen technischen Entwicklung hinkt die rechtliche zwangsweise hinterher. Man denke daran, dass unser ABGB in weiten Teilen dem Jahre 1811 entstammt. Dennoch ist gerade das ABGB eine der maßgeblichsten Grundlagen für die Beurteilung von Verträgen im Internet. Weiters ist zu beachten, dass in den letzten Jahren etliche neue Gesetze geschaffen, bzw bestehende Gesetze geändert wurden, um den besonderen Anforderungen des Informationszeitalters gerecht zu werden. Oftmals waren und sind dabei europarechtliche Vorgaben die entscheidende Antriebsfeder, was leider auch den ungünstigen Nebeneffekt hat, dass sich die jüngeren Vorschriften teilweise nur schlecht in das althergebrachte System einfügen.

Aus diesem Grund sieht man sich im Bereich des Internetrechts mit zwei teils sehr verschieden alten Rechtsschichten konfrontiert. Das Ziel der vorliegenden Arbeit liegt deshalb darin, das Zusammenwirken der alten und der neuen Normen zu beleuchten. Dazu soll die Entstehungsgeschichte erläutert und der Zweck der einschlägigen Bestimmungen untersucht werden, um die Interpretation im Rahmen der

österreichischen Rechtslage durchzuführen, aber auch um die Gemeinschaftsrechtskonformität zu untersuchen. Schließlich darf man nicht übersehen, dass die Vereinheitlichung des Internetrechts insb bezwecken soll, über die Landesgrenzen hinaus - somit letztlich für jedermann - Rechtssicherheit zu schaffen.

II. Maßgebliche Rechtsquellen und Begriffe

Die Umsetzung der Fernabsatz-RL¹ erfolgte in Österreich durch das Fernabsatzgesetz² in Form von Novellierungen des KSchG, des UWG und des PHG.

Zur Umsetzung der EC-RL³ wurde in Österreich ein eigenes Gesetz, nämlich das ECG⁴ erlassen.

A. Diensteanbieter-Nutzer

¹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; dazu ausführlich *B. Schauer*, e-commerce in der Europäischen Union (1999), 149ff und *Kilches*, Fernabsatzrichtlinie - Europäisches Electronic Commerce Grundgesetz?, MR 1997, 276.

² BGBl I 1999/185; vgl dazu *Mohr*, Elektronischer Kauf- und Verbraucherschutz im Fernabsatz, e-colex 1999, 247; *Fitzal*, Fernabsatzrichtlinie - Änderungen im KSchG, JAP 2000/2001, 109.

³ 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") ABI L 178 vom 17.7.2000, S 1; vgl dazu aus österreichischer Sicht *Lachmair*, EU-Richtlinie für E-Commerce seit 1. 6. 2000 in Kraft, RdW 2000, 454 und *Zankl*, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, NZ 2001, 288; zum RL-Vorschlag *Brenn*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481 und *Kilches*, Electronic Commerce Richtlinie, MR 1999, 3 sowie umfassend *B. Schauer*, e-commerce 173ff.

⁴ BG, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz - ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden; dazu insb *Brenn* (Hrsg), E-Commerce-Gesetz (2002) und *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002).

Bezüglich seiner Anwendbarkeit knüpft das ECG an die Begriffe des Diensteanbieters und Nutzers an.

1. Diensteanbieter

Nach § 3 Z 2 ECG ist Diensteanbieter "eine natürliche oder juristische Person oder sonstige rechtsfähige Einrichtung, die einen Dienst der Informationsgesellschaft bereitstellt". Für genaue Details dieses Begriffs und des Dienstes der Informationsgesellschaft ist auf die bereits umfangreiche Literatur zu verweisen.⁵ Von entscheidender Bedeutung für die vorliegende Arbeit ist, dass der "Online-Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen" jedenfalls vom Begriff "Dienst der Informationsgesellschaft" erfasst ist (§ 3 Z 1 ECG). Wer somit Waren online vertreibt, erfüllt die Definition des Diensteanbieters.

2. Nutzer

Nutzer ist nach § 3 Z 4 ECG, wer einen Dienst der Informationsgesellschaft in Anspruch nimmt. Wer also auf der Website des Verkäufers surft, ist Nutzer iSd ECG. Ihm sind also jedenfalls die Informationen nach § 5 ECG zur Verfügung zu stellen. Die Pflichten nach den §§ 9ff ECG werden erst im Zuge des Vertragsschlusses relevant.

Zu betonen ist, dass ein Diensteanbieter zugleich auch Nutzer sein kann. So ist beispielsweise der Betreiber einer Website in dieser Funktion als Diensteanbieter, hinsichtlich des Zugangs zum Internet jedoch als Nutzer des Providers zu qualifizieren. Es muss also immer im Einzelfall geprüft werden, ob jemand Diensteanbieter oder Nutzer ist.

Bsp: N bestellt auf der Homepage des D ein Produkt. N ist Nutzer, D ist Diensteanbieter. Um diesen technischen Vorgang überhaupt bewerkstelligen zu können, benötigt D aber einen Provider P, der ihm den Zugang zum Internet verschafft. In dieser Konstellation ist D Nutzer und P Diensteanbieter. Somit ist D im selben Moment Nutzer und Diensteanbieter zugleich, je nachdem auf welchen Aspekt man abstellt.

B. Unternehmer-Verbraucher

⁵ ZB *Brenn* in *Brenn*, ECG 190ff; *Zankl*, ECG 81ff; *Laga/Seherschön*, E-Commerce-Gesetz (2002), 21ff; *Burgstaller/Minichmayr*, E-Commerce-Gesetz (2002), 36ff.

Sowohl das KSchG als auch das ECG setzen inhaltlich das Begriffspaar "Unternehmer"- "Verbraucher" voraus. An dieser Stelle sei angemerkt, dass beide Gesetze von unterschiedlichen Definitionen ausgehen.⁶

III. Die elektronische Willenserklärung als Ausgangspunkt für den Vertragsschluss

Da Verträge gem § 861 ABGB durch zwei einander entsprechende Willenserklärungen zustande kommen, ist zuerst die Bedeutung der elektronischen Willenserklärung im Rahmen der bestehenden Rechtslage zu untersuchen.

Unbestritten ist, dass das allg Zivilrecht auf Rechtshandlungen im elektronischen Wege anwendbar ist.⁷

A. Technisch mögliche Arten

1. E-Mail⁸

Die technische Besonderheit beim Versand von E-Mails besteht darin, dass diese nicht wirklich direkt dem Empfänger zugestellt werden. Eigentlich versendet der Absender eine Nachricht an den Computer des Providers, wo sie zunächst in der Mailbox gespeichert wird. Der Empfänger muss diese Nachricht in weiterer Folge erst selbst von

⁶ § 1 Abs 2 KSchG enthält eine Legaldefinition für den Begriff des Unternehmers. Jeder Nichtunternehmer ist nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG Verbraucher. Das ECG geht einen anderen Weg: In § 3 Z 5 ECG ist der Verbraucherbegriff legaldefiniert. Der Unternehmerbegriff hingegen wird weder definiert noch verwendet. Vielmehr geht das ECG davon aus, dass sämtliche Bestimmungen sowohl auf Verbraucher als auch auf Unternehmer anwendbar sind. Jedoch finden sich bestimmte Sonderbestimmungen für Verbraucher (zB in den §§ 9 Abs 3, 10 Abs 3, 12 ECG).

Überdies ist zu erwähnen, dass sich die jeweiligen Definitionen jedenfalls durch ihren unterschiedlichen Wortlaut voneinander unterscheiden. Inwieweit sich daraus inhaltliche Unterschiede ergeben, ist allerdings fraglich.

⁷ Vgl *Mayer-Schönberger*, E-Commerce: Rechtliche Rahmenbedingungen und Notwendigkeiten, AnwBl 1999, 217; *Tichy*, Zugang elektronischer Willenserklärungen, Verbraucherschutz und E-Commerce-Gesetz, RdW 2001, 518.

⁸ Vgl dazu insb *Jaburek/Blaha*, Die technische Umsetzung der e-Mail, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 1; *Sykora*, e-mail - Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr?, AnwBl 1999, 540; *B. Schauer*, e-commerce 21ff.

dieser Mailbox abrufen, um sie lesen zu können. Ein direkter E-Mail-Versand von A nach B ist folglich nicht möglich.

Bsp: A adressiert seine E-Mail an B und versendet diese. In weiterer Folge wird die betreffende Nachricht in der Mailbox des B gespeichert (also auf einem Mailserver und nicht gleich auf dem Computer des B). Erst wenn B selbst aktiv wird und seine Nachrichten abrufen, indem er zB ein E-Mail-Programm aktiviert, gelangt diese Nachricht auf seinen eigenen Computer.

2. WWW-Erklärungen

Darunter sind im Folgenden Erklärungen, die im Internet durch Ausfüllen und Versenden eines Webformulars oder einfach durch Anklicken eines entsprechenden Buttons abgegeben werden, zu verstehen.

Bsp: Häufig sind AGB in der Weise zu akzeptieren, dass man auf ein bestimmtes Feld klickt. Auch das Ausfüllen und Abschicken eines Bestellformulars fällt unter den Begriff "WWW-Erklärung".

3. Chat-Foren

Chat-Foren ermöglichen die direkte Kommunikation zwischen den Chat-Teilnehmern.⁹ Die Frage, ob dabei von Erklärungen unter Anwesenden oder Abwesenden auszugehen ist, wird unten noch näher zu erläutern sein.

4. Voice over IP

Darunter versteht man das Telefonieren via Internet. Bei diesem Vorgang wird Sprache über das Internet Protokoll übertragen.¹⁰

5. Sonstige Übermittlungsmedien

Schließlich darf man nicht vergessen, dass zB auch per Handy elektronische Willenserklärungen abgegeben werden können. Überhaupt ist aufgrund der schnellen technischen Entwicklung davon auszugehen, dass in Zukunft noch viele weitere

⁹ Zankl, ECG 118; s zB www.icq.com, eine Plattform, über die auch Nachrichten hinterlassen und Daten versendet werden können.

¹⁰ ZB www.skype.com

Übermittlungsmedien zur Verfügung stehen und somit rechtlich zu beurteilen sein werden.

6. Praktische Handhabung beim Vertragsschluss

Der wohl in der Praxis relevanteste Fall sieht nun so aus, dass sich der Interessent auf die Homepage des Verkäufers begibt, dort eine WWW-Erklärung abgibt, und der Verkäufer per E-Mail bzw durch Lieferung reagiert.

B. Computererklärungen

Bei elektronischen Geschäftsabläufen bedienen sich Menschen zur Herstellung und Übertragung von Willenserklärungen eines Computers. Dabei lassen sich zwei Arten von Willenserklärungen unterscheiden: Solche, die tatsächlich von einem Menschen stammen und mit Hilfe eines Computers weitergeleitet werden, und solche, die von einem Computer selbst aufgrund seiner Programmierung stammen und von ihm übermittelt werden (Computererklärungen, automatische Erklärungen).¹¹

Bei der ersten Kategorie liegt der Unterschied zu herkömmlichen Willenserklärungen lediglich in der Art der Übermittlung. Eine besondere rechtliche Beurteilung ist an dieser Stelle folglich nicht erforderlich. Bei der zweiten Kategorie sind jedoch einige rechtliche Fragen zu beantworten. So ist es keineswegs selbstverständlich, dass ein Computer im Namen eines Menschen Erklärungen abgeben kann. In weiterer Folge stellt sich dann auch die Frage, wem genau die entsprechende Erklärung überhaupt zuzurechnen ist usw. Diese Kategorie von Erklärungen ist daher näher zu untersuchen.

1. Zurechnung von Computererklärungen

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr ist es unbedingt erforderlich, dass Willenserklärungen einem Menschen zugerechnet werden können. Die Besonderheit automatisierter Erklärungen liegt aber gerade darin, dass im Zeitpunkt ihrer Herstellung und Übermittlung kein aktives menschliches Handeln erfolgt. Ein Computer kann sich jedoch mangels Handlungsfähigkeit weder berechtigen noch verpflichten. Insb kann er auch nicht als Stellvertreter eines Menschen iSd §§ 1002 ff ABGB angesehen werden.

¹¹ Vgl *Brenn in Brenn*, ECG 16.

Die Zurechnung von automatisierten Willenserklärungen ergibt sich nach *Zankl*¹² insb aus folgenden zwei Gründen: Zum einen ist für den Empfänger idR nicht erkennbar, ob die Erklärung direkt von einem Menschen stammt oder automatisiert hergestellt wurde. Zum anderen wurde auch der Computer letztlich von einem Menschen programmiert, sodass das Ergebnis seinem Willen zugerechnet werden könne.

Was das erste Argument betrifft, ist *Zankl* völlig zuzustimmen. Wenn aus der Sicht des Erklärungsempfängers eine menschliche Erklärung vorzuliegen scheint, so ist diese auch als menschliche Willenserklärung zu werten.¹³ ME muss aber die Zurechnung auch dann erfolgen, wenn dem Empfänger bewusst ist, dass die Erklärung nicht unmittelbar von einem Menschen stammt. Im heutigen Geschäftsverkehr ist es nämlich nahezu üblich, dass rechtserhebliche Erklärungen automatisch versandt werden. Dazu ist aber erforderlich, dass die automatisierte Erklärung letztlich erkennbar auf den Willen des Erklärenden zurückgeht. Manche Autoren argumentieren in diesem Zusammenhang damit, dass der Computer auf der Grundlage eines "generellen" Willens des Erklärenden arbeite.¹⁴

Bzgl des zweiten Arguments von *Zankl* ist eine tiefgreifende Korrektur notwendig: Zurechnungssubjekt ist nicht der Programmierer, sondern der Seitenbetreiber, bzw wer eben sonst erkennbar als Erklärender hervorgeht.¹⁵ Aus dem Empfängerhorizont betrachtet ist es unbedeutend, wer die entsprechende Programmierung vorgenommen hat, die zur Abgabe der elektronischen Erklärung geführt hat. Vielmehr kommt es darauf an, dass der Seitenbetreiber selbst einen Erklärungsstatbestand gesetzt hat, zB indem er das entsprechende Programm selbst aktiviert hat oder hat aktivieren lassen.

Bsp: A bestellt auf der Homepage des Unternehmens B ein Produkt. Unverzüglich erhält er eine automatische Annahmeerklärung. Diese hat C im Auftrag von B programmiert. - Für alle Beteiligten ist klar, dass nicht C, sondern B als Erklärender anzusehen ist. Wer die Programmierung vorgenommen hat, kann lediglich im Verhältnis B-C Bedeutung erlangen, wenn sich zB aufgrund von technischen Fehlern die Frage nach Schadenersatz stellt.

¹² *Zankl*, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, *ecolex* 2001, 344.

¹³ Das setzt allerdings zumindest das Vorliegen von Erklärungsfahrlässigkeit voraus; s dazu den diesbezüglichen eigenen Abschnitt.

¹⁴ Vgl *Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), *RdW* 1999, 505; ähnlich auch *Peck*, Die Internetversteigerung (2002), 113; *Pichlmair*, Vertragsrecht im Internet (2001), 47.

¹⁵ Vgl die zutr Kritik von *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 17.

Computererklärungen entfalten somit - Zurechenbarkeit vorausgesetzt- grundsätzlich dieselben rechtlichen Wirkungen, wie Willenserklärungen, die direkt von einem Menschen stammen.¹⁶

2. Erklärungsfahrlässigkeit

Das ABGB nimmt bei der Frage der Zurechenbarkeit von Willenserklärungen eine Interessenabwägung zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger vor. Damit es tatsächlich zur Zurechnung kommt, müssen auf beiden Seiten bestimmte Grundvoraussetzungen erfüllt sein, die sich aus dieser Abwägung ergeben. Schließlich verdient der vermeintlich Erklärende genauso Schutz wie der Erklärungsempfänger.

Wenn jemand gar keine Erklärung abgegeben hat, aus der Sicht des Empfängers allerdings eine Erklärung vorzuliegen scheint, so kann die Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts für sich alleine noch nicht die Zurechenbarkeit begründen. Eine entsprechende Interessenabwägung läuft darauf hinaus, dass letztlich der vermeintlich Erklärende *selbst* ein Verhalten gesetzt haben muss, dass ihn insofern weniger schutzbedürftig erscheinen lässt. Erst dann kann das berechtigte Vertrauen seitens des Empfängers gegenüber den Interessen des Erklärenden überwiegen.

Das ABGB trägt diesem Grundgedanken zB bei den Rechtsinstituten der Anscheins- und Duldungsvollmacht Rechnung. Auch hier ist ein entsprechendes Verhalten seitens des vermeintlich Vertretenen vorausgesetzt, an das bei der Frage der Zurechenbarkeit anzuknüpfen ist.

Bei Willenserklärungen ist entsprechend den vorangegangenen Überlegungen allgemein anerkannt, dass dem Erklärenden zumindest Erklärungsfahrlässigkeit vorwerfbar sein muss, damit Zurechnung eintritt.¹⁷

Aus all dem folgt, dass dem Betreiber einer Computeranlage auch eine entsprechende Fahrlässigkeit zur Last fallen muss, damit ihm eine automatisierte Erklärung tatsächlich zugerechnet werden kann.¹⁸

¹⁶ Vgl auch *B. Schauer*, e-commerce 99, der die Wirksamkeit automatisierter Willenserklärungen jedoch aus der Zulässigkeit konkludenter Erklärungen iSd § 863 ABGB ableitet.

¹⁷ S zB *Rummel* in *Rummel*^β, § 863 Rz 7.

¹⁸ Ebenso *Oberkofler*, Vertragsabschluss im Internet, in *Stomper* (Hrsg), Praxishandbuch Internet-Recht (2002), 123; so auch *Pichlmayr*, Vertragsrecht im Internet 47; aA *Brenn* in *Brenn*, ECG 17, nach dessen Ansicht es bei der Zurechnung von Willenserklärungen nicht auf ein Verschulden ankomme.

Bsp: Aufgrund eines technischen Versehens wird seitens des Unternehmens B eine automatisierte Annahmeerklärung versandt, obwohl die entsprechende Ware gar nicht verfügbar ist, weswegen das Angebot gar nicht hätte angenommen werden sollen. - Damit diese Erklärung dem Unternehmen B tatsächlich zugerechnet werden kann, muss einer dafür verantwortlichen Person ein entsprechender Vorwurf gemacht werden können. In Frage kommt zB mangelnde Kontrolle des Systems. B könnte sich möglicherweise dadurch entlasten, dass die Programmierung ordnungsgemäß vorgenommen wurde und der Fehler im Betriebssystem liegt. Die Beweislast dafür liegt allerdings bei ihm.

3. Sonderproblem: Software-Agenten

Unter Software-Agenten versteht man Programme, die als eine Art "virtueller Stellvertreter" agieren und beispielsweise bestimmte Waren zu einem bestimmten Preis für den "Geschäftsherrn" erwerben.¹⁹ Fraglich ist dabei, wie der Einsatz von solchen Agenten rechtlich einzuordnen ist. Bzgl Stellvertretung ergibt sich das Problem, dass diese zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters voraussetzt, welche Software-Agenten definitionsgemäß nicht zukommt. Teils wird argumentiert, es sei von einer echten Lücke zu sprechen, da der Gesetzgeber mit solchen geschäftsunfähigen Software-Agenten eben nicht gerechnet habe.²⁰ Ebenso wird erwogen, den User in Analogie zu § 1313a für Vertrauensschäden haften zu lassen, die der Agent in "Überschreitung seiner Vollmacht" zufügt.²¹ Natürlich ergeben sich erhebliche Unterschiede zur gewöhnlichen Gehilfenhaftung, so schmälert sich der Deckungsfonds, da eben nur der "Geschäftsherr" persönlich haften kann und nicht auch der "Gehilfe" Computer. Überdies ist ein Computer nicht als Gehilfe, sondern lediglich als Werkzeug zu qualifizieren. In diesem Bereich ist also noch vieles offen und bedarf näherer Untersuchung.

C. Zugang

¹⁹ *Zankl*, Zivilrecht und e-commerce, ÖJZ 2001, 543 mwN.

²⁰ In diese Richtung tendierend *Zankl*, ÖJZ 2001, 543; abl *Pichlmair*, Vertragsrecht 48.

²¹ *Zankl*, ÖJZ 2001, 543.

Um rechtlich wirksam zu werden, müssen empfangsbedürftige Willenserklärungen dem Empfänger zugehen. Dabei ist zwischen Erklärungen unter Anwesenden und solchen unter Abwesenden zu unterscheiden.

Erklärungen unter Anwesenden gehen dem Vertragspartner idR sofort zu. Sofern dabei keine Bindungsfrist vereinbart wird, müssen sie sofort angenommen werden. Erklärungen unter Anwesenden sind im Online-Bereich beispielsweise in Chat-Rooms anzunehmen.²² E-Mail- bzw Web-Erklärungen sind nach hL²³ hingegen Erklärungen unter Abwesenden. Bei solchen muss die Bindungsfrist die Übermittlung zum Adressaten, eine angemessene Überlegungsfrist sowie die Rückübermittlung zum Absender ermöglichen. Im Online-Bereich beschränkt sich die Bindungsfrist wegen der hohen Übertragungsgeschwindigkeit auf die Bedenkzeit. Diese wird bei kleinen Geschäften des Alltags idR zwei bis drei Tage betragen, bei einem Autokauf jedoch möglicherweise mehrere Wochen. Es ist also auf die Art des Geschäfts abzustellen.

1. Zugang nach allgemeinem Zivilrecht

(Zugangsbedürftige) Willenserklärungen werden nach § 862a ABGB erst mit deren Zugang beim Empfänger wirksam. Dabei versteht man unter Zugang, dass eine Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass sich dieser unter gewöhnlichen Umständen von deren Inhalt Kenntnis verschaffen kann.²⁴ Bei früherer tatsächlicher Kenntnisnahme geht die Erklärung bereits in diesem Zeitpunkt zu.

Schließlich ist nach dem Zweck des Zugangs zu differenzieren: Während die Bindungswirkung erst ab tatsächlicher Kenntnisnahme eintritt (s unten), richtet sich die Rechtzeitigkeit danach, wann mit der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen gerechnet werden kann.

2. Zugang nach § 12 ECG

a. Vergleich mit der EC-RL

²² *Brenn*, ECG 17; *Zankl*, ECG 118; dem ist allerdings nicht in dieser Allgemeinheit zuzustimmen: Während man beim Telefonieren von der tatsächlichen persönlichen Anwesenheit des Gesprächspartners ausgehen kann, weiß man beim Chatten gerade nicht, ob sein Gegenüber wirklich momentan vor dem Computer sitzt.

²³ *Tangl*, Leitfaden für die Einbeziehung elektronischer AGB, *ecolex* 2001, 896; *Pichlmair*, *Vertragsrecht* 53 mwN; *B. Schauer*, *e-commerce* 92; *Brenn* in *Brenn*, ECG 17.

²⁴ *Rummel* in *Rummel*³, § 862a Rz 2.

aa. Erweiterung der betroffenen Willenserklärungen

Während sich die Zugangsregelung des Art 11 Abs 1 EC-RL nur auf Bestellungen und Empfangsbestätigungen bezieht, ist § 12 ECG ganz allgemein auf sämtliche elektronische Vertragserklärungen und andere rechtserhebliche elektronische Erklärungen anzuwenden.

bb. Zusatz "unter gewöhnlichen Umständen"

Die EC-RL stellt auf den bloßen Zeitpunkt der Abrufbarkeit ab, ohne auf Geschäftszeiten oder sonstige Umstände Rücksicht zu nehmen. Bei den Verhandlungen zur EC-RL wurde der Zeitpunkt der Abrufbarkeit deswegen herangezogen, weil damit die elektronische Erklärung in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt sei.²⁵

Im ECG-Entw²⁶ wurde die Zugangsdefinition den Vorgaben der EC-RL angepasst. Dies rief allerdings aufgrund des Widerspruchs zum allgemeinen Zivilrecht heftige Kritik hervor.²⁷

Nach § 12 ECG erfolgt nun aber Zugang den allgemeinen Regeln entsprechend nicht zu jeder beliebigen Zeit (beispielsweise mitten in der Nacht), sondern nur, wenn unter gewöhnlichen Umständen damit zu rechnen ist. Trotz des eindeutigen Wortlauts bestehen dennoch zwei unterschiedliche Auffassungen:

Nach der einen Ansicht sei § 12 ECG gemeinschaftsrechtswidrig, aber dennoch seinem Wortlaut entsprechend anzuwenden.²⁸ Die gegenteilige Ansicht vertritt den Standpunkt, § 12 sei seinem Wortlaut nach gemeinschaftsrechtswidrig, sei infolgedessen

²⁵ Vgl *Brenn* in *Brenn*, ECG 18.

²⁶ Entwurf eines "Bundesgesetzes, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG)", abrufbar unter www.justiz.gv.at/gesetzes/download/e-commerce.pdf; dazu allgemein *Kilches*, E-Commerce-Gesetz - gelungene Richtlinienumsetzung?, MR 2001, 248; *Zankl*, Der Entwurf zum E-Commerce-Gesetz, NZ 2001, 325.

²⁷ *Zankl*, NZ 2001, 326.

²⁸ *Blume/Hammerl*, ECG Rz 6 zu § 12 ECG; *Galla*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 38; *Laga/Sehrschön*, ECG 57f; *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 100; *Zankl*, ECG 140.

gemeinschaftskonform auszulegen, so dass Zugang bereits mit Abrufbarkeit ohne Berücksichtigung irgendwelcher Umstände gegeben ist.²⁹

Festzuhalten ist an der ersten Auffassung. Es entspricht ja gerade der Absicht des Gesetzgebers, dass Zugang den allgemeinen Regeln entsprechend eintritt. Überdies kann man nicht mehr von Auslegung sprechen, wenn man ein ganzes Gefüge wie "unter gewöhnlichen Umständen" schlichtweg ignoriert. Vielmehr handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion. Eine solche würde aber einen entsprechenden Zweck³⁰ der Norm voraussetzen, der eben nicht vorliegt. Somit sprechen Wortlaut, Systematik, historische und teleologische Überlegungen eindeutig für die erste Auffassung. Dies ändert zwar nichts an der richtlinienwidrigkeit, entspricht aber dennoch geltender österreichischer Rechtslage.

Gelegentlich findet sich die Formulierung, der Unternehmer sei dazu verpflichtet, mindestens einmal täglich zu den normalen Geschäftszeiten die Mailbox zu entleeren.³¹ Allerdings wird dabei nicht angegeben, wann denn das zu sein habe.

Jedenfalls ist davon auszugehen, dass Abrufbarkeit mit Einlangen und Speicherung in der Mailbox³² anzunehmen ist. Wann Zugang eintritt, richtet sich danach, wann man unter gewöhnlichen Umständen mit dem tatsächlichen Abrufen rechnen kann.

b. Vereinbarung als Wirksamkeitsvoraussetzung?

²⁹ *Brenn in Brenn*, ECG 21.

³⁰ Das griechische Wort "télos" bedeutet "Zweck".

³¹ Nur für Unternehmer *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet in *Gruber/Mader*, Privatrechtsfragen des e-commerce (2003), 18 und *Laga/Sehrschön*, ECG 58 sowie *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 100; generell für jeden, der sich der Mailbox im Rechts- und Geschäftsverkehr bedient *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 506 und *Pichlmair*, Vertragsrecht 56f sowie *Brenn in Brenn*, ECG 19.

³² *Madl*, Vertragsabschluss im Internet, *ecolex* 1996, 79; *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 506; *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 324; *Zankl*, *ecolex* 2001, 344; *Brenn in Brenn*, ECG 19; *Galla*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 36; krit *Pichlmair*, Vertragsrecht 54 f. Festzuhalten ist jedoch, dass der Meinungsunterschied offensichtlich bloß darauf basiert, dass die Autoren unterschiedliches unter dem Begriff "Mailbox" verstehen: Während erstere damit offenbar das "Postfach" beim *Mailserver* des Empfängers bezeichnen, versteht *Pichlmair* darunter das "Postfach" am *Computer* des Empfängers. Entscheidend ist schließlich für alle angeführten Autoren das Einlangen der E-Mail auf dem Mailserver des Empfängers.

Bsp³³: A übermittelt B per gewöhnlicher Post ein Angebot. B nimmt dieses per E-Mail an, verweigert aber in weiterer Folge die Leistung, weil mangels Vereinbarung der Wirksamkeit elektronischer Kommunikation gar kein Vertrag zustande gekommen sei.

Nach allgemeinem Zivilrecht gilt selbstverständlich der Grundsatz der Formfreiheit, elektronische Kommunikation bedarf daher ebensowenig einer Vereinbarung wie Kommunikation per Telefon.³⁴ Eine andere Frage ist jedoch, ob und unter welchen Umständen eine E-Mail-Adresse zum Machtbereich des Empfängers gehört.

*Thiele*³⁵ wies bereits 1998 darauf hin, dass derjenige, der mit einer E-Mail-Adresse nach außen hin in Erscheinung tritt, zu verstehen gebe, dass er auch bereit sei, Erklärungen an diese Adresse in Empfang zu nehmen. Daraus ergebe sich die Verpflichtung, seine E-Mails in regelmäßigen Abständen abzurufen.

Nach *Zankl*³⁶ handle es sich dabei um ein Zugangsproblem: Es gehe um die Frage, inwieweit die Mailbox des Empfängers einer E-Mail zu seinem Herrschaftsbereich gehöre, sodass mit der Kenntnisnahme von entsprechend übermittelten Erklärungen gerechnet werden könne. Dazu sei aber keine Vereinbarung nötig, sondern das sei auf Grundlage der Vertrauenslehre zu ermitteln.³⁷

Während ein Briefkasten ganz generell zum Machtbereich des Empfängers zählt, muss bei E-Mails eigens geprüft werden, ob diese in den Machtbereich des Empfängers fallen. Dazu spielen zwar vertrauenslehretheoretische Überlegungen eine nicht unbeachtliche Rolle, die Vertrauenslehre selbst dient jedoch bloß der Auslegung von Willenserklärungen, nicht aber der Ermittlung des Machtbereichs.

³³ *Zankl*, NZ 2001, 290.

³⁴ *Zankl*, NZ 2001, 326.

³⁵ *Thiele*, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998, 670; dabei vertritt er eine analoge Anwendung des Postgesetzes; krit *Sykora*, AnwBl 1999, 541 ff; dieser unterscheidet zwischen physischer E-Mail-Bekanntgabe und Bekanntgabe durch ein virtuelles Medium. Diese Unterscheidung dürfte allerdings aufgrund des heute nahezu alltäglich gewordenen E-Mail-Verkehrs hinfällig geworden sein.

³⁶ *Zankl*, ecolex 2001, 344f; *ders*, NZ 2001, 290, *ders*, NZ 2001, 326; *ders*, ÖJZ 2001, 544.

³⁷ AA *Brenn* in *Brenn*, ECG 25f, wonach es auf eine entsprechende ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarung ankomme. Zudem komme es seiner Ansicht nach ohnedies nicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme an, da Zugang bereits mit der bloßen Abrufbarkeit eintrete.

Bsp: Wenn A dem B seine E-Mail-Adresse bekanntgibt, ist davon auszugehen, dass E-Mails zum Machtbereich des A gehören. B kann somit grundsätzlich wirksame Erklärungen an A per E-Mail abgeben.

c. Sonderprobleme

aa. Standardisierte Mail-Accounts

Darunter versteht man E-Mail-Adressen, die von einem Unternehmen, einer Organisation oder einem Institut automatisch zugewiesen werden.³⁸ Die hL lautet dazu wie folgt: Wer weiß oder wissen muss, dass er über einen solchen Account verfügt, muss dort eingelangte Nachrichten gegen sich gelten lassen, sofern er nichts dagegen unternimmt.³⁹ Tut er dies, so gehört dieser Mail-Account nicht zur Machtsphäre des Empfängers, Zugang scheidet somit aus.⁴⁰

Der hL ist jedoch nicht zuzustimmen. Diese würde nämlich darauf hinauslaufen, dass letztendlich ein Dritter den Machtbereich des Empfängers willkürlich vergrößern könnte. Somit wären zB Studenten verpflichtet (!), einen ihnen zugewiesenen E-Mail-Account der Universität tatsächlich zu nutzen und Willenserklärungen auf diesem Weg in Empfang zu nehmen. Vielmehr wird man deswegen darauf abstellen müssen, welche Position jemand in einem Institut oder Unternehmen einnimmt. So wird man zB annehmen können, dass der Rektor einer Universität unter der entsprechenden E-Mail-Adresse zu erreichen ist, nicht jedoch jeder beliebige Student.

bb. Vergessenes Passwort

Der Zugang zu einem E-Mail-Account erfordert die Eingabe eines bestimmten Passwortes. Wer dieses vergisst und folglich seine E-Mails nicht abrufen kann, trägt das Risiko, dass an ihn übermittelte Erklärungen dennoch als zugegangen gelten.⁴¹

cc. Vom Unternehmer zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse

³⁸ ZB josef.wagner@students.jku.at

³⁹ Zankl, *ecolex* 2001, 345; ders, *ÖJZ* 2001, 544; zust Galla, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 39; abl Brenn in Brenn, ECG 25.

⁴⁰ Pichlmair, *Vertragsrecht* 54f.

⁴¹ Zankl, *ecolex* 2001, 345; ders, *ÖJZ* 2001, 544.

Dabei handelt es sich um Fälle, in denen vom Unternehmer eine E-Mail-Adresse bereitgestellt oder anderweitig ein Postfach zum Empfang von Nachrichten eingerichtet wird. Die Frage, ob eine solche "aufgedrängte" Adresse zum Machtbereich des Empfängers zählt, ist mit Sicherheit zu verneinen.⁴²

dd. Änderung der E-Mail-Adresse ohne Benachrichtigung

Für den Fall, dass ein Verbraucher seine E-Mail-Adresse ändert, ohne dies dem Unternehmer mitzuteilen, darf der Zugang einer Erklärung an die ursprüngliche Adresse in Vertragsbedingungen fingiert werden.⁴³ Diese Zugangsfiktion ergibt sich allerdings bereits aus der normalen Zugangsformel, einer entsprechenden AGB-Bestimmung bedürfte es also gar nicht.

ee. Zugang von sicher signierten E-Mails⁴⁴

Um sicher signierte E-Mails lesen zu können, benötigt der Empfänger die erforderliche Software und das entsprechende Fachwissen. Zugang kann daher nur dann eintreten, wenn der Erklärende mit dem Vorhandensein einer Möglichkeit zur Signaturprüfung beim Empfänger rechnen darf.

D. Abgrenzung der Risikobereiche bei der Erklärungsübermittlung

Leider ist es ein Charakteristikum der neuen Medien, dass sie teils fehleranfälliger sind als zB ein gewöhnliches Telefon. Dazu kommt, dass es für den Durchschnittsnutzer meist auch gar nicht erkennbar ist, ob denn die Datenübertragung funktioniert hat. Dieser Themenbereich bedarf daher näherer rechtlicher Betrachtung.

Ganz allgemein gilt der Grundsatz, dass Willenserklärungen auf Risiko des Erklärenden reisen. Dies betrifft sowohl den Zugang als auch den Inhalt der Erklärung.

Es lassen sich folgenden Fallgruppen unterscheiden:

1. Scheitern der Datenübertragung

⁴² *Tichy*, RdW 2001, 520.

⁴³ *Tichy*, RdW 2001, 520.

⁴⁴ Vgl dazu ausführlich *Vonkilch*, Zum wirksamen Zugang von sicher signierten E-Mails, RdW 2001, 578.

Kommt die Willenserklärung gar nicht beim Empfänger an, weil die Datenübertragung scheitert, so muss sich der Erklärende so behandeln lassen, als hätte er nie eine Erklärung abgegeben.⁴⁵ Denn die Übertragung der Erklärung erfolgt so lange auf Risiko des Erklärenden, bis sie in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt, wobei jenen auch die Beweislast dafür trifft.⁴⁶ Nach *Brenn*⁴⁷ können rein technische Fehler des Providers dem Nutzer nicht zugerechnet werden, diese gehen also zu Lasten des Erklärenden.

2. Fehler im Zuge der Übertragung

a. Fehler auf Seiten des Empfängers

Zu beachten ist, dass sich der Empfänger Fehler zurechnen lassen muss, die im System seines Telekommunikationsdienstes unterlaufen. Denn dieser fungiert als sein Empfangsbote.⁴⁸

Bsp: A versendet eine E-Mail an B. Die Nachricht gelangt in die Mailbox des B am Server des Telekommunikationsdienstes C. Allerdings kommt es auf dem Server des C zu einem Systemabsturz und die E-Mail des A wird gelöscht, sodass B sie nie erhält. - Da C als Empfangsbote des B anzusehen ist, fällt der Systemabsturz in die Risikosphäre des B. Anderes gilt selbstverständlich dann, wenn A zB von C eine Nachricht erhält, dass die E-Mail nicht zugestellt werden konnte.

b. Fehler auf Seiten des Erklärenden

Auch der Erklärende muss sich Fehler seines Telekommunikationsdienstes zurechnen lassen.⁴⁹ Ist die Erklärung aber derart verstümmelt, dass aus dem Empfängerhorizont erkennbar ist, dass ein Übertragungsfehler passiert ist, so liegt kein Zugang vor und das Übermittlungsrisiko trägt wiederum der Erklärende. In diesem Fall wird er also ebenfalls so behandelt, als hätte er keine Erklärung abgegeben.

⁴⁵ *Madl*, *ecolex* 1996, 80.

⁴⁶ *Pichlmair*, *Vertragsrecht* 60; *Rummel* in *Rummel*, *ABGB*³, § 862 Rz 2 und § 862a Rz 4f; *B. Schauer*, *e-commerce* 95f; *Madl*, *ecolex* 1996, 80; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at* (2000), 30; aA *Brenn*, *ÖJZ* 1997, 653 unter Bejahung einer Rekonstruktionspflicht des Empfängers; vgl aber *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 36f.

⁴⁷ *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 38.

⁴⁸ *Blume/Hammerl*, *ECG Rz 12* zu § 12 *ECG*; *Mottl*, *Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen* 61.

⁴⁹ *Zib*, *Electronic Commerce und Risikozurechnung im rechtsgeschäftlichen Bereich*, *ecolex* 1999, 231.

3. Veränderung der Erklärung nach Zugang beim Empfänger

Sobald die Erklärung in die Empfängersphäre eingetreten ist, trägt der Erklärungsempfänger das Risiko.⁵⁰ Wenn der Empfänger also aufgrund seines technischen Unvermögens irrtümlich die Erklärung löscht oder verändert, fällt dies in seine Risikosphäre.⁵¹

E. Zurechnung manipulierter Erklärungen

Das Internet ist im Vergleich zu anderen Kommunikationsmitteln, wie zB dem Telefon, besonders anfällig, was die Manipulation von Erklärungen durch Dritte betrifft. So steigt beispielsweise die Anzahl sog "Trojanischer Pferde", die einem Dritten Zugang zu einem fremden Computer verschaffen, täglich. Sogar für einen Computerexperten kann es manchmal nicht zu verhindern sein, dass sich ein Fremder Zugang zu seinem Rechner verschafft, zumal wirklich gefährliche Hacker auch besonders ausgeklügelte Techniken verwenden.

Vor diesem Hintergrund stellt sich nun die Frage, inwieweit einem durchschnittlichen Nutzer manipulierte Erklärungen zugerechnet werden können und welches Sorgfaltsmaß man an diesen zu stellen hat. Jedenfalls ist darauf abzustellen, welchen Beitrag derjenige geleistet hat, von dem die Erklärung objektiv zu stammen scheint.⁵²

1. Manipulationen im Zusammenhang mit Verträgen⁵³

a. Unberechtigte Benützungshandlungen im Rahmen bestehender Verträge

⁵⁰ *Mottl*, Vertragsabschluss 23; *Pichlmair*, Vertragsrecht 61; in diesem Sinne bereits zum Telefax *Rummel in Rummel*, ABGB³, § 862a Rz 3; *B. Schauer*, e-commerce 96; *Zankl*, ECG 141f.

⁵¹ Dies gilt auch für den Fall, dass eine Erklärung irrtümlich von einem Anti-Spamming-Programm als Werbung ausgefiltert wird.

⁵² *Zankl*, ECG 141.

⁵³ Vgl die Einteilung bei *Zib*, *ecolex* 1999, 231.

Kostenpflichtige Leistungen erfordern idR die Eingabe eines Passwortes. Dieser Login stellt keine Willenserklärung dar. Vielmehr dient er dazu, den Zugang zu einem bereits bestehenden Dauerschuldverhältnis zu ermöglichen. Dies hat zur Folge, dass die Regelungen über Erklärungsfahrlässigkeit, Irrtumsanfechtung, Rücktritt und (Anscheins-)Vollmacht erst gar nicht zur Anwendung gelangen.⁵⁴ Es gibt hier also nur ein Entweder-Oder: Entweder die Benützungshandlung kann dem Nutzer zugerechnet werden oder nicht.

Bsp: Zur Einwahl ins Internet benötigt man ein Kennwort und ein Passwort. Wenn sich diese ein Dritter beschafft, kann er von einem fremden Internetzugang Gebrauch machen. - Der Vertrag zwischen dem Nutzer und dem Provider stellt ein Dauerschuldverhältnis dar. Die Eingabe des Kennworts und Passworts ermöglicht die Nutzung dieses Schuldverhältnisses. Der Dritte nimmt eine Leistung, die einem anderen gebührt, in Anspruch.

Technisch möglich ist das Abfangen eines Passwortes grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten: Es kann im Wege der Datenübermittlung geschehen oder bereits mit Hilfe eines auf dem Computer des Nutzers heimlich laufenden Programmes.

b. Abgabe von Willenserklärungen unter Missbrauch einer Zugangskennung

Wenn ein Dritter unberechtigt eine fremde Zugangskennung missbraucht, um rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, so ist dies als Handeln unter fremdem Namen zu qualifizieren.⁵⁵

Denkbar ist aber auch, dass ein im Hintergrund laufendes Programm Willenserklärungen im Namen des Nutzers abgibt. Dem Nutzer fehlt folglich das Erklärungsbewusstsein und es wirft sich die Frage der Erklärungsfahrlässigkeit auf, wobei sich das besonders schwer zu lösende Problem stellt, was man unter sorgfältigem Verhalten des Internetbenützers zu verstehen hat.⁵⁶

Letztlich entscheidend ist, welche Kriterien eine Zurechnung an den Nutzer rechtfertigen, wobei auf allgemeine Zurechnungsregeln zurückzugreifen ist. Es erscheint besonders schwierig, allgemeine Leitlinien zu formulieren. Vielmehr wird man jeweils im Einzelfall zu entscheiden haben, ob eine Zurechnung gerechtfertigt ist.

⁵⁴ Vgl *Zib*, *ecolex* 1999, 231.

⁵⁵ *Zib*, *ecolex* 1999, 231.

⁵⁶ Vgl *Zib*, *ecolex* 1999, 232.

Bsp: Ein Dritter verschafft sich Zugang zum Rechner des A, was jenem nur deswegen möglich ist, weil A nicht über eine "Firewall" verfügt, die Zugriffe aus dem Internet verhindert. - Hier stellt sich die Frage, ob denn jeder Internetnutzer verpflichtet ist, eine Firewall zu installieren. Vertretbar erscheint es, einen differenzierten Sorgfaltsmaßstab anzulegen: Einem durchschnittlichen Internetnutzer wird man diese Verpflichtung wohl kaum auferlegen können. Einem Unternehmen, das im Electronic Commerce tätig ist, schon eher. Aber der große Bereich dazwischen mag als Grauzone erscheinen.

Schon dieses simple Beispiel zeigt, wie schwierig es ist, einen entsprechenden Sorgfaltsmaßstab festzulegen. Als einzige Leitlinie lässt sich wohl fordern, diesen Maßstab nicht zu hoch anzusetzen.

F. Auslegung

Da elektronische Willenserklärungen wie andere Willenerklärungen iSd ABGB behandelt werden, sind auch die Auslegungsvorschriften der § 914 ff ABGB entsprechend anzuwenden.

G. Widerruf

1. Der Meinungsstreit

In der Literatur zum Internetrecht scheint umstritten, ob eine Willenserklärung bis zum Zeitpunkt des Zugangs⁵⁷ oder bis zu dem der tatsächlichen Kenntnisnahme⁵⁸ widerrufen werden kann. Jedoch ist es im Bereich des allgemeinen Zivilrechts hL⁵⁹, dass Widerruf bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme möglich ist.

Stellt man auf den Zeitpunkt des Zugangs ab, so ist die Widerrufsmöglichkeit idR faktisch aufgehoben. Nimmt man hingegen den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme als Bezugspunkt, ist in vielen Fällen doch die Widerrufsmöglichkeit gegeben.

⁵⁷ *Mottl*, Vertragsabschluss 22; *Pichlmair*, Vertragsrecht 58; *Brenn* in *Brenn*, ECG 38; *Mottl*, Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen für den Electronic Commerce im Internet, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht² (2003), 66; *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 101.

⁵⁸ *Madl*, *ecolex* 1996, 79; *Schwartz/Wohlfahrt*, MR 2001, 324; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at*, 29; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 6 zu § 10 ECG; *Galla*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 33; *Höhne*, Vertragsrechtliche Aspekte des E-Commerce, 25.

⁵⁹ Vgl nur *Rummel* in *Rummel*³, § 862a Rz 7.

2. Ergebnis

Nach hL⁶⁰ kann folglich ein Widerruf durch eine weitere Nachricht in der Mailbox, aber auch telefonisch oder persönlich erfolgen, solange der Empfänger die Erklärung noch nicht tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Die Beweislast richtet sich dabei nach den allgemeinen Regeln.⁶¹ Der Widerrufende hat also nachzuweisen, dass der Widerruf rechtzeitig erfolgte, also die Bindungswirkung noch nicht eingetreten war.

H. Irrtumsanfechtung bei elektronischen Willenserklärungen

1. Anwendbarkeit des § 10 Abs 1 ECG

Bei elektronischen Willenserklärungen können in der Praxis durchaus leicht Tippfehler passieren, welche einen grundsätzlich beachtlichen Erklärungsirrtum darstellen. In diesem Zusammenhang ist § 10 Abs 1 ECG zu erwähnen, der den Diensteanbieter dazu verpflichtet, entsprechende Mittel bereitzustellen, die dem Nutzer die Korrektur von Eingabefehlern ermöglichen. Bemerkenswert erscheint, dass § 10 Abs 1 ECG auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Nutzer gar keine Erklärung abgeben wollte.⁶² Zu untersuchen ist im Folgenden die Bedeutung dieser Bestimmung im Konnex der Irrtumsanfechtung.

In der Praxis wird sich die Verpflichtung nach § 10 Abs 1 ECG darauf beschränken, den Kunden zu fragen, ob er nun die gewählten Produkte endgültig bestellen möchte.⁶³ Rechtlich hat die Verpflichtung jedoch bloß zum Inhalt, Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern bereitzustellen.

⁶⁰ *Wessely*, Internetauktionen - Steiger' dich rein, MR 2000, 268; *B. Schauer*, e-commerce 94; gegen eine bloße Widerrufs-E-Mail *Galla*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 33.

⁶¹ *Rummel* in *Rummel*³, § 862a Rz 9.

⁶² *Blume/Hammerl*, ECG Rz 2 zu § 10 ECG.

⁶³ *Mottl*, Vertragsabschluss 17.

Was Geschäftsirrtümer i.e.S. betrifft weist *Zankl*⁶⁴ zu Recht darauf hin, dass es im Bereich des E-Commerce idR um Gattungskäufe geht, sodass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar keine bestimmte Sache vorliegt, über die der Erklärende irren könnte. Anderes gilt natürlich, wenn er über die gesamte Gattung irrt.

2. Die drei Alternativen des § 871 ABGB

Damit ein Irrtum nach § 871 ABGB zur Anfechtung berechtigt, muss eine der drei Alternativen gegeben sein: Der Irrtum muss entweder vom anderen veranlasst worden sein, er hätte diesem offenbar auffallen müssen, oder der Irrtum wurde rechtzeitig aufgeklärt.

Wenn nun der Diensteanbieter seiner Verhaltenspflicht nach § 10 Abs 1 ECG nicht nachkommt, so wird man darin ein "Veranlassen" sehen können: Hätte der Nutzer die Möglichkeit gehabt, seinen Eingabefehler zu korrigieren, so wäre ihm der Erklärungsirrtum nicht unterlaufen, er wäre also vermeidbar gewesen.

Außerdem muss berücksichtigt werden, dass bestimmte Tippfehler, die einem Menschen offenbar hätten auffallen müssen, ebenso zur Anfechtung berechtigen, wenn die Bestellung bloß von einem Computer bearbeitet wird. Zwar verfügt ein Computer nicht über die entsprechende Intelligenz, um solche Fehler zu bemerken, aber der Vorgang muss so beurteilt werden, als hätte der Empfänger selbst die Erklärung erhalten. Dieser soll ja keinen Vorteil daraus erhalten, dass er eine Maschine zur Erweiterung seines Aktionsradius einsetzt.⁶⁵

Auch wird der Irrtum häufig rechtzeitig aufgeklärt worden sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Anfechtungsgegner noch keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Dispositionen im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung getroffen hat.⁶⁶ Bedeutung erlangen kann dies etwa dann, wenn eine als Widerruf beabsichtigte E-Mail als Widerruf zu spät erfolgt, jedoch den Irrtum rechtzeitig aufklärt.⁶⁷

Zu erwähnen ist auch der besondere Fall einer *falsa demonstratio*: Ist beiden Vertragspartnern klar, dass nicht "1111", sondern "1" Exemplar des gewählten Artikels

⁶⁴ *Zankl*, ÖJZ 2001, 544.

⁶⁵ *Zankl*, *ecolex* 2001, 344; zust *Blume/Hammerl*, ECG Rz 4 zu § 12 ECG; ebenso *Brenn* in *Brenn*, ECG 36.

⁶⁶ *Rummel* in *Rummel*³, § 871 ABGB Rz 17.

⁶⁷ Vgl *Galla*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 34.

geliefert werden soll, so ist eben "1" objektiver Erklärungswert und Vertragsinhalt. Ein Irrtum liegt somit gar nicht vor, was deswegen von Bedeutung ist, weil es dann überhaupt keiner Irrtumsanfechtung bedarf.

III. Der Vertragsschluss⁶⁸

A. Warenpräsentation als Angebot oder bloße invitatio ad offerendum?

Werden auf einer Homepage Waren präsentiert, so stellt sich die Frage, ob dies bereits als verbindliches Angebot oder bloß als unverbindliche invitatio ad offerendum zu qualifizieren ist. Entscheidend ist bei dieser Einordnung, ob ein erkennbarer Bindungswille vorliegt oder nicht.

Bei Katalogen, Schaufenstern usw ist ganz allgemein anerkannt, dass der Bindungswille fehlt und somit kein rechtsverbindliches Angebot vorliegt.⁶⁹ Nun ist eine Warenpräsentation im Internet durchaus mit einem Schaufenster vergleichbar: Sie richtet sich an eine unbegrenzte Anzahl an Menschen und kann deswegen nicht als verbindliches Angebot qualifiziert werden.

Ein "Angebot" auf einer Homepage stellt somit in aller Regel eine bloße Einladung, ein Angebot zu stellen dar.⁷⁰ Infolgedessen stellt in den meisten Fällen erst der Käufer das Angebot.

⁶⁸ Vgl zum Vertragsschluss im allgemeinen zB *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, §§ 861ff.

⁶⁹ Vgl *Rummel* in *Rummel*³, § 861 ABGB Rz 7.

⁷⁰ Vgl *Madl*, *ecolex* 1996, 79; *Tangl*, *ecolex* 2001, 897; *Mottl*, *Vertragsabschluss* 9; *Thaler*, *Vertragsschluss bei Online-Auktionen*, *ecolex* 2000, 568; *Mohr*, *KSChG-Novelle 1999 - Verbraucherschutz im Fernabsatz*, *ecolex* 1999, 755; *Krejci* in *Rummel*³, §§ 5a-5i KSChG Rz 10; *Brenn*, *ÖJZ* 1997, 653; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 505; *Schwartz/Wohlfahrt*, *MR* 2001, 324; *B. Schauer*, *e-commerce* 92; *Kresbach*, *E-Commerce* (2000), 50; *Wessely*, *MR* 2000, 268; *Pichlmair*, *Vertragsrecht* 50 mwN; *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 28f; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at*, 28; *Blume/Hammerl*, *ECG* Rz 3 zu § 9 ECG; *Oberkofler*, *Vertragsabschluss* 125; *Höhne*, *Vertragsrechtliche Aspekte des E-Commerce*, 24f; *Mottl*, *Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen* 52; *Zankl*, *ECG* 118f.

Eine geänderte Situation liegt bei Downloadable Goods⁷¹ und Internetversteigerungen⁷² vor. Unter Downloadable Goods versteht man Daten, die direkt durch Herunterladen "geliefert" werden. Das besondere daran ist, dass erstens sowohl Vertragsschluss als auch Erfüllung online stattfinden⁷³. Zweitens wird in den meisten Fällen von einem entsprechendem Bindungswillen des Offerenten auszugehen sein, da Daten ja beliebig oft vervielfältigt werden können. Zu beachten ist jedoch, dass sich der Anbieter nicht an eine wirklich völlig unbegrenzte Zahl verpflichten kann und will, weil sein Server eben nicht über eine unendliche Kapazität verfügt. Das dürfte in den meisten Fällen allerdings nur von theoretischer Bedeutung sein.

Was die zweite Ausnahme, nämlich Internetversteigerungen betrifft, ist auf ein eigenes Kapitel weiter unten hinzuweisen.

Zu beachten ist überdies, dass der Anbieter auf seiner Homepage ausdrücklich erklären kann, dass ein rechtsverbindliches Angebot vorliegt.⁷⁴ Dies hat Auswirkungen auf den Ort des Vertragsschlusses und kann zB dann von Bedeutung sein, wenn in verschiedenen Bundesländern die Besteuerung unterschiedlich erfolgt.

B. Angebot

Der praktische Regelfall des Angebots sieht nun so aus, dass der Käufer ein Bestellformular ausfüllt oder eine E-Mail absendet.⁷⁵

Etwas anderes gilt jedoch bei den unter A. geschilderten Ausnahmen. Hier gibt der Käufer bereits die Annahmeerklärung ab.

C. Annahme

1. Annahme durch Willenserklärung

⁷¹ B. Schauer, e-commerce 92; *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 505; *Pichlmair*, Vertragsrecht 50; *Brenn in Brenn*, ECG 29; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 4 zu § 9 ECG.

⁷² *Brenn in Brenn*, ECG 29f.

⁷³ Deswegen spricht man hier von "direktem E-Commerce". Unter "indirektem E-Commerce" versteht man hingegen, dass zwar der Vertragsschluss online erfolgt, die Erfüllung aber offline.

⁷⁴ Vgl *Schwartz/Wohlfahrt*, MR 2001, 325; s auch *Zankl*, ECG 118; so in den AGB von www.amazon.de

⁷⁵ Vgl *Mottl*, Vertragsabschluss 9; *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 505; *Pichlmair*, Vertragsrecht 52; *B. Schauer*, e-commerce 92.

Die Annahmeerklärung muss zunächst inhaltlich mit dem Angebot übereinstimmen. Weiters muss sie innerhalb der Bindungsfrist (§ 862a S 1 ABGB) zugehen, um rechtzeitig zu sein.

Gem § 862a S 2 ABGB kommt der Vertrag trotz Verspätung der Annahmeerklärung zustande, wenn der Antragsteller erkennen musste, dass sie rechtzeitig abgesendet wurde und er nicht gleichzeitig seinen Rücktritt anzeigt.

Im Bereich des E-Mail-Verkehrs wird dieser Vorschrift kaum Bedeutung zukommen, da es relativ problemlos ist, die Absendezeit zu fälschen. Dieser kann daher nicht die Qualität eines Poststempels zukommen. Ebenso geht die Lehre davon aus, § 862a S 2 ABGB komme überhaupt selten zur Anwendung.⁷⁶

2. Annahme durch Willensbetätigung

In der Literatur zum Internetrecht findet sich häufig die Behauptung, die Annahme könne durch Willensbetätigung, idR also durch Absenden der bestellten Ware, erfolgen, sofern der Kunde keine ausdrückliche Annahme verlangt habe.⁷⁷ Dem ist allerdings nicht zuzustimmen, da es eine Umkehrung des Prinzips darstellen würde. Damit würde man dem Kunden nämlich unterstellen, er wäre mit dem verfrühten Gefahrenübergang (§ 429 ABGB) generell einverstanden.

3. Ort und Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Dabei knüpft man an den Ort und Zeitpunkt an, an dem das Angebot einer Vertragspartei von der anderen angenommen wird.⁷⁸ Entscheidend ist der Ort des Zugangs. Der Vertrag kommt an dem Ort und zu dem Zeitpunkt zustande, an dem der Anbieter die Zustimmung der anderen Partei erhält.⁷⁹

⁷⁶ B. Schauer, e-commerce 97.

⁷⁷ Vgl Madl, *ecolex* 1996, 79; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 505; *Wessely*, *MR* 2000, 268; *Pichlmair*, *Vertragsrecht* 58; B. Schauer, e-commerce 94; *Brenn in Brenn*, *ECG* 34; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at*, 29; *Höhne*, *Vertragsrechtliche Aspekte des E-Commerce*, 25.

⁷⁸ Vgl B. Schauer, e-commerce 105.

⁷⁹ *Brenn in Brenn*, *ECG* 34.

D. Formvorschriften (zB bei Bürgschaft) gemeinschaftsrechtswidrig?

Art 9 der EC-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass dem Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Bemerkenswert erscheint dabei, dass diese Bestimmung in Österreich nicht umgesetzt wurde. Dies deswegen, weil das österreichische Recht ohnehin auf dem Grundsatz der Formfreiheit beruhe und somit ohne weiteres zur Wirksamkeit elektronischer Verträge führe.⁸⁰ *Zankl*⁸¹ hingegen sieht eine Richtlinienwidrigkeit darin, dass Realverträge nicht auf rein elektronischem Weg zustande kommen können, weil sie über den Konsens der Parteien hinaus die tatsächliche Leistungserbringung voraussetzen. Bei richtlinienkonformer Umsetzung hätten die Realverträge seiner Meinung nach in Konsensualverträge umgewandelt werden müssen.

E. Einbeziehung von AGB (§ 11 ECG)

Bei Verträgen, die über das Internet abgeschlossen werden, ist es geradezu ein Charakteristikum, dass sich die Vertragspartner nicht kennen und mangels persönlichen Kontaktes auch keine individuellen Abreden treffen. Es liegt also einerseits eine Situation vor, die den Einsatz standardisierter Verträge geradezu notwendig macht. Andererseits finden AGB - auch aufgrund der unüberschaubaren Datenmenge - vom durchschnittlichen Nutzer kaum Beachtung. Vielmehr stellt es ein weiteres Merkmal des E-Commerce dar, dass Transaktionen rasch und unkompliziert verlaufen sollen.

1. Allgemeine Regeln⁸²

AGB werden zunächst grundsätzlich dann Vertragsinhalt, wenn der Kunde auf sie hingewiesen und ihm die Möglichkeit der Einsichtnahme geboten wird (Einbeziehungskontrolle). Nachträglich übermittelte Klauseln (zB in der Bestellbestätigung oder bei der Lieferung) werden mangels Zustimmung seitens des Kunden gewöhnlicherweise nicht Vertragsinhalt.

⁸⁰ Erl zum Entw 54f.

⁸¹ *Zankl*, NZ 2001, 290; *ders*, NZ 2001, 326; *ders*, ECG 115f; zust *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 85f.

⁸² S dazu zB *Rummel* in *Rummel*³, § 864a Rz 2 ff.

Weiters erfolgt eine Geltungskontrolle in der Form, dass bei jeder einzelnen Klausel untersucht wird, ob der Vertragspartner mit ihr rechnen musste (§ 864a ABGB). Schließlich ist zu prüfen, ob eine Bestimmung gröblich benachteiligend und infolgedessen sittenwidrig ist (Inhaltskontrolle).

2. Besonderheiten bei elektronischen AGB

Nach hL reicht für die Einbeziehung ein deutlicher Hinweis auf der Bestellseite oder ein besonders auffallender Hinweis auf einer Seite, die der Kunde vor Abgabe seiner Bestellung jedenfalls ansehen muss.⁸³

Gem § 11 ECG hat der Diensteanbieter dem Nutzer seine allgemeinen Geschäftsbedingungen so zur Verfügung zu stellen, dass er sie speichern und wiedergeben kann. Das erfordert, dass die AGB heruntergeladen und ausgedruckt werden können.⁸⁴ Nach *Zankl* reiche eine Anforderungsmöglichkeit per regulärer Post daher nicht aus⁸⁵, eine Anforderungsmöglichkeit per E-Mail hingegen offenbar schon, sofern der Nutzer die AGB auf diese Weise speichern und wiedergeben könne.⁸⁶ ME erscheint fraglich, ob eine Anforderungsmöglichkeit überhaupt den Intentionen des ECG entspricht, da dadurch ja der Nutzer gezwungen wird, selbst zusätzlich tätig zu werden. Elektronische AGB müssen nämlich leicht und unmittelbar zugänglich sein, was nur dann der Fall ist, wenn der Nutzer nicht danach suchen muss. Der Hinweis auf die AGB sollte sich somit zweckmäßigerweise bereits auf der Startseite befinden.⁸⁷ Ausreichend ist es aber auch, wenn erst auf den Bestellseiten auf den Zugang zu den AGB hingewiesen wird.⁸⁸

§ 11 ECG soll allerdings keinen Einfluss auf die Geltung von AGB haben.⁸⁹ Dies ist wohl so zu verstehen, dass sich die Einbeziehungskontrolle weiterhin nach allgemeinen

⁸³ Vgl *Madl*, *ecolex* 1996, 80; *Tangl*, *ecolex* 2001, 897; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 507; *B. Schauer*, *e-commerce* 114; *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 49; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at*, 29; *Blume/Hammerl*, *ECG Rz* 5 zu § 11 ECG; *Oberkofler*, *Vertragsabschluss* 138.

⁸⁴ *Zankl*, *ECG* 132.

⁸⁵ EB zur RV 43.

⁸⁶ Vgl *Zankl*, *ECG* 132.

⁸⁷ Vgl *Laga/Sehrschön*, *ECG* 55.

⁸⁸ *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 49.

Regeln richtet. Infolgedessen ist es also möglich, dass AGB, die der Nutzer nicht speichern und wiedergeben kann, dennoch Geltung erlangen.

Die Verpflichtung nach § 11 ECG gelangt nur zur Anwendung, wenn über die betreffende Website Verträge abgeschlossen werden können⁹⁰ und überdies nur dann, wenn die AGB tatsächlich online abrufbar sind.⁹¹ Der Diensteanbieter ist also aufgrund dieser Vorschrift nicht verpflichtet, seine AGB tatsächlich online bereitzustellen oder überhaupt AGB zu verwenden.⁹² Freilich ist dies jedoch für deren Geltung erforderlich.⁹³

Was die Sprache betrifft, in denen die AGB zu Verfügung stehen müssen, ist auf die Sprache des Vertragstextes selbst zu verweisen. Die AGB müssen daher zumindest in der Sprache vorliegen, in der der Vertragstext abgefasst ist und in der das Bestellformular unterbreitet wird.⁹⁴ Nicht gefordert werden kann hingegen, dass die AGB in der Landessprache des Nutzers verfasst sind.⁹⁵ Das ergibt sich aus einer Interessenabwägung: Während man einerseits dem Diensteanbieter nicht zumuten kann, seine AGB in sämtlichen Sprachen bereitzuhalten, kann man andererseits vom Nutzer erwarten, dass er vom Vertragsschluss ablässt, wenn die AGB für ihn unverständlich sind.⁹⁶

Im Gegensatz zu § 9 ECG ist § 11 ECG einseitig zwingend zugunsten aller Nutzer, also auch im Verhältnis zu Unternehmern.

⁸⁹ EB zur RV 45; vgl auch *Zankl*, NZ 2001, 290; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 13 zu § 11 ECG; *Keltner*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 57; *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 94f.

⁹⁰ *Zankl*, Online-AGB: Erste OGH-Entscheidung zum E-Commerce-Gesetz, *ecolex* 2003, 669; *Zankl*, ECG 116f; OGH 4 Ob 80/03y veröffentlicht in *ecolex* 2003, 676.

⁹¹ *Brenn* in *Brenn*, ECG 50; *Zankl*, *ecolex* 2003, 669; *Keltner*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 56.

⁹² *Laga/Sehrschön*, ECG 55.

⁹³ Vgl in diesem Zusammenhang *Zankl*, *ecolex* 2003, 670.

⁹⁴ *Brenn* in *Brenn*, ECG 50; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 8 zu § 11 ECG.

⁹⁵ *Zankl*, ECG 133f.

⁹⁶ So auch *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 97; *Zankl*, ECG 134.

Ein Verstoß gegen § 11 ECG stellt gemäß § 26 Abs 1 Z 5 ECG eine Verwaltungsübertretung dar und ist bis mit Geldstrafe bis zu 3000 Euro zu bestrafen. *Minichmayr*⁹⁷ führt ohne weitere Erläuterungen an, dass schadenersatzrechtliche Folgen denkbar seien. *Brenn*⁹⁸ sieht § 11 ECG richtigerweise als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB, dessen Verletzung Rechtswidrigkeit begründet.

F. Informationspflichten

1. Informationspflichten nach KSchG

a. Informations- und Bestätigungspflichten nach den §§ 5c, 5d KSchG⁹⁹

Gem § 5c Abs 1 KSchG müssen dem Verbraucher *vor Abgabe seiner Vertragserklärung* bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt werden, zB Name und ladungsfähige Anschrift des Unternehmers, wesentliche Eigenschaften und Preis der Ware. Der Informationspflicht sei nach *Fitzal* bereits dadurch Genüge getan, dass der Unternehmer diese Informationen allgemein zur Verfügung stellt, der Verbraucher sie sich also ohne besonderen Aufwand verschaffen kann.¹⁰⁰ Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss allerdings der Verbraucher über diese Informationen "verfügen".

Ein Unterlassen dieser Information wirkt sich auf das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG aus (s dazu unten mehr), hat aber keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Vertragsgültigkeit.¹⁰¹ Bei Fehlen mancher Informationen kommen jedoch zivilrechtliche Konsequenzen in Betracht. So ist bei Unklarheiten über essentialia negotii, insb also Ware und Preis, Nichtigkeit gem § 869 ABGB denkbar.¹⁰² Außerdem ist zu beachten, dass ein Irrtum über Umstände, über die nach den geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären ist, immer einen Geschäftsirrtum darstellt.¹⁰³ Freilich ist für eine erfolgreiche Irrtumsanfechtung nach § 871 ABGB insb aber auch erforderlich, dass die

⁹⁷ *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 97.

⁹⁸ *Brenn* in *Brenn*, ECG 251; so auch *Keltner*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 58.

⁹⁹ S dazu auch die Ausnahmen nach den §§ 5c Abs 4 und 5 Abs 3 KSchG.

¹⁰⁰ *Fitzal*, JAP 2000/2001, 110.

¹⁰¹ Vgl *Mottl*, Vertragsabschluss 34; *Zankl*, ECG 137.

¹⁰² *Fitzal*, JAP 2000/2001, 110.

Kausalität des Irrtums für den Vertragsschluss nachgewiesen werden kann. Dies mag idR aber ein zweifelhaftes Unterfangen darstellen, etwa wenn sich der Käufer dabei auf ein Fehlen der Anschrift des Unternehmers beruft.

Auch Schadenersatz aus culpa in contrahendo kommt in Betracht: Dem Verbraucher sind die Kosten eines Detektivs zu ersetzen, der notwendig war, um den unbekanntem Vertragspartner auszuforschen.¹⁰⁴

Gem § 5d KSchG muss der Verbraucher rechtzeitig *während der Vertragserfüllung*¹⁰⁵ eine schriftliche oder auf dauerhaftem Datenträger gespeicherte *Bestätigung* der in § 5c Z 1-6 KSchG genannten Informationen und zusätzlich die in Abs 2 aufgezählten Angaben erhalten.

Zu Recht wird diese Zweiteilung der Informationspflichten von *Krejci*¹⁰⁶ kritisiert. Dies deswegen, weil nach allgemeinen Grundsätzen der Verbraucher schon vor Vertragsschluss über den gesamten Vertragsinhalt Bescheid zu wissen hat. Falls der Vertrag also Regelungen enthält, die sich nicht schon aus dem dispositiven Recht oder der Verkehrssitte ergeben, müssen diese Regelungen dem Verbraucher jedenfalls schon vor Vertragsschluss offengelegt werden. Insb sind einseitige Abweichungen vom bereits vereinbarten Vertragsinhalt auch nicht nach den Bestimmungen des § 5d Abs 2 KSchG möglich.¹⁰⁷ Jedenfalls ist der Zweck der Bestimmung darin zu sehen, dem Kunden vorher möglicherweise nicht Gelesenes nochmals vor Augen zu halten.

b. Informationspflichten nach § 5i KSchG

aa. § 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 geleistete Zahlungen zu erstatten.“

¹⁰³ Vgl *Fitzal*, JAP 2000/2001, 110; *Zankl*, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), *ecolex* 2000, 416.

¹⁰⁴ *Fitzal*, JAP 2000/2001, 110.

¹⁰⁵ Also spätestens im Zeitpunkt der Lieferung; vgl *Fitzal*, JAP 2000/2001, 110.

¹⁰⁶ *Krejci* in *Rummel*³, §§ 5a-5i KSchG Rz 13.

¹⁰⁷ *Krejci* in *Rummel*³, §§ 5a-5i KSchG Rz 14.

Da S 2 bestimmt, dass „gleiches gilt, wenn der Unternehmer das Anbot des Verbrauchers nicht annimmt“, ist festzuhalten, dass es bei S 1 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, bzw wenn er dies unterlässt.

aaa. Einhaltung der Mitteilungspflicht

Für den Fall, dass der Unternehmer der Mitteilungspflicht nachkommt, vertritt *Welser*¹⁰⁸, dass dem Unternehmer im Zuge seiner Mitteilung an den Verbraucher ein Rücktrittsrecht zustehe. Dem hält *Zankl*¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

ME bedarf es dieser teleologischen Reduktion gar nicht, wenn man die Bestimmung im Licht des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und der Mat betrachtet: „Einer (gesonderten) Rücktrittserklärung des Verbrauchers oder auch des Unternehmers bedarf es für alle Fälle, in denen bereits ein Vertrag vorliegt, ... nicht“.¹¹¹ Hier wird also weder dem Verbraucher noch dem *Unternehmer* (wie dies aber *Welser* vertritt; s oben) ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Vielmehr bedürfe es gar keiner speziellen Rücktrittserklärung. Mit *Krejci*¹¹² ist somit davon auszugehen, dass der geschlossene Vertrag trotz mangelnder Leistungsfähigkeit des Unternehmers bestehen bleibt und dem Verbraucher alle aus Leistungsstörung resultierenden Ansprüche zustehen. Nach den Regeln der Leistungsstörungen wird es sich bei den Fällen der Unverfügbarkeit meist um Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit handeln.

¹⁰⁸ *Koziol/Welser* II², 382. Er beruft sich dabei auf EB 1998 BlgRV 20. GP 30.

¹⁰⁹ *Zankl*, *ecolex* 2000, 351; *ders* ÖJZ 2001, 545; *ders*, ECG 49f.

¹¹⁰ *Zust Pichlmair*, *Vertragsrecht* 82.

¹¹¹ EB zur RV 1998 Blg NR 20. GP 30.

¹¹² *Krejci* in *Rummel*³, §§ 5a-5i KSchG Rz 43.

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?

bbb. Verletzung der Mitteilungspflicht

*Zankl*¹¹³ ist hier der Ansicht, dass der Unternehmer bei schuldhafter Unterlassung für den Verspätungsschaden hafte. *P. Madl*¹¹⁴ 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. *Mohr*¹¹⁵ führt nur an, dass Unterlassen allenfalls zu Schadenersatzpflichten führen kann. *Brenn*¹¹⁶ befürwortet eine Ersatzpflicht für Vertrauensschäden. *Kucsko/Madl* vertreten den Standpunkt, dass die Regelungen über Nichterfüllung ohne weiteres eingreifen, der Unternehmer also selbst bei unverschuldetem Untergang der Sache dem Verbraucher für den Schaden ersatzpflichtig wird, der durch die verspätete oder unterbliebene Verständigung und das Vertrauen des Verbrauchers auf die Erfüllung des Vertrages entsteht.¹¹⁷

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 jedenfalls 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*

¹¹³ *Zankl*, *ecolex* 2000, 351; *ders*, ECG 49f.

¹¹⁴ *Madl*, *ecolex* 1996, 81.

¹¹⁵ *Mohr*, *ecolex* 1999, 756.

¹¹⁶ *Brenn* in *Brenn*, ECG 42.

¹¹⁷ *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at*, 38.

verschuldet hat oder nicht, entscheidend ist hier nur, ob er seiner Mitteilungspflicht schuldhaft nicht nachgekommen ist.¹¹⁸

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

bb § 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 Annahme, sondern begründet bei Verschulden Schadenersatzpflichten.¹¹⁹ Eine andere Ansicht vertritt *Welser*¹²⁰: Seiner Meinung nach sei das Schweigen des Unternehmers als Zustimmung zu werten. Dabei beruft er sich auf *P. Madl*¹²¹ 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 bringt. 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*¹²² 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.

¹¹⁸ Dieses Ergebnis deckt sich auch mit den oben geschilderten Meinungen.

¹¹⁹ HL; EB 1998 BlgNR 20. GP 29; *Mohr*, *ecolex* 1999, 756; *Zankl*, *ecolex* 2000, 350; *ders.*, ECG 49; *Rummel in Rummel*³, § 863 Rz 15; *Mottl*, *Vertragsabschluss* 39; *Fitzal*, JAP 2000/2001, 110.

¹²⁰ *Koziol/Welser II*², 382.

¹²¹ *Madl*, *ecolex* 1996, 81 (allerdings noch zur Fernabsatz-RL).

¹²² *Zankl*, *ecolex* 2000, 350.

*Krejci*¹²³ führt an, unter den Voraussetzungen des § 362 HGB sei davon auszugehen, dass der Vertrag zustande gekommen sei. Das ist wohl so zu verstehen, dass sich auch seiner Meinung nach aus dem bloßen Schweigen iSd § 5i Abs 2 S 2 KSchG keine Zustimmung ableiten lässt.

2. Informationspflichten nach ECG

a. § 5 ECG

Unabhängig davon, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wird¹²⁴, normiert § 5 ECG Informationspflichten des Diensteanbieters. Aufgrund dieser Unabhängigkeit von einem Vertragsschluss sollen sie an dieser Stelle nur überblicksmäßig angeführt werden.

Mindestens folgende Informationen hat der Diensteanbieter jederzeit zur Verfügung zu stellen: Name, Firma, Anschrift, E-Mail-Adresse; hinzukommen - sofern vorhanden: Aufsichtsbehörde, Zugang zu einem entsprechenden Berufs- oder Kammerverband, UID.

b. § 9 ECG

Plakativ kann man das Verhältnis zu § 5 ECG derart beschreiben: Die Informationen nach den §§ 5, 6 ECG kann sich der Nutzer (bei entsprechendem Interesse) "öffnen", jene nach § 9 ECG muss er sich "schließen", wenn er daran nicht interessiert ist. Zu den Informationspflichten des KSchG besteht nach § 9 Abs 4 ECG volle Konkurrenz. Schließlich bleiben sonstige Informationspflichten des Diensteanbieters unberührt, folglich sind beispielsweise solche, die sich aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis ergeben, zu beachten.

aa. Anwendungsbereich

§ 9 ECG ist jedenfalls nur auf Verträge, nicht aber auf einseitige Rechtsgeschäfte, wie zB eine Auslobung iSd § 860 ABGB anzuwenden.¹²⁵ Weiters ist zu beachten, dass nur

¹²³ *Krejci* in *Rummel*³, §§ 5a-5i KSchG Rz 44.

¹²⁴ Vgl *Seidelberger* in *Brenn*, ECG 206.

¹²⁵ So lautet bereits die entsprechende Überschrift "Abschluss von Verträgen".

solche Verträge erfasst sind, die über Websites abgeschlossen werden, was voraussetzt, dass die Website eine Bestellfunktion aufweist.¹²⁶

Für Verträge, welche ausschließlich per E-Mail oder einem vergleichbaren individuellen Kommunikationsmittel abgeschlossen werden, ist § 9 ECG nach dessen Abs 3 nicht anzuwenden. Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass die Ratsarbeitsgruppe in Brüssel zu dem Ergebnis gelangte, dass sich die Vertragsparteien bei individuellen Vertragsschlüssen per E-Mail gegenseitig die Informationen abverlangen würden, bei standardisierten Vertragsschlüssen dies hingegen nicht täten.¹²⁷ *Blume/Hammerl* sehen den Zweck der Ausnahme im freien Austausch von Mitteilungen.¹²⁸ Der E-Mail-Verkehr soll nicht unnötig erschwert werden.

Nach Ansicht von *Keltner* sind nur jene Verträge ausgenommen, bei denen die Vertragsparteien stets - also auch bei der Anbahnung des Geschäfts - nur auf individuellem Weg kommuniziert haben.¹²⁹ *Minichmayr* fordert eine abgestufte Anwendung des 4. Abschnitts des ECG¹³⁰: Wenn der Diensteanbieter den technischen "background" für die Informationen (zB eine interaktive Homepage) hat, habe er die Informationspflichten zu erfüllen.

Die Ausnahmebestimmung soll jedenfalls nicht dazu führen, dass die Informationspflichten umgangen werden.¹³¹ Nicht möglich ist es daher, sich den Informationspflichten dadurch zu entziehen, dass die Kunden aufgefordert werden, ihre Bestellung per E-Mail abzugeben.¹³²

Die Informationspflichten sind im Verhältnis zu Verbrauchern einseitig zwingend, zwischen gewerblichen Parteien dispositiv, insb können sie also in den AGB abbedungen werden.

bb. Sprache und Gestaltung der Informationen

*Zankl*¹³³ leitet aus dem Herkunftslandprinzip des § 20 ECG ab, dass es reiche, wenn die Informationen in der Sprache des Staates verfasst sind, in dem der Anbieter seine

¹²⁶ *Brenn* in *Brenn*, ECG 235.

¹²⁷ Vgl dazu *Brenn* in *Brenn*, ECG 236.

¹²⁸ *Blume/Hammerl*, ECG Rz 14 zu § 9 ECG.

¹²⁹ *Keltner*, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail - elektronische Post im Recht (2003), 55 mwN.

¹³⁰ *Minichmayr* in *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 89.

¹³¹ Vgl *Zankl*, ECG 124.

¹³² *Laga/Seherschön*, ECG 49.

¹³³ *Zankl*, ECG 120f.

Niederlassung hat. Er begründet dies damit, dass nicht sämtliche Sprachen der Welt berücksichtigt werden könnten und dass die Ahndung der Verletzung von Informationsvorschriften am Ort der Niederlassung stattfindet. Insofern ist ihm natürlich zuzustimmen. Allerdings ist zu beachten, dass ein österreichischer Anbieter, der Geschäfte im gesamten Gemeinschaftsgebiet tätigt, sich wohl nicht auf die deutsche Sprache beschränken kann, sondern zumindest auch eine englische Übersetzung anzubieten hat, was durchaus im Bereich des Zumutbaren liegt. Dass die Sanktion von Informationspflichtverletzungen im Herkunftsland zu geschehen hat, ist mE keine taugliche Begründung, dass nur die Sprache des Herkunftslandes verwendet werden muss.

In diesem Zusammenhang muss auch betont werden, dass der Informationspflicht nicht unbedingt verbal entsprochen werden muss, sondern dass auch allgemein verständliche Symbole verwendet werden können.¹³⁴ Dies ist auch empfehlenswert, da die Ubiquität des Internet gerade Verständlichkeit für jedermann, also unabhängig von Sprache, gebietet. Zu beachten ist freilich, dass die verwendeten Symbole in ihrer Bedeutung den Anforderungen des § 9 Abs 1 ECG zu entsprechen haben.

Nach § 9 Abs 1 ECG müssen die Informationen nämlich rechtzeitig, klar und verständlich erfolgen. Sie müssen also so gestaltet sein, dass sie der Nutzer bereits vor Vertragsschluss abrufen kann und dass "selbst ein Laie erkennen kann, dass und wie er seine Erklärung abgibt".¹³⁵ Die Informationen müssen sich direkt auf jenen Webseiten befinden, die der Nutzer zur Durchführung der Bestellung notwendigerweise anklicken muss. Dass sie erst über entsprechende Links erreichbar sind, reicht dabei nicht aus. Jedenfalls umzumutbar ist es, wenn sich der Nutzer die Informationen einzeln zusammensuchen muss.¹³⁶

cc. Inhalt der Informationspflichten

aaa. Z 1: Bestellhilfe

¹³⁴ *Zankl*, ECG 121; zB ist es im Zusammenhang mit einer Bestellhilfe durchaus praktisch, den Nutzer durch Zeichen wie einen Einkaufswagen oder eine Kassa anzuweisen.

¹³⁵ EB zur RV 40.

¹³⁶ *Brenn* in *Brenn*, ECG 238.

Nach § 9 Abs 1 Z 1 ECG muss dem Nutzer der technische Ablauf des Vertragschlusses erklärt werden. Diese Informationspflicht bezieht sich also nicht auf rechtliche Fragen, zB über das Zustandekommen des Vertrages, ob die Warenpräsentation ein Angebot darstellt ua.¹³⁷ Weiters ist zu beachten, dass nur jene Schritte zu erklären sind, die der Nutzer setzen muss, nicht hingegen jene, die auf der Seite des Diensteanbieters zum Vertragsschluss führen. Insofern besteht nämlich kein besonderer Informationsbedarf seitens des Nutzers.¹³⁸

bbb. Z 2: Speicherung des Vertragstextes

Dem Nutzer muss weiters angegeben werden, ob der Vertragstext beim Diensteanbieter gespeichert wird, und gegebenenfalls ist der Zugang zu einem solchen gespeicherten Vertragstext anzuführen.

Der Umstand, ob der Vertragstext gespeichert wird, ist insb für Beweisfragen von Bedeutung. In diesem Sinne wird der Zweck dieser Bestimmung in den Mat so gesehen, dass der Nutzer bei entsprechender Speicherung von eigener Dokumentation Abstand nehmen kann.¹³⁹

Fraglich sind nun die Rechtsfolgen, wenn der Diensteanbieter erklärt, den Vertragstext zu speichern, dann aber den Zugang zu diesem nach dem Vertragsschluss nicht bekannt gibt. Bei Verschulden ist insb an Schadenersatzansprüche wegen Verletzung vertraglicher Nebenpflichten zu denken. *Zankl*¹⁴⁰ führt weiters an, dass auch ohne Vorliegen von Verschulden eine Beweislastumkehr für strittige Vertragsinhalte in Betracht kommen könne.

ccc. Z 3: Eingabefehlererkennung/-berichtigung

Der Nutzer muss auch darüber informiert werden, wie er etwaige Eingabefehler korrigieren kann. Diese Informationspflicht steht in Entsprechung zu § 10 Abs 1 ECG, der bestimmt, dass eine solche Korrektur von Eingabefehlern möglich sein muss.

¹³⁷ *Brenn in Brenn*, ECG 236; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 6 zu § 9 ECG.

¹³⁸ Vgl *Zankl*, ECG 122.

¹³⁹ EB zur RV 40.

¹⁴⁰ *Zankl*, ECG 122.

Der Zweck dieser Bestimmung liegt darin, etwaige Erklärungsirrtümer gleich von vornherein zu vermeiden. So kann es durchaus leicht vorkommen, dass man statt "1" Stück einer bestimmten Ware unabsichtlich gleich "11" Stück bestellt.

ddd. Z 4: Vertragssprache

Weiters muss eine Information darüber verfügbar sein, in welchen Sprachen der Vertrag geschlossen werden kann. Daraus ergibt sich allerdings nicht die Verpflichtung, den Vertragstext tatsächlich in bestimmten Sprachen zu verfassen.¹⁴¹

eee. § 9 Abs 2 ECG

Nach § 9 Abs 2 ECG muss der Diensteanbieter erklären, ob und welchen Verhaltenskodizes¹⁴² er sich unterworfen hat, und die Verhaltenskodizes online zur Verfügung stellen sowie den Zugang dazu angeben. Letzteres wird am zweckmäßigsten dadurch geschehen, dass man einen entsprechenden Link setzt.

dd. Sanktionen

Ein Verstoß gegen die vertragsbezogenen Informationspflichten des § 9 Abs 1 ECG stellt gemäß § 26 Abs 1 Z 3 ECG eine Verwaltungsübertretung dar und ist demgemäß mit Geldstrafe bis zu 3000 Euro zu bestrafen. Überdies ist § 9 Abs 1 ECG als Schutzgesetz anzusehen¹⁴³, dessen Verletzung Rechtswidrigkeit begründet. Weiters ist zu beachten, dass Fehlvorstellungen über Umstände, über die gesetzliche Aufklärungspflichten bestehen, immer als Geschäftsirrtümer anzusehen sind.¹⁴⁴ Insofern ist in diesem Zusammenhang eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 871 ABGB vorstellbar.

c. Empfangsbestätigung nach § 10 Abs 2 ECG

¹⁴¹ *Zankl*, ECG 123.

¹⁴² Vgl zB unter www.ispa.at oder www.guetezeichen.at; die Gemeinsamkeit besteht darin, dass sich Diensteanbieter besonderen Verhaltenspflichten und entsprechenden Sanktionen bei deren Verletzung unterwerfen.

¹⁴³ *Brenn in Brenn*, ECG 238.

¹⁴⁴ S auch *Zankl*, NZ 2001, 326; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 10 zu § 9 ECG; *Oberkofler*, Vertragsabschluss 127.

aa. Allgemeines

§ 10 Abs 2 ECG verpflichtet den Diensteanbieter, dem Nutzer den Zugang einer Vertragserklärung unverzüglich anzuzeigen. Dieser Verhaltenspflicht wird idR durch automatische Empfangsbestätigungen entsprochen.¹⁴⁵ Die Zugangsbestätigung muss elektronisch, idR also per E-Mail¹⁴⁶, übermittelt werden.

Der Zweck dieser Bestimmung ist mE darin zu sehen, dass der Nutzer Sicherheit darüber erlangen soll, dass seine "Bestellung" funktioniert hat, nicht so sehr darüber, ob die Erklärung zugegangen ist.

Bsp: A gibt auf der Homepage des B eine Bestellung ab. Gerade in diesem Moment stürzt sein Rechner ab. (Man sollte nicht unterschätzen, wie oft dies leider tatsächlich vorkommt!) Ohne Bestätigung durch B ist A nun in Ungewissheit darüber, ob seine Bestellung wirklich weggeschickt wurde oder nicht.

bb. Entstehungsgeschichte

Ursprünglich wollte man mit Art 11 EC-RL eine Regelung über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses treffen.¹⁴⁷ Gedacht war dabei, dass ein wirkliches Angebot seitens des Diensteanbieters vorliegt, welches in weiterer Folge vom Nutzer angenommen wird. Nach den Vorstellungen der EK hätte darauf der Diensteanbieter eine Empfangsbestätigung abzuschicken gehabt, wobei zusätzlich noch eine Rückbestätigung seitens des Nutzers notwendig gewesen wäre. Erst mit dieser Rückbestätigung wäre demnach der Vertrag zustande kommen. Nun mag es nicht verwundern, dass diese Konzeption ua wegen ihrer Komplexität kritisiert¹⁴⁸ und schließlich verworfen wurde. Überdies konnte man keine Einigung darüber erlangen, ob die Präsentation auf der Homepage ein Angebot oder eine bloße invitatio ad offerendum darstellt. Deswegen wurde von einer Regelung, die in allen Mitgliedstaaten den Vorgang des Vertragsschlusses einheitlich geregelt hätte, abgesehen und stattdessen

¹⁴⁵ *Brenn in Brenn*, ECG 242; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 7 zu § 10 ECG.

¹⁴⁶ *Brenn in Brenn*, ECG 242; *Zankl*, ECG 129.

¹⁴⁷ S dazu *Brenn*, ÖJZ 1999, 488; *Kilches*, MR 1999, 5; *Peck*, Internetversteigerung 145f.

¹⁴⁸ S dazu *Peck*, Internetversteigerung 146 mwN.

lediglich eine *Verhaltensvorschrift* im Fall der Abgabe einer Online-Bestellung durch den Kunden vorgesehen.¹⁴⁹

Während im Entw zum ECG der Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegt war¹⁵⁰, normierte man im ECG - der RL entsprechend - eine bloße *Verhaltensvorschrift* für den Diensteanbieter, die grundsätzlich für den Vertragsschluss selbst keine Bedeutung haben soll.¹⁵¹

cc. Bestätigung vor Zugang?

Ausgehend von der oben geschilderten Zugangsdefinition ergibt sich durch die automatisierte Empfangsbestätigung folgendes Kuriosum¹⁵²: Während der Zugang bereits unverzüglich bestätigt wird, ist er regelmäßig erst später tatsächlich anzunehmen, da es eben darauf ankommt, wann die Erklärung unter gewöhnlichen Umständen abgerufen werden kann.

Beispiel: A gibt seine Bestellung an einem Freitag um 21:00 ab und erhält bereits um 21:02 die automatische Empfangsbestätigung. - Wenn man davon ausgeht, dass beim Zugang auf die Geschäftszeiten abzustellen ist, so ist dieser hinsichtlich der Bestellung erst am darauffolgenden Montag morgen gegeben. Es liegt also ein beträchtlicher Zeitpunkt zwischen Empfangsbestätigung und Zugang. Dies bezieht sich zunächst nur auf die Rechtzeitigkeit. Die Bindungswirkung kann bei entsprechender tatsächlicher Kenntnisnahme möglicherweise auch erst später eintreten.

¹⁴⁹ Vgl dazu *Brenn in Brenn*, ECG 242.

¹⁵⁰ Vgl *Brenn in Brenn*, ECG 243.

¹⁵¹ Bemerkenswert erscheint, dass dies in der Literatur und in den Mat kaum ausdrücklich angeführt, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt wird; vgl zB *Laga/Sehrs Schön*, ECG 53.

¹⁵² Vgl *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 92.

*Zankl*¹⁵³ behauptet, dass die Empfangsbestätigung, die eigentlich eine Schutzbestimmung zugunsten des Nutzers darstellen soll, für diesen auch Nachteile bringe: Obwohl nämlich Empfangsbestätigungen meist automatisch versandt werden, sei anzunehmen, dass der Diensteanbieter Kenntnis von der Vertragserklärung erlangt habe. Dies habe zur Folge, dass die Empfangsbestätigung einen Ausschluss des Widerrufsrechts bedeute, da dieses bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme zusteht. Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass die Empfangsbestätigung keinesfalls per se bedeutet, dass der Empfänger die Nachricht tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Nach *Blume/Hammerl*¹⁵⁴ kann ein Widerruf daher richtigerweise auch noch nach Erhalt der Empfangsbestätigung möglich sein, eben bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme.

Die Mat¹⁵⁵ versuchen dieses Problem so zu lösen, dass die Empfangsbestätigung erst dann versendet werden darf, wenn Zugang nach § 12 ECG gegeben ist, was allerdings praxisfremd ist. Üblich ist nämlich, dass die Empfangsbestätigung - unverzüglich - versendet wird, sobald die Vertragserklärung am Server des Diensteanbieters - nicht also erst auf dessen Rechner (!) - eingelangt ist. *Blume/Hammerl*¹⁵⁶ vertreten folgenden -mE richtigen- Standpunkt: Auch wenn Zugang möglicherweise erst später gegeben ist, so ist die Empfangsbestätigung dennoch dann zu erteilen, wenn die Erklärung abgerufen werden kann. Dies ergibt sich aus einer richtlinienkonformen Interpretation.

dd. Bestätigung als Annahme?

Die Empfangsbestätigung muss nicht zugleich die Annahme des Anbots darstellen. Selbstverständlich ist es aber auch möglich, die Empfangsbestätigung gleich mit der Annahme zu kombinieren. Besondere Vorsicht ist also dem Diensteanbieter anzuraten, wenn er eine bloße Empfangsbestätigung abgeben will. Formulierungen wie "Danke für Ihre Bestellung!" können möglicherweise bereits als Annahmeerklärung qualifiziert werden.¹⁵⁷ "Ihre Bestellung wird bearbeitet" qualifiziert *Zankl*¹⁵⁸ mE zu Recht als bloße Empfangsbestätigung.

¹⁵³ *Zankl*, NZ 2001, 291; *ders.*, ECG 128.

¹⁵⁴ *Blume/Hammerl*, ECG Rz 6 zu § 10 ECG.

¹⁵⁵ EB zur RV.

¹⁵⁶ *Blume/Hammerl*, ECG Rz 4 zu § 10 ECG.

¹⁵⁷ *Laga/Seherschön*, ECG 52; aA *Zankl*, ECG 130.

¹⁵⁸ *Zankl*, NZ 2001, 291.

Auf der anderen Seite ist auch denkbar, dass es gar keiner gesonderten Empfangsbestätigung bedarf: Dies ist zB dann der Fall, wenn Software bestellt wird und diese sofort per E-Mail oder Download "geliefert" wird.¹⁵⁹ In diesem Fall erfolgt die Annahme durch tatsächliches Entsprechen iSd § 864 ABGB bzw durch Realannahme (§ 863 ABGB).

Wenn die Leistung online erbracht wird oder Annahme unverzüglich erfolgt, ist naturgemäß keine Empfangsbestätigung erforderlich.

ee. Rechtsfolgen bei Unterbleiben der Empfangsbestätigung

Was bemerkenswert erscheint, ist, dass ein Verstoß gegen § 10 Abs 2 ECG im Gegensatz zu dessen Abs 1 nicht mit Verwaltungsstrafe bedroht ist (s § 26 Abs 1 Z 4 ECG). Möglich ist allerdings eine Verbandsklage gemäß § 28a iVm § 29 KSchG.¹⁶⁰

Äußerst fraglich sind jedoch die zivilrechtlichen Konsequenzen. Zwar gibt es bereits einige Stellungnahmen in der Lehre über denkbare rechtliche Folgen, die gleich anschließend untersucht werden. Letztlich wird es aber immer um eine Einzelfallentscheidung gehen. Unbestritten ist zumindest, dass der Empfangsbestätigung keine konstitutive Wirkung für den Vertragsschluss zukommt.¹⁶¹

Die meisten Autoren verweisen auf eine mögliche Schadenersatzpflicht des Diensteanbieters.¹⁶² Dabei ist allerdings zu beachten, dass den Diensteanbieter ein diesbezügliches Verschulden am Unterbleiben der Empfangsbestätigung treffen muss.

Beispiel: A bestellt einen Artikel auf der Homepage des B. A erhält keinerlei Rückmeldung von B, vermutet infolgedessen, dass bei der Bestellung ein Fehler unterlaufen sei, und bestellt nun denselben Artikel bei C. Schließlich erhält er dann sowohl von B als auch von C die Lieferung. - Bei Verschulden ist eine Schadenersatzpflicht des B anzunehmen.

¹⁵⁹ Erwägungsgrund 34 der EC-RL; *Zankl*, ECG 129.

¹⁶⁰ Vgl *Brenn* in *Brenn*, ECG 248.

¹⁶¹ *Peck*, Internetversteigerung 147; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 3 zu § 10 ECG.

¹⁶² *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 92; *Zankl*, ECG 129; *Laga/Sehrschön*, ECG 53; *Blume/Hammerl*, ECG Rz 9 zu § 10 ECG.

Als nächstes soll untersucht werden, ob ein Unterbleiben der Empfangsbestätigung tatsächlich zur Irrtumsanfechtung berechtigen kann, wie dies von *Minichmayr*¹⁶³ behauptet wird. Er begründet dies damit, dass Fehlvorstellungen über Umstände, über die gesetzliche Aufklärungspflichten bestehen, immer als Geschäftsirrtümer anzusehen sind. Die Verpflichtung zum Versenden einer Empfangsbestätigung stellt allerdings keine solche gesetzliche Aufklärungspflicht dar. Auch seine Berufung auf *Zankl*¹⁶⁴ geht ins Leere: Dessen Ausführungen über die Irrtumsanfechtung beziehen sich nämlich auf § 10 des Entw zum ECG, also der Vorlage für § 9 ECG und nicht § 10 ECG.

Eine weitere Rechtsfolge könnte darin bestehen, dass eine Verkürzung der Bindungsfrist des Anbietenden eintritt¹⁶⁵: UU muss eine Bestellung des Nutzers so verstanden werden, dass er eine Empfangsbestätigung erwartet. Erhält er diese nicht, so muss der Diensteanbieter davon ausgehen, dass sich der Nutzer möglicherweise nicht mehr an sein Angebot gebunden fühlt, etwa weil er glaubt, bei seiner Bestellung seien Fehler unterlaufen.

G. Vertragsschluss bei Internetversteigerungen¹⁶⁶

1. Grundsätzliche Geschäftsmodelle

*Wessely*¹⁶⁷ unterscheidet drei Arten von Internetauktionen: Bei der ersten stellt der Seitenanbieter eine Plattform zur Verfügung, die zur Abwicklung von Handelsaktionen genutzt werden kann.¹⁶⁸ Die zweite Art hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass der Seitenanbieter selbst Produkte versteigert. Als dritte Erscheinungsform gilt Power-Shopping. Diesem liegt ein besonderes Vertriebsmodell zugrunde: je mehr Käufer sich für einen Artikel finden, umso mehr sinkt der Preis für diesen Artikel.¹⁶⁹

¹⁶³ *Burgstaller/Minichmayr*, ECG 92; vgl auch *Blume/Hammerl*, ECG Rz 9 zu § 10 ECG.

¹⁶⁴ *Zankl*, NZ 2001, 326.

¹⁶⁵ auch in diese Richtung tendierend *Laga/Sehrschön*, ECG 53 und *Pichlmair*, Vertragsrecht 51 sowie *Mottl*, Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen 60.

¹⁶⁶ Dazu grundlegend *Wessely*, MR 2000, 266; ausführlich *Peck*, Internetversteigerung 111ff.

¹⁶⁷ *Wessely*, MR 2000, 266.

¹⁶⁸ Bsp: www.onetwosold.at, www.ricardo.de, www.ebay.com; dies ist der klassische Fall einer Internetversteigerung, dem deswegen im folgenden besonderes Augenmerk zu gewähren ist.

¹⁶⁹ Bsp: www.powershopping.de, www.letsbuyit.com, www.onetwosold.at.

2. Praktischer Ablauf einer Online-Auktion

In der Praxis gestaltet sich der Ablauf einer Online-Auktion grob dargestellt folgendermaßen¹⁷⁰: Der Veräußerer lässt sich beim Seitenanbieter registrieren und gibt dann Daten zum Auktionsgegenstand an. Darauf folgt der Beginn der Auktion. Um mitzusteigern, muss sich auch der Interessent beim Seitenanbieter registrieren lassen. Dabei erhält er einen Benutzernamen sowie ein Passwort. Danach kann er bereits mitsteigern. Mit Zeitablauf erhält der Höchstbieter den Zuschlag. Die Abwicklung erfolgt ohne Zutun des Seitenanbieters, dieser fungiert idR als bloßer Vermittler.

3. Rechtliche Besonderheiten

a. Angebot oder invitatio ad offerendum?¹⁷¹

Wie bereits oben festgestellt, liegt bei einer Warenpräsentation im Internet idR kein rechtsverbindliches Angebot, sondern eine bloße invitatio ad offerendum vor. Anderes gilt aber bei Online Auktionen.¹⁷² Die Gründe, die üblicherweise gegen das Vorliegen eines Angebots sprechen, liegen hier nicht vor: Das Argument, dass keine rechtliche Bindung gegen einen unbegrenzten Personenkreis eintreten soll, greift hier nicht. Vertragspartner kann letztlich nämlich nur der Höchstbieter werden, also kein unbegrenzter Adressatenkreis. Zudem regeln auch die jeweiligen AGB den Vertragsschluss dementsprechend, dass bereits mit der Warenpräsentation ein rechtlich verbindliches Angebot vorliegt.

Nach *Wessely*¹⁷³ ist jedoch das Zustandekommen von Verträgen in den AGB derart gestaltet, dass der Kaufinteressent das Angebot stellt, und der Verkäufer vorweg die Annahme des bei Versteigerungsende höchsten Kaufangebots erklärt und der Käufer auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet.¹⁷⁴ ME ist diese Konstruktion jedoch

¹⁷⁰ Vgl *Wessely*, MR 2000, 266; *Peck*, Internetversteigerung 12ff.

¹⁷¹ Dazu ausführlich und mit reichhaltigen Nachweisen *Peck*, Internetversteigerung 114ff.

¹⁷² Vgl *Thaler*, *ecolex* 2000, 568.

¹⁷³ *Wessely*, MR 2000, 268f.

¹⁷⁴ Krit hinsichtlich des Verzichts auf den Zugang des Angebots *Peck*, Internetversteigerung 130.

derart umzudeuten, dass bereits der Verkäufer das Angebot stellt, so ist ja das Endergebnis dasselbe.¹⁷⁵

b. Annahme

Die Abgabe eines Gebotes in einer Online-Auktion kann man als Annahme dieses Angebots werten.¹⁷⁶ Sobald jedoch ein höheres Gebot einlangt, ist das niedrigere erloschen und verliert seine Wirkung. Es liegt somit ein bedingter Vertragsschluss vor: Die Annahme steht unter der auflösenden Bedingung, dass kein höheres Gebot abgegeben wird.

Der Vertragsschluss bestimmt sich bei der Online-Auktion nicht nach dem Zuschlag, sondern richtet sich nach dem Ablauf einer festgesetzten Zeitspanne.

Als weitere Besonderheit ist zu betonen, dass das Einlangen beim Seitenbetreiber hinsichtlich des Zugangs für beide Vertragsparteien maßgeblich ist.¹⁷⁷

c. laesio enormis?

Da bei Online-Auktionen oft nur ein sehr geringer Preis erzielt wird, stellt sich insb die Frage, ob sich der Verkäufer auf laesio enormis nach § 934 ABGB berufen kann.

Für Zwangsversteigerungen ist die Anwendbarkeit der laesio enormis nach § 935 ABGB ausgeschlossen, nicht aber für andere Arten von Versteigerungen.¹⁷⁸ Oft wird sich aber ein Ausschluss nach § 935 ABGB daraus ergeben, dass dem Verkäufer der wahre Wert bekannt ist, er aber trotzdem einen sehr niedrigen Mindestpreis ansetzt.¹⁷⁹ Überhaupt ist anzunehmen, dass der aleatorische Charakter von Online-Auktionen einer Berufung auf laesio enormis entgegensteht. Zu beachten ist überdies, dass eine Berufung auf laesio enormis gem § 351a HGB ohnedies ausscheidet, wenn die verkürzte Partei Kaufmann ist.

d. § 5e KSchG

¹⁷⁵ So im Ergebnis auch *Peck*, Internetversteigerung 124.

¹⁷⁶ *Peck*, Internetversteigerung 129.

¹⁷⁷ *Peck*, Internetversteigerung 129f; *Brenn* in *Brenn*, ECG 31.

¹⁷⁸ *Reischauer* in *Rummel*³, § 935 Rz 3.

¹⁷⁹ Vgl *Thaler*, eolex 2000, 569; aA offenbar *Peck*, Internetversteigerung 124.

Gem § 5b Z 4 KSchG sind die §§ 5c bis 5i KSchG nicht auf Versteigerungen anzuwenden. Dies würde bedeuten, dass dem Käufer bei einer Online-Auktion generell kein Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zustehen würde. Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll im folgenden untersucht werden.¹⁸⁰

Nach *Wessely*¹⁸¹ besteht der Zweck der Ausnahme darin, dass bei Online-Auktionen oft der aleatorische Charakter im Vordergrund steht: Der Käufer erhält die Chance, eine bestimmte Ware möglichst günstig zu erwerben, auf der anderen Seite trägt er auch das Risiko, in seinen Erwartungen enttäuscht zu werden. Dieses Argument greift allerdings nur bei Gebrauchsgütern. Bei Neuwaren hingegen nimmt der Käufer dieses Risiko nicht auf sich. Außerdem soll sich der Veräußerer ja nicht dem Fernabsatzgesetz dadurch entziehen können, dass er seine Waren nicht im herkömmlichen Weg verkauft, sondern versteigert. Aus diesen Gründen wird die Online-Auktion von Neuwaren nicht als Versteigerung iSd § 5b Z 4 KSchG gesehen. Einem Verbraucher steht somit das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu, wenn er online Neuwaren ersteigert.

Einen anderen Weg geht *Brenn*¹⁸²: Nach dessen Ansicht seien vom Fernabsatzgesetz nur (echte) Versteigerungen ausgenommen, nicht jedoch Online Auktionen. Entscheidend sei nämlich nicht der Glücksspielcharakter, sondern die Frage, in welchen Fällen eine Rückabwicklung des Vertrags nicht zumutbar erscheine.

Dass nur echte Versteigerungen vom Fernabsatzgesetz ausgenommen seien, überzeugt nicht: In diesem Fall würde ohnehin kein Vertragsschluss im Fernabsatz vorliegen, eine Ausnahme wäre folglich gar nicht nötig, sondern ginge ins Leere.

*Krejci*¹⁸³ sieht den Zweck der Ausnahmeregelung darin, dass der Kunde bei Versteigerungen im Wege des Fernabsatzes selbst initiativ wird und lediglich eine gebotene Gelegenheit nützt. Dies ist allerdings eine Überlegung, die nur beim Rücktritt nach § 3 KSchG bedeutsam wäre. Beim Rücktritt nach § 5e KSchG hingegen kommt es nicht darauf an, ob der Kunde selbst initiativ wird oder nicht, sonst wäre bei nahezu jeder Online-Bestellung das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG ausgeschlossen.

¹⁸⁰ Dazu grundlegend *Wessely*, MR 2000, 270f; *Peck*, Internetversteigerung 181ff mwN.

¹⁸¹ *Wessely*, MR 2000, 270f; zweifelnd *Peck*, Internetversteigerung 183.

¹⁸² *Brenn* in *Brenn*, ECG 32f.

¹⁸³ *Krejci* in *Rummel*³, §§ 5a-5i KSchG Rz 8.

Nach *Peck*¹⁸⁴ ist der Wortlaut des Gesetzes auf solche Versteigerungen zu reduzieren, die nicht ausschließlich im Internet arbeiten, sondern die Möglichkeit der Gebotsabgabe über verschiedene Medien vorsehen. Nach dieser Auffassung sind sämtliche "reine" Online-Auktionshäuser dem Fernabsatzgesetz unterworfen.

ME ist der Auffassung von *Wessely* zu folgen. Zwar sei angemerkt, dass auch diese nicht ganz unproblematisch ist, jedoch scheint sie am ehesten geeignet, dem Zweck des Fernabsatzgesetzes zu entsprechen. Erstens verhindert sie nämlich eine Umgehung der Sonderbestimmungen des KSchG, zweitens stützt sie sich gerade auf ein Grundelement der typischen Internetauktion, nämlich auf den aleatorischen Charakter.

Beim Powershopping handelt es sich im Gegensatz zur Online-Auktion nicht um eine Versteigerung, sondern um einen Kaufvertrag mit besonderen Modalitäten, sodass die Anwendbarkeit des Fernabsatzgesetzes jedenfalls nicht durch § 5b Z 4 KSchG ausgeschlossen wird.¹⁸⁵

e. AGB

Das Thema AGB im Zusammenhang mit Internetauktionen würde den Rahmen der vorliegenden Diplomarbeit sprengen. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei *Peck*¹⁸⁶.

f. Nichtigkeit bei fehlender gewerberechtlicher Bewilligung?

Nach § 879 Abs 1 ABGB sind Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen nichtig. Die hL¹⁸⁷ nimmt hier aber eine teleologische Reduktion vor, sodass der Zweck der übertretenen Verbotsnorm ausschlagend dafür ist, ob tatsächlich Nichtigkeit des Vertrages eintritt. Da die gewerberechtliche Bewilligungspflicht nach § 284a GewO als reine öffentlich-rechtliche Ordnungsvorschrift angesehen werden kann, macht eine fehlende gewerberechtliche Bewilligung den Vertrag nicht nichtig.¹⁸⁸

¹⁸⁴ *Peck*, Internetversteigerung 184f.

¹⁸⁵ *Wessely*, MR 2000, 271; *Peck*, Internetversteigerung 184; *Oberkofler*, Vertragsabschluss 147.

¹⁸⁶ Dazu *Peck*, Internetversteigerung 151ff.

¹⁸⁷ Vgl *Krejci* in *Rummel*³, § 879 Rz 28ff.

¹⁸⁸ So auch *Brenn* in *Brenn*, ECG 32; *Oberkofler*, Vertragsabschluss 145.

V. Rücktrittsrechte

A. Anwendbarkeit des § 3 KSchG?

Das KSchG ist grundsätzlich auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, die online geschlossen werden. Allerdings ist zu beachten, dass das besondere Rücktrittsrecht des § 3 KSchG hier nicht zur Anwendung gelangen kann, da solche Verträge zwar idR "von zu Hause aus" geschlossen werden, aber die vorausgesetzte Drucksituation entfällt. Denn die Initiative geht vom Verbraucher selbst aus, auch vorherige Besprechungen sind nicht gegeben. Es liegt folglich kein Haustürgeschäft iSd § 3 KSchG vor, ein auf dieser Rechtsgrundlage beruhender Rücktritt ist folglich ausgeschlossen.¹⁸⁹

B. Rücktritt nach dem Fernabsatzgesetz

Die unter A. festgestellte Lücke schließt § 5e KSchG: Diese Bestimmung erlaubt dem Verbraucher ein sehr weitgehendes und von Gründen unabhängiges Recht, sich vom Vertrag zu lösen. Festzuhalten ist dabei, dass es sich technisch gesehen nicht um ein Rücktritts-, sondern um ein Widerrufsrecht handelt.

Die Rücktrittserklärung ist innerhalb einer im Gesetz recht kompliziert geregelten Frist *abzusenden*.

1. Grundsätzliche Rücktrittsfrist: Sieben Werktage

Gemäß § 5e Abs 2 KSchG beträgt die Rücktrittsfrist grundsätzlich sieben Werktage, wobei der Samstag nicht als Werktag zählt. Bzgl des Beginns des Fristenlaufs ist zu unterscheiden: Bei Verträgen über die Lieferung von Waren ist dies der Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen der Tag des Vertragsschlusses.

2. Verlängerte Rücktrittsfrist: drei Monate

¹⁸⁹ Vgl auch *Madl*, *ecolex* 1996, 80; *Zankl*, *ecolex* 2000, 416; *Mottl*, *Vertragsabschlusses* 37; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 507; *B. Schauer*, *e-commerce* 112; *Brenn* in *Brenn*, *ECG* 41; *Kilches*, *MR* 1997, 277; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at*, 31.

Ist der Unternehmer seinen Informationspflichten nach § 5d Abs 1 und 2 KSchG nicht nachgekommen, so verlängert sich - gewissermaßen als Sanktion - die Rücktrittsfrist auf drei Monate. Der Unternehmer kann diese Frist allerdings verkürzen, indem er der diesbezüglichen Informationspflicht nachträglich nachkommt. In diesem Fall läuft die Frist sieben Tage - unabhängig von der Art des Vertrages - vom Zeitpunkt der Übermittlung der Information an.

Zu betonen ist, dass die Rücktrittsfrist uU auch länger als drei Monate dauern kann: Wenn nämlich die Bestätigung erst ganz am Ende der Drei-Monate-Frist nachgeliefert wird, beginnt trotzdem noch die Sieben-Tages-Frist zu laufen.¹⁹⁰

VI. Fälligkeit im Fernabsatz

Mangels gegenteiliger Vereinbarung hat der Unternehmer den Vertrag spätestens nach 30 Tagen - gerechnet ab dem Tag, der dem auf die Übermittlung der Bestellung durch den Verbraucher folgt - auszuführen. Diese Bestimmung stellt den Verbraucher *schlechter* als nach allgemeinen Regeln und ist somit äußerst konsumentenfeindlich.

¹⁹⁰ *Fitzal*, JAP 2000/2001, 111f; *Krejci in Rummel*³, §§ 5a-5i KSchG Rz 31.