

1. Teil: Einführung

A. Internet und Recht

In den Anfängen des Internet war oft zu hören und zu lesen, dass es sich dabei um einen „rechtsfreien Raum“ handelt. So wurde zB von *Barlow*¹ die Auffassung vertreten, dass der cyberspace als virtueller Raum der Netzkommunikation außerhalb der realen Welt situiert sei und somit keinem Staat und keiner Sollensordnung zugeordnet werden könne. Dies stimmt freilich schon vom Ansatz her nicht, weil – zumindest in absehbarer Zeit² – im cyberspace ausschließlich natürliche und juristische Personen agieren, die ihrerseits Rechtsordnungen unterliegen, so dass die rechtlichen (und vor allem auch die grundrechtlichen³) Dimensionen des Internet nicht von der Hand zu weisen sind. In diesem Sinne wird die Vorstellung vom Internet als rechtsfreiem Raum jetzt auch rundweg abgelehnt⁴. Immerhin hat diese Sicht aber ursprünglich insofern eine gewisse Berechtigung gehabt, als das Internet – wie noch genauer darzulegen sein wird (s unten II.) - aus einem militärischen (später akademischen) Netzwerk (der USA) hervorgegangen ist⁵, in dem technische bzw wissenschaftliche Aspekte im Vordergrund standen und Rechtsfragen keine besondere Rolle gespielt haben. Mit der Kommerzialisierung des Internet im Laufe der neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts sind aber juristische Fragestellungen aufgetaucht, die es erforderlich machten, das juristische Vakuum zu füllen. Dabei hat sich in manchen Bereichen gezeigt, dass sich viele Rechtsfragen online nicht anders als offline stellen und daher mit herkömmlichen Regeln und Gesetzen gelöst werden können. Auch im Spannungsfeld zwischen Recht, Moral und Sitte⁶ hat es eine Parallelentwicklung im cyberspace gegeben. Es haben sich Regeln über die sog. Netiquette (Gepflogenheiten im Internet) und bestimmte Verhaltenskodizes⁷ entwickelt, auf die nunmehr zT auch in den einschlägigen EU-Richtlinien Bezug genommen wird⁸.

Bei allen Parallelen, die es somit zu realen (nicht-virtuellen) Problemen und Bezügen des Rechts geben mag, ist auf der anderen Seite nicht zu

¹ A Cyberspace Independance Declaration, www.eff.org/barlow.

² Zur Entwicklung von e-persons s unten S 22.

³ Vgl insb Art 8 MRK (Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs), Art 10 MRK (freie Meinungsäußerung), Art 10 StGG (Briefgeheimnis), Art 10a StGG (Fernmeldegeheimnis), § 1 DSGVO (Grundrecht auf Datenschutz).

⁴ Zitate erübrigen sich, weil mittlerweile kaum eine Publikation zum Internetrecht ohne die Aussage beginnt, dass das Internet kein rechtsfreier Raum ist; vgl als pars pro toto *Schmölzer*, Strafrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 266.

⁵ S zur Entwicklung II. 1.

⁶ Vgl dazu *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹¹: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht (2000) 2 f.

⁷ ZB jene der österreichischen Internet-Service Provider, vgl www.ispa.at.

⁸ Vgl zB Art 16 der E-Commerce-RL.

verkennen, dass das Internet Entwicklungen mit sich gebracht hat, die faktisch neu und daher mit der *lex lata* nicht ohne weiteres in den Griff zu bekommen sind (waren). Zu denken ist zB an die Rechtsstellung (insb die Verantwortlichkeit) von Providern, die früher nicht existierten, so dass es dafür auch keine normativen Regelungen gab. Ein anderes Phänomen, das mit der Verbreitung des Internet juristische Beachtung fand, hängt mit dem Software-Source-Problem, also damit zusammen, dass nach verbreiteter Auffassung nicht so sehr das Recht, sondern die verwendete Software über die Kommunikationsmöglichkeiten im Cyerspace entscheide. Der nur dem Hersteller bekannte Source-Code – manche verlangen diesbezüglich (wie bei Gesetzen) Publizität⁹ – stelle die Weichen im cyberspace¹⁰. Diese Beobachtungen und Forderungen haben zumindest bei monopolistischen Anbietern einen gewissen Hintergrund (und erklären die entsprechende Vorgangsweise gegen Microsoft), eröffnen aber jedenfalls neue Dimensionen und Anforderungen an das Recht im Internet.

Darüber hinaus ist nicht zu verkennen, dass das Internet per se Charakteristika aufweist, die ihm eine juristische Sonderstellung verschaffen:

- Ubiquität
- Dezentralisierung (Unkontrollierbarkeit/Unabschaffbarkeit)
- Informationsflut
- Dynamik

Jeder dieser Punkte wirft Sonderprobleme auf, die es in Summe doch gerechtfertigt erscheinen lassen, das Internet zwar nicht als rechtsfreien, immerhin aber als einen **rechtsinhomogenen Raum** zu bezeichnen:

Aus der Ubiquität (1.) folgt eine Vielzahl einschlägiger Rechtsfragen, insb in Bezug auf internationales Privat- und Verfahrensrecht, die es in diesem Umfang bislang nicht gegeben hat, weil es früher nicht möglich war, innerhalb von Sekunden weltweit zu agieren.

Die mit der Dezentralisierung des Internet (2.) verbundenen Fragen (es gibt keinen „Zentralrechner“, der kontrolliert oder gar abgeschaltet werden könnte, jeder kann von so gut wie jedem Punkt der Erde aus Information „ins Netz stellen“¹¹) äußern sich vor allem im Zusammenhang mit haftungsrechtlichen Szenarien.

⁹ DiBona/Ockman/Stone (Hg), *Open Sources – Voices from the Open Source Revolution* (1999).

¹⁰ Lessing, *Code: and other laws in cyberspace* (1999); Mitchell, *City of Bits* (1995); vgl auch Jakob, *Freiheit und Software*, in Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer (Hg), *ePerson* (2001) 331; Risak, *Die GNU-Lizenz und ihre Konsequenzen für Anwender und Entwickler*, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer*, *ePerson* 345.

¹¹ Zu Grundbegriffen der Informationstechnologie in Bezug auf juristische Zusammenhänge Schramm, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), *Informatikrecht* (2000) 1 ff.

Die für das Internet typische Informationsflut (3.) und die Geschwindigkeit, mit der Information übertragen und ausgetauscht wird (4), hat zu einer neuen Erscheinungsform „verdünnter Willensfreiheit“ und damit zu neuen Schutzbedürfnissen geführt, denen zT (etwa durch das FernabsatzG und das E-Commerce-Gesetz) bereits Rechnung getragen wurde. Trotzdem ist das Internet aufgrund seiner dynamischen und rasanten Entwicklung¹² dem Recht immer einen Schritt voraus. Dies läßt sich auch mit den beiden Fundamentalgesetzen elektronischer Netzwerke erklären, die auf den Beobachtungen von *Moore*¹³ und *Gilder*¹⁴ beruhen. Das Moore'sche Gesetz besagt (und ist empirisch bewiesen), dass sich die Verarbeitungsgeschwindigkeit von Computern alle 18 Monate verdoppelt. Gilders Gesetz beruht auf der Prämisse, dass sich die Netzbandbreite, also die Menge an Information, die über Netzwerke übertragen werden kann, alle 12 Monate verdreifacht. Es liegt auf der Hand, dass herkömmliche Normsetzungsmechanismen hier nicht mitkommen, was u.a. den Ruf nach e-government verstärkt, aber auch das Privatrecht vor enorme Anforderungen stellt, weil – wie bereits erwähnt – neuartige Schutzbedürfnisse zugunsten derjenigen entstehen, die von dieser Informationslawine überrollt werden.

Charakteristisch und zur Rechtsinhomogenität wesentlich beiträgend ist schließlich auch, dass das Internet nicht nur grenz-, sondern auch fachüberschreitend ist: Es berührt als eine Art Querschnittsmaterie sämtliche Rechtsgebiete, was nicht nur die Rechtsfindung, sondern insb. auch die umfassende Rechtsbearbeitung einschlägiger Sachverhalte erschwert.

Den damit verbundenen Unsicherheiten soll das vorliegende Buch begegnen. Es unternimmt einen Streifzug durch jene Rechtsmaterien, die spezielle Implikationen in Bezug auf das Internet aufweisen, und ist dabei nicht streng nach Rechtsgebieten, sondern so gegliedert, dass es den praktischen Abläufen gerecht wird, die Internet-User typisch vorfinden. Dieser Aufbau beruht auf der interdisziplinären Charakteristik des Internet entsprechend auf keinem rechtstheoretischen, sondern auf einem pragmatischen Ansatz. Mit anderen Worten: Es werden nicht die einzelnen Rechtsgebiete „der Reihe nach“ durchgegangen und „internetspezifisch“ dargestellt, sondern praktische Gegebenheiten juristisch nachvollzogen. Am Anfang steht daher das Vertragsrecht: Wie und mit welchen Besonderheiten werden Verträge im Internet allgemein und Verträge über EDV-Systeme und mit Internet-Providern speziell abgeschlossen und erfüllt (unten B). Mit welchen Konsequenzen und

¹² Vgl. dazu auch B. Schauer, Trends im e-commerce, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), ePerson 323.

¹³ Progress in Digital Integrated Electronics, in Rhodes, *Visions of Technology* (1999) 243.

¹⁴ Fiber Keeps its Promise, *Forbes ASAP*, Februar 1997.

Verantwortlichkeiten ist bei Aktivitäten im Internet zu rechnen (B). Der Bogen der dabei zu untersuchenden Aspekte spannt sich von schadenersatzrechtlicher Haftung im allgemeinen, über Spezialfragen zB in Bezug auf linking, meta-tagging und providing, bis zu steuerrechtlichen Konsequenzen und straf-, datenschutz-, immaterialgüterrechtlicher Verantwortlichkeit uvm. Schließlich ist in puncto Domain-Namensrecht - unter ausführlicher Darstellung der Judikatur, die in diesem Bereich sehr früh eingesetzt hat und nun umfangreich vorliegt - zu klären, was gilt, wenn man das Internet selbst aktiv nützen und sich durch eine homepage präsentieren und/oder am e-commerce beteiligen will (D). Diese Punkte werden unter verschiedensten und fächerübergreifenden Aspekten dargestellt, wobei dem allgemeinen Privatrecht (Zivilrecht) im e-commerce als wesentlichem Teilbereich des Internetrechts insofern eine besondere Rolle zukommt, als es – wie auch im realen Geschäftsleben – die juristische Grundlage bildet, auf der spezielle Bereiche des Privatrechts – wie etwa das Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht aufbauen. Diesem Aspekt wird dadurch Rechnung getragen, dass den Kapiteln über das Vertragsrecht und jenen über die Verantwortlichkeit im Internet eine Einführung in die entsprechenden zivilrechtlichen Grundlagen vorangestellt werden.

B. Internet und juristische Implikationen seiner Entwicklung und Ausprägung

I. Entwicklung

Das Internet hat sich während der Zeit des Kalten Krieges aus dem Bedürfnis der USA entwickelt, ein militärisches Kommunikationsnetzwerk zu schaffen, das auch dann noch funktionsfähig ist und den Datentransfer ermöglicht, wenn einzelne Netzverbindungen durch atomare oder sonstige kriegerische Gewaltanwendungen zerstört werden. Dieser Ansatz erklärt, warum das Internet keinen Zentralrechner hat, sondern auf einem System unabhängig voneinander arbeitender Rechner beruht, in dem jeder Rechner mit jedem anderen kommunizieren kann. Vor diesem Hintergrund initiierte das amerikanische Verteidigungsministerium 1969 das Forschungsprojekt ARPAnet (Advanced Research Project Agency). Zu diesem Zweck wurden IMPs entwickelt (Interface Message Processor), welche die Daten der verschiedenen Rechner – im Jahre 1971 waren es 23 - in ein maschinenunabhängiges Format brachten, das für alle Rechner nutzbar war. Die Voraussetzungen für die heutige Erscheinungsform des Internet waren damit geschaffen. Zunächst wurden akademische Netze angeschlossen, in der Folge das ARPAnet ausgegliedert und als MILNET weiterbetrieben, bis schließlich in den neunziger Jahren die kommerzielle Erschließung erfolgte. Zuvor wurde noch ein eigener Kommunikationsmodus erforderlich, der in Form des

Datenübertragungsprotokolle TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) erfolgte.

Die geschilderte Entwicklung hat insofern auch juristische Implikationen, als sie erklärt, warum das Internet lange Zeit für einen „rechtsfreien Raum“ gehalten wurde. In einem militärischen oder akademischen Netzwerk spielen rechtliche Rahmenbedingungen naturgemäß nur eine untergeordnete Rolle.

II. Internetdienste

Das Internet ist nicht identisch mit dem world wide web (www), sondern umfasst mehrere Funktionen, zu denen auch das www zählt, das allerdings immer stärker in den Vordergrund tritt und die übrigen Dienste gewissermaßen überlagert. Im einzelnen sind dies folgende, die jeweils besondere juristische Besonderheiten mit sich bringen:

1. e-mail

Die electronic mail ist mittlerweile der meistgenutzte Dienst des Internet und erlaubt es, Texte mitsamt sog attachments, die in Text-, Bild- oder Videodateien bestehen können, zu versenden und zu empfangen. Die Übertragung dauert (weltweit) meist nur wenige Sekunden und hat zu einer Fülle von Rechtsfragen geführt (vor allem im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen per e-mail, dazu unten III. Vertragsabschluß.)

2. Diskussionsgruppen

Diese existieren in verschiedenen Formen. Bei sog Mailing-Listen werden nach vorhergehender Anmeldung Beiträge an einen zentralen Rechner geschickt und von dort an alle Beteiligten versandt. Newsgroups sind hingegen offen. Findet die Kommunikation in Echtzeit statt, spricht man von Internet Relay Chat (IRC), kurz chat. Die juristische Bedeutung dieser Dienste ist relativ gering, da sie hauptsächlich dem Informationsaustausch dienen, allenfalls können Probleme bei rechtsgeschäftlicher Kommunikation im chat auftreten (dazu unten).

3. FTP und Telnet

FTP (File Transfer Protocol) dient der Übertragung oder Abrufung von Dateien eines Rechners auf einen anderen, wodurch es ermöglicht wird, auf einen fremden Rechner zuzugreifen (wichtig vor allem bei Lieferung von Sharesoftware, zum Erwerb von Software, unten).

Der Telnet-Nutzer kann sich durch remote-login in einen fremden Computer „einklinken“, was ua bei teleworking (dazu unten) und dann relevant sein kann, wenn man Software verwenden will, die auf dem eigenen Computer nicht funktioniert.

4. Gopher

Das Gophernetz erlaubt es, Textdateien aufzurufen (zB die Texte amerikanischer Gesetze unter gopher://gopher.law.cornell.edu), kann aber hier außer Betracht bleiben, weil es hauptsächlich im akademischen Bereich Verwendung findet und im Begriff ist, vom www verdrängt zu werden.

5. world wide web

Das world wide web (www) ist der bekannteste Internetdienst. Er wird durch browser (Navigationsprogramme) erschlossen, die durch die für das www charakteristischen Hyperlinks (unmittelbare Verbindungen zwischen websites) das „Surfen“ ermöglichen. Die Programmierung von Inhalten im www erfolgt durch HTML (Hypertext Markup Language). Die juristischen Implikationen des www sind so vielfältig wie das weltweite Netz selbst (s oben ..) und stehen im Vordergrund der Darstellungen des vorliegenden Handbuchs.

C. E-Commerce und E-Government

Literatur: *Bichler/Kaukal/Werthner*, Elektronische Märkte – Ein neuer Trend in der betrieblichen Beschaffung, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 13; *Feik*, EDV/ADV und Verwaltungsrecht – ausgewählte Probleme, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 189; *Weninger*, FinanzOnline im Echtbetrieb, ÖStZ 1998, 162; *Aichholzer*, Zukünftige Leistungsmodelle im Rahmen von E-Government, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 241; *Elsas*, E-Government in Deutschland Version 2.001, 231; *Holenstein/Suter*, Der Stand der E-Government Projekte in der Schweiz 235; *Menzel*, E-Voting an österreichischen Hochschulen 281; *Mikus*, SV-Chipkarte – Auf dem Weg zur elektronischen Verwaltung 35; *Posch*, Bürgerkarte – Infrastruktur für E-Government 25; *Reichstädter*, Der elektronische Studentenausweis 39; *Schefbeck*, Aktuelle Trends in der E-Demokratie 293; *Schreiner*, Wahlen per Mausklick – rechtliche Überlegungen zum I-Voting 259; *Wimmer*, E-Government im Trend der Verwaltungsinformatik 249; *Wolff*, Erfahrungen mit der Einführung von E-Voting-Systemen 268 (alle in *Schweighofer/Menzel*, Auf dem Weg zur ePerson 2001).

E-Commerce ist die Automatisierung von Geschäftstransaktionen durch die Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnologie¹⁵: „electronic commerce is the ability to perform transactions involving the exchange of goods and services between two or more parties using

¹⁵ *Bichler/Kaukal/Werthner* in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government 13.

electronic tools and techniques“ (US-Department of Treasury, Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce, 1.11.1996¹⁶).

E-Government ist die logische Fortsetzung von E-Commerce - und damit ein weiterer Schritt auf dem Weg der oben geschilderten Entwicklung des Internet; denn die ursprünglich im militärischen, dann im akademischen und schließlich im kommerziellen Bereich ent- und fortentwickelten Strukturen elektronischer Information, Kommunikation und Transaktion lassen sich auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung anwenden. Die Gemeinsamkeiten zwischen E-Commerce und E-Government bestehen dabei vor allem in Optimierungseffekten: Genauso wie es im kommerziellen Bereich schneller und effektiver ist, elektronisch zu kommunizieren, sich entsprechende Informationen zu beschaffen und (rechtsgeschäftliche) Transaktionen abzuwickeln, erleichtern die modernen Technologien auch den Verwaltungsverkehr zwischen den Behörden auf der einen Seite (horizontales e-government) und den Informations- und Parteienverkehr zwischen Behörden und Bürgern auf der anderen Seite (vertikales e-government). So gesehen, geht es auch im Bereich des e-government letztlich darum, das Potential elektronischer Medien und Informationstechnologien verstärkt zu nützen.

Auf der anderen Seite ist freilich nicht zu verkennen, dass e-government zum Unterschied von e-commerce von politischen Faktoren im allgemeinen und demokratiepolitischen Aspekten im besonderen geprägt ist. Die im e-commerce etablierten Mechanismen beruhen demgegenüber auf marktwirtschaftlichen Gegebenheiten. Sie können daher zwar strukturell als Vorbild dienen, nicht aber 1:1 auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung übertragen werden. Dies gilt insbesondere auch für bestimmte Elemente des Internet. Vor allem die charakteristische Dezentralisierung und Deregulierungstendenz muß im Bereich des e-government in den Hintergrund treten; dies einerseits aus formal-juristischen Gründen (Legalitätsprinzip: die gesamte Verwaltung darf gem Art 18 BV-G nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden), andererseits auch deshalb, weil eine demokratiepolitisch legitimierbare Nutzung des Internet im Bereich der öffentlichen Verwaltung auch eine gewisse Lenkung in die Richtung voraussetzt, dass alle Bürger zu gleichen und überschaubaren Bedingungen partizipieren können. Die Informationskanäle müssen daher offen sein und können nicht nach marktwirtschaftlichen Prinzipien (zB first come, first served) organisiert werden. Eine zentrale Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass der öffentlich-rechtliche Bereich – anders als die Grundstrukturen des e-commerce - als nicht von privatautonomen Kriterien geprägt ist. Es kann daher zB nicht der einzelnen Behörde

¹⁶ www.jya.com/taxpolicy.htm.

überlassen bleiben, ob und inwieweit sie mit dem Bürger kommunizieren und/oder sich mit ihm auf Transaktionen einlassen will. Vielmehr muss der gesetzliche Rahmen, in dem dies zu geschehen hat, aufgrund des bereits erwähnten Legalitätsprinzips genau determiniert sein.

Im einzelnen liegen die juristischen Schwerpunkte des e-government nicht so sehr in seiner horizontalen Erscheinungsform (hier geht es vor allem um die Vereinfachung von administrativen Abläufen durch effektive Behördenvernetzung und Führung automationsunterstützter Register¹⁷) als vielmehr im Bereich der vertikalen Ausprägung. In diesem Zusammenhang kommt eine Vielzahl von Informations-, Kommunikations- und Transaktionsdiensten in den Bereichen Alltag, Behördenkontakte und politische Partizipation in Betracht, die von Behördenwegweisern, elektronischen Parteien- und Eingabenverkehr¹⁸, über Diskussionsforen mit Politikern bis hin zur elektronischen Wahlen oder Abstimmungen reichen¹⁹.

In Österreich fiel der entscheidende Startschuss zur Umsetzung dieser Szenarien durch das von der Bundesregierung 1997 beschlossene Verwaltungsinnovationsprogramm (VIP). Dieses sah neben der Abschaffung der Stempelmarken vor allem ein neues Verwaltungsbild (Dienstleistungscharakter der Administration) sowie die „Amtsstube im Internet“ vor²⁰. Erster Schritt in diese Richtung war die Implementierung der Internet-Plattform www.help.gv.at, die derzeit aus der Grundstufe @mtshelfer online besteht, welche administrative Informationen enthält²¹. Die weiteren Ausbaustufen @ntrag online (Formulare und Eingaben) und @amtsweg online (kombinierte Online-Abwicklung sämtlicher Amtswege) soll bis 2005 erreicht werden.

¹⁷ Vgl zB das GewerbeRegister (§ 365d GewO), Melderegister (§§ 14 und 16 MeldeG), KfZ-Zulassung (§§ 6 f ZulassungsstellenVO, BGBl II 1998/464), wobei zT Ermächtigungen zum direkten Zugriff auf Datenbestände ermöglicht werden, die von anderen Behörden automationsunterstützt geführt werden (zB § 365a GewO, § 158 Abs 4 BAO); weitere Beispiele für automationsunterstützt geführte Register und Datentransfers bei *Feik* aaO 197 ff.

¹⁸ Vgl jetzt bereits die Möglichkeiten im Rahmen der Finanzverwaltung: elektronische Anbringen (§ 86a BAO), elektronische Akteneinsicht (§ 90a BAO), elektronische Erledigungen (§ 97 Abs 3 BAO). Einzelheiten geregelt durch die FinanzOnline-Verordnung (BGBl II 1998/71); *Weninger*, ÖStZ 1998, 162.

Auch im allgemeinen **Verwaltungsverfahren** hat bereits eine „Elektronisierung“ stattgefunden; vgl zB § 13 AVG idF BGBl I 1998/158: Eingaben im Wege automationsunterstützter Datenübertragung (zum Zugang vgl § 26a ZustellG); § 44a AVG bezüglich der Einbindung des Internet in Großverfahren; zur Computerstrafverfügung s §§ 47 Abs 2, 48, 49a VStG; manche Bestimmungen sehen sogar eine „E-mail-Pflicht“ vor: § 12 der Verordnung betreffend die Erteilung des Luftverkehrsbetreiberzeugnisses (Anzeige von gefährdenden Ereignissen an die Oberste Zivilluftfahrtbehörde bei Luftfahrtunternehmen mit Flugzeugen bestimmter Gewichtsklassen per mail).
Zum zivilgerichtlichen Verfahren siehe unten III.

¹⁹ Vgl im einzelnen die instruktive Übersicht bei *Aichholzer/Schmutzer* aaO 81.

²⁰ *Feik* aaO 190.

²¹ Zum Rechtsinformationssystem (RIS) vgl www.ris.bka.gv.at und dazu *Feik* aaO 191; Zur Verpflichtung, den Inhalt der Wiener Zeitung unentgeltlich im Internet bereitzustellen (www.wienerzeitung.at) vgl § 2a Verlautbarungsg.

D. E-Commerce und E-Justiz

Die für den e-commerce charakteristischen Beschleunigungseffekte können auch zur Optimierung gerichtlicher Verfahrensabläufe beitragen. So gesehen, ist letztlich auch die „Elektronisierung“ des zivilgerichtlichen Verfahrens eine logische Konsequenz allgemeiner Entwicklungen im e-commerce. Einschlägig sind vor allem die §§ 89a ff GOG sowie die in Ausführung dieser Bestimmungen ergangene Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr (ERV, BGBl 1995/559 idF BGBl II 2000/163). Daraus ergibt sich ua, dass insb Mahnklagen und Exekutionsanträge (bei beweglichen Sachen oder Geld) elektronisch bei Gericht angebracht werden können. Sie gelten als bei Gericht angebracht, wenn ihre Daten zur Gänze bei der Bundesrechenzentrum GmbH eingelangt sind (§ 89d Abs 1 GOG)²²; zur Form elektronischer Übermittlungen s § 5 ERV und die ADV-Form-Verordnung; zur elektronischen Ediktsdatei s §§ 89j, k GOG.

E. E-Commerce und „e-xistence“

Literatur: Zankl, legal circumstances on the way from e-commerce to e-government and e-xistence, www.zankl.at

Wie sich schon aus den beiden vorigen Kapiteln ergeben hat, beeinflussen die dem e-commerce immanenten Beschleunigungs- und Optimierungseffekte in immer stärkerem Ausmaß auch Abläufe außerhalb des kommerziellen Bereichs. Im Hinblick auf die rasante Entwicklung des Internet im allgemeinen und elektronischer Anwendungen im besonderen ist zu erwarten, dass dieser Trend nicht nur anhalten, sondern sich in absehbarer Zukunft sogar potenzieren wird. So gesehen, befindet sich die Gesellschaft auf dem Weg von der realen zur elektronischen Existenz, die allmählich auf alle Lebensbereiche übergreifen beginnt - von den bereits existierenden Erscheinungsformen elektronischer Partnersuche (e-dating, zB www.), über e-learning (zB e-xam auf www.zankl.at) bis hin zu e-persons (künstlichen Menschen, dazu unten).

All diese Entwicklungen ziehen Rechtsfragen spezifischer Art nach sich (zu e-persons s zB unten Seite), die sich freilich auf den gemeinsamen Nenner bringen lassen, dass unsere Rechtsordnung auf dem traditionellen Bild realer Existenz beruht. Dies läßt sich an den erwähnten Beispielen e-dating und e-persons demonstrieren: wenn etwa das ABGB davon ausgeht, dass Verlöbnisse formlos (und daher sogar konkludent²³) zustandekommen können, so erklärt sich dies aus der Vorstellung persönlichen Kontaktes. Dieser ist aber beim e-dating gerade nicht gegeben, so dass ein elektronisches Verlöbnis unter dem Regime der

²² Einzelheiten bei *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁵ (2000) Rz 317, 516.

²³ OGH in SZ 42/94; SZ 62/5.

Formfreiheit zwar wirksam wäre, im Hinblick auf die zahlreichen Unsicherheiten elektronischer Kommunikation aber doch problematisch erscheint. Auch im Zusammenhang mit der Entwicklung intelligenter Softwaresysteme – die in Roboter eingebaut zu e-persons werden könnten (dazu unten) - zeichnen sich Fragen ab, die vor dem Hintergrund traditioneller juristischer Vorstellungen schwer zu lösen sein werden; denn die Rechtsordnung kennt bislang nur Menschen oder Sachen, nicht aber Existenzformen, die natürlich nicht Mensch, aber doch im Begriff sind, infolge intelligenter „Verhaltensweisen“ ihre rein sachenrechtliche Dimension zu sprengen. Bedenkt man, wie schwer sich die Rechtsanwendung bereits mit der genauen sachenrechtlichen Einordnung von Software getan hat²⁴, ist leicht auszudenken, welche Probleme der Umgang mit intelligenter Software bereiten wird.

Mit diesen Szenarien zeichnen sich auch juristische Umwälzungen ab. Die mit der rasanten Verbreitung elektronischer Anwendungen einhergehenden Rechtsfragen werden über kurz oder lang nicht mehr auf dem Boden der lex lata gelöst werden können. Dies zeigt sich bereits jetzt im Zusammenhang mit der Providerhaftung, die von der E-Commerce-RL reglementiert werden musste, weil die nationalen Rechtsordnungen keine befriedigenden Antworten auf ein Phänomen parat hatten, das sich innerhalb kürzester Zeit entwickelt hatte. Ähnlich wie auch auf anderen Gebieten, in denen die Technik schneller als die Rechtsentwicklung voranschreitet (vgl etwa die Gentechnologie) laufen normative Rechtssysteme Gefahr, „den Anschluß“ zu verlieren. Die Phasen „rechtsfreier“ Räume werden dadurch immer länger, Rechtsunsicherheiten damit umso größer. Der Jurist im allgemeinen und der Gesetzgeber im besonderen wird daher über kurz oder lang nicht umhin kommen, institutionalisierte Kooperationen mit Experten auf den jeweiligen Bereichen einzugehen (legal e-xchange), um sicherzustellen, dass das Recht einigermaßen „auf dem laufenden bleibt“

F. E-Commerce und Gesetzgebung (Entwurf zum E-Commerce-Gesetz)

I. Allgemeines

Wie oben dargelegt, hängt das juristische Grundproblem des Internet im allgemeinen und des e-commerce im besonderen zum einen damit zusammen, das zT jahrhundertealte Gesetze mit modernster Kommunikations- und Transaktionstechnologie fertig werden müssen, die von den wenigsten Juristen der Gegenwart selbst durchschaut wird. Auf der anderen Seite ist die Technik – und dies hängt im speziellen

²⁴ Vgl etwa die Diskussion im Zusammenhang mit § 4 PHG, ob Software eine Sache im Sinne dieser Bestimmung ist.

Zusammenhang wieder mit den ebenfalls bereits erwähnten Internetgesetzen von *Moore* und *Gilder* zusammen – der Gesetzgebung immer einen Schritt voraus. Erstmals wurde nun in Form der E-Commerce-RL versucht, diesen Vorsprung auf breiter Basis - für den gesamten e-commerce - zu verkleinern. Auch dabei wurden Fragen des e-commerce allerdings nicht auf eine allgemeine normative Grundlage gestellt. Die RL gilt zwar – bis auf wenige Ausnahmen für alle Rechtsgebiete – regelt aber hier nur „bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs“; dies oft in Form von Beschränkungen, die sich aus der Anwendung allgemeiner Regeln ergeben, während diese an sich weiterhin (mit den oben geschilderten Problemen) gelten. Ein eigenes Regelwerk für das Internet ist daher nach wie vor nicht in Sicht und auch der in Umsetzung der RL ausgearbeitete Entwurf eines E-Commerce-Gesetzes ersetzt im e-commerce keineswegs die Anwendbarkeit herkömmlicher Regeln. Dies zeigt sich zB an der Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Der Entwurf enthält diesbezüglich nur bestimmte Pflichten des Diensteanbieters, während die Geltung an sich weiterhin nach allgemeinem Zivilrecht zu beurteilen ist. Besonders deutlich wird dieser Regelungsmechanismus auch im Zusammenhang mit der vieldiskutierten Providerhaftung. Auch diesbezüglich enthält der Entwurf (wie schon die RL) keine Haftungsvoraussetzungen, sondern nur Haftungsbefreiungsvoraussetzungen. Liegen diese vor, so ist der Provider für alle Rechtsgebiete haftungsfrei (horizontale Haftungsbeschränkung). Liegen sie umgekehrt nicht vor, folgt daraus nicht automatisch die Haftung, sondern ist diese nach allgemeinen Regeln der jeweiligen Rechtsgebiete zu prüfen – also zB nach den Schadenersatzbestimmungen des ABGB, die – weil aus dem Jahre 1811 – natürlich noch nie etwas von einem Provider gehört haben. Nach wie vor bleibt also vieles offen.

Immerhin trägt die E-Commerce-RL aber den für das Internet typischen Rechtsunsicherheiten durch verschiedenste Maßnahmen, auf die im folgenden noch genauer einzugehen sein wird, Rechnung. Besonders erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang schon an dieser Stelle die von Art 5 vorgesehenen allgemeinen Informationspflichten, die Diensteanbieter dazu verpflichten, eine Reihe von Angaben „leicht, unmittelbar und ständig verfügbar“ zu machen. Dazu gehören ua der Name des Diensteanbieters, seine Anschrift und e-mail-Adresse, Register (mitsamt Nummern), in die er eingetragen ist, entsprechende Berufsverbände Kammern usw. Diese Maßnahmen tragen zu einer gewissen Transparenz des Internet bei.

II. Entwurf zum E-Commerce-Gesetz im einzelnen²⁵

Der **1. Abschnitt** regelt den Anwendungsbereich und definiert Begriffsbestimmungen des Gesetzes. Es regelt gem § 1 einen „rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs“ (Abs 1), wobei der örtliche Anwendungsbereich in Bezug auf die Bestimmungen über das Herkunftslandprinzip (§§ 21 ff) auf die EU beschränkt ist (Abs 2). E contrario gelten alle anderen Bestimmungen (soweit überhaupt österreichisches Recht anwendbar ist) unabhängig davon, (von) wo Online-Dienste erbracht werden. Nicht besonders geregelt ist der personelle Anwendungsbereich. Mangels spezieller Anordnungen (zB in § 10 Abs 3) sollen die Regelungen des ECG also nicht nur für Verbrauchergeschäfte (B2C), sondern auch zwischen Unternehmern (B2B) und Privaten gelten. Vom sachlichen Anwendungsbereich ausgenommen sind vor allem Belange des Abgabewesens, des Datenschutzes und des Kartellrechts (§ 2). § 3 enthält Begriffsbestimmungen, wobei jene der Ziffer 1 („Dienst der Informationsgesellschaft“) von zentraler Bedeutung ist. Der Entwurf versteht darunter einen „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf“ bereitgestellten Dienst, insb den Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, Online-Werbung, Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten, wirtschaftliche Tätigkeiten über die elektronische Post usw. Gemeint sind kommerzielle Dienste, wobei es – wie die Erl zu Recht betonen – nicht darauf ankommt, ob die Dienste von demjenigen vergütet werden, der sie empfängt²⁶. Erfasst sind daher insb auch Diensteanbieter (Definition in Z 2), die ihre Leistungen dem Nutzer (Definition in Z 4) unentgeltlich zur Verfügung stellen, sich dabei aber durch Werbungen finanzieren (häufig zB bei Anbietern von Suchmaschinen oder e-mail-Diensten). Im übrigen enthält der Anhang V zur RL 98/34/EG idF der RL 98/48/EG – wie auch die Anlage 1 zum österr NotifikationsG – eine demonstrative Aufzählung von Diensten, die nicht Dienste der Informationsgesellschaft sind.

Der **2. Abschnitt** statuiert die Zulassungsfreiheit von Diensteanbietern (sie benötigen keine spezielle, sondern nur die auch offline vorgesehene Zulassung), der **3. Abschnitt** etabliert Informationspflichten. § 6 enthält diesbezüglich eine Aufzählung allgemeiner Informationen, die dem Nutzer erteilt werden müssen (zB über Namen, Firma, e-mail-Adresse und ladungsfähige Anschrift des Anbieters). Sonstige Informationspflichten (zB im Fernabsatz nach § 5c KSchG) bleiben unberührt (§ 6 Abs 3), Verstöße sind verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert (§ 29 Abs 1 Z 1).

²⁵ Zankl, Der Entwurf zum E-Commerce-Gesetz, NZ 2001, 325; derselbe, E-Commerce-Gesetz in Sicht, AnwBl 2001, 459.

²⁶ S auch Erwägungsgrund 18 der RL.

Dasselbe gilt für § 7 (§ 29 Abs 1 Z 2), der Informationen über Werbung und andere Maßnahmen zur Absatzförderung betrifft. Der Anbieter hat demnach ua dafür zu sorgen, daß entsprechende Inhalte sowie ihr Auftraggeber klar und eindeutig erkennbar sind (Z 1 und 2). § 8 sieht eine elektronisch abrufbare und im Internet zu veröffentliche Liste für unerwünschte elektronische Post vor (sog „Robinson-Listen“). § 9 erklärt Werbung von Angehörigen geregelter Berufe vorbehaltlich berufsrechtlicher Vorschriften für zulässig.²⁷

Der **4. Abschnitt** betrifft den „Abschluss von Verträgen“ und gehört zu den zentralen Bestimmungen des Entwurfs, weil er Kernbereiche des österreichischen Zivilrechts berührt. Auffällig und erwähnenswert ist diesbezüglich zunächst, dass Art 9 der RL nicht umgesetzt wurde. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Wirksamkeit von Verträgen auf elektronischem Wege zu ermöglichen und Hindernisse zu beseitigen, die der Wirksamkeit solcher Verträge entgegenstehen. Die Erl zum Entw (54) halten die entsprechende Umsetzung für entbehrlich, weil das österr Zivilrecht ohnedies auf dem Grundsatz der Formfreiheit beruhe, der ohne weiteres auch zur Wirksamkeit elektronisch abgeschlossener Verträge führe. Wie bereits an anderer Stelle betont wurde²⁸ erübrigt sich aus diesem Grund zwar die Umsetzung der Verpflichtung, die Wirksamkeit elektronischer Verträge zu ermöglichen (Art 9 Abs 1 Satz 1), nicht aber jene (Art 9 Abs 1 Satz 2), entsprechende Hindernisse zu beseitigen. Solche bestehen im ABGB in Form der altertümlichen Realverträge (vor allem Darlehen, Leihe, Verwahrung), die nicht auf rein elektronischem Wege zustandekommen können, weil sie über den Konsens der Parteien hinaus die tatsächliche Leistungserbringung voraussetzen. Bei richtlinienkonformer Umsetzung wären sie in Konsensualverträge umzuwandeln²⁹.

Was die umgesetzten Bestimmungen der RL betrifft, enthält § 10 zunächst wieder spezielle Informationspflichten im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen. Sie sind gegenüber Verbrauchern zwingend (sonst abdingbar), gelten aber nicht für Verträge, die ausschließlich per e-mail oder vergleichbarer individueller Kommunikation (zB WAP-Dienst) zustandegekommen sind (Abs 3). Im einzelnen hat der Anbieter den Nutzer vor Abgabe seiner Vertragserklärung zB über die einzelnen technischen Schritte, die zum Vertragsabschluss führen (Abs 1 Z 1) und über die Sprachen, in denen der Vertrag geschlossen werden kann (Abs 1 Z 4) zu informieren. Auch diesbezügliche Verstöße sind verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert (§ 29 Abs 1 Z 3), im übrigen aber auch zivilrechtlich relevant, weil sie zum einen Schadenersatzpflichten

²⁷ Siehe dazu *Thiele*, Anwaltliche Werbung im Internet, AnwBI 1999, 402.

²⁸ *Zankl*, Der Entwurf zum E-Commerce Gesetz, NZ 2001, 325 (326).

²⁹ *Zankl*, NZ 2001, 326.

auslösen können, auf der anderen Seite Fehlvorstellungen über Umstände, über die gesetzliche Aufklärungspflichten bestehen, immer als Geschäftsirrtümer (und nicht als bloße Motivirrtümer) anzusehen sind (§ 871 Abs 2 ABGB).

§ 11 regelt die „Abgabe einer Vertragserklärung“ und verpflichtet Anbieter - gegenüber Verbrauchern zwingend (sonst abdingbar) - zunächst (Ausnahme wieder bei individueller elektronischer Kommunikation), dem Nutzer Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen er Eingabefehler erkennen und korrigieren kann (Abs 2). Weiters muß der Anbieter den Zugang einer elektronischen Vertragserklärung des Nutzers unverzüglich bestätigen (Abs 2). Dies entspricht der bereits gängigen Praxis, auf Online-Bestellungen sofort mit (meist automatisierten) Bestätigungsmails zu reagieren. Ungeregelt und daher nach allgemeinen Bestimmungen zu beurteilen sind die zivilrechtlichen Wirkungen einer solchen Bestätigung³⁰. Ihre Unterlassung bleibt – in eigenartigem Widerspruch zu jener nach Abs 1, die eine Verwaltungsübertretung darstellt (§ 29 Abs 1 Z 4) – sanktionslos (abgesehen von allfälligen Schadenersatzpflichten). Abs 3 sieht schließlich vor, daß elektronische Vertragserklärungen und Bestätigungen als zugegangen gelten, wenn sie der Empfänger abrufen kann. Die Erl (59) betonen diesbezüglich, dass es auf die technische Abrufmöglichkeit (Verfügbarkeit auf dem Mail-Server), nicht aber auf die konkrete Verfügbarkeit (Geschäftszeiten) für den Empfänger ankomme. Dies bedeutet eine Verschärfung allgemeiner Zugangsregeln des Zivilrechts³¹, was gegenüber Verbrauchern bedenklich erscheint.

§ 12 verpflichtet Diensteanbieter – auch gegenüber Unternehmern zwingend – zur Verfügungstellung Allgemeiner Vertrags- und Geschäftsbedingungen in der Form, dass sie der Nutzer speichern und reproduzieren kann. Die Unterlassung dieser Verpflichtung ist nur mit Verwaltungsstrafe bedroht (§ 29 Abs 1 Z 5), nicht aber Geltungsbedingung (Erläuterungen 61). Dies ist insofern systemkonform³² als es für die Geltung auch offline nicht erforderlich ist, die AGB auszufolgen, sondern nur erkennbar sein muss, dass der Verwender zu diesen Bedingungen kontrahieren will. Auch im übrigen ändert § 12 nichts an der herkömmlichen Geltungs- und Inhaltskontrolle³³.

Im Gegensatz dazu entfernt sich § 13 nicht nur von der RL (die keine entsprechenden Passagen enthält), sondern auch von allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Die Bestimmung sieht vor, dass Erklärungen auf elektronischem Wege abgegeben werden können, wenn der Erklärende

³⁰ Dazu *Zankl*, NZ 2001, 326.

³¹ Vgl *Zankl*, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, *ecolex* 2001, 344.

³² Vgl *Zankl*, NZ 2001, 326.

³³ Erl 61.

das Einverständnis des Empfängers erwarten kann (Abs 1). Vereinbarungen über die Verwendung entsprechender Kommunikationsmittel sind im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern wirksam, sofern sie im Einzelnen ausgehandelt worden sind (Abs 2). Zugang tritt mit Abrufbarkeit ein (Abs 3). Die (konsumentenschutzrechtliche) Problematik letzterer Systematik wurde bereits erwähnt. Was Absatz 1 betrifft, ist zu beachten, dass Erklärungen sowohl nach allgemeinem Zivilrecht (Formfreiheit) als auch nach Art 9 der RL (grundsätzliche Wirksamkeit elektronisch abgeschlossener Verträge) unabhängig davon elektronisch erklärt werden können (und wirksam sind), ob der Empfänger hiezu sein Einverständnis gegeben hat: Die Wirksamkeit elektronischer Kommunikation muß unter dem zivilrechtlich maßgebenden Regime der Konsensualmaxime ebensowenig vereinbart werden wie etwa jene per Telefon³⁴. Davon zu unterscheiden ist der Zugang solcher Erklärungen. Dieser tritt erst dann ein, wenn mit der Kenntnisnahme der Erklärung gerechnet werden kann, sie also in den Machtbereich des Empfängers gelangt, was bei elektronischer Post nicht mit derselben Selbstverständlichkeit angenommen werden kann wie etwa bei Zustellung eines Briefes an die Adresse des Empfängers. Wenn freilich der Empfänger elektronischer Post zu erkennen gegeben hat, dass er unter der entsprechenden e-mail-Adresse erreichbar ist (indem er diese etwa auf seinem Briefpapier, seiner Visitenkarte oder seiner homepage anführt), so gilt eine an diesen account übermittelte e-mail als zugegangen. All dies hat aber zivilrechtlich nichts mit einer Vereinbarung oder einem Einverständnis über die Wirksamkeit elektronischer Post zu tun, so dass Abs 1, der ein solches Einverständnis des Empfängers voraussetzt, systematisch hinkt. Dasselbe gilt für Abs 2, wonach Vereinbarungen über die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbraucher ausgehandelt werden müssen. Da es einer solchen Vereinbarung gar nicht bedarf, muss sie auch nicht ausgehandelt werden. Allenfalls könnte daran gedacht werden (und so ähnlich ist es wahrscheinlich auch gemeint), an die Zugangserfordernisse elektronischer Erklärungen, um die es – wie erwähnt – eigentlich geht, zugunsten von Verbrauchern strengere Anforderungen zu statuieren, zB in der Form, dass Zugang nur an solche e-mail-Adressen angenommen wird, die der Verbraucher dem Unternehmer ausdrücklich zur Abgabe vertraglicher Erklärungen bekanntgegeben (und nicht etwa nur auf seiner Korrespondenz angeführt) hat.

Der **5. Abschnitt** („Verantwortlichkeit von Diensteanbietern“) regelt der RL entsprechend (Art 12-15) die Providerhaftung und über die RL hinausgehend auch die Verantwortlichkeit für Suchmaschinen und

³⁴ Zankl, *ecolex* 2001, 345.

Hyperlinks. Was zunächst die Providerhaftung betrifft, beruht der Entwurf in Entsprechung der RL³⁵ auf der Unterscheidung zwischen Access-Providern (§ 14), die bloß die Vermittlung von oder den Zugang zu Information (etwa zum Internet) besorgt, und Host-Providern (§ 16), die fremde Information speichern (indem sie etwa auf ihren Rechnern Speicherplatz für den Betrieb von websites zur Verfügung stellen oder zB Informationen von Nutzern auf ihrer homepage bereithalten). Die Verantwortlichkeit von Content-Providern (die eigene Inhalte anbieten) ist – wie in der RL – nicht geregelt und auch nicht regelungsbedürftig, weil sich die Haftung für eigene Inhalte von selbst versteht. Dasselbe gilt im Prinzip für die Nichthaftung des Access-Providers, der für rechtswidriges Verhalten von Nutzern (zB downloaden von Kinderpornografie oder urheberrechtlich geschützten Werken) grundsätzlich ebensowenig verantwortlich sein sollte, wie der Erbauer einer Brücke, über die ein Täter zum Tatort gelangt. Es fehlt an der Rechtswidrigkeit. „Näher dran“ ist der Host-Provider, der aber ebenfalls nur „psychisch kausal“ ist. Er leistet nur dadurch einen Beitrag, daß er dem Täter das technische Werkzeug zur Verfügung stellt. Die Problematik ist insofern mit jenem Fall vergleichbar, in welchem man sich die Frage nach der Haftung des Verkäufers der Tatwaffe stellt. Der Entwurf beantwortet diese Frage für den Host-Provider und jene nach der Verantwortlichkeit des Access-Providers nicht abschließend, weil er – der RL entsprechend – auf dem System einer „horizontalen Haftungsbeschränkung“ beruht. Mit anderen Worten: Es werden im Entw keine Haftungs Voraussetzungen (diese richten sich nach allgemeinen Regeln³⁶), sondern umgekehrt Haftungsbefreiungsvoraussetzungen statuiert. Diese gelten dann freilich für alle Rechtsgebiete, also nicht nur privat- (zB Schadenersatz-), sondern etwa auch strafrechtlich.

Im einzelnen regelt § 14 die Verantwortlichkeit von Access-Providern, deren Dienste – wie bereits erwähnt – darin bestehen, die „von einem Nutzer eingegebene Information in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln“ („reine Durchleitung“). In diesen Fällen – nicht zu verwechseln mit den Tätigkeiten bloßer „carrier“, die den Datentransport nur infrastrukturell (zB durch Telefonleitungen) ermöglichen und vom Entw nicht erfasst sind – besteht für die übermittelten Informationen keine Verantwortlichkeit, sofern der Anbieter deren Übermittlung nicht auslöst (Z 1), den Empfänger der übermittelten Information nicht auswählt (Z 2) und die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert (Z 3). Die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung von Informationen ändert nichts an der reinen Durchleitung (begründet also noch kein hosting), soweit die Zwischenspeicherung nur der Durchführung der Übermittlung

³⁵ Ebenso § 5 des deutschen TDG und Titel II des US Digital Millenium Copyright Act.

³⁶ Erl 65.

im Kommunikationsnetz dient und nicht länger erfolgt, als es für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist (Abs 2). Auf einen einfachen Nenner gebracht: die unveränderte Weitergabe von Information ohne deren – nicht nur kurzzeitig und technisch bedingte - Speicherung schließt eine Haftung des Providers (selbst bei Kenntnis rechtswidriger Inhalte³⁷) aus. Einen weiteren Haftungsausschluß für Access-Provider enthält § 15 in Bezug auf das sog „caching“, worunter der Entwurf „eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung“ versteht, die „nur der effizienteren Gestaltung der auf Abruf anderer Nutzer erfolgten Informationsvermittlung dient“. Die Regelung betrifft die Verwendung sog Proxy-Server, das sind Rechner, die zwischen dem Benutzer und dem "echten" Server (der Zugang zum Internet vermittelt) liegen und übermittelte Daten zwischenspeichern. Ruft der Nutzer eine bestimmte Information auf, so geht diese Anforderung zunächst an den Proxy-Server, der überprüft, ob er die Information bereits (aufgrund einer früheren Anforderung) gespeichert hat. Nur wenn dies nicht der Fall ist, wird die Anfrage an den "echten" Server weitergeleitet. Die Zwischenspeicherung über den Proxy-Server ermöglicht sohin einen rascheren Zugriff auf die aufgerufene Information und gestaltet die Informationsübermittlung an andere Nutzer insofern „effizienter“ iSd § 15. Der Unterschied zum Haftungsausschluß für automatische Zwischenspeicherungen gem Art 12 liegt dabei darin, daß diese aus rein technischen Gründen erfolgen, während das caching im Interesse effizienterer Nutzung vorgenommen wird, die technisch nicht unbedingt notwendig wäre. Der Diensteanbieter könnte auch jeden Aufruf direkt über den Server leiten, ohne eine Zwischenspeicherung auf Proxy-Servern vorzunehmen. Im einzelnen besteht keine Haftung bei caching, sofern der Provider die Information nicht verändert (Z 1), die Bedingungen für den Zugang zur Information beachtet (Z 2), die Regeln für die Aktualisierung der Information beachtet, die in allgemein anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind (Z 3), die zulässige Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die in allgemein anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, nicht beeinträchtigt (Z 4) und unverzüglich eine von ihm gespeicherte Information entfernt, sobald er tatsächliche Kenntnis davon erhalten hat, daß die Information am ursprünglichen Ausgangsort entfernt oder der Zugang zu ihr gesperrt wurde oder dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung angeordnet hat (Z 5). Diese – zum Teil etwas schwerfällig formulierten Voraussetzungen – entsprechen mehr oder weniger wortwörtlich der RL. Sie sollen einerseits eine Einflußnahme des Providers auf die gespeicherten Informationen verhindern und andererseits die Effizienz des Proxy-Servers erhalten. In diesem Sinne darf gem Z 1 keine bewußte Änderung der Information erfolgen, wobei

³⁷ Vgl aber § 20 des Entw, wonach Vorschriften unberührt bleiben, nach denen eine Behörde oder ein Gericht dem Anbieter eine Verhinderung einer Rechtsverletzung (zB durch Sperrung des Zugangs) auftragen kann.

rein technische Änderungen wiederum nicht erfaßt sind (s schon oben). Z 2 trägt vor allem dem Umstand Rechnung, daß bestimmte Inhalte nur nach Eingabe eines Passwortes oder anderer Zugangskontrollen verfügbar sind. Daran soll auch die Zwischenspeicherung des bereits geöffneten Inhalts auf dem Proxy-Server nichts ändern. Durch Z 3 soll sichergestellt werden, daß der user keine (durch die Ablage auf dem Proxy-Server) überholte Information erhält. Z 4 will zB vermeiden, daß counter (Zählwerke) beeinträchtigt werden, die es ermöglichen, die Anzahl der user zu ermitteln, die eine bestimmte homepage aufrufen. Da diese Seiten nicht mehr direkt angesteuert werden, sondern ihr Inhalt durch die Speicherung auf dem Proxy-Server zur Verfügung gestellt wird, müssen entsprechende Vorkehrungen getroffen werden, um in den Genuß der Haftungsbefreiung zu kommen. Z 5 hängt schließlich mit der Aktualisierungspflicht der Z 3 zusammen.

§ 16 betrifft die Haftung des Host-Providers. Er wird danach für die im Auftrag des Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, sofern er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird (Z 1), oder sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu sperren (Z 1). Die Bestimmung ist nicht anzuwenden, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird (Abs 2). Die Haftungsbefreiung kommt – abgesehen von den Fällen unverzüglicher Entfernung oder Sperrung - zum Tragen, wenn der Anbieter keine tatsächliche (positive) Kenntnis der rechtswidrigen Tätigkeit (zB Betrieb eines Selbstmordforums) oder Information (zB beleidigende oder kreditschädigende Äußerungen) hat. Soweit es um schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit geht, darf sich der Host auch keiner Tatsachen oder Umstände bewußt sein, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Der Anbieter ist also vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt (im obigen Bsp Beihilfe zum Selbstmord), wenn er den Inhalt oder die Rechtswidrigkeit³⁸ der gehosteten Information nicht positiv kennt, kann aber gleichzeitig Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein (§ 1327 ABGB), wenn ihm Tatsachen und Umstände bekannt („bewusst“) sind, aus denen die Rechtswidrigkeit offensichtlich wird (ein Nutzer weist ihn auf das von ihm gehostete Forum hin, in dem zum Selbstmord aufgerufen wird, der Host ignoriert diesen Hinweis). Diesbezüglich reicht also das bloße

³⁸ Die Kenntnis muß sich nach den Vorstellungen der EK zur RL auf beides beziehen, wobei hinsichtlich der Rechtswidrigkeit eine laienhafte Vorstellung darüber ausreichen soll (vgl *Brenn*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481); ähnlich die Erl (72) unter Hinweis auf die Formulierung in § 9 Abs 2 StGB („leicht erkennbar“).

Kennenmüssen³⁹ – offenbar eine Art bewusste (grob fahrlässige⁴⁰) Unkenntnis - rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen, was zwar im Hinblick auf die - bereits dargelegte - bloß psychische Kausalität des Hosts problematisch ist, allerdings dadurch entschärft wird, dass der Host-Provider für reine Vermögensschäden, um die es in aller Regel (nicht aber im Bsp!) geht, schon nach allgemeinen Grundsätzen des (deliktischen) Zivilrechts nicht haftet, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt. § 16 käme daher nach der oben erwähnten Systematik der horizontalen Haftungsbeschränkung gar nicht zur Anwendung.

Die §§ 17 und 18 des Entwurfs regeln die in der RL nicht vorgesehene Verantwortlichkeit für Suchmaschinen und Hyperlinks. Im einzelnen soll dabei folgendes gelten: „Ein Diensteanbieter, der seinen Nutzern elektronische Hilfsmittel zur Auffindung von Informationen bereitstellt, ist für diese Informationen nicht verantwortlich, sofern er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird (§ 17 Z 1), oder sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu sperren“ (§ 17 Z 2). Unter denselben Voraussetzungen soll gem § 18 auch die Verantwortlichkeit für Hyperlinks ausgeschlossen sein, wobei aber die Haftungsbefreiungen diesfalls nicht zum Tragen kommen, wenn der Verlinkte dem Linksetzer untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird (§ 18 Abs 2). Es fällt auf, daß die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen für Suchmaschinen und Links sowohl einander als auch jenen für Host-Provider wortgleich entsprechen. Diese vollkommene Identifikation erscheint allerdings fragwürdig, weil Host-Provider, Betreiber von Suchmaschinen und Linksetzer nicht dasselbe Naheverhältnis zur von ihnen vermittelten fremden Information haben: Während Linksetzer eine gezielte Selektion fremder Inhalte vornehmen und diese mit eigenen Inhalten individuell in Verbindung bringen, werden solche Inhalte von Host-Providern nur „distanziert“⁴¹ bereit gehalten und befinden sich schließlich Suchmaschinen überhaupt am entgegengesetzten Ende der Skala. Sie generieren idR zwar ebenfalls Links, entfalten dabei aber gewöhnlich eine rein mechanisch automatisierte Tätigkeit ohne bewußte Zusammenhänge herzustellen. Betreiber von Suchmaschinen sollten daher und im Hinblick auf die völlig unüberschaubare Masse der frequentierten Inhalte auch in puncto Verantwortlichkeit anders behandelt werden als Linksetzer, die individuelle Zusammenhänge zu ganz bestimmten und bewußt ausgewählten Inhalten herstellen. Eine weitgehende Haftungsfreistellung

³⁹ Erl 72.

⁴⁰ So auch *Brenn*, ÖJZ 1999, 481 zum RL-V.

⁴¹ OGH

nach dem Muster des Access-Providers oder zumindest eine solche, die über jene des Host-Providers hinausgeht, der am fremden Inhalt „näher dran“ ist als die Suchmaschine, erschiene sohin indiziert (strikt abzulehnen ist im Hinblick auf die dargelegte Distanz der Suchmaschine vom fremden Inhalt jedenfalls die vorgesehene Fahrlässigkeitshaftung). Im übrigen ist auch nicht ganz klar, in welchem Verhältnis die Bestimmungen des Entwurfs zu allgemeinen Regeln des Zivilrechts stehen. Gemeint ist damit insb die für das bürgerliche Recht charakteristische Differenzierung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung. Wenn also zB ein Linksetzer gegenüber dem durch den verlinkten Inhalt Geschädigten in vertraglichen Beziehungen steht, so hätte er für (haftungsbegründendes) Fehlverhalten des Verlinkten gem § 1313a ABGB ohne eigenes Verschulden einzustehen⁴². Der Entwurf stellt demgegenüber auf das Kennen oder Kennenmüssen fremden Fehlverhaltens durch den Linksetzer selbst ab, worauf es unter Zugrundelegung der Gehilfenregeln gerade nicht ankäme, so dass eine gewisse Disbalance entsteht. Auch in Bezug auf den (Regel-)Fall, daß der Linksetzer und der Geschädigte vertraglich nicht miteinander verbunden sind, ergeben sich Ungereimtheiten, weil diesfalls nach § 1315 ABGB schon dann zu haften wäre, wenn der Verlinkte untüchtig wäre, ohne dass es dabei auf den Kenntnishorizont des Linksetzers ankäme. Man kann dieses Spannungsverhältnis nun zwar unter Hinweis darauf in Kauf nehmen, dass die Regelungen des Entwurfs als horizontale Haftungsbefreiungen den allgemeinen Bestimmungen der Gehilfenhaftung vorgelagert sind. Im Sinne der Rechtshomogenität und Systemkonformität erschiene eine gewisse Abstimmung aber doch gegenüber einer undifferenzierten Gleichbehandlung mit den Fällen des Host-Providing und Betriebens von Suchmaschinen systematisch begrüßenswert. Die Alternative bestünde im Sinne einer Minimallösung darin, den Linksetzer nur mangels tatsächlicher Kenntnis vom fremden Fehlverhalten (Tätigkeit oder Information) haftungsfrei zu stellen. Dies würde auf einen Kompromiss zwischen dem Grundkonzept der Provider- und Suchmaschinenhaftung auf der einen Seite und zumindest einer Voraussetzung des § 1315 (wissentliche Gefährlichkeit) auf der anderen Seite hinauslaufen, während die gegenwärtige Ausnahme von der Haftungsbefreiung (Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit fremden Fehlverhaltens) mit keiner Kategorie der Gehilfenhaftung zusammenpasst. Im Hinblick auf § 1313a erschiene es überdies erwägenswert, (schadenersatzrechtlich) eine Gegen Ausnahme für den Fall zu statuieren, dass Linksetzer und Geschädigter vertraglich oder durch eine sonstige Sonderbeziehung miteinander verbunden sind. Die derzeitige Version des Absatz 2 umfasst diese Fälle nicht ohne weiteres, weil der Verlinkte auch dann Erfüllungsgehilfe des Linksetzers sein kann,

⁴² Zankl, *ecolex* 2001, 356; *derselbe*, Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, *JBI* 2001, 409.

wenn er diesem nicht untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird⁴³. Schließlich sollte – wenn man das heiße Eisen der Verantwortlichkeit für Links schon normativ anfasst – auch das Problem des Weiterverlinkens und der Änderung von Links geregelt werden. Auch in diesen Fällen sollte eine Haftungsbefreiung eingreifen, soweit der Linksetzer keine positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der weiterverlinkten oder geänderten Inhalte hat⁴⁴.

§ 19 kehrt in den Umsetzungsradius der Richtlinie zurück, indem er Diensteanbieter von der Verpflichtung befreit, die von ihnen gespeicherten oder übermittelten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen (Abs 1). In Zukunft wären Provider demnach gut beraten, Screening-Programme, die derzeit häufig freiwillig installiert sind und bestimmte Schlüsselwörter identifizieren, die auf Rechtsverstöße hindeuten, abzustellen⁴⁵, denn sie könnten dadurch Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten erlangen und mithin das Haftungsprivileg des § 16 verlieren. Im übrigen haben Diensteanbieter gem § 19 Abs 2 aufgrund der Anordnung eines Gerichts diesem alle Informationen zur Verfügung zu stellen, an Hand deren die Nutzer ihres Dienstes ermittelt werden können. Abs 3 statuiert auch Informationspflichten gegenüber Dritten, die diesbezüglich ein berechtigtes Interesse haben. Sonstige Auskunft- und Mitwirkungspflichten gegenüber Behörden oder Gerichten bleiben unberührt (Abs 4). Gem § 20 lassen die §§ 14-19 auch gesetzliche Vorschriften unberührt, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann (Abs 1). Entgegen dem allgemeinen Programm des Entwurfs, der – wie oben dargelegt – auf kommerzieller Tätigkeit der Diensteanbieter beruht, ordnet Abs 2 die Geltung der §§ 14-19 auch für Anbieter an, die unentgeltlich (und auch nicht werbefinanziert, Erl 80) elektronische Dienste bereitstellen (zB auf Universitätsservern).

Der **6. Abschnitt** etabliert in § 21 Abs 1 das vieldiskutierte Herkunftslandprinzip. Danach richten sich die rechtlichen Anforderungen, die den koordinierten Bereich, also die Aufnahme und die Ausübung eines Dienstes der Informationsgesellschaft betreffen (§ 4), nach dem Recht des Herkunftsstaates des Anbieters. Für Anbieter, die in einem Mitgliedstaat der EU niedergelassen sind, gelten also die rechtlichen Anforderungen dieses Staates, und zwar – soweit nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen (s oben) sowohl für

⁴³ Vgl *Zankl*, JBl 2001, 412 f.

⁴⁴ Vgl im einzelnen *Zankl*, JBl 2001, 413 f.

⁴⁵ Vgl aber *Brenn*, ÖJZ 1999, 481, der zur entsprechenden Bestimmung des RL-V meint, dass sie nicht von der Verpflichtung befreien sollte, nach dem Stand der Technik verfügbare Filtersoftware einzusetzen. Eine solche Verpflichtung besteht freilich gerade nicht.

das Privatrecht als auch für das öffentliche Recht⁴⁶. Privatrechtsverhältnisse des Anbieters und privatrechtliche Ansprüche gegen diesen richten sich auch im koordinierten Bereich grundsätzlich nach IPR, es sei denn, dass das danach maßgebende Recht den freien Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft einschränkt; dann gilt wieder das Recht des Herkunftslandes (§ 21 Abs 2). Dadurch soll (vor allem im Werbe- und Wettbewerbsrecht) vermieden werden, dass der Anbieter alle für seine grenzüberschreitenden Tätigkeiten in Betracht kommenden Rechtsordnungen berücksichtigen muss, was freilich eine Abkehr von den Grundsätzen des § 48 IPRG bedeutet⁴⁷. Die weiteren Bestimmungen des 6. Abschnitts statuieren Ausnahmen (§ 22) und Abweichungen (§ 23) vom Herkunftslandprinzip sowie ein „Notifizierungsverfahren“ für Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 24). Der **7. Abschnitt** regelt die Aufsicht über in Österreich niedergelassene Diensteanbieter (§§ 25-27), der **8. Abschnitt** die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten (§ 28), der **9. Abschnitt** Strafbestimmungen (§ 29) und der **10. Abschnitt** Vollzugs- und Schlussbestimmungen (§§ 30-34). Das E-Commerce-Gesetz soll am 1. Jänner 2002 in Kraft treten.

⁴⁶ Erl 82.

⁴⁷ Instruktives Bsp in den Erl 84.

2. Teil: Vertragsrecht

A. Allgemeines Vertragsrecht

I. "Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt" (§§ 859 ff ABGB)

1. Allgemeines

Das Rechtsgeschäft besteht definitionsgemäß aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind (Einzelheiten dazu unten 2.). In der Realität gibt es eine Vielzahl von Rechtsgeschäften (zB Verträge, Bevollmächtigungen, letztwillige Verfügungen), die nach verschiedenen Kriterien eingeteilt werden können.

- **Einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte**, abhängig davon, ob sie durch eine (zB Bevollmächtigung, Testament) oder mehrere übereinstimmende Willenserklärungen (so vor allem Verträge) zustandekommen.
- **Einseitig und zweiseitig (mehrseitig) verbindliche (verpflichtende) Rechtsgeschäfte**, je nachdem, ob nur eine (zB Schenkung) oder mehrere (zB Kauf) Pflichten begründet werden. Stehen die gegenseitigen Pflichten im Austauschverhältnis (zB beim Kauf Übergabe der Ware und Zahlung des Kaufpreises) spricht man von einem **synallagmatischen Vertrag**. Aus dem Synallagma (der Verknüpfung von Pflicht und Gegenpflicht) ergeben sich gewisse Besonderheiten (zB das Prinzip der Leistung Zug-um-Zug, dazu unten).
- **Entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte**, je nachdem ob eine Leistung mit (Kauf) oder ohne Gegenleistung (zB Schenkung, Vermächtnis) erfolgt. Für unentgeltliche Geschäfte gelten zT abweichende Bestimmungen (zB bei Auslegung, vgl § 915).
- **Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte**, je nachdem ob eine rechtliche Verpflichtung ("**Titel**") begründet (zB durch einen Kaufvertrag) oder vollzogen wird (zB durch Übergabe des Kaufgegenstands, "**Modus**"). Verpflichtungsgeschäfte sind in der Regel "kausal", dh sie müssen einen wirtschaftlichen Zweck (causa) enthalten (zB beabsichtigte Schenkung bei Übergabe einer Geldsumme). Abstrakte Verpflichtungen (Versprechen eines bestimmten Betrages ohne erkennbaren Grund) sind grundsätzlich (Ausnahme zB bei Anweisung oder Garantie, siehe unten), abstrakte Verfügungen (zB Übergabe einer Sache ohne Titel) immer unwirksam (anders zB im französischen und deutschen Recht).

II. Willenserklärung

1. Allgemeines

Durch die Willenserklärung wird eine rechtliche Absicht zum Ausdruck gebracht. Diese muß sich zwar nicht auf jede einzelne Rechtsfolge beziehen, darf aber nicht völlig fehlen (**gemäßigte Rechtsfolgentheorie**), sonst liegt kein Rechtsgeschäft, sondern nur ein juristisch unbeachtlicher Vorgang vor (zB Einladung zum Essen oder im Geschäftsbereich ein sog "Gentlemen's Agreement", bei dem sich die Parteien bloß auf ihr Wort verlassen, auf die Durchsetzbarkeit hingegen verzichten).

Weiters sind von der Willenserklärung zu unterscheiden: die **Willensbetätigung** (rechtsgeschäftliche Intention wird ohne Erklärung realiter umgesetzt, vgl zB §§ 864, 1016), die **Willensmitteilung** (auf faktischen Erfolg gerichteter Wille wird erklärt, Rechtsfolgen treten von Gesetzes wegen ein, zB bei Mahnung), die **Wissenserklärung** (Benachrichtigung über Fakten, die Rechtsfolgen auslöst, zB § 1396) und der **Realakt** (rein faktischer Vorgang, der ohne bestimmten Geschäftswillen und ohne jedwede Äußerung Rechtsfolgen auslöst, zB Malen eines Bildes - Urheberrecht).

Willenserklärungen können **ausdrücklich** oder **stillschweigend** (schlüssig, konkludent) abgegeben werden. Bei der ausdrücklichen Erklärung ergibt sich der Wille schon aus dem Inhalt der Erklärung ("ja - nein") oder aus "allgemein angenommenen Zeichen" (§ 863, zB Kopfschütteln), bei der stillschweigenden Erklärung eindeutig aus den Umständen eines bestimmten Verhaltens, so daß "kein vernünftiger Grund besteht, daran (am Gewollten) zu zweifeln" (§ 863). Beispiel: Jemand zeigt an der Kassa die Ware, die er aus dem Regal genommen hat und stellt damit stillschweigend das Angebot, diese kaufen zu wollen. Aus § 863 folgt, daß im Zweifel keine stillschweigende Willenserklärung angenommen werden darf. Dies gilt insb auch für bloßes Schweigen (zB Nichtreagieren auf ein Angebot), das aber Erklärungsbedeutung erlangen kann, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt (wenn die Parteien zB in gewissen Sonderbeziehungen stehen - etwa ständige Geschäftsverbindung - die eine "Pflicht zum Reden" mit sich bringen; vgl auch § 362 HGB).

Willenserklärungen sind idR "**empfangsbedürftig**": Sie erlangen grundsätzlich erst dann rechtliche Wirkung, wenn sie dem Empfänger zugehen (in seinen Machtbereich gelangen). Ob sich der Empfänger dann tatsächlich Kenntnis verschafft, ist für den Zugang unerheblich, weil er es andernfalls in der Hand hätte, den Zugang willkürlich zu vereiteln. Bis zur

Kenntnisnahme durch den Empfänger kann aber die zugegangene Erklärung widerrufen werden. Der Zugangszeitpunkt, an den mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann, orientiert sich grundsätzlich an den „normalen“ Geschäftszeiten (dh dass ein Brief, der um 23 Uhr in den Briefkasten geworfen wird im allgemeinen erst als am nächsten Tag zugegangen gilt); anders nun aber bei e-mails: gem Art 11 E-CommerceRL gelten elektronische Bestellungen und Empfangsbestätigungen als „eingegangen, wenn die Parteien für die sie bestimmt sind, sie abrufen können“.

Willenserklärungen gelten so, wie sie der Empfänger bei objektiver Betrachtung verstehen darf. Er kann darauf vertrauen, daß die Erklärung so gemeint war, wie sie objektiv in Erscheinung tritt (**Vertrauenstheorie**, anders die Willenstheorie, die auf den wahren Willen des Erklärenden abstellt und va bei letztwilligen Verfügungen zur Anwendung kommt). Dabei spielt es grundsätzlich weder eine Rolle, ob die Erklärung anders zugegangen ist, als sie abgegeben wurde (zB durch Übertragungsfehler beim Faxen), noch ob sich der Erklärende überhaupt der Erklärung bewußt war (Erklärungsbewußtsein) oder sie nur versehentlich abgegeben hat, wenn er sie zumindest fahrlässig verursacht hat (daher zB keine Willenserklärung, wenn dem Prominenten ein Kaufangebot "untergejubelt" wird, das dieser in der Annahme, ein Autogramm zu geben, unterschreibt).

2. Auslegung

Soweit Verträge oder einseitige Willenserklärungen unklar sind, muß ihr Sinn durch **Interpretation** ermittelt werden. Dabei ist nicht "an dem **buchstäblichen Sinne** des Ausdrucks zu haften, sondern die **Absicht der Parteien** zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der **Übung des redlichen Verkehrs** entspricht" (§ 914). Ist das dadurch erzielte Auslegungsergebnis noch vom Wortlaut gedeckt, liegt einfache, darüber hinaus ergänzende Auslegung vor. Bei letzterer besteht also eine (Vertrags-)Lücke (die Parteien haben Regelungsbedürftiges nicht geregelt), die dadurch geschlossen wird, daß man eine Lösung zugrundelegt, die "redliche und vernünftige Parteien" getroffen hätten ("Übung des redlichen Verkehrs").

Ähnliches erfolgt auch bei der **Konversion**, das ist die Umdeutung eines ungültigen Rechtsgeschäfts in ein gültiges, soweit dessen Voraussetzungen erfüllt sind und angenommen werden kann, daß dieses eher dem Parteiwillen entspricht, als die Ungültigkeit des ursprünglich geplanten Geschäfts (zB Umdeutung einer mangels Notariatsakts ungültigen Schenkung auf den Todesfall in ein Vermächtnis).

Beachte ferner **§ 915**, der allerdings nur insoweit zur Anwendung kommt, als nach § 914 kein eindeutiges Auslegungsergebnis zu erzielen ist: Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung "zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat" (sog **Unklarheitenregel**; vgl in diesem Zusammenhang auch § 6 Abs 3 KSchG, dazu unten).

III. **Vertragsabschluss**

1. **Allgemeines**

Ein Vertrag kommt – grundsätzlich – formlos durch **übereinstimmende Willenserklärungen** (Angebot und Annahme) gemäß § 861 zustande. Stimmen die Erklärungen nicht überein, liegt Dissens vor (siehe unten). Beachte im einzelnen zu Angebot und Annahme: Ein Angebot erfordert **Bindungswillen** (daher sind Inserate oder Werbungen keine Angebote) und **Bestimmtheit** (der wesentliche Vertragsinhalt muß feststehen, zB beim Kaufvertrag Ware und Preis). Die Annahme muß "rechtzeitig" erfolgen, also dem Offerenten innerhalb der von ihm gesetzten Frist zugehen (vgl im einzelnen § 862a). Mangels einer solchen Frist müssen Angebote unter Anwesenden (auch am Telephon) sofort, unter Abwesenden "längstens bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragsteller unter der Voraussetzung, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen ist, bei rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Absendung der Antwort deren Eintreffen erwarten darf" (§ 862). Innerhalb dieser Fristen ist der Offerent an sein Angebot gebunden (Bindungswirkung), außer er hat unverbindlich („ohne obligo“) offeriert, so dass er sein Angebot bis zur Annahme widerrufen kann. Bis zum Zugang kann die Annahme jedenfalls widerrufen werden (nach hA auch noch danach, soweit der Empfänger noch nicht davon Kenntnis erlangt hat). Ist eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäfts oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten, so kommt der Vertrag gem § 864 zustande, wenn dem Angebot "tatsächlich entsprochen wird" (zB durch Absenden der bestellten Ware). Das Behalten, Verwenden oder Verbrauchen einer Sache, die dem Empfänger unaufgefordert übersandt worden ist, gilt freilich nicht als Annahme (vgl im einzelnen § 864 Abs 2).

Gemäß dem Grundsatz der **Privatautonomie** kann niemand dazu gezwungen werden, einen Vertrag zu schließen. Ausnahmen: Verpflichtung durch Vorvertrag oder bei Kontrahierungszwang, der dann angenommen wird, wenn Güter oder Dienstleistungen monopolartig

angeboten werden (zB für Eisenbahnen, Post und Energieversorgung, aber wohl auch für die Domain-Verwaltungsgesellschaft NIC, die als einzige dieser Art in Österreich Domain-Registrierungen unter den Top-Level-Domains „at“ vergibt).

Der (ein- oder zweiseitig verbindliche) **Vorvertrag** ist nur eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz der Privatautonomie, weil diese dadurch gewahrt bleibt, daß man zum Abschluß des Vorvertrages selbst nicht verpflichtet ist. Der Vorvertrag verpflichtet zum Abschluß des Hauptvertrages (dessen wesentlicher Inhalt daher feststehen muß) zu einem bestimmten Zeitpunkt. Auf Abschluß des Hauptvertrages kann nur innerhalb eines Jahres ab diesem Zeitpunkt und auch nur dann geklagt werden, wenn sich nicht die Umstände in einer Art und Weise verändert haben, daß der Vertragszweck vereitelt oder "das Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird" (§ 936, sog **clausula rebus sic stantibus**). Vom Vorvertrag zu unterscheiden sind die gesetzlich nicht geregelte **Option** (das Recht, einen inhaltlich vorausbestimmten Vertrag ohne weitere Mitwirkung des Partners in Geltung zu setzen) und die **Punktation** (Entwurf, dem ein förmlicher Vertrag folgen soll; kann gem § 885 bereits verbindlich sein).

2. Vertragsabschluß unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB)

Durch die Vorformulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen und den Umstand, daß diese regelmäßig von wirtschaftlich und rechtlich überlegenen Unternehmern verwendet werden, besteht eine gewisse "Überrumpelungsgefahr". Daher muß zunächst geprüft werden, ob sich der Vertragspartner damit überhaupt einverstanden erklärt hat ("**Geltungskontrolle**"). Dies setzt in der Regel voraus, daß ihm die Verwendung der AGB erkennbar ist und er zumindest die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme hat (nur ausnahmsweise gelten AGB von Gesetzes wegen, zB Kraftfahrzeug-Haftpflichtbedingungen); vgl ferner § 864a, der - dem Vertragspartner des AGB-Verwenders - nachteilige Klauseln unter bestimmten Voraussetzungen für unwirksam erklärt, sowie § 6 Abs 3 KSchG, wonach eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam ist, wenn sie unklar oder mißverständlich abgefaßt ist.

Soweit die AGB die Geltungskontrolle passiert haben, werden sie insbesondere unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit (§ 879) der "**Inhaltskontrolle**", also einer Überprüfung ihrer Angemessenheit, unterzogen; vgl auch § 879 Abs 3, der eine AGB-Klausel, die nicht die Hauptleistung betrifft, für unwirksam erklärt, "wenn sie unter

Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt"; vgl ebenfalls § 6 Abs 1 und 2 KSchG.

IV. Vertragsabschluß durch Stellvertreter

1. Allgemeines

Ein (direkter) Stellvertreter handelt im Namen des Geschäftsherrn und erzeugt damit rechtsgeschäftliche Wirkungen unmittelbar zwischen diesem und dem Dritten. Stellvertretung ist grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften möglich (außer bei höchstpersönlichen, zB letztwilligen Verfügungen), beim Vertrag besonders häufig, so daß die Darstellung in diesem Zusammenhang erfolgt. Von ihr zu unterscheiden ist die indirekte Stellvertretung, die eigentlich gar keine ist, weil der Stellvertreter zunächst im eigenen Namen kontrahiert, indem er zB eine Sache kauft, um sie dann an den Geschäftsherrn weiterzuverkaufen.

2. Voraussetzungen

- **Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters:** Da der Stellvertreter eine Willenserklärung abgibt (wenn auch im fremden Namen), muß er zumindest beschränkt geschäftsfähig, also mindestens 7 Jahre alt sein. Inwieweit er in diesem Alter bereits fremde Interessen wahrnehmen kann, obliegt der Einschätzung des Geschäftsherrn, dessen Risiko es ist, wenn der minderjährige Stellvertreter nachteilige Dispositionen trifft.
- **Vertretungsmacht (Vollmacht):** kann gegenüber dem Stellvertreter (intern) oder gegenüber dem Dritten (extern) ausdrücklich oder stillschweigend (§ 863), aber auch dadurch erteilt werden, daß der Geschäftsherr einen entsprechenden Anschein setzt, indem er zB jemandem Geschäftspapier und Stempel überläßt. Gutgläubige Dritte sind in ihrem Vertrauen darauf, daß der Geschäftsherr Vollmacht erteilt hat (was er in Wirklichkeit nicht getan hat) geschützt (Anscheinsvollmacht). Beachte aber: außer in den Fällen der Anscheinsvollmacht gibt es im Vertretungsrecht keinen Vertrauensschutz (wenn also zB nur der Vertreter versichert, Vollmacht zu haben, so nützt ein entsprechendes Vertrauen ohne entsprechenden Anschein des Geschäftsherrn nichts). Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach der konkreten Bevollmächtigung, dh es gibt eine Einzel-, Gattungs- und Generalvollmacht.
- **Offenlegung (Handeln im Namen des Vertretenen):** kann ebenfalls ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (zB tritt die Kassiererin idR nur konkludent im Namen des Geschäftsherrn auf). Im Zweifel - wenn

also nicht klar ist, ob der Vertreter im eigenen oder fremden Namen auftritt - ist ein Eigengeschäft anzunehmen. Die Person des Geschäftsherrn muß nicht bekanntgegeben werden, wenn der Dritte damit einverstanden ist (**Geschäft für den, den es angeht**). Unterscheide vom Handeln im fremden Namen das **Handeln unter fremdem Namen**, bei dem sich jemand als ein anderer ausgibt. Im Zweifel gilt wieder Eigengeschäft, es sei denn, daß es dem Dritten gerade darauf ankommt, mit demjenigen zu kontrahieren, als der sich der Handelnde ausgibt (weil er zB nur diesem Prozente gibt). In diesem Fall gilt das Geschäft für den Namensträger, wenn er den Handelnden bevollmächtigt hat, sonst liegt Vertretung ohne Vollmacht vor (siehe unten).

3. Sonderformen der Vollmacht

- **Verwaltervollmacht:** wer einem anderen eine Verwaltung anvertraut, von dem wird auch vermutet, daß er ihm die Macht einräumt, alles zu tun, was gewöhnlich mit der Verwaltung verbunden ist (§ 1029).
- **Ladenvollmacht:** Verkäufer sind iZw bevollmächtigt, den Kaufpreis zu kassieren (§ 1030), nicht aber Waren einzukaufen (§ 1031).
- **Prokura und Handlungsvollmacht:** handelsrechtliche Vollmachten mit gesetzlich umschriebenem Umfang (§§ 48 ff HGB). Der Prokurist ist zum Abschluß sämtlicher Geschäfte bevollmächtigt, die der Betrieb (irgend-)eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Prokura wird im Firmenbuch eingetragen und kann vom Geschäftsherrn nicht beschränkt werden. Die Handlungsvollmacht bezieht sich demgegenüber nur auf den Abschluß von Geschäften, die zum Betrieb jenes Handelsgewerbes gehören, in dem der Handlungsbevollmächtigte tätig ist.
- Unternehmensvollmacht: (vgl § 10 KSchG)

4. Abgrenzungen

- **Treuhand:** Der Treuhänder "kann mehr als er darf", ihm wird also zB das Eigentum am Treugut übertragen, über das er daher ohne Vollmacht unbeschränkt verfügen kann, im Innenverhältnis ist er aber an den Auftrag des Treugebers gebunden, der weiterhin als "wirtschaftlicher Eigentümer" betrachtet wird und daher zB berechtigt ist, Aussonderung des Treuguts im Konkurs des Treuhänders zu verlangen oder Exszindierung bei Exekution in das Treugut durch Gläubiger des Treuhänders.
- **Botenschaft:** Der Bote tritt nicht im fremden Namen auf, gibt also keine Willenserklärung ab, sondern überbringt sie nur - daher ist keine Geschäftsfähigkeit erforderlich (dh auch ein Tier – wie zB eine

Brieftaube – kann ein Bote sein). Nach herrschender Lehre trägt der Geschäftsherr - außer bei absichtlicher Verfälschung - das Risiko unrichtiger Erklärungsübermittlung durch den Boten.

- **Auftrag:** begründet keine Vertretungsmacht im Außenverhältnis, sondern im Innenverhältnis die Verpflichtung des Beauftragten, für den Geschäftsherrn Rechtshandlungen zu tätigen. Um diesen dabei vertreten zu können, benötigt er eine Vollmacht (sonst ist nur indirekte Stellvertretung möglich, s oben).

5. Vertretung ohne Vollmacht

Vertretung ohne Vollmacht bzw über diese hinaus begründet Schadenersatzpflicht des sog "**Scheinvertreter**" (**falsus procurator**) aufgrund von **culpa in contrahendo**. Er muß den Dritten so stellen, wie dieser stünde, hätte er nicht auf den Vertragsabschluß vertraut (Ersatz des **Vertrauensschadens**, Ausnahmen im Handelsrecht). Hingegen ist der Nichterfüllungsschaden (mangels Kausalität) grundsätzlich nicht zu ersetzen. Der Vertrauensschaden ist allerdings durch das „hypothetische“ (weil ungültiger Vertrag) Erfüllungsinteresse begrenzt.

Bsp: A ist von B bevollmächtigt, dessen Auto, das einen Wert von 50.000 hat, um eben diesen Betrag zu verkaufen, verkauft es aber um 45.000 an C, der es in der Folge auch anmelden läßt (Kosten 2.000). Der Vertrag ist ungültig, C erhält von A 2.000 (da er das Auto nicht angemeldet hätte, wenn er von der Ungültigkeit des Kaufvertrages gewußt hätte), nicht aber 5.000 (Nichterfüllungsschaden, den er auch erlitten hätte, wenn sich A rechtmäßig verhalten hätte und das Auto um 50.000 verkauft hätte).

Der Geschäftsherr kann das Geschäft allerdings durch (ausdrückliche oder stillschweigende) **Genehmigung** oder **Vorteilszuwendung** sanieren (§ 1016).

Beachte: Vertretung ohne Vertretungsmacht liegt grundsätzlich auch in den Fällen des **Insichgeschäfts** vor (vgl §§ 271 f), wenn also der Vertreter seine Vollmacht dazu verwendet um mit sich selbst (Selbstkontrahieren) oder mit einem Dritten zu kontrahieren, von dem er ebenfalls bevollmächtigt ist (Doppelvertretung). Wirksam ist das Insichgeschäft nur dann, wenn es gestattet wurde oder keine Benachteiligungsgefahr für den oder die Geschäftsherren mit sich bringt (zB wenn zu üblichen Marktpreisen kontrahiert wird) oder ein Kollisionskurator bestellt wurde.

Keine Scheinvertretung liegt in den Fällen des **Mißbrauchs der Vertretungsmacht**, also dann vor, wenn der Bevollmächtigte im Rahmen

seiner Vollmacht den Geschäftsherrn vorsätzlich schädigt, wenn also zB im obigen Fall die Vollmacht nicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt gewesen wäre, sondern nur auf "Verkauf" gelautet hätte und der Bevollmächtigte den Wagen bewußt "zu billig" verkauft hätte. Das Geschäft ist in diesem Fall gültig (mit Schadenersatzpflicht des Vertreters gegenüber dem Geschäftsherrn), es sei denn, der Bevollmächtigte und der Dritte haben in Schädigungsabsicht zusammengewirkt (**Kollusion**, gem § 879 wegen Sittenwidrigkeit nichtig).

6. Beendigung der Vollmacht

Die Vollmacht erlischt vor allem durch **Aufkündigung** des Vertreters (§ 1021) oder **Widerruf** des Geschäftsherrn (§ 1020), was grundsätzlich jederzeit möglich ist (unwiderrufliche Vollmachten sind im allgemeinen sittenwidrig). Weitere Endigungsgründe sind Fristablauf bei zeitlich beschränkter Vollmacht, Konkurs (§ 1024), Tod des Geschäftsherrn oder des Vertreters (Ausnahme: § 1022). Die Vertretungsmacht bleibt in diesen Fällen aber aufrecht, wenn dem Dritten das Erlöschen schuldlos unbekannt war (§ 1026). (Vgl hinsichtlich unaufschiebbarer Geschäfte § 1025).

V. Vertragsabschluß mit Voraussetzungsklauseln

Die Parteien können den Vertrag von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, wie insb vom:

- Eintreten oder Nichteintreten ungewisser Umstände (Bedingungen; vgl §§ 696 ff)
- Eintreten bestimmter Termine oder Ereignisse (Befristung; vgl §§ 704 f)
- Setzen eines bestimmten Verhaltens durch einen Beschenkten (Auflage; vgl §§ 709 ff).

VI. Vertragserfüllung

Auch die folgenden Regeln gelten für die Erfüllung sämtlicher (auch gesetzlicher) Leistungspflichten (zB bei Schadenersatz), werden aber in der Praxis am häufigsten bei Verträgen virulent und daher auch vom Gesetz in diesem Zusammenhang normiert. Im einzelnen geht es darum, wann, wo, auf welche Art und in welcher Reihenfolge ein Vertrag zu erfüllen ist:

1. Leistungsgegenstand

Gegenstand der Leistung kann entweder ein nach individuellen Merkmalen bestimmtes Stück (zB ein bestimmtes Gemälde (sog Stück- oder Speziesschuld) sein oder ein beliebiges Stück (zB ein neuer PC einer bestimmten Marke) aus einer Gattung gleichartiger Stücke (Gattungsschuld). Die Unterscheidung erlangt in verschiedenen Zusammenhängen Bedeutung, zB bei nachträglicher Unmöglichkeit (siehe unten bei den Leistungsstörungen) und bei der Irrtumsanfechtung (siehe unten im Internet-Vertragsrecht).

2. Leistungszeit (§ 904)

Mangels gesetzlicher Fälligkeitsregeln (zB für die Erfüllung im Fernabsatz in § 5i KSchG), richtet sich der Leistungszeitpunkt nach **Vereinbarung** oder der **Natur des Geschäfts**. Ergibt sich daraus nichts, muß der Schuldner erst nach **Mahnung** leisten.

Wird der aus den eben dargelegten Regeln bestimmte Fälligkeitszeitpunkt von den Parteien verschoben spricht man von **Stundung**, bei bloßem Verzicht des Gläubigers auf die Geltendmachung trotz Fälligkeit - Zinsen laufen daher - von **reiner Stundung**.

3. Leistungsort (§ 905)

Der Erfüllungsort ergibt sich primär aus der **Parteienvereinbarung** oder aus der **Natur** des Geschäfts (zB Dienstvertrag im Betrieb des Dienstgebers). Ansonsten liegt im Zweifel eine **Holschuld** vor: der Gläubiger muß sich die ihm geschuldete Leistung am Wohnort (Sitz) des Schuldners abholen. Die Parteien können aber auch eine **Bringschuld** (Erfüllungsort beim Gläubiger) oder eine **Schickschuld** vereinbaren, bei welcher der Schuldner verpflichtet wird, dem Gläubiger die Leistung zu übersenden. Geldschulden sind iZw sog qualifizierte Schickschulden: Der Schuldner muß die Leistung absenden und trägt - zum Unterschied von der normalen Schickschuld - auch das Risiko, daß sie (rechtzeitig) ankommt (§ 905 Abs 2).

4. Leistungsart (§§ 906 f)

Kann der Vertrag auf mehrere Arten erfüllt werden (liegt also eine **Wahlschuld** vor: zB Kaufvertrag über die Sache A oder die Sache B), so hat - je nach Vereinbarung - der Schuldner, der Gläubiger oder ein Dritter

die Wahl, welche Leistung zu erbringen ist, wobei von der einmal getroffenen Wahl nicht mehr abgegangen werden kann (§ 906). Geht in einem solchen Fall eines der "Wahlstücke" zufällig unter, so ist der Wahlberechtigte nicht mehr an den Vertrag gebunden (bei Verschulden des Verpflichteten kann der Berechtigte entweder Schadenersatz oder das übrige Stück wählen, § 907). Zu unterscheiden von der Wahlschuld ist die **Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa)**, bei welcher nur eine Leistung geschuldet wird, dem Schuldner aber das Recht zusteht, an Stelle dieser eine andere zu erbringen (zB § 934).

5. Reihenfolge (Leistung Zug-um-Zug)

Ein Partner muß seine Leistung nur erbringen, wenn der andere sie auch erbracht hat oder sie zumindest gleichzeitig anbietet ("**Einrede des nicht erfüllten Vertrages**"). Dies gilt auch nach der Erfüllung: Ist die Leistung mangelhaft erbracht worden, so braucht der Kaufpreis so lange nicht bezahlt zu werden, bis der Mangel behoben wurde ("**Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages**"). Hat sich ein Vertragsteil zur Vorausleistung verpflichtet, kann er zwar nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, immerhin aber die "**Unsicherheitseinrede**" erheben, wenn die Gegenleistung durch unvorhersehbare Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vertragspartners gefährdet ist (vgl § 1052).

VII. Vertragsverletzung

Vertragsverletzungen sind Leistungsstörungen und können uU Schadenersatzansprüche auslösen (siehe unten).

An deren Stelle tritt als pauschalierter Schadenersatz die Pflicht zur Leistung einer **Vertragsstrafe (Konventionalstrafe)**, wenn dies vereinbart wurde (§ 1336): Sie gebührt zwar unabhängig vom Eintritt und von der Höhe eines konkreten Schadens (Pauschalierung), setzt aber grundsätzlich ein Verschulden an der Vertragsverletzung voraus (Schadenersatzcharakter). Sie kann - außer bei Zusage durch Vollkaufleute - gerichtlich herabgesetzt werden.

Eine ähnliche Funktion wie die Vertragsstrafe hat das **Reugeld**, weil es bei schuldhafter Vertragsverletzung gleichfalls an Stelle des dadurch verursachten Schadens gebührt (§ 911). Darüber hinaus gewährt es demjenigen, der es verspricht, das Recht unter Zahlung auch dann vom Vertrag zurückzutreten, wenn er gesetzlich nicht dazu berechtigt wäre (§ 909). Unterscheide davon das sog **Angeld**, das "als ein Zeichen der Abschließung" oder als eine Sicherstellung für die Erfüllung des Vertrages gegeben wird und bei schuldhafter Vertragsverletzung einbehalten

werden kann, ohne daß sich aber der schuldlose Teil damit begnügen muß (vgl im einzelnen § 908).

VIII. Vertragshindernisse

Einem Vertrag können Störungen entgegenwirken, die schon im Zeitpunkt des Abschlusses bestanden (Wurzelstörungen) oder erst im Leistungsstadium auftreten (Leistungsstörungen).

1. Wurzelstörungen

Wie erwähnt liegen diese **schon bei Vertragsabschluß** vor und bewirken daher, daß gar kein Vertrag zustandekommt, dieser also ungültig (nichtig) ist (unten a – e) oder (sachenrechtlich) rückwirkend aufgehoben werden kann (unten f). Die sachenrechtliche Rückwirkung bedeutet, daß juristisch so vorgegangen wird, als wäre nie ein Vertrag abgeschlossen worden. Daraus ergeben sich mehrere Konsequenzen, zB daß der Verkäufer nach wie vor Eigentümer der verkauften Ware ist. Ist ein Vertrag ungültig, so kann er grundsätzlich nicht dadurch geheilt werden (keine Konvaleszenz), daß die erforderlichen Voraussetzungen später eintreten (daß zB die minderjährigen Vertragspartner später volljährig werden; vgl aber § 154 Abs 3 idF des KindRÄG 2001 als gewisse Durchbrechung dieses Grundsatzes).

a.) mangelnde Geschäftsfähigkeit

Geschäftsfähig ist, wer durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln Rechte und Pflichten erwerben kann. Beschränkungen ergeben sich aus dem Alter (bis 19) und dem Geisteszustand:

- **7 Jahre (Kinder):** grundsätzlich geschäftsunfähig (Ausnahme: gem § 151 Abs 3 werden geringfügige Geschäfte des täglichen Lebens - zB der Kauf eines Mickey Mouse-Hefts - mit Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend wirksam). Da Geschäfte von Kindern ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nichtig sind, können sie von diesem auch nicht nachträglich genehmigt werden.
- **14 Jahre (unmündige Minderjährige):** es gilt grundsätzlich dasselbe wie bei Kindern, darüber hinaus können sie aber auch ein "**bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen**" annehmen (§ 865). Gemeint ist nicht die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit (Kauf einer Sache im Wert von S 800 um S 500), sondern daß vom Minderjährigen keine Pflichten zu erfüllen sind (wie vor allem bei Schenkungen). In diesem Fall ist das Geschäft gültig, ansonsten

schwebend unwirksam ("negotium claudicans"): Der gesetzliche Vertreter kann es - binnen angemessener Frist - genehmigen.

- **18 Jahre (mündige Minderjährige)**: wie Unmündige; zusätzlich (vgl § 151 Abs 2) die Geschäftsfähigkeit betreffend das, was zur **freien Verfügung** überlassen wurde (vor allem Taschengeld) und **eigenes Einkommen** (vor allem für Lehrlinge), soweit es nicht zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse des Minderjährigen benötigt wird. Ferner können sich mündige Minderjährige selbständig zu **Dienstleistungen** verpflichten, ausgenommen Lehr- und Ausbildungsverträge (§ 152).

Die **gesetzliche Vertretung** ist Teil der Obsorge (vgl § 144) und steht daher bei ehelichen Kindern grundsätzlich den Eltern zu (und zwar prinzipiell jedem für sich allein - "wer zuerst kommt, mahlt zuerst", vgl § 154), bei unehelichen Kindern der Mutter (§ 166, Einzelheiten im Familienrecht).

Beachte: Es besteht **kein Vertrauensschutz** (ein Vertrag mit einem Geschäftsunfähigen ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ist auch dann unwirksam, wenn dem Vertragspartner die Geschäftsunfähigkeit nicht erkennbar war).

Was den **Geisteszustand** betrifft, sind Personen, die "den Gebrauch der Vernunft nicht haben", je nach Dauer (zB nur kurzfristig während Volltrunkenheit oder immer aufgrund unheilbarer Geisteskrankheit) und Umfang der geistigen Beeinträchtigung geschäftsunfähig (§ 865). Vermag eine Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist, ihre Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen, so ist auf Antrag oder von Amts wegen ein Sachwalter zu bestellen (§ 273 Abs 1). Der Wirkungskreis des Sachwalters richtet sich nach dem Umfang der Behinderung (vgl § 273 Abs 3) und führt grundsätzlich (Ausnahme § 273a Abs 1 Satz 2) zu einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, die jener unmündiger Minderjähriger entspricht (vgl § 273a Abs 1 und 2). Die Beschränkung bleibt - auch bei zwischenzeitlicher Genesung - bis zur Aufhebung der Sachwalterschaft aufrecht (konstitutive Wirkung). Die Sachwalterbestellung (die sich auch auf die Personensorge iSd § 282 bezieht) ist unzulässig, wenn der behinderten Person anderweitig (zB in der Familie) geholfen werden kann oder wenn nur Dritte "vor der Verfolgung eines, wenn auch nur vermeintlichen, Anspruchs" durch die behinderte Person geschützt werden sollen (§ 273 Abs 2).

Bei Verhinderungen aus anderen Gründen als des Alters oder Geisteszustandes ist ein Kurator zu bestellen, für den mangels

anderer Anordnungen die §§ 137-284 sinngemäß gelten. Es gibt verschiedene Arten von Kuratoren (vgl §§ 271, 272, 274 und 276)

b) **Dissens**

Liegt vor, wenn die Willenserklärungen nicht übereinstimmen (§ 869 ABGB) und ist entweder **offen**, wenn er den Parteien bewußt ist (zB A bietet 100, B antwortet ja, 80) oder andernfalls **versteckt** (zB A bietet 5 "Flocken" und versteht darunter S 5.000-, B ist einverstanden in der Annahme, daß es sich um S 500 handelt - läßt sich durch Auslegung nicht klären, was objektiv unter "Flocken" zu verstehen ist, liegt Dissens wegen Mehrdeutigkeit vor). Beachte: Irrtumsanfechtung ist nicht möglich, da gar kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, der angefochten werden könnte (würde sich hingegen im obigen Bsp herausstellen, daß man unter 5 "Flocken" objektiv S 500 versteht, so käme der Vertrag zu diesem Preis zustande und A müßte wegen Irrtums anfechten, siehe unten).

c) **Formungültigkeit**

Grundsätzlich müssen Verträge in keiner bestimmten Form geschlossen werden (**Formfreiheit**, s oben). Allerdings können die Parteien eine (zB Schrift-)Form vereinbaren (**gewillkürte Form**), so daß sie iZw ohne deren Einhaltung nicht gebunden sind (§ 884). Außerdem stellt das **Gesetz** - vor allem aus Gründen der Beweissicherung (zB bei letztwilligen Verfügungen, §§ 578 ff) oder zum Schutz vor Übereilung (zB bei Bürgschaft, § 1346, und Schenkung, § 943) - Formvorschriften auf. Werden diese verletzt, ist das Geschäft grundsätzlich ungültig (Ausnahme gem § 1432: Wird eine Leistung trotz Formungültigkeit erbracht, kann sie im allgemeinen nicht zurückgefordert werden).

d) **Gesetz- oder Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB)**

Ein Vertrag ist ungültig, wenn er gegen ein **Gesetz** verstößt, das die Gültigkeit eines entsprechenden Vertrages verhindern will (zB Waffengesetz). Gesetze, die sich nur an einen Partner richten, verfolgen diesen Zweck im allgemeinen nicht (zB sind deshalb Geschäfte außerhalb der Ladenschlußzeiten nicht ungültig, sondern nur davon betroffene Gewerbetreibende mit Verwaltungsstrafe bedroht).

Ein Vertrag ist wegen Sittenwidrigkeit ungültig, wenn er gegen das

"**Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft**" verstößt (Rsp). Die Konkretisierung der Generalklausel (Formel vom Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft) erfolgt vor allem durch die Grundrechte (mittelbare "Drittwirkung"). Spezialfälle sittenwidriger Vereinbarungen finden sich in § 879 Abs 2 und 3; ebenso enthält § 6 KSchG einen Katalog von Klauseln, die „im Sinne des § 879 jedenfalls nicht verbindlich“ sind.

e) **Ursprüngliche Unmöglichkeit (§ 878)**

Rechtlich Unmögliches (zB Sklaverei, vgl § 16) oder **faktisch Absurdes** (zB Verkauf einer Audienz mit dem Kaiser Franz Josef) ist "geradezu unmöglich" (§ 878 Satz 1) und kann daher - wenn dies schon bei Vertragsabschluß der Fall ist - nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages sein. Der Schuldner wird haftbar, soweit er die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte (grundsätzlich Ersatz des Vertrauensschadens) und für den Gläubiger nicht dasselbe gilt (dann verliert dieser nämlich jeglichen Anspruch: sog Kulpakompensation, § 878 Satz 3).

f) **Willensmängel**

- **Irrtum** (§§ 871 ff ABGB): Vorstellung und Erklärung stimmen nicht überein, weil sich der Erklärende bei der Abgabe der Erklärung irrt (Erklärungsirrtum, zB Verschreiben, Versprechen) oder in bezug auf den Geschäftsgegenstand oder die Person des Geschäftspartners (Geschäftsirrtum ieS, der Käufer glaubt zB, daß das gekaufte Fahrzeug in Ordnung ist, während es in Wirklichkeit Mängel aufweist). Bei entgeltlichen Geschäften unter Lebenden (vor allem Kauf) sind nur **Geschäftsirrtümer iwS** relevant, das sind solche, die sich auf Umstände beziehen, die **Vertragsinhalt** sind, nicht hingegen Motivirrtümer. Was Vertragsinhalt ist, kann nicht generell, sondern nur in bezug auf einen konkreten Fall gesagt werden und muß iZw durch Auslegung geklärt werden (so ist zB bei Kauf eines "Goldringes" um S 50 am Flohmarkt der Irrtum über die Eigenschaft Gold Motivirrtum, bei Kauf beim Juwelier um S 5.000 hingegen Geschäftsirrtum, wenn sich herausstellt, daß der Ring nicht aus Gold ist). Der Irrtum kann (auch wenn er vom Irrenden verschuldet wurde) geltend gemacht werden, wenn er vom Vertragspartner des Irrenden entweder **veranlaßt** wurde (Verursachung, Verschulden nicht erforderlich!) oder ihm aus den Umständen **offenbar auffallen mußte** oder ihm gegenüber **rechtzeitig** (dh bevor er Dispositionen im Vertrauen auf den Vertrag getroffen hat) **aufgeklärt** wurde (§ 871 ABGB). Es kommt

dadurch bei wesentlichem Irrtum (wenn also der Vertrag bei Kenntnis der Sachlage nicht geschlossen worden wäre) zur **Vertragsaufhebung**, bei unwesentlichem Irrtum (wenn der Vertrag *von beiden Parteien* anders geschlossen worden wäre) zur **Vertragsanpassung** (zB Preisminderung). Ein Ausschluß der Geltendmachung liegt zB vor bei Verjährung, Verzicht des Irrtenden und Klaglosstellung.

- **Arglist** (§ 870): bewußte Herbeiführung eines Irrtums (Täuschung). Der Vertrag kann ohne weitere Voraussetzungen und unabhängig davon angefochten werden, ob über wesentliche oder unwesentliche, vertragsgegenständliche Umstände oder bloße Motive getäuscht wurde.
- **Drohung** (§ 870): Der Partner wird durch Androhung eines Übels zum Vertragsabschluß gezwungen. Der Vertrag kann ebenfalls ohne weiters angefochten werden.

Da sowohl die bewußte Täuschung als auch die Bedrohung des potentiellen Vertragspartners rechtswidrig sind, hat dieser über die Anfechtungsmöglichkeit hinaus einen Schadenersatzanspruch (§ 874). Geht die Täuschung oder Drohung **von einem Dritten** aus, so kann nur dann angefochten (und Schadenersatz verlangt) werden, wenn der Vertragspartner an der Handlung des Dritten teilnahm oder davon offenbar wissen mußte (§ 875).

- **Wegfall der Geschäftsgrundlage**: Geschäftsgrundlage ist das, wovon die Vertragspartner typisch ausgehen. Fallen solche Umstände später weg (oder fehlen sie), so kann der Vertrag nach hA angefochten werden, wenn sie nicht der Sphäre des Anfechtenden angehören und er mit dem Wegfall auch nicht rechnen mußte (wenn zB kurz vor Antritt der Urlaubsreise plötzlich ein Krieg am Reiseziel ausbricht).

2. Leistungsstörungen

Liegen vor, wenn der Vertrag zwar wirksam zustandegekommen ist, bei seiner Abwicklung aber Störungen auftreten. Die Vertragsaufhebung als Folge einer Leistungsstörung wirkt nicht - wie die Wurzelmängel - sachenrechtlich zurück, sondern nur ex nunc, daher bleibt zB der Käufer, der den Kaufvertrag erfolgreich wegen Gewährleistung angefochten hat, bis zur Rückstellung der Ware (zu der er verpflichtet ist) weiterhin ihr Eigentümer.

a) **Nachträgliche Unmöglichkeit (§ 920)**

Wird die (Spezies-)Leistung erst nach Vertragsabschluß und vor Vertragserfüllung unmöglich (bei einer Gattungsschuld stellt sich die Frage grundsätzlich nicht, weil einfach ein anderes Stück aus der Gattung geleistet werden kann), weil zB der verkaufte Pkw vor Übergabe gestohlen wird, so hängen die Rechtsfolgen im wesentlichen davon ab, ob den Schuldner ein **Verschulden** trifft. Ist dies nicht der Fall, erlöschen die Leistungspflichten (§ 1447) und der Schuldner muß allenfalls herausgeben, was an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung getreten ist, das sog stellvertretende commodum (zB die Versicherungssumme aus der Diebstahlversicherung). Hat der Schuldner die Unmöglichkeit schuldhaft herbeigeführt (weil er das Auto zB unversperrt abgestellt hat) oder ist sie während seines verschuldeten Verzugs eingetreten, so hat der Gläubiger die Wahl (§ 920): er kann entweder vom Vertrag zurücktreten und das Erfüllungsinteresse verlangen (die Differenz zwischen seiner und der untergegangenen Leistung, **Differenzanspruch**) oder seine Leistung erbringen und den Wert der untergegangenen Leistung verlangen (**Austauschanspruch**).

Hat nicht - wie in den oben erörterten Fällen - der Schuldner, sondern der Gläubiger die Unmöglichkeit herbeigeführt oder ist sie eingetreten nachdem der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung nicht zur vereinbarten Zeit abgeholt hat (Annahmeverzug, siehe unten), so muß er seine Leistung erbringen ohne die Gegenleistung zu erhalten (Analogie zu §§ 1168, 1419).

b) **Verzug**

Liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung im Fälligkeitszeitpunkt nicht oder nicht vereinbarungsgemäß (zB unvollständig) erbringt (**Schuldnerverzug**) oder wenn sie vom Gläubiger trotz ordnungsgemäßer Erbringung nicht angenommen wird (**Gläubigerverzug**).

Bei **schuldlosem (objektivem) Verzug** des Schuldners hat dieser (nach bürgerlichem Recht 4%) Verzugszinsen zu leisten, soweit es sich um Geldschulden handelt, und dem Gläubiger steht ein Wahlrecht zu (§ 918): Er kann entweder auf Erfüllung klagen oder unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten (Ausnahme: wenn die Ware übergeben und der

Kaufpreis kreditiert wurde - in Analogie zu Art 8/21 4.EVHGB kein Rücktrittsrecht). Trifft den Schuldner ein **Verschulden (subjektiver Verzug)**, wird er überdies haftbar (§ 921) und hat daher dem Gläubiger den Verspätungsschaden oder den Nichterfüllungsschaden (Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung, das Erfüllungsinteresse, siehe oben) zu ersetzen, je nachdem ob der Gläubiger am Vertrag festhält oder zurücktritt.

Gerät der Schuldner mit der Erfüllung einer Leistung in Verzug (zB Veranstaltung eines Feuerwerks zu Silvester), an deren verspäteter Erfüllung der Gläubiger aufgrund der Vereinbarung, der Natur des Geschäfts oder des dem Schuldner bekannten Leistungszwecks kein Interesse hat (**Fixgeschäft**), so wird der Vertrag ohne weiteres aufgehoben (mit Haftung für den Nichterfüllungsschaden bei Verschulden), es sei denn, der Gläubiger besteht auf der Leistung und teilt dies dem Schuldner unverzüglich mit (§ 919).

Bei Verzug des Gläubigers (Annahmeverzug) trägt dieser die "widrigen Folgen" (§ 1419), was bedeutet, daß ihn das zufällige Unmöglichwerden der Leistung trifft (siehe oben), der Schuldner für leicht fahrlässige Beschädigungen des Leistungsgegenstandes nicht mehr haftet und überdies das Recht zur gerichtlichen Hinterlegung der geschuldeten Leistung hat (§ 1425). Hingegen wird der Gläubiger mangels Annahmepflicht dem Schuldner grundsätzlich nicht verantwortlich.

c) **Gewährleistung**

Gewährleistung ist die Folge mangelhafter Erfüllung. Im folgenden sind die allgemeinen Gewährleistungsregeln für entgeltliche Geschäfte zu erörtern (§§ 922-933 ABGB). Für einzelne Geschäfte (zB bei Schenkung, Zession, Werkvertrag) gibt es Sonderregeln. Subsidiär gelten aber die allgemeinen Vorschriften. Diese sind allerdings nur dann anzuwenden, wenn der Schuldner überhaupt (schlecht) erfüllt hat. Hat er eine gänzlich andere als die vereinbarte Leistung (ein sog "**aliud**") erbracht (100 Flaschen Bier statt Wein) oder hat der Gläubiger die Leistung wegen der Mangelhaftigkeit zurückgewiesen, so gelten die Nichterfüllungsregeln (Verzug).

Im einzelnen ist dafür einzustehen (Gewähr zu leisten), daß die Ware die vereinbarten oder die verkehrüblichen Eigenschaften aufweist (§ 922). Fehlen diese, so ist die Leistung mangelhaft. Man unterscheidet **Sachmängel** (solche, die einer Sache körperlich anhaften) und **Rechtsmängel** (bei denen der Käufer nicht die

rechtliche Position erlangt, die ihm vertraglich geschuldet wird, zB mangels Eigentum des Verkäufers erwirbt auch der Käufer nicht Eigentum). Weiters wird zwischen Qualitäts- und (echten oder unechten) Quantitätsmängeln unterschieden. Der unechte Quantitätsmangel (zB das Kalb wiegt nur 400 statt der vereinbarten 500 kg) wird wie ein Qualitätsmangel behandelt.

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung hängen von der konkreten Beschaffenheit des Mangels ab (vgl § 932): ist er **wesentlich** ("ordentlicher" Gebrauch verhindert), so kann Wandlung verlangt werden, wenn er unbehebbar ist, sonst Verbesserung (Ergänzung bei Quantitätsmängeln). Ist der Mangel **unwesentlich**, so kann bei Unbehebbarkeit Preisminderung, sonst Preisminderung oder Verbesserung (Ergänzung) begehrt werden. Entgegen dieser Gesetzssystematik kann Preisminderung nach hA auch bei wesentlichen unbehebbaeren Mängeln verlangt werden, wenn die Leistung für den Berechtigten trotzdem brauchbar ist, hingegen nicht sofort begehrt werden, wenn ein echter Quantitätsmangel vorliegt, den der Verpflichtete durch Ergänzung beheben kann (Preisminderung erst, wenn er mit der Ergänzung in Verzug gerät).

Die Gewährleistungspflicht ist verschuldensunabhängig, trifft den Verpflichteten also auch dann, wenn er die Mangelhaftigkeit nicht kannte oder kennen mußte. Bei **Verschulden** kann der Mangel allerdings als sog Mangelschaden (Differenz zwischen tatsächlichem Wert und mangelfreier Beschaffenheit) auch schadenersatzrechtlich geltend gemacht werden (Vorteil: längere Frist). Überdies ist dann für Mangelfolgeschäden (zB Körperverletzung durch explodierenden Computer) zu haften.

Der Mangel muß im **Zeitpunkt der Übergabe** vorhanden sein. Für später entstehende Mängel ist daher nicht Gewähr zu leisten. Keine Gewährleistung besteht grundsätzlich bei einem Gewährleistungsausschluß (§ 929, vgl aber §§ 8, 9 KSchG) und bei Mängeln, die ganz offenkundig oder aus dem Grundbuch ersichtlich sind (§ 928).

Die Gewährleistung besteht von Gesetzes wegen, bedarf also keiner besonderen Vereinbarung. Anders die **Garantie**: Sie wird meistens von Herstellern gegeben und bezieht sich idR auch auf Mängel, die erst nach Übergabe (innerhalb der vom Garanten bestimmten Garantiefrist) auftreten. Die Einzelheiten richten sich nach der vom Garanten übernommenen Zusage.

Der Gewährleistungsanspruch muß bei beweglichen Sachen innerhalb der **Frist** von sechs Monaten, bei unbeweglichen Sachen innerhalb von drei Jahren ab Übergabe (bei Rechtsmängeln ab Erkennbarkeit) gerichtlich geltend gemacht werden (§ 933). Die außergerichtliche Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist hat allerdings zur Folge, daß dem Verpflichteten unbefristet die "Einrede der Mangelhaftigkeit" entgegengehalten werden kann (zB muß daher der Kaufpreis erst nach Erfüllung der Gewährleistungspflicht bezahlt werden).

Das **Gewährleistungsrechts-ÄnderungsG** nimmt eine Reihe von signifikanten Eingriffen in das Gewährleistungssystem des ABGB vor. Die Änderungen treten am 1.1. 2002 in Kraft und sind auf Verträge anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2001 abgeschlossen werden. Hervorzuheben sind zB

- § 922 Abs 2 orientiert die "gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften" iSd Abs 1 auch an "öffentlichen Äußerungen" des Übergebers, des Herstellers oder seiner Leute.
- § 924 vermutet die Mangelhaftigkeit im Zeitpunkt der Übergabe, wenn ein Mangel innerhalb von sechs Monaten hervorkommt.
- Nach § 932 steht grundsätzlich kein sofortiges Preisminderungsrecht mehr zu, sondern es kann (mit gewissen Ausnahmen) zunächst nur Verbesserung oder Austausch verlangt werden.
- Die Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen wird auf zwei Jahre verlängert (§ 933 Abs 1).
- Rückgriff des Unternehmers, der einem Verbraucher Gewähr geleistet hat, gegen den Vormann, wenn auch dieser Unternehmer ist, auch nach Ablauf der allgemeinen Fristen innerhalb von fünf Jahren (§ 933 b).
- Für Werkverträge gelten die allgemeinen Gewährleistungsregeln (§ 1167).

d) Verkürzung über die Hälfte (§§ 934 f)

Ein Vertrag kann auch dann angefochten werden, wenn ein Teil wertmäßig nicht einmal die Hälfte von dem erhält, was er selbst zu leisten hat (zB Kauf eines Autos, das S 50.000 wert ist, um S 110.000). Die Anfechtungsmöglichkeit kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Sie besteht aber ua dann nicht, wenn der Erwerb aus "besonderer Vorliebe" (Liebhaberwert) oder in Kenntnis des wahren Werts erfolgt oder wenn der andere Teil bis zum gemeinen Wert aufzahlt (im Bsp wären das S 60.000).

B. Vertragstypen

I. Kauf (§§ 1053 ff)

1. Allgemeines

Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer zur Eigentumsübertragung und den Käufer zur Kaufpreiszahlung. Er kommt (formlos) durch endgültige Einigung über Ware und Preis zustande. Der Preis muß zumindest bestimmbar sein (zB Markt- oder Börsepreis). Er versteht sich im Zweifel inklusive Mehrwertsteuer. Verstößt der Preis gegen gesetzliche Preisbestimmungen, so gilt der gesetzliche Preis (§ 917a). Der Preis ist grundsätzlich nicht zu bezahlen, wenn die gekaufte Sache vor dem (vereinbarten) Übergabszeitpunkt zufällig zerstört wird (§ 1447).

2. Besonderheiten

a) Kreditkauf (§ 1063)

Der Verkäufer ist zur Vorausleistung verpflichtet; daher besteht grundsätzlich kein Rücktrittsrecht bei Verzug des Käufers (sondern nur der Erfüllungsanspruch). Ist der Käufer Konsument und der Verkäufer Unternehmer (Verbrauchergeschäft, siehe unten), beträgt der Kaufpreis nicht mehr als S 310.000 und ist er - abgesehen von einer Anzahlung - in mindestens zwei Raten zu entrichten, so gelten die Sonderregeln des Konsumentenschutzgesetzes (§§ 16–25 KSchG).

b) Drittfinanzierter Kauf

Der Käufer nimmt sich einen Kredit, der direkt an den Verkäufer ausbezahlt und vom Käufer in Raten an den Finanzierer zurückgezahlt wird: Handelt es sich beim Kauf um ein Verbrauchergeschäft und arbeiten der Verkäufer und der Finanzierer bezüglich der Kreditierung zusammen ("wirtschaftliche Einheit" der Verträge), so stehen dem Käufer gegenüber dem Finanzierer dieselben Einwendungen zu wie gegen den Verkäufer, dh daß zum Beispiel bei mangelhafter Ware auch mit der Kreditrückzahlung solange innegehalten werden kann, bis der Mangel behoben wird (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, siehe dazu oben). Nach herrschender Ansicht gilt dies für Drittfinanzierungen gegenüber Unternehmern analog, kann aber - anders als Verbrauchern gegenüber (§ 2 Abs 2 KSchG) - vertraglich ausgeschlossen werden.

c) **Spezifikationskauf**

§ 375 HGB, der im Zivilrecht analog angewendet wird, regelt den Kauf einer beweglichen Sache, bei welchem "dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten" ist. Die Besonderheit liegt darin, daß der Käufer verpflichtet ist, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen (Abs 1). Gerät er damit in Verzug, so kann der Verkäufer selbst wählen oder vom Vertrag zurücktreten oder (und) bei Verschulden Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (Abs 2 iVm Art 8/22 4. EVHGB).

d) **Vorbehaltskauf**

Der Verkäufer kann sich gegen die Gefahr, daß der Käufer nicht zahlt und nach seinem Rücktritt die verkaufte Sache nicht mehr vorhanden ist (weil zB Dritte darauf Exekution geführt haben) durch Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts vor Übergabe, dh dadurch absichern, daß das Eigentum an der von ihm veräußerten Sache erst mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises übergehen soll. Leistet der Schuldner nicht, so kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten (siehe oben) und sein Eigentum zurückfordern. Er ist dadurch sowohl gegen Exekutionen (§ 37 EO) als auch im Konkurs des Käufers geschützt (§ 44 KO). Verkauft der Vorbehaltskäufer die Sache weiter, so erwirbt auch sein Vertragspartner nur das Vorbehaltseigentum (vgl § 442), es sei denn, es liegen die Voraussetzungen des gutgläubigen Eigentumserwerbs vor (§ 367 ABGB, § 366 HGB). Verarbeitet der Vorbehaltskäufer die Sache, so entsteht mangels gegenteiliger Vereinbarung Miteigentum zwischen ihm und dem Verkäufer entsprechend dem Verhältnis zwischen dem Wert der Sache und dem der Arbeit (§ 415). Wirksam ist auch der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt (bei dem der Käufer nicht das Eigentum, sondern nur seine bedingte Rechtsposition – sein Anwartschaftsrecht - weiterveräußert) und der verlängerte Eigentumsvorbehalt (bei dem zum Schutz des Verkäufers im Voraus vereinbart wird, daß der Käufer bei Weiterveräußerung eine allfällige Kaufpreisforderung abtritt oder den Kaufpreis übereignet). Unwirksam ist hingegen der erweiterte Eigentumsvorbehalt. Dabei wird vereinbart, daß das Eigentum an einer verkauften Sache erst mit vollständiger Begleichung aller Forderungen (nicht bloß des Kaufpreises) gegen den Käufer übergehen soll.

e) **Vorkaufsrecht**

Gibt dem Begünstigten das (höchstpersönliche) Recht, eine Sache, die an einen Dritten verkauft werden soll, innerhalb bestimmter Fristen zu denselben Bedingungen selbst zu kaufen (§§ 1072 ff). Übt er das Recht aus, so wird ihm der Verkäufer haftbar, wenn er den Vertrag nicht erfüllen kann (weil die verkaufte Sache schon dem ersten Käufer übergeben wurde). Bei unbeweglichen Sachen kann das Vorkaufsrecht ins Grundbuch eingetragen (§ 1073) und damit auch dem ersten Käufer gegenüber ausgeübt werden.

f) **UN-Kaufrecht**

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht) gilt für Kaufverträge zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Ausnahmen: Kauf von Waren für den persönlichen Gebrauch oder einvernehmlicher Ausschluß des Übereinkommens). Vertragsstaaten sind neben Österreich, Deutschland und anderen europäischen Ländern vor allem auch die USA und Rußland. Das Übereinkommen regelt (unter Ausschluß des Internationalen Privatrechts) den Vertragsabschluß (nicht aber Wurzelmängel, wie zB Geschäftsfähigkeit oder Irrtum) sowie die vertraglichen Rechte und Pflichten. Die Bestimmungen über den Vertragsabschluß entsprechen im wesentlichen jenen des ABGB, mit zwei Ausnahmen:

1. Ein Angebot kann grundsätzlich bis zur Absendung der Annahmeerklärung (und nicht nur bis zum Zugang) widerrufen werden (Art 16).
2. Unwesentliche Ergänzungen oder Abweichungen von einem Angebot gelten als angenommen, wenn der Offerent dies nicht unverzüglich beanstandet (Art 19 Abs 2). Bezüglich der vertraglichen Rechte und Pflichten ist vor allem folgendes zu beachten: Das UN-Kaufrecht differenziert nicht - wie das ABGB - zwischen einzelnen Leistungsstörungen, sondern kennt nur die Vertragsverletzung per se. Liegt eine solche auf Seiten des Verkäufers vor, so kann der Käufer Erfüllung, Nachbesserung, Ersatzlieferung oder Vertragsaufhebung verlangen (Art 46-52), die beiden letzteren jedoch nur bei wesentlicher Vertragsverletzung, wenn also die Durchführung des Vertrages für ihn nicht mehr von Interesse ist und dies vom Käufer vorausgesehen wurde oder für eine vernünftige Partei voraussehbar war (Art 25). In Konkurrenz dazu steht dem Käufer auch ein Schadenersatzanspruch zu, der grundsätzlich verschuldensunabhängig ist (vgl allerdings die Befreiungsgründe des Art 79) und sich auch auf den entgangenen Gewinn bezieht, allerdings nur insoweit zusteht, als der konkrete Schaden für den Vertragspartner voraussehbar war (Art 74). Bei Vertragsverletzung durch den Käufer kann der Verkäufer Erfüllung

oder Vertragsaufhebung verlangen (konkurrierend Schadenersatz, siehe oben). Zum Unterschied vom ABGB kann der Käufer auf Abnahme der gekauften Ware geklagt werden.

II Tausch (§§ 1045 ff)

Der Tausch verpflichtet die Parteien zur Hingabe von Sachen gegen Sachen. Wird eine Sache gegen ein andere Sache und Geld hingegeben (zB bei "Inzahlungnahme" von Gebrauchtfahrzeugen), so ist im Zweifel (mangels anderer Vereinbarung oder Auslegung) zur Gänze Kaufrecht anzuwenden, wenn die Geldleistung überwiegt, hingegen Tauschrecht, wenn die Sachleistung im Vordergrund steht (vgl § 1055).

III. Schenkung (§§ 938 ff)

Durch den Schenkungsvertrag verpflichtet sich der Geschenkgeber, eine Sache ohne Gegenleistung hinzugeben. Der Beschenkte muß die Schenkung annehmen (Schenkungsvertrag). Wird das Geschenk nicht bei Vertragsabschluß übergeben, so bedarf der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Form eines Notariatsakts. Die Schenkung kann (auch) wegen Motivirrtums angefochten und aus bestimmten Gründen (vgl §§ 947 ff) widerrufen werden (zB bei grobem Undank des Beschenkten). Bei wissentlicher Schenkung einer fremden Sache haftet der Geschenkgeber (§ 945). Ansonsten sind die Regeln über die Leistungsstörungen unanwendbar (vgl § 917).

IV. Verwahrungsvertrag (§§ 957 ff)

Der Verwahrungsvertrag ist ein **Realvertrag** (kommt erst durch Übergabe zustande). Er verpflichtet den Verwahrer zur sorgfältigen Aufbewahrung. Benutzt der Verwahrer die Sache, so haftet er verschuldensunabhängig für den daraus entstehenden Schaden (§ 965). Eine besondere Verwahrungshaftung trifft Gastwirte, die Fremde beherbergen (§§ 970 ff: Hotels, Pensionen, Schlafwagen, uU Privatzimmervermieter, Garagen; nicht aber Restaurants oder Kaffeehäuser). Sie haften für die von den Gästen "eingebrachten" Sachen, es sei denn, sie können beweisen, daß der Schaden weder durch sie oder ihre Leute verschuldet noch durch andere "aus- und eingehende" Personen (andere Gäste, Lieferanten, Diebe) verursacht wurde.

V. Darlehen (§§ 983 ff)/Kredit

Das Darlehen ist ein **Realvertrag** (kommt erst durch Eigentumsübertragung - "Zuzählung" - des jeweiligen Betrages

zustande). Unterscheide davon den vom ABGB nicht geregelten, aber auf Grund der Privatautonomie wirksamen **Kreditvertrag**, durch den das (auch abtretbare) Recht entsteht, den Kreditbetrag abzurufen. Zu beachten sind Sondervorschriften für Verbraucherkredite (Schriftform und Informationspflichten; vgl insb auch § 33 Z 8 BankwesenG: vorzeitiges Kündigungsrecht) und § 25a KSchG: Ehegattenkredite; vgl auch § 98 EheG bei Scheidung).

VI. Auftrag (§§ 1002 ff)

Der Auftrag verpflichtet den Beauftragten, für den Auftraggeber rechtsgeschäftlich tätig zu werden (zB durch Vertragsabschluß, nicht aber zB Reinigungsarbeiten, da faktische Tätigkeit und daher Werkvertrag, siehe unten). Unterscheide vom Auftrag ("Innenverhältnis") auch die Vollmacht ("Außenverhältnis"). Der Beauftragte muß den Auftrag grundsätzlich persönlich ausführen (vgl aber § 1010). Er muß alle Vorteile herausgeben und erhält umgekehrt alle (notwendigen und nützlichen) Aufwendungen und Schäden ersetzt, die mit der Ausführung verbunden sind (§ 1014; vgl auch § 1015). Personen, die zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden sind (zB Rechtsanwälte), müssen auf entsprechende Aufträge bei sonstiger Schadenersatzpflicht sofort reagieren (Annahme oder Ablehnung des Auftrags, § 1003).

VII. Werkvertrag (§§ 1165 ff)

Der Werkvertrag verpflichtet den Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur **Herstellung eines bestimmten (faktischen) Erfolges** (zB Reparatur einer Heizung, Reinigung des Gehsteigs). Wird eine Sache vom Werkunternehmer hergestellt und stammt das Material hierfür von ihm (sog Werklieferungsvertrag), so liegt nur dann ein Werkvertrag vor, wenn die Sache auf den Besteller "zugeschnitten" ist, ansonsten aber im Zweifel ein Kaufvertrag (§ 1166).

Der Werklohn ist erst nach Beendigung der Arbeiten fällig (spätestens mit Rechnungslegung). Überschreitet er einen Kostenvoranschlag, so geht dies zu Lasten des Werkunternehmers, wenn die Überschreitung beträchtlich ist und dies nicht angezeigt wurde. Geringfügige Überschreitungen muß der Werkbesteller im Zweifel (wenn der Kostenvoranschlag nicht verbindlich war) hinnehmen (anders nach § 5 KSchG: im Zweifel verbindlicher Kostenvoranschlag).

Mit dem Gewährleistungs-ÄnderungsG das am 1.1.2001 in Kraft tritt, sind wesentliche Änderungen im System der Gewährleistung verbunden.⁴⁸ Die Gewährleistung weicht beim Werkvertrag derzeit von den allgemeinen

⁴⁸ Vgl dazu auch 8. b. cc).

Regeln ab (vgl § 1167: Preisminderung kann immer verlangt werden, Vertragsaufhebung jedoch nur bei wesentlichen Mängeln, die das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen). Der Gewährleistungsanspruch konkurriert mit Schadenersatz (siehe oben beim Kauf), entfällt aber, wenn das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder wegen seiner offenbar unrichtigen Anweisungen mißlungen ist und wenn der Werkunternehmer seine diesbezügliche Warnpflicht erfüllt hat (§ 1168a). Beachte: Die Verletzung der Warnpflicht löst nur bei Verschulden des Werkunternehmers Gewährleistungsansprüche aus (obwohl die Gewährleistung im allgemeinen verschuldensunabhängig ist). Bei Mitverschulden (Erkennbarkeit) des Bestellers kommt es zur sog "geteilten Gewährleistung".

Unterbleibt die Ausführung des Werks durch einen Zufall, der aus der Sphäre des Bestellers stammt, so muß er dennoch den Werklohn zahlen (abzüglich dessen, was sich der Werkunternehmer erspart oder er anderweitig erworben hat), zB wenn der Elektriker umsonst kommt, weil das Licht "von selbst" wieder funktioniert (§ 1168).

Sondervorschriften gelten nach den §§ 31b-31f KSchG für die Veranstaltung einer Reise, wenn der Veranstalter mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt: Beförderung, Unterbringung, andere touristische Nebenleistungen. Ua ist vorgesehen, daß der Reisende - nach entsprechendem Hinweis - Mängel der Reise bei sonstigem Mitverschulden unverzüglich anzeigen muß, und daß er bei Rücktritt von der Reise anstelle der Vertragsrückabwicklung die Teilnahme an einer gleichwertigen Reise verlangen kann.

VIII. Leihe (§§ 971 ff)

Die Leihe ist ein Realvertrag, der den Leihgeber zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung einer beweglichen oder unbeweglichen (unverbrauchbaren) Sache verpflichtet. Kann diese jederzeit zurückgefordert werden, liegt ein Prekarium vor (§ 974). Die gewöhnlichen Gebrauchskosten (zB Ausmalen) trägt der Entleiher, die außerordentlichen (zB Dachreparatur) hingegen der Verleiher (§ 981).

IX. Bestandvertrag (§§ 1090 ff)

Der Bestandvertrag begründet die Verpflichtung zur entgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Er kann **Miete** oder **Pacht** sein (uU auch Leasing), je nachdem ob dem Bestandnehmer nur der Gebrauch oder auch die Nutzung (Fruchtziehung) zusteht (zu unterscheiden ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit des MRG - dazu gleich unten -

insbesondere zwischen Geschäftsraummieta und Unternehmenspacht).

Der Bestandvertrag ist in den §§ 1090 ff ABGB geregelt. Die in der Praxis wichtigsten Sonderregeln enthält jedoch das **Mietrechtsgesetz** (MRG). Es gilt für die Mieta von Wohnungen und Geschäftsräumen (siehe im einzelnen § 1 MRG). Zentral sind die Bestimmungen über den Mietzins und die Kündigung:

Gem § 16 MRG unterliegt insb der Hauptmietzins für Altbauwohnungen dem sog "**Richtwertsystem**" (Normzins für "Standardwohnung" mit Zu- oder Abschlägen). Vor allem für Neubauwohnungen und Geschäftsräume kann ein angemessener Zins verlangt werden. Der Zins für Untermietverträge darf den Hauptmietzins nicht um mehr als die Hälfte übersteigen (§ 26 MRG).

Gem § 30 MRG können unbefristete Mietverträge nur aus bestimmten ("wichtigen") Gründen gekündigt werden (zB qualifizierter Zinsrückstand, mangelnder Bedarf des Mieters oder dringender Eigenbedarf des Vermieters). Die Kündigung muß gerichtlich erfolgen. Untermietverhältnisse können leichter gekündigt werden (vgl § 30 Abs 2 Z 12 MRG). Befristete Mietverträge sind nur ausnahmsweise und nur mit bestimmten Fristen (idR bei Wohnungsmieten drei Jahre) zulässig (vgl § 29 MRG).

Weitere wichtige Bestimmungen des MRG:

§ 2 Abs 2: Untermiete liegt vor, wenn der Mietvertrag nicht mit den in § 2 Abs 1 erwähnten Personen geschlossen wurde. § 3: Erhaltungspflicht des Vermieters in bezug auf das Haus, in bezug auf die einzelnen Wohnungen nur soweit es um die Behebung ernster Schäden des Hauses geht (zB geht daher Reparatur einer Gastherme auf Kosten des Mieters). § 9: Änderungen des Mietgegenstandes müssen vom Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen (ua Stand der Technik, Übung des Verkehrs, wichtiges Interesse des Mieters) geduldet werden. § 10: Ersatzanspruch des Mieters für bestimmte Aufwendungen bei Beendigung des Mietvertrages. § 11: Weitergabe des Gebrauchs. § 12: Abtretung des Hauptmietrechts an nahe Angehörige des Mieters, der die Wohnung verläßt. § 12a: Eintritt eines Unternehmenserwerbers in das Mietrecht des Veräußerers an jenem Objekt, in dem das Unternehmen betrieben wird. Vermieter darf den Mietzins auf den angemessenen Betrag anheben. § 14: Eintrittsrecht des Ehegatten, Lebensgefährten und naher Angehöriger des verstorbenen Mieters, die in seinem Haushalt gelebt und dringenden Wohnbedarf haben. § 27: Ablöseverbot.

X. Dienstvertrag (§§ 1151 ff)

Der Dienstvertrag verpflichtet den Dienstnehmer zur **Arbeit "in persönlicher Abhängigkeit"**. Die wichtigsten Bestimmungen befinden sich nicht mehr im ABGB, sondern in arbeitsrechtlichen Sondergesetzen. ZB Angestelltengesetz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Praktisch bedeutsam sind vor allem die Bestimmungen über die Beendigung des Dienstvertrages (§ 20 AngG: Kündigung; § 25 AngG: Entlassung aus wichtigem Grund ohne Kündigungsfrist, § 23 Abs 7 AngG: Verlust der Abfertigung).

XI. Bauträgervertragsgesetz – BTVG

Dieses am 1.1.1997 (durch das BGBl I 1997/7 idF BGBl I 1999/72) in Kraft getretene Bundesgesetz findet Anwendung auf Verträge über „den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasings an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen“ (§ 2/1).

Weitere Bestimmungen:

§ 3: Erfordernis der Schriftform; § 4: inhaltliche Mindestanforderungen; §§ 5 f: Regelung der besonderen gesetzlichen Rücktrittsrechte des Erwerbers und der zulässigen (beschränkten) vertraglichen Rücktrittsrechte des Bauträgers (= derjenige, der sich verpflichtet dem Erwerber die Rechte einzuräumen); §§ 7 ff: gesetzliche Regelungen einer Sicherung des Erwerbers (zB gegen Verlust der von ihm aufgrund des Bauträgervertrages geleisteten Zahlung, wenn die Fertigstellung unterbleibt); § 12: Verpflichtung zur Bestellung eines Treuhänders (Belehrung des Erwerbers und Überwachung der Sicherungspflicht des Bauträgers).

C. Verbrauchergeschäfte

Literatur: *Burgstaller*, E-commerce – Das Ende des Gebietsschutzes im Vertriebsvertragsrecht?, RdW 2000, 715; *Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), RdW 1999, 505; *Fezer/Koos*, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, IPRax 2000, 349; *Fitzal*, Fernabsatzrichtlinie – Änderungen im KSchG, JAP 2000, 109; *Kalss/Lurger*, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, JBI 1998, 89 und 153; *Kucsko/Madl*, doingbusiness.at (2000) 31; *Lachmair*, EU-Richtlinie für e-commerce seit 1.6.2000 in Kraft, RdW 2000, 454; *Madl*, Vertragsabschluss im Internet, ecolex 1996, 79; *Mohr*, KSchG-Novelle 1999 – Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 755; *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 13. *Neubauer*, Bargeldloser Zahlungsverkehr und Fernabsatzgesetz, ecolex 2000, 708; *Thorn*, Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, IPRax 1999, 1; *Thünken*, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das

internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, IPRax 2001, 15; *Urllesberger*, Neues vom Europarecht, wbl 1995, 187; wbl 1997, 12; wbl 1997, 103; wbl 1997, 239; wbl 1998, 524; *Zankl*, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), ecolex 2000, 416; <http://www.internet4jurists.at>

I. Allgemeines

Das KonsumentenschutzG (KSchG) gilt für Verträge zwischen **Verbrauchern** und **Unternehmern**. Ein Unternehmen im Sinne des KSchG ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit (§ 1 Abs 2 KSchG). Dienstverträge und Vorbereitungsgeschäfte (zur Schaffung der Voraussetzungen für den Unternehmensbetrieb, zB Kauf von Büromöbeln für das zu eröffnende Unternehmen) fallen nicht unter das KSchG (§ 1 Abs 3 und 4 KSchG), wohl aber Vereinsbeiträge und Mitgliedschaften (§ 1 Abs 5 KSchG).

Gem **§ 3a KSchG** kann der Verbraucher von einem Vertrag zurücktreten, wenn ohne seine Veranlassung für seine Einwilligung **maßgebliche Umstände**, die der Unternehmer im Zuge der Vertragsverhandlungen als wahrscheinlich dargestellt hat, nicht oder nur in erheblich geringerem Ausmaß eintreten (Abs 1). Abs 2 definiert die "maßgeblichen Umstände" (zB die Aussicht auf einen Kredit), Abs 3 regelt die Modalitäten des Rücktrittsrechts, Abs 4 bestimmt Ausnahmen davon.

Gem **§ 5 KSchG** hat der Verbraucher für **Kostenvoranschläge** nur dann ein Entgelt zu leisten, wenn er vorher darauf hingewiesen wurde (Abs 1). Außerdem ist der Kostenvoranschlag im Zweifel - "wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich erklärt ist" - verbindlich (Abs 2).

Gem **§ 6 Abs 1 KSchG** sind bestimmte **Vertragsbestandteile "jedenfalls nicht verbindlich"**, zB solche, nach denen Schadenersatzansprüche des Verbrauchers für grobe Fahrlässigkeit (bei Personenschäden schon für leichte Fahrlässigkeit) ausgeschlossen werden (Z 9), dem Verbraucher eine ihn von Gesetzes wegen nicht treffende Beweislast auferlegt wird (Z 11), die Irrtumsanfechtung oder die Berufung auf die Geschäftsgrundlage ausgeschlossen wird (Z 14). Sofern der Unternehmer nicht beweist, daß sie im einzelnen **ausgehandelt** wurden, gilt das gleiche für die in **§ 6 Abs 2 KSchG** aufgezählten Vertragsbestimmungen, zB solche, nach denen der Unternehmer ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurücktreten kann (Z 1).

§ 7 KSchG betrifft die Mäßigung von **An- oder Reugeld**, **§§ 8 und 9 KSchG** den **Erfüllungsort** und den grundsätzlich zwingenden Charakter von **Gewährleistungsansprüchen** des Verbrauchers (sie können nur nach Maßgabe des § 9 KSchG modifiziert werden). **§ 10 KSchG**

umschreibt den Umfang von **Vollmachten**, die ein Unternehmer erteilt. Sie beziehen sich im Verkehr mit Verbrauchern auf alle Rechtshandlungen, die derartige Geschäfte mit sich bringen (Abs 1); zu Beschränkungen durch den Unternehmer siehe Abs 1 letzter Satz, Abs 2 und Abs 3.

Die **§§ 11 und 12 KSchG** statuieren das **Verbot von Orderwechselln** und von **Gehaltsabtretungen**, **§ 12a KSchG** regelt die **vorzeitige Rückzahlung** von Verbraucherkrediten (grundsätzlich zulässig).

§ 13 KSchG beschränkt den **Terminsverlust** (Recht, die gesamte noch offene Schuld zu fordern, wenn der Schuldner mit Teilleistungen in Verzug gerät), **§ 13a KSchG** die **Rechtswahl** für den Fall, daß das Recht eines Staates gewählt wurde, der nicht Vertragsstaat des EWR-Abkommens ist, **§ 14 KSchG** die **Zuständigkeit** für Klagen gegen Verbraucher.

Die **Regierungsvorlage zum Gewährleistungsrechts-ÄnderungsG** nimmt nicht nur signifikante Eingriffe in das Gewährleistungssystem des ABGB vor (dazu oben), sondern betrifft auch das KSchG.

Hervorzuheben ist zB **§ 9a**: War der Unternehmer nach dem Vertrag zur Montage verpflichtet, so haftet er auch für einen dabei durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Sache herbeigeführten Mangel. Dasselbe gilt, wenn die Sache zur Montage durch den Verbraucher bestimmt war und seine unsachgemäße Montage auf einem Fehler in der Montageanleitung beruht. **§ 9b** enthält ua Informationspflichten für den Fall einer vertraglichen Garantie.

II. Sondervorschriften für Verträge außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten

Gem **§ 3 KSchG** kann der Verbraucher schriftlich von einem Vertragsantrag oder einem Vertrag zurücktreten, wenn er seine **Vertragserklärung nicht in den Geschäftsräumen des Unternehmers** (oder dessen Messe- oder Marktstand) abgegeben hat (Ausnahmen bestehen zB wenn der Verbraucher selbst den Vertrag angebahnt hat oder diesem keine Besprechungen vorausgegangen sind⁴⁹). Die **Rücktrittsfrist** beträgt eine Woche ab Erhalt einer **Urkunde**, die bestimmte Informationen (zB Name und Anschrift des Unternehmers) enthalten muß (ohne Übermittlung der Urkunde ist der Rücktritt bis spätestens einen Monat nach der vollständigen beiderseitigen Vertragserfüllung möglich). **§ 4 KSchG** regelt die vertragliche

⁴⁹ Bei Verträgen über Internet werden diese Ausnahmetatbestände jedoch in der Regel erfüllt sein (vgl *Madl*, *ecolex* 1996, 80). Zu § 5e KSchG siehe unten.

Rückabwicklung nach Ausübung des Rücktrittsrechts. Danach hat der Unternehmer alle empfangenen Leistungen samt gesetzlichen Zinsen zurückzuerstatten und den vom Verbraucher gemachten notwendigen und nützlichen Aufwand zu ersetzen (Abs 1 Z 1). Der Verbraucher hat die empfangenen Leistungen zurückzustellen und dem Unternehmer ein angemessenes Benützungsentgelt einschließlich Wertminderung zu bezahlen, wobei die bloße Übernahme der Leistungen in die Gewahrsame des Verbrauchers für sich allein noch nicht als Wertminderung anzusehen ist (Abs 1 Z 2).

III. **Besondere Geschäftsarten**

- **Verträge über wiederkehrende Leistungen (§ 15 KSchG):** Regelung bestimmter Kündigungsfristen.
- **Abzahlungsgeschäfte (§§ 16-25 KSchG):** Dies sind (vor allem) Kaufverträge über bewegliche Sachen, auf Grund derer der Unternehmer die Sache vor vollständiger Bezahlung dem Verbraucher übergibt und dieser das Entgelt in Teilzahlungen zu leisten hat. Im einzelnen gelten die folgenden Regeln für Abzahlungsgeschäfte, bei denen der Kaufpreis S 310.000 nicht übersteigt und abgesehen von einer Anzahlung mindestens zwei Teilraten zu entrichten sind. Die Anzahlung hat - bei sonstigem Verlust des darunter liegenden Teils - mindestens 10% bei Käufen bis S 3.000 (darüber 20%) zu betragen. Die Laufzeit der Raten darf - bei sonstigem Verlust der darüber hinausgehenden Zinsen - maximal 5 Jahre betragen. Solange die letzte Rate nicht gezahlt ist, kann über die allgemeine Gewährleistungsfrist hinaus der Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers geltend gemacht werden. Gegenüber einem Drittfinanzierer stehen dem Verbraucher dieselben Einwendungen zu wie gegen den Verkäufer, dh daß zum Beispiel bei mangelhafter Ware auch mit der Kreditrückzahlung solange innegehalten werden kann, bis der Mangel behoben wird (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, siehe dazu oben). Ähnliches gilt für den Käufer, wenn zwar die wirtschaftliche Einheit fehlt, aber der Unternehmer den Verbraucher zur Aufnahme eines Kredits veranlaßt hat (vgl im einzelnen § 19 KSchG). Siehe auch §§ 24 f KSchG bezüglich der Ausstellung eines "Ratenbriefes" sowie § 26c KSchG, der Einwendungen des Verbrauchers gegen einen Drittfinanzierer unter bestimmten Voraussetzungen auch über den Anwendungsbereich der §§ 17-19 KSchG hinaus zuläßt.
- **Kreditgeschäfte von Ehegatten (§ 25a KSchG):** Es bestehen besondere Informationspflichten des Unternehmers, zB darüber, daß

bei gemeinsamem Kredit die Haftung auch nach der Scheidung aufrecht bleibt.

- **Kreditverbindlichkeiten von Verbrauchern (§§ 25b-25d KSchG):** Besondere Informationspflichten werden normiert; richterliches Mäßigungsrecht (nach Billigkeit), wenn ein Verbraucher einer Verbindlichkeit als Mitschuldner, Bürge oder Garant beitrifft.
- **Lieferungen im Handel mit Druckwerken (§§ 26-26b KSchG):** Entsprechende Verträge sind unter bestimmten Voraussetzungen schriftlich zu errichten.
- **Wohnungsverbesserungsverträge (§ 26d KSchG):** Diese sind schriftlich (mit bestimmtem Inhalt) zu errichten, wenn es sich um Haustürgeschäfte handelt (Einhaltung der Schriftform ist aber kein Gültigkeitserfordernis).
- **Vorauszahlungskäufe (§ 27 KSchG):** Unter bestimmten Voraussetzungen besteht ein Rücktrittsrecht.
- **Werkverträge (§ 27a KSchG):** Informationspflichten des Unternehmers, wenn der Werkunternehmer trotz Unterbleiben der Arbeit den Werklohn fordert (§ 1168).
- **Immobiliengeschäfte (§§ 30a-31 KSchG):** Bei Deckung eines dringenden Wohnbedarfes des Verbrauchers besteht ein Rücktrittsrecht, wenn er seine Vertragserklärung am selben Tag abgibt, an dem er das Vertragsobjekt das erste Mal besichtigt hat; besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers; Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen; Schriftlichkeit bestimmter Inhalte des Maklervertrages.
- **Reiseveranstaltungsvertrag (§§ 31b ff KSchG):** Siehe dazu oben beim Werkvertrag.

D. E-Commerce-Vertragsrecht

Literatur: *Arnold*, Verbraucherschutz im Internet – Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie, CR 1997, 529; *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 641; *Brenn*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481; *Czernich*, Kauf- und Dienstleistungsverträge im Internet, ecolex 1996, 82; *Ernst*, Wirtschaftsrecht im Internet, BB 1997, 1057; *derselbe*, Der Mausclick als Rechtsproblem – Willenserklärung im Internet, NJW-CoR 1997, 165; *Hable*, Gebührenrechtliche Aspekte von Geschäftsabschlüssen im Internet, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 367; *Heun*, Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Heun*, Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform, CR 1995, 2; *Helmberg*, Das neue IPR der Schuldverträge, wbl 1998, 465; *Jud/Högler-Pracher*, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, ecolex 1999, 610; *Kilches*, Fernabsatz-Richtlinie – Europäisches Electronic Commerce Grundgesetz?, MR 1997, 276; *Kilches*, Electronic Commerce Richtlinie, MR 1999, 3; *Köhler*, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping, NJW 1998, 185; *Kronke*, Die Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf den Verbraucherschutz bei Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, RIW 1996, 985; *Kuner*, Digitale Unterschriften im Internet-Zahlungsverkehr: Rechtliches aus Deutschland und USA, NJW 1996, 108; *derselbe*, Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, CR 1996, 453; *Lachmair*, EU-Richtlinie für e-commerce seit 1.6.2000 in Kraft, RdW 2000, 454; *Madl*, Vertragsabschluß im Internet, ecolex 1996, 79; *Mayer*, Recht und Cyberspace, NJW 1996, 1782; *Mohr*, Elektronischer Kauf – Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 248; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, CR 2000, 61; *Mottl*, Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen für den E-Commerce im Internet, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 17; *dieselbe*, in *Gruber/Mader* (Hg), E-Commerce und Internet; *Müller-Hengstenberg*, Recht und Cyberspace, NJW 1996, 1777; *NN*, E-Business Ways: Perspektiven und Strategien des E-Commerce für die Versicherungswirtschaft, VersR 2001, III; *Riedl*, Auch das UNICITRAL mengt sich in den elektronischen Geschäftsverkehr ein, ecolex 1999, 241; *Spindler*, Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR-Beilage 7/2000, 4; *Stabentheiner*, Straf- und zivilrechtlicher Handlungsbedarf durch Datenhighway und Internet?, ecolex 1996, 748; *Studera*, Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Nutzung des Internet, ecolex 1997, 965; *Unger/Lesjak*, E-Commerce in der Versicherungswirtschaft, VersR 2001, 43; *Urlesberger*, E-commerce und Kartellrecht, ecolex 2000, 473; *Urlesberger*, Europarecht: Das Neueste auf einen Blick, wbl 1999, 17; wbl 2000, 13; *Waldenberger*, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet, BB 1996, 2365; *Wieser*, Der rechtskonforme Abschluss von Versicherungsverträgen im Internet, VersR 2000, 153; *Zankl*, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, NZ 2001, 288; *Zib*, Electronic commerce und Risikozurechnung im rechtsgeschäftlichen Bereich, ecolex 1999, 230.

I. Allgemeines

Weder auf EU-Ebene noch im nationalen österreichischen Recht existiert (derzeit) ein eigenes Internet-Vertragsgesetz. Nur vereinzelt bestehen

Sondervorschriften, die (auch) für Internetvorgänge gedacht sind, und zwar im FernabsatzG (dazu unten II.) sowie im SignaturG (dazu unten III.). Mangels solcher Sondervorschriften richtet sich das Internet-Vertragsrecht nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Im Hinblick auf die speziellen Gegebenheiten des Internet sind dabei allerdings einige Besonderheiten zu beachten (dazu unten III.-IV.).

Vertragsrechtliche Sondervorschriften enthält insb auch die **E-Commerce-Richtlinie**⁵⁰, die bis 17. Januar 2002 umzusetzen ist:

1. Textierung

Abschnitt 3 - Abschluß von Verträgen auf elektronischem Weg⁵¹

Artikel 9: Behandlung von Verträgen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß ihr Rechtssystem den Abschluß von Verträgen auf elektronischem Wege ermöglicht. Die Mitgliedstaaten stellen insbesondere sicher, daß ihre für den Vertragsabschluß geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge bilden noch dazu führen, daß diese Verträge aufgrund des Umstandes, daß sie auf elektronischem Wege zustande gekommen sind, keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben.

(2) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß Absatz 1 auf alle oder bestimmte Verträge einer der folgenden Kategorien keine Anwendung findet:

- a) Verträge, die Rechte an Immobilien mit Ausnahme von Mietrechten begründen oder übertragen;
- b) Verträge, bei denen die Mitwirkung von Gerichten, Behörden oder öffentliche Befugnisse ausübenden Berufen gesetzlich vorgeschrieben ist;
- c) Bürgschaftsverträge und Verträge über Sicherheiten, die von Personen außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit eingegangen werden;
- d) Verträge im Bereich des Familienrechts oder des Erbrechts.

(3) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission mit, für welche der in Absatz 2 genannten Kategorien sie Absatz 1 nicht anwenden. Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission alle fünf Jahre einen Bericht über die Anwendung des Absatzes 2, aus dem hervorgeht, aus welchen Gründen es ihres Erachtens weiterhin gerechtfertigt

⁵⁰ RL 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABI 2000 Nr L 178, 1. S dazu zB *Spindler*, MMR-Beilage 7/2000, 4; zum RL-Vorschlag s *Brenn*, ÖJZ 1999, 481.

⁵¹ *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 610; *Lachmair*, *RdW* 2000, 454; *Moritz*, *CR* 2000, 69.

ist, auf die unter Absatz 2 Buchstabe b fallende Kategorie Absatz 1 nicht anzuwenden.

Artikel 10: Informationspflichten

(1) Zusätzlich zu den sonstigen Informationspflichten aufgrund des Gemeinschaftsrechts stellen die Mitgliedstaaten sicher, daß - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - vom Diensteanbieter zumindest folgende Informationen klar, verständlich und unzweideutig erteilt werden, bevor der Nutzer des Dienstes die Bestellung abgibt:

- a) die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluß führen;
- b) Angaben dazu, ob der Vertragstext nach dem Vertragsabschluß vom Diensteanbieter gespeichert wird und ob er zugänglich sein wird;
- c) die technischen Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern vor Abgabe der Bestellung;
- d) die für den Vertragsabschluß zur Verfügung stehenden Sprachen.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - der Diensteanbieter alle einschlägigen Verhaltenskodizes angibt, denen er sich unterwirft, einschließlich Informationen darüber, wie diese Kodizes auf elektronischem Wege zugänglich sind.

(3) Die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, daß er sie speichern und reproduzieren kann.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Verträge, die ausschließlich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch damit vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden.

Artikel 11: Abgabe einer Bestellung

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - im Fall einer Bestellung durch einen Nutzer auf elektronischem Wege folgende Grundsätze gelten:

- Der Diensteanbieter hat den Eingang der Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen;
- Bestellung und Empfangsbestätigung gelten als eingegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - der Diensteanbieter dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellt, mit denen er Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann.

(3) Absatz 1 erster Gedankenstrich und Absatz 2 gelten nicht für Verträge, die ausschließlich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden.

2. Anmerkungen zur Umsetzung⁵²

Die Umsetzung erfolgt nicht punktuell, also durch Änderung oder Ergänzung bestehender Gesetze (wie zB bei der Fernabsatz-Richtlinie), sondern in der Form erfolgen, das ein eigenes Gesetz erlassen wird („E-Commerce-Gesetz“). Die mit der Umsetzung einhergehende **Harmonisierungsproblematik** weist besondere Brisanz auf, weil die umzusetzende Materie – was die gegenständliche Thematik betrifft – einen Kernbestand des österreichischen Zivilrechts tangiert.

Was zunächst die in Art 9 Abs 1 statuierte Verpflichtung betrifft, den Abschluß von **Verträgen auf elektronischem Wege** zu ermöglichen, sind im österreichischen Zivilrecht keine besonderen Umsetzungsmaßnahmen erforderlich, weil es schon jetzt auf dem Prinzip der Formfreiheit beruht, das auch den elektronischen Vertragsabschluß ohne weiteres umfaßt. Auf der anderen Seite müssen die Mitgliedsstaaten allerdings auch sicherstellen, daß ihre für den Vertragsabschluß geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge bilden noch dazu führen, dass diese Verträge aufgrund des Umstands, dass sie auf elektronischem Wege zustandegekommen sind, keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben. Die nationalen Bestimmungen müssen – mit anderen Worten – nicht nur vom Grundsatz her den Abschluß elektronischer Verträge ermöglichen, sondern dürfen – mit Ausnahme der in Z 2 statuierten Fälle – auch keine Abweichungen davon vorsehen. Im österreichischen Recht entsteht dadurch in Bezug auf die **Realverträge** (vor allem Darlehen, Leihe, Verwahrung) normativer Handlungsbedarf, da diese Kontrakte keiner der in Abs 2 genannten Ausnahmekategorien angehören. So gesehen, müssen die Realverträge im Zuge der Umsetzung wohl in Konsensualverträge umgewandelt werden, was allerdings systematisch unbedenklich erscheint, da die Konstruktion der Realverträge ohnedies

⁵² Zankl, NZ 2001, 288.

als „altertümlich“ angesehen wird⁵³ - und auch weder dogmatisch noch wirtschaftlich besonders einleuchtet.

Wie erwähnt, sieht Art 10 Abs 3 vor, dass die Vertragsbestimmungen und die **allgemeinen Geschäftsbedingungen** dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden müssen, dass er sie speichern und reproduzieren kann. Fraglich ist diesbezüglich, auf welcher Intensitätsstufe diese Bestimmung umgesetzt werden soll. Die eine Möglichkeit bestünde darin, die Erfüllung der entsprechenden Verpflichtung als Geltungsvoraussetzung der AGB zu normieren. Systemkonformer erschiene es demgegenüber, nur eine verwaltungsrechtlich (mit Verwaltungsstrafe nach dem Vorbild des § 32 KSchG⁵⁴) sanktionierte Pflicht einzuführen, denn nach bisherigem Zivilrecht ist es für die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen nur erforderlich, daß der Vertragspartner die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme hat⁵⁵ (zB durch Aushang im Geschäftslokal). Es besteht mE kein Grund, davon abzuweichen, wenn AGB im elektronischen Geschäftsverkehr verwendet werden⁵⁶. Wenn es bei realen Vertragsabschlüssen ausreicht, dass die Möglichkeit zur Kenntnisnahme besteht (weil dann die - idR stillschweigende - „Unterwerfung“ angenommen werden kann⁵⁷), so muß dies auch online gelten, der Geltungskontrolle also Genüge getan sein, wenn die AGB an deutlich sichtbarer Stelle und vor Abschluß des Bestellvorgangs (also vor dem Bestell-Button) anklickbar (abrufbar) sind. Der einzige Nachteil, der darin für den Partner des AGB-Verwenders gesehen werden könnte, sind die (Provider-)Kosten, die durch die Online-Lektüre der AGB auflaufen. Diese werden aber idR ohnedies kaum ins Gewicht fallen und darüber hinaus dadurch aufgewogen, daß sich der Betreffende den Weg zum Unternehmer erspart, den er schließlich ebenfalls auf eigene Kosten auf sich nehmen müßte, um die AGB im Geschäftslokal einzusehen. So gesehen, würde es sich empfehlen, die Umsetzung des Art 10 Abs 3 am bereits erwähnten Vorbild des § 24 Abs 3 iVm § 32 KSchG zu orientieren.

Die von Art 11 Abs 1 vorgesehene Verpflichtung des Diensteanbieters, den Eingang der Bestellung des Nutzers unverzüglich zu bestätigen, entspricht der bereits jetzt gängigen Praxis, auf Online-Bestellungen mit dem Versenden einer **Bestätigungsmail** zu reagieren. Zumeist werden solche mails automatisiert ausgefertigt, also nicht von natürlichen Personen, sondern – was freilich erklärungs-theoretisch keinen Unterschied macht⁵⁸ - von Software, die so programmiert ist, dass sie den

⁵³ *Koziol/Welser*¹¹ I 163.

⁵⁴ Die Bestimmung stellt ua die Unterlassung der Ausfolgung des Ratenbriefs iSd § 24 KSchG unter Verwaltungsstrafe. Hingegen ist die Verpflichtung zur Ausstellung des Ratenbriefs kraft ausdrücklicher Anordnung des § 24 Abs 3 keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Abzahlungsgeschäftes.

⁵⁵ *Koziol/Welser*¹¹ I 118 mwN.

⁵⁶ Schon de lege lata aa *Mottl*, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce

⁵⁷ Vgl *Koziol/Welser*¹¹ I 118.

⁵⁸ *Zankl*, *ecolex* 2001, 344.

Erhalt der Bestellung sofort mit einer entsprechenden mail quittiert. Die Rechtswirkungen eines solchen Vorgangs sind von der Richtlinie nicht geregelt und richten sich daher nach nationalem Recht. Für das österreichische Zivilrecht kommt es diesbezüglich auf den Erklärungsinhalt an. Die Bestätigung kann daher bereits eine Annahmeerklärung bedeuten, wenn dies mit hinreichender Klarheit (§ 863 ABGB) zum Ausdruck kommt. Wenn hingegen bloß der Erhalt der Bestellung bestätigt wird, so liegt darin noch keine Annahme. Ebenso wenig reicht es für die Qualifikation als Annahmeerklärung, wenn zB mitgeteilt wird, daß die Bearbeitung der Bestellung erfolgt⁵⁹, denn diese kann ja auch ergeben, daß die bestellte Ware nicht mehr vorrätig oder lieferbar ist. Es ist daher erkennbar, daß sich der Unternehmer noch nicht zur Erfüllung verpflichten will. Jedenfalls zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, daß eine Erklärung keine Bindungswirkung entfaltet, wenn sie rechtzeitig widerrufen wird. Dies ist nach hA auch nach Zugang möglich, solange die Erklärung vom Empfänger noch nicht zur Kenntnis genommen wurde⁶⁰. In Bezug auf Erklärungen, die sofort mit einer Bestätigungsmail beantwortet werden, ist ein Widerruf sohin nicht mehr möglich, da sie vom Empfänger (bzw von seinem Softwaresystem⁶¹) bereits registriert worden sind und Reaktionen ausgelöst haben.

II. Fernabsatz

Literatur: *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 641; *Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), RdW 1999, 505; *Fitzal*, Fernabsatzrichtlinie – Änderungen im KSchG, JAP 2000, 109; *Gruber*, Werbung im Internet in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 109; *Hirsch*, Rechtliche Untersuchung des virtuellen Zahlungsmediums e-cash, in *Schweighofer/Menzel*, E-Commerce und E-Government (2000) 29; *Klauser*, Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht, ecolex 1999, 752; *Kresbach*, E-Commerce (2000); *Kilches*, Fernabsatzrichtlinie – Europäisches Electronic Commerce Grundgesetz?, MR 1997, 276; *Kucsko/Madl*, doingbusiness.at (2000); *Mader*, Zur Zahlung beim Online-Vertrag: Kreditkarten und Alternativen, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 38; *Mohr*, Elektronischer Kauf- und Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 247; *dieselbe*, KSchG-Novelle 1999 – Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 755; *Neubauer*, Bargeldloser Zahlungsverkehr und Fernabsatzgesetz, ecolex 2000, 708; *B. Schauer*, e-commerce (1999); *Thorn*, Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, IPRax 1999, 1; *Urlesberger*, Neues vom Europarecht, wbl 1997, 103; *Wessely*, Internetauktionen – Steiger´ dich rein!, MR 2000, 266; *Wieser*, Der rechtskonforme Abschluss von Versicherungsverträgen im Internet, VersR 2000, 153; *Zankl*, Neue Fälligkeitsregeln und Informationspflichten im Internet (Fernabsatz), ecolex 2000, 350; *Zankl*, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), ecolex 2000, 416.

⁵⁹ AA *B. Schauer*, e-commerce 98.

⁶⁰ *Koziol/Welser*¹¹ I 112 mwN.

⁶¹ Zur Gleichbehandlung s *Zankl*, ecolex 2001, 344.

In Ausführung der Fernabsatzrichtlinie⁶² wurden durch das am 1.6.2000 in Kraft getretene **FernabsatzG**⁶³ die im folgenden genauer zu erläuternden §§ 5a ff KSchG neu eingeführt, die ua für den Unternehmer besondere Informationspflichten und für den Verbraucher ein besonderes Rücktrittsrecht vorsehen. Sie gelten nicht nur, aber auch für Geschäfte im Internet, nämlich für Verträge, die unter **ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln** (vgl **§ 5a Abs 2 KSchG**) geschlossen werden⁶⁴, sofern sich der Unternehmer eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems bedient (**§ 5a Abs 1 KSchG**). Fraglich ist, ob die Bestimmung zur Anwendung kommt, wenn der Vertrag zwar durch Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen wurde, ihm aber persönliche Kontakte zwischen den Parteien vorausgegangen sind. Nach dem Wortlaut kommt es nur auf den formalen Vertragsabschluß an („Verträge, ... die geschlossen werden ...“). Die ratio der Neuregelung liegt aber vor allem darin, Konsumenten vor Gefahren zu schützen, die speziell mit dem Fernabsatz verbunden sind, nämlich, daß es zu keine persönlichen Beratung kommt und die Ware nicht in natura, sondern nur virtuell besichtigt werden kann⁶⁵. Unter diesen Gesichtspunkten müßte der persönliche Kontakt der Parteien verbunden mit einer Besichtigungsmöglichkeit der Ware zur Unanwendbarkeit der §§ 5a ff führen.

Kraft ausdrücklicher Anordnung des **§ 5b** sind die Neuregelungen jedenfalls nicht anzuwenden auf:

1. Verträge über Finanzdienstleistungen⁶⁶, das sind insbesondere Wertpapierdienstleistungen, Versicherungen und Rückversicherungen, Bankdienstleistungen, Tätigkeiten im Zusammenhang mit Versorgungsfonds sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Termin- oder Optionsgeschäften,
2. Verträge über den Bau und den Verkauf von Immobilien oder über sonstige Rechte an Immobilien mit Ausnahme der Vermietung,

⁶² RL 1997/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI 1997 Nr L 144, 19. Siehe dazu *Brenn*, ÖJZ 1997, 654; *Kilches*, MR1997, 276.

⁶³ BG 19.8.1999 BGBl I 185/1999.

⁶⁴ Das bedeutet, die Kommunikation zwischen den Vertragspartnern erfolgt ohne „körperliches Gegenübertreten“.

Im Anhang der Fernabsatzrichtlinie, wie auch in § 5a Abs 2 KSchG findet sich eine beispielhafte Aufzählung für Fernkommunikationstechniken: Drucksachen mit oder ohne Anschrift, vorgefertigte Standardbriefe, Pressewerbung mit Bestellschein, Katalog, telefonische Kommunikation um Personen oder Automaten, Hörfunk, Bildtelefon, elektronische Post, ua... Internetshopping ist in der Aufzählung zwar nicht enthalten, fällt aber zweifellos in den Anwendungsbereich der RL (*Kilches*, MR 1999, 276) und damit auch unter das ausführende Fernabsatzgesetz.

⁶⁵ EB.

⁶⁶ Für diese ist eine eigene Richtlinie geplant: vgl den Vorschlag für eine **Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen** an Verbraucher. Danach soll dem Verbraucher vor Vertragsabschluß eine Bedenkzeit und danach in bestimmten Fällen ein 14-tägiges Widerrufsrecht eingeräumt werden. Zu den Finanzdienstleistungen gehören zB Bank-, Versicherungs- und Wertpapierdienstleistungen (s im einzelnen die Anlage zum RL-Vorschlag). Vgl dazu *Wieser*, VersR 2000, 153. Für Finanzdienstleistungen relevant ist auch die **Richtlinie 2000/12/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute**. Diese gibt Banken und Kreditinstituten das Recht, EU-weit Niederlassungen zu errichten und beruht auf drei Elementen: Harmonisierung, home-country control und gegenseitige Anerkennung.

3. Verträge, die unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen geschlossen werden, und
4. Versteigerungen⁶⁷.

Für bestimmte Verträge sind Einschränkungen zB hinsichtlich des Rücktrittsrechts vorgesehen (§ 5f KSchG, su).

Gem **§ 5c Abs 1 KSchG** muß der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung klar und verständlich in einer dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepaßten Weise (**Abs 2**) über bestimmte **Informationen** verfügen (zB Name und ladungsfähige Anschrift des Unternehmers, wesentliche Eigenschaften und Preis der Ware).⁶⁸ Nach **Abs 3** sind bei **Ferngesprächen mit Verbrauchern** der Name oder die Firma des Unternehmers und der geschäftliche Zweck des Gesprächs zu dessen Beginn offenzulegen.⁶⁹ Die Verletzung dieser Pflicht ist mit Verwaltungsstrafe bedroht (§ 32 KSchG), während die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages offenbar unberührt bleibt. Die Verwendung eines Automaten als Gesprächspartner eines Verbrauchers (voice-mail-system) bedarf dessen vorheriger und jederzeit widerruflicher Zustimmung.⁷⁰ Nicht anzuwenden sind die Abs 1 und 2 auf Hauslieferungen und Freizeit-Dienstleistungen (**Abs 4**).

Unklar sind die Rechtsfolgen der Unterlassung der Informationspflichten. Bei manchen Informationen (Ware und Preis) kann die zivilrechtliche Konsequenz wohl nur Ungültigkeit des Vertrages sein, weil dann über essentialia negotii Unklarheit herrscht (§ 869). Im übrigen ist zu beachten, daß gem § 871 Abs 2 ein Irrtum über Umstände, über die nach "geltenden Rechtsvorschriften" aufzuklären ist, immer Geschäftsirrtum (und nicht bloß Motivirrtum) ist.⁷¹ Durch § 5c Abs 3 KSchG (Bekanntgabepflichten bei Telefonaten mit Verbrauchern) soll der Verbraucher vor Überrumpelungen geschützt werden. Nach dieser ratio gilt die Sanktion freilich nur für Anrufe des Unternehmers; nach dem nicht differenzierenden Wortlaut hingegen auch dann, wenn der Verbraucher beim Unternehmer anruft und dieser sich nicht sofort mit seinem Namen, sondern nur etwa mit "Hallo" meldet. Da dieser Fall aber offenbar nicht gemeint ist, muß wohl teleologisch reduziert werden. Die Materialien betonen allerdings, daß die Bestimmung grundsätzlich auch für Anrufe

⁶⁷ Wessely, MR 2000, 270, hält die Anwendbarkeit des Fernabsatzgesetzes bei Versteigerungen von Neuwaren sehr wohl für gegeben, da diese idR über einen leicht feststellbaren Verkehrswert verfügen. Der Sinn der Ausnahme von Versteigerungen liege aber im ungewissen Wert zu versteigernder (gebrauchter) Sachen und dem daraus folgenden Glückscharakter des Geschäftes.

⁶⁸ Stellt die einem Vertragsabschluß im Fernabsatz üblicherweise vorausgehende Katalog-, Postwurf- oder Internetwerbung des Unternehmers eine invitatio ad offerendum und die Bestellung des Kunden dementsprechend das Anbot dar, müssen die erforderlichen Informationen bereits in den Werbeaussendungen enthalten sein (vorvertragliche Pflicht): *Mohr*, *ecolex* 1999, 755 f.

⁶⁹ *Urlesberger*, wbl 1997, 106; *Gruber* in *Gruber/Mader* (Hg), *Internet und e-commerce* 131, 135.

⁷⁰ *Gruber* in *Gruber/Mader* (Hg), *Internet und e-commerce* 136.

⁷¹ *Fitzal*, JAP 200, 110.

des Verbrauchers gilt, es sei denn, daß der Geschäftszweck feststeht, wenn etwa der Verbraucher eine Nummer aus einem Katalog des Unternehmers anruft. Für die Namensmeldung wird aber in den Materialien keine Ausnahme gemacht, so daß es danach - zum Unterschied von der hier vertretenen Ansicht - offenbar bei der Strafdrohung bleiben soll. Merkwürdig bleibt jedenfalls, daß unter Strafe nur diese Unterlassung steht, nicht aber trotz ähnlicher Interessenlage jene gem Abs 1 (Informationspflichten vor Vertragsabschluß). Die naheliegende Analogie ist nicht möglich (nullum crimen sine lege).

Gem **§ 5d KSchG** muß der Verbraucher rechtzeitig während der Vertragserfüllung (spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung) 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 (zB Details des Rücktrittsrechts) erhalten (Ausnahmen davon gem Abs 3 ua bei Hauslieferungen und Freizeit-Dienstleistungen). Die Unterlassung der Bestätigungspflicht wirkt sich auf die Frist für das **Rücktrittsrecht** gem **§ 5e KSchG** aus:

Nach dieser Bestimmung kann der Verbraucher von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag oder einer im Fernabsatz abgegebenen Vertragserklärung (ohne Angabe von Gründen⁷²) zurücktreten.⁷³ Diese Neuregelung wurde im Hinblick auf die im Fernabsatz für den Verbraucher liegenden Gefahren eingefügt (er kann die Ware nicht unmittelbar in Augenschein nehmen, keine persönliche Beratung). Das herkömmliche Rücktrittsrecht des § 3 KSchG kommt im Fernabsatz meist nämlich nicht zum Tragen, da der Verbraucher idR selbst die entsprechende Geschäftsverbindung anbahnt und dem Geschäft auch keine Besprechungen vorausgehen (siehe oben).⁷⁴

Für die Ausübung des Rücktrittsrechts reicht es, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb der dafür vorgesehenen **Frist** abgesendet wird (Abs 1). Diese beträgt sieben Werktage (Samstag zählt nicht) und beginnt bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses (Abs 2). Erfolgt die Lieferung in mehreren Teilen, beginnt der Fristlauf mit dem der ersten Teillieferung folgenden Tag.⁷⁵ Zu beachten ist, daß die Rücktrittserklärung zum Unterschied von

⁷² Daß das Rücktrittsrecht grundlos erfolgen kann, ist in der RL ausdrücklich vorgesehen (Art 6), aber auch im Anwendungsbereich des FernabsatzG nicht zweifelhaft und nur deshalb nicht *expressis verbis* erwähnt, um diesbezügliche Unklarheiten in Bezug auf § 3 KSchG zu vermeiden, der ebenfalls keine besonderen Gründe anführt (EB).

⁷³ Kein Rücktrittsrecht jedoch zB bei für den Verbraucher eigens angefertigten, kurzlebigen oder normalerweise sofort konsumierten Waren oder bei Verträgen mit spekulativem Charakter (§ 5f Z 2 bis 7 KSchG): *Brenn*, ÖJZ 1997, 655; *Mohr*, *ecolex* 1999, 756.

⁷⁴ *Brenn*, ÖJZ 1997, 554; *Kilches*, MR 1997, 277.

⁷⁵ Zu den entsprechenden Bestimmungen in der Fernabsatz-RL: *Kilches*, MR 1997, 280.

§ 3 KSchG nicht schriftlich erfolgen muß und ferner eine gegenüber den allgemeinen Regeln des § 902 geänderte Zeitrechnung erfolgt. Ist der Unternehmer seinen Bestätigungspflichten nach § 5d Abs 1 und 2 KSchG nicht nachgekommen, so beträgt die Rücktrittsfrist drei Monate, wobei aber die siebentägige Frist beginnt, wenn er innerhalb der drei Monate die Information nachreicht (Abs 3).⁷⁶

Bemerkenswert ist dabei folgendes: Erstens ist für die lange Frist nicht die Erfüllung der Informationspflichten vor Vertragsabschluß (§ 5c KSchG) maßgebend, sondern der Erhalt der schriftlichen Bestätigung dieser Informationen nach § 5d KSchG. Entscheidend müsste aber wohl doch eher der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein (weil der Verbraucher von diesem vielleicht Abstand nimmt, wenn er aufgrund der Information genau weiß, mit wem er es zu tun hat). Zweitens kann der Beginn der kurzen innerhalb der bereits laufenden langen Frist den Verbraucher überraschen.

Fraglich ist, ob der Konsument auch teilweise vom Vertrag zurücktreten kann (er bestellt zB 10 CD's, möchte dann aber nur 5 behalten). Mangels Sondervorschriften im KSchG wird diesbezüglich nach allgemeinen Regeln so zu differenzieren sein, daß ein Teilrücktritt nur bei beiderseitiger Teilbarkeit der Leistungen in Betracht kommt, wobei sich die Teilbarkeit nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach der konkreten Parteienvereinbarung oder Interessenlage richtet. Im Zweifel (mangels gegenteiliger vertraglicher Anhaltspunkte) ist aber davon auszugehen, daß die objektive Teilbarkeit auch dem Parteiwillen entspricht. Dies wird bei Fernabsatzgeschäften gewöhnlich der Fall sein, weil sich diese idR – wie das erwähnte Beispiel - auf Gattungskäufe beziehen, die definitionsgemäß beiderseitig teilbare Leistungen enthalten.

Was die **Rechtsfolgen des Rücktritts** betrifft, hat sich der Gesetzgeber am bisherigen Rücktrittsrecht beim Haustürgeschäft orientiert (§ 4 KSchG). Die Konsequenzen sind im großen und ganzen identisch. So darf es nach der Richtlinie zB für den Verbraucher zu keinen Belastungen außer den Kosten für die Rücksendung kommen und er muss klar und deutlich über Änderungsmöglichkeiten an der Lieferung unterrichtet werden.⁷⁷ Im wesentlichen gibt es nur zwei Abweichungen:

1. Während nach § 4 KSchG der Unternehmer die vom Verbraucher empfangenen Leistungen samt gesetzlichen Zinsen (vom Empfangstag an) zurückzuerstatten hat, wird die **Verzinsung** von **§ 5g KSchG** nicht erwähnt. Eine solche folgte zwar schon aus den allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts (die Judikatur zur

⁷⁶ *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 507; *Mottl*, aaO 32.

⁷⁷ *Urlesberger*, wbl 1997, 12 (13).

Rückabwicklung synallagmatischer Verträge, bei denen unter Kritik der Lehre judiziert wird, daß sich Verzinsung und Benützungsentgelt aufheben, bleibt hier außer Betracht) - nur liegt in diesem Fall eben eine *lex specialis* vor, die den allgemeinen Regeln vorgehen sollte. Fraglich ist, ob es sich um ein Redaktionsversehen oder eine planwidrige Unvollständigkeit handelt oder ob es eine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, den Verbraucher nach dem KSchG schlechter zu stellen als er nach allgemeinen Regeln stünde. Die Materialien erwähnen die Problematik nicht, womöglich ist aber das Fehlen des Verzinsungsanspruchs als Ausgleich für das im Vergleich zu § 3 KSchG bedeutend weitere Rücktrittsrecht des § 5e KSchG gedacht. Auf der anderen Seite wird dieses Recht im Hinblick auf die erwähnten Gefahren im Fernabsatz als sachlich gerechtfertigt angesehen. Demnach müßte nach allgemeinen Regeln doch eine Verzinsung angenommen werden.⁷⁸

2. Eine weitere Abweichung besteht in einer bemerkenswerten Neuregelung (**§ 5h KSchG**), wonach der Rücktritt vom Vertrag auch für einen allfälligen **Kreditvertrag** gilt, den der Verbraucher zur Finanzierung des Fernabsatzvertrages mit dem Unternehmer oder einem Dritten geschlossen hat, soweit die beiden Verträge eine wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 18 KSchG bilden.⁷⁹ Der Kreditvertrag löst sich also ohne weiteres auf, was in Bezug auf einen Kredit vom Unternehmer vielleicht noch angehen mag, da dieser jedenfalls Kenntnis vom Rücktritt hat (vgl. in diesem Sinne auch § 30a Abs 2 KSchG). In Bezug auf einen Drittfinanzierer erscheint es jedoch problematisch, weil dieser idR vom Rücktritt gar nichts weiß. Kredit wird aber oft in der Annahme gegeben, daß man zur Not auf die finanzierte Sache greifen kann, wenn der Kreditnehmer zahlungsunfähig wird. Dieses Vertrauen kann hier enttäuscht werden. Wenn der Verbraucher zurücktritt und der Drittfinanzierer nichts davon erfährt, zahlt er den Kredit in Unkenntnis des Rücktritts möglicherweise aus. In der Folge hat er jedoch keine Zugriffsmöglichkeit auf die betroffenen Kaufsachen und trägt somit das Insolvenzrisiko des Verbrauchers. Man hätte also dem Verbraucher zumindest Informationspflichten gegenüber dem Finanzierer auferlegen können. Das wird aber von den Materialien ausdrücklich abgelehnt und zwar mit der (mE nicht überzeugenden) Begründung, daß damit die korrekte Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie in Frage gestellt wäre. In Art 6 Abs 4 der RL heiße es nämlich, daß der Kreditvertrag "entschädigungsfrei" aufgelöst wird, wenn der Verbraucher vom finanzierten Vertrag zurücktritt⁸⁰. Gemeint ist damit aber wohl nur "spesenfrei", sodass die Ablehnung jeglicher

⁷⁸ So nun auch *Kozio/Welser*¹¹ II 371; *Kucsko/Madl, doingbusiness. at 37*.

⁷⁹ S. auch Art 6 Abs 4 Fernabsatz-RL und *Kilches*, MR 1997, 280.

⁸⁰ *Thorn*, IPRax 1999, 6.

Informationspflichten nicht zwingend erscheint. Dem Finanzierer steht es freilich offen, den Fernabsatzunternehmer im Rahmen ihrer Vertragsbeziehung zur unverzüglichen Weiterleitung bzw Information über ihn auch betreffende Rücktrittserklärungen zu verpflichten.⁸¹ Darüber hinaus wird man entsprechende Informationspflichten in contrahendo aus der vorausgesetzten wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Fernabsatzunternehmer und dem Finanzierer ableiten können.⁸²

Bedenklich ist weiters, daß die Entlastung des Verbrauchers so weit geht, daß ihm nach dem letzten Satz des § 5h Abs 2 KSchG nicht nur keine Kosten des Kreditvertrages auferlegt werden dürfen, sondern auch ausdrücklich angeordnet wird, daß er keine Zinsen zahlen muß. Dies mag dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Kredit direkt an den Verkäufer ausbezahlt wurde, ist aber dann problematisch, wenn der Verbraucher selbst das Geld erhalten hat. Von diesem Fall geht § 5h Abs 2 KSchG offenbar sogar aus, wenn es im ersten Satz heißt, daß nach einer Auflösung des Kreditvertrages "jeder Teil" dem anderen die empfangenen Leistungen zu erstatten hat. Warum der Verbraucher in diesem Fall mit dem Geld des Finanzierers auf dessen Kosten bis zu drei Monate (so lange kann ja uU das Rücktrittsrecht ausgeübt werden) arbeiten können soll (indem er es zB selbst anlegt), ist nicht einzusehen. Man wird daher die Bestimmung bei teleologischer Interpretation so verstehen müssen, daß sie nur die Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Kreditzinsen ausschließt, im übrigen aber allgemeine Regeln des Bereicherungsrechts unberührt läßt, aus denen sich eine solche Verzinsung in Form eines Benützungsentgelts ergibt.

Ansonsten decken sich - wie erwähnt - die Rücktrittsfolgen des § 5g KSchG mit jenen des § 4 KSchG. Diese Identität ist insofern bemerkenswert, als schon § 4 KSchG eine Reihe von Systemwidrigkeiten aufweist, die in der Literatur kritisiert wurden (zB daß nicht zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Verbrauchers differenziert wird). Der Gesetzgeber hätte jetzt die Gelegenheit gehabt, darauf zu reagieren, hat dies aber unterlassen.

Dafür wurde eine weitere neue Bestimmung geschaffen, die zusätzliche Probleme aufwirft, nämlich **§ 5i KSchG**. Nach dieser gesetzlichen Fälligkeitsregel muß der Unternehmer eine Bestellung des Verbrauchers mangels anderer Vereinbarung spätestens innerhalb von 30 Tagen ausführen, es sei denn, er hat das Angebot nicht angenommen. In diesem Fall oder wenn er die Bestellung nicht ausführen kann, weil die bestellte

⁸¹ *Mohr*, *ecolex* 1999, 756.

⁸² *Zankl*, *ecolex* 2000, 417.

Ware oder Dienstleistung nicht verfügbar ist, muß er dies dem Verbraucher unverzüglich mitteilen.⁸³ Außerdem muß er bereits geleistete Verbraucherzahlungen zurückerstatten.⁸⁴ Im einzelnen enthält die Bestimmung zweierlei:

1. Eine Lieferfrist, also eine **Fälligkeitsregel**. Dies ist an sich nicht weiter problematisch, weil es gesetzliche Fälligkeitsregeln schon in zahlreichen anderen Zusammenhängen gibt (vgl zB § 685, § 1418 ABGB). Bemerkenswert ist aber doch, dass das KSchG damit für Konsumenten eine Verschlechterung gegenüber allgemeinen Regeln etabliert, wonach eine Leistung „sogleich“ gefordert werden kann (§ 904 ABGB).
2. Schwierigkeiten bereitet jedenfalls die **Informationspflicht**. Sie gilt für die folgenden zwei Fälle:

Für den Fall, daß der Unternehmer das **Angebot nicht annimmt**. Unklar ist, was gilt, wenn die Information unterbleibt. In der Literatur wurde diesbezüglich eine Analogie zu § 362 HGB erwogen.⁸⁵ Nach dieser Bestimmung ist ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, dazu verpflichtet, unverzüglich auf ein entsprechendes Angebot zu antworten, wenn es von jemandem kommt, mit dem er in Geschäftsverbindung steht oder dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. Schweigen gilt als Annahme. Die Analogie erscheint aber fraglich: Zum einen setzt sie Geschäftsbesorgung und bestehenden Geschäftskontakt voraus, was hier in den wenigsten Fällen zusammentreffen wird. Systematisch noch viel wichtiger erscheint aber, daß § 362 HGB eine gesetzlich besonders normierte Ausnahme von der allgemeinen Regel darstellt, daß Schweigen nicht als Zustimmung gilt. Ohne deutliche Anhaltspunkte in diese Richtung sollte also § 5i KSchG iZw nicht so verstanden werden. Man sollte daher auf allgemeine Regeln zurückgreifen, nach denen die Verletzung einer Rechtspflicht schadenersatzrechtlich sanktioniert ist. § 5i KSchG entspricht also - wenn man ihn normativ vergleichen will - am ehesten § 1003. Nach dieser Bestimmung müssen Personen, die zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt sind (zB Rechtsanwälte, Notare) unverzüglich antworten, ob sie eine entsprechende Offerte

⁸³ Zu den entsprechenden Bestimmungen der Fernabsatz-RL: *Kilches*, MR 1997, 279. *Mottl*, aaO 33.

⁸⁴ *Mottl*, aaO 33.

⁸⁵ *Madl*, *ecolex* 1996, 81.

annehmen. Das Schweigen hat aber hier keine Zustimmung, sondern eben nur Schadenersatzpflichten zur Folge.⁸⁶

Für den Fall, daß der Unternehmer das **Angebot angenommen** hat und sich herausstellt, daß die **Ware nicht verfügbar** ist. Nicht geregelt und daher fraglich sind einmal mehr die Konsequenzen der Unterlassung der Information. Man könnte diese Bestimmung unternehmerfreundlich verstehen und davon ausgehen, daß (ohne weitere Sanktionen) der Verbraucher nur an sein Rücktrittsrecht erinnert werden soll. Da die entsprechenden Informationspflichten allerdings ohnedies schon - und das sehr ausführlich - in den §§ 5c und 5d KSchG geregelt sind, wird man eher annehmen müssen, daß die Sanktion eine schadenersatzrechtliche ist, der Unternehmer also bei schuldhafter Unterlassung der Information für den Verspätungsschaden haftet. Damit ist allerdings noch nicht die umgekehrte Frage beantwortet, nämlich was zu gelten hat, wenn die Informationspflicht erfüllt wird. ME ändert dies an den allgemeinen Regeln der Leistungsstörungen nichts. Mit anderen Worten: auch wenn der Unternehmer informiert, kommen die allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung oder Unmöglichkeit zur Anwendung. Der Unternehmer kann sich also zwar durch Erfüllung der Informationspflicht von Schadenersatzpflichten für die Verspätung der Leistung, nicht aber von der Erfüllungspflicht selbst befreien. Merkwürdig ist dabei aber doch, daß § 5i KSchG die Informationspflicht mit der Pflicht verbindet, bereits geleistete Zahlungen zurückzustellen. Eine solche Pflicht setzt aber logisch voraus, daß kein Vertrag mehr besteht, so daß die Bestimmung scheinbar doch davon ausgeht, daß der Vertrag mit der Erfüllung der Informationspflicht aufgehoben wird. Um auf diesem Wege nicht zu einem system- und wertungswidrigen grundlosen Rücktrittsrecht des Unternehmers zu kommen⁸⁷, wird man die Bestimmung teleologisch reduzieren und so verstehen müssen, daß die Rückzahlungspflicht nur für den - von § 5i KSchG ja ebenfalls geregelten - Fall gilt, daß der Unternehmer das Angebot nicht annimmt. Für diesen Fall ist die Rückzahlungspflicht konsequent, da ja eben kein Vertrag zustandegekommen ist. Sobald das Angebot aber

⁸⁶ So auch *Mohr*, *ecolex* 1999, 156; aA *Koziol/Welser*¹¹ II 372 mit der Begründung, daß § 5i KSchG eine Pflicht zum Widerspruch normiere, weshalb Schweigen als Zustimmung zu werten sei. Vgl zum Problemkreis auch *Kresbach*, *E-Commerce* 38.

⁸⁷ So aber *Koziol/Welser*¹¹ II 372.

angenommen wurde, kann sich der Unternehmer nicht durch die bloße Information über die Unverfügbarkeit der Ware von seiner vertraglichen Bindung befreien. Die Gegenmeinung führt hingegen dazu, dass der Verbraucher im Anwendungsbereich des KSchG schlechter gestellt wäre als nach allgemeinen Regeln des ABGB, nach denen es selbstverständlich ist, dass der Vertragspartner nicht einfach unter Hinweis auf die Nicht-Verfügbarkeit der verkauften Ware vom Vertrag zurücktreten kann.

Da die Gefahr des **Mißbrauchs von Kreditkarten** besonders im Fernabsatz besteht, wurde durch das FernabsatzG auch **§ 31a KSchG** neu eingefügt: Wenn bei einem Vertragsabschluß im Fernabsatz eine Zahlungskarte oder deren Daten mißbräuchlich verwendet werden⁸⁸, so kann der berechtigte Karteninhaber vom Aussteller der Karte verlangen, daß eine Buchung oder Zahlung rückgängig gemacht bzw erstattet wird. Von dieser Bestimmung kann zum Nachteil eines Verbrauchers zwar nicht abgewichen werden⁸⁹, denkbar ist aber – und die einschlägigen AGB tragen diesen Fällen auch Rechnung –, daß der Karteninhaber im Einzelfall Sicherheitsanforderungen (zB sorgfältige Verwahrung der Karte) schuldhaft verletzt und deshalb dem Aussteller gegenüber haftbar wird, was letztlich (durch Kompensation) zu einem Entfall seines Erstattungsanspruchs führen kann.

§ 31a KSchG ist zwar auf Vertragsabschlüsse im Fernabsatz beschränkt, aber nicht auf Verbraucherverträge.⁹⁰ Im übrigen ist zu beachten, daß es im Internet zur Zeit noch keinen einheitlichen Zahlungsstandard gibt, sondern mehrere Varianten von Zahlungssystemen; dh neben der Kreditkarte existieren alternativ noch andere Zahlungsmethoden.⁹¹

Gem **§ 5j KSchG**⁹² haben Unternehmer, die **Gewinnzusagen** oder andere vergleichbare Mitteilungen an bestimmte Verbraucher senden und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erwecken, daß der Verbraucher einen bestimmten Preis gewonnen habe, dem

⁸⁸ Die Verwirklichung eines strafbaren Tatbestands ist dabei nicht erforderlich (EB 1998 BlgNR 20. GP 35).

⁸⁹ Zu den allenfalls damit verbundenen Beweisschwierigkeiten: *Mohr*, *ecolex* 1999, 248 f und *ecolex* 1999, 756f. Näheres bei *Fitzal*, JAP 2000, 114; *Neubauer*, *ecolex* 2000, 708; *Mader* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 38 ff.

⁹⁰ *Mottl*, aaO 33; 43 f.

⁹¹ *Mader* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 38 ff; vgl auch <http://www.internet4jurists.at>; vgl auch **Empfehlungen 97/489/EG der Kommission vom 30. 7. 1997 zu den Geschäften, die mit elektronischen Zahlungsinstrumenten getätigt werden**: Art 6 der Empfehlung sieht vor, dass der Inhaber eines elektronischen Zahlungsinstrumentes einen infolge Verlustes oder Diebstahl verursachten Ausfall bis zur Verständigung des Emittenten nur bis zu einer Höchstgrenze tragen soll. Die Obergrenze (150 Ecu) soll allerdings keine Anwendung finden, wenn grob fahrlässig in Art 5 genannte Pflichten des Karteninhabers unter welchen auch Verwahrungspflichten genannt sind, verletzt werden. Nach Art 6 Ziffer 2 soll der Inhaber andererseits überhaupt nicht haften, wenn das Zahlungsinstrument „ohne dessen Vorlage oder ohne dessen elektronische Identifizierung“ gebraucht wurde.

⁹² Dazu *Klauser*, *ecolex* 1999, 752.

Verbraucher diesen Preis zu leisten; er kann auch gerichtlich eingefordert werden. Die Bestimmung hat an sich einen wettbewerbsrechtlichen Hintergrund⁹³ und ist offenbar deshalb ins FernabsatzG „gerutscht“, weil derartige Zusagen gewöhnlich schriftlich ohne vorherigen Kontakt zwischen Unternehmer und Verbraucher gegeben werden. Inhaltlich geht sie mit der Zuerkennung eines klagbaren Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse über die bisherige Judikatur hinaus, die Verbrauchern in Fällen dieser Art den Vertrauensschaden zugesprochen hat⁹⁴. Dies ist insofern bemerkenswert, als nach österreichischem Recht selbst bei erlaubten Spielen oder Wetten kein klagbarer Anspruch auf Erfüllung (§ 1271 ABGB), sondern nur eine Naturalobligation besteht. Damit steht § 5j systematisch in Widerspruch, wenn er in wörtlicher Umkehr des § 1271 einen klagbaren Anspruch auf den Preis einräumt.

III. Vertragsabschluss

Literatur: *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 641; *Brenn*, Das österreichische Signaturgesetz – Unterschriftenersatz in elektronischen Netzwerken, ÖJZ 1999, 587; *Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000), 109; *Gruber*, E-Mail-Werbung nur mit Zustimmung?, RdW 2001, 73; *Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), RdW 1999, 505; *Hance*, Internet-Business & Internet-Recht; *Jaburek/Wölfl*, Cyber-Recht; *Kronberger*, Der Software-Vertrag (1993); *Kucsko/Madl*, doingbusiness.at (2000) 27; *Madl*, Vertragsabschluss im Internet, ecolex 1996, 79; *Lachmair*, EU-Richtlinie für E-commerce seit 1.6.2000 in Kraft, RdW 2000, 45; *Mayer-Schönberger/Pilz*, E-commerce: Rechtliche Rahmenbedingungen und Notwendigkeiten, AnwBl 1999, 217; *Mohr*, KSchG-Novelle 1999 – Verbraucherschutz im Fernabsatz, ecolex 1999, 755; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, CR 2000, 61; *Mottl*, Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen für den Electronic Commerce im Internet, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 17; *dieselbe*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 13; *B. Schauer*, e-commerce; *Schönherr*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, ÖBl 1999, 267; *Sykora*, e-mail – Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr?, AnwBl 1999, 540; *Thaler*, Vertragsabschluß bei Online-Auktionen, ecolex 2000, 568; *Thiele*, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998, 670; *derselbe*, E-mail-Werbung zulässig?, RdW 1999, 386; *Wachter/Winter*, Computerrecht⁴ (1999) 15; *Wendel*, Wer hat Recht im Internet? Ein juristischer Leitfaden; *Wessely*, Internet-Auktionen – Steiger´ dich rein! MR 2000, 266; *Wieser*, Der rechtskonforme Abschluss von Versicherungsverträgen im Internet, VersR 2000, 153; *Zankl*, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, ecolex 2001, 344; *Zankl*, Zivilrecht und e-commerce, ÖJZ 2001, 542; *Zib*, Electronic Commerce und Risikozurechnung im rechtsgeschäftlichen Bereich, ecolex 1999, 230.

⁹³ Vgl auch OGH in ecolex 1998, 497.

⁹⁴ OGH in ecolex 1998, 497.

1. Allgemeines

a.) Willenserklärung und "Computererklärung"

Die (beiderseitige) Willenserklärung ist auslösendes Element des Vertragsabschlusses und damit Ausgangspunkt des gesamten Vertragsrechts. Besonders im Internet werden nun aber Erklärungen häufig nicht unmittelbar von Menschen, sondern automatisiert von Computerprogrammen abgegeben (vgl zB unten die Praxis von Bestätigungs-e-mails als Reaktion auf online-Bestellungen). Fraglich ist daher, ob solche Erklärungen als Willenserklärungen der natürlichen oder juristischen Person gelten, die den entsprechenden Vorgang installiert hat. Im Ergebnis wird dies zu bejahen sein, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es ist für den Empfänger nicht erkennbar, ob zB eine e-mail von einem Menschen oder einer Maschine abgeschickt wird. Nach dem im österreichischen Zivilrecht maßgebenden **objektiven Erklärungswert** müssen die Fälle daher gleich behandelt werden.
2. Die automatisiert abgeschickte e-mail könnte auch als **eine Art "Handlung"** betrachtet werden, die "mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig läßt" (§ 863), daß das damit Ausgedrückte gewollt ist.⁹⁵
3. Auch der automatisierte Vorgang muß letztlich von einem Menschen programmiert worden sein, so daß das Ergebnis seinem **Willen zugeordnet** werden kann.⁹⁶

Konsequenterweise muß die Computererklärung dann aber in jeder Hinsicht wie eine normale Willenserklärung behandelt werden, also zB auch so auszulegen (§§ 914 f) oder wegen Willensmängeln anfechtbar sein (§§ 870 ff)⁹⁷. Zum Sonderfall von Erklärungen, die durch Software-Agenten abgegeben werden, siehe unten.

b.) Angebot und Annahme

Auch Verträge im Internet kommen unter Zugrundelegung allgemeiner Regeln durch übereinstimmende Willenserklärungen, also durch Angebot und Annahme zustande.

Was das **Angebot** betrifft, ist an die Erfordernisse der Bestimmtheit und des Bindungswillens zu erinnern. Letzterer wird idR fehlen, wenn Ware auf web-sites feilgeboten wird. Die Rechtslage ist nicht mit dem

⁹⁵ In diesem Sinne B. Schauer, e-commerce 99.

⁹⁶ Fallenböck/Haberler, RdW 1999, 505.

⁹⁷ So auch Mottl in Gruber/Mader (Hg), Internet und e-commerce 15; Fallenböck/Haberler, RdW 1999, 505.

Automatenkauf vergleichbar - weil bei diesem der Käufer vorleistet⁹⁸ - sondern am ehesten mit dem Anpreisen von Ware in Katalogen oder Schaufenstern. So wie diese Vorgänge werden daher auch online-"Angebote" bloß als **Einladungen zur Erstellung von Angeboten** qualifiziert ("invitatio ad offerendum"). In Wirklichkeit stellt daher das Angebot erst der user, indem er via Internet dem Anbieter eine Nachricht übermittelt.⁹⁹

Im einzelnen kann dies aber auch anders sein. Zum einen kann der Bindungswille nicht nur ausdrücklich erklärt werden (vgl zB die AGB von www.amazon.de¹⁰⁰), sondern sich auch aus den Umständen ergeben (§ 863). Dies wird zB in bezug auf Informationen angenommen, die nur für eine bestimmte Benutzergruppe gedacht sind und nur von dieser durch Kennwort abrufbar sind.¹⁰¹ Auch Angebote, die per e-mail ausschließlich an bestimmte Personen gesendet werden, werden als zivilrechtlich bindend anzusehen sein.¹⁰² Schließlich werden in diesem Sinne auch Angebote qualifiziert, die Daten und Informationen in elektronischer Form sofort gegen elektronische Bezahlung liefern.¹⁰³

Die **Annahme** erfolgt nach dem bisher Gesagten idR als Reaktion des Internet-Anbieters auf eine Bestellung des entsprechenden Users¹⁰⁴. Nach allgemeinen Regeln kann sie ausdrücklich (zB Bestätigung durch einen Anruf, einen Brief oder ein e-mail) erfolgen. Dann kommt der Vertrag mit dem Zugang beim Offerenten zustande. Sie kann aber auch stillschweigend oder - wenn eine Annahmeerklärung "nach der Natur des Geschäfts oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist" - durch tatsächliches Entsprechen iSd § 864 erfolgen. Der Vertrag kommt in letzterem Fall (das heißt idR) durch Absenden der bestellten Ware zustande (zum Übersendungsrisiko siehe unten).¹⁰⁵

c.) Zugang

Gem § 862a müssen Erklärungen dem Empfänger zugehen, um rechtliche Wirkungen zu entfalten. Zugang tritt jedenfalls bei Kenntnisnahme der Erklärung ein, vorher dann, wenn unter normalen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme gerechnet werden kann, wenn sie also in den "**Machtbereich**" des Empfängers gelangt ist. Bei

⁹⁸ Vgl *B. Schauer*, e-commerce 91 mwN; *Madl*, *ecolex* 1996, 79.

⁹⁹ So auch *Madl*, *ecolex* 1996, 79; *Mottl*, aaO 16; *Brenn*, *ÖJZ* 1997, 653; *Mohr*, *ecolex* 1999, 755; *Wessely*, MR 2000, 268; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at* 28.

¹⁰⁰ „Amazon.de verpflichtet sich, die Bestellung des Bestellers zu den Bedingungen der Website anzunehmen.“

¹⁰¹ *Jaburek/Wölfl*, *Cyber-Recht* 102.

¹⁰² *B. Schauer*, aaO 92.

¹⁰³ *Hance*, *Internet-Business* 170; *B. Schauer*, aaO 92; *Mottl*, aaO 16; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 505.

¹⁰⁴ Zur Bedeutung von Bestätigungsmails s oben.

¹⁰⁵ *Brenn*, *ÖJZ* 1997, 653; *Wessely*, MR 2000, 268. Ebenso *Madl*, *ecolex* 1996, 79; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at* 29.

Kommunikation per e-mail tritt Zugang (und damit verbunden Bindungswirkung – dazu sogleich unten) somit grundsätzlich dann ein, wenn die Erklärung für den Empfänger in seiner mailbox verfügbar ist. Dies gilt nicht für e-mails, die außerhalb "normaler" Zeiten einlangen, es sei denn, daß der Adressat – zB durch Einrichtung einer automatisierten Bestellungsannahme – Gegenteiliges zu erkennen gegeben hat¹⁰⁶. Ansonsten sollten e-mails - wie auch sonstige Erklärungen, für die dies herrschender Ansicht nach entspricht - erst dann als zugegangen gelten, wenn mit ihrer Kenntnisnahme gerechnet werden kann (idR am Morgen des nächsten Werktages; vgl in diesem Sinne auch *Madl*¹⁰⁷ sowie § 8/4 des deutschen EDI-Rahmenvertrages, wonach eine außerhalb der Geschäftszeiten zugehende Nachricht mit Beginn der Geschäftszeit des nächstfolgenden Arbeitstages als zugegangen gilt). Die gegenteilige Auffassung *Brenns*¹⁰⁸ überzeugt nicht (vgl allerdings Art 11 Abs 1 lit a E-Commerce-RL). Er geht davon aus, daß "die ständige Verfügbarkeit" der elektronischen Post "typisch und allgemein bekannt ist" und sich dadurch von der herkömmlichen Post unterscheidet. Dabei werden allerdings zwei Gesichtspunkte miteinander verwechselt: Zustellbarkeit (dadurch unterscheiden sich e-mails in der Tat von regulärer Post) und Verfügbarkeit (diesbezüglich bestehen zwischen herkömmlicher und elektronischer Post keine Unterschiede: auch der Brief ist in dem Moment verfügbar, in dem er nächstens in den Postschlitz eingeworfen wird - trotzdem wird Zugang erst am nächsten Morgen angenommen).

Eine andere Frage ist es, inwieweit die mailbox schlechthin dem Herrschaftsbereich des Empfängers angehört. Die Problematik hängt damit zusammen, ob und inwieweit die **Zulässigkeit elektronischer Kommunikation** überhaupt vereinbart oder zumindest erkennbar sein muß. Beispiel: A bestellt schriftlich Ware. B nimmt das Angebot per e-mail an. In der Folge anerkennt B den Vertragsabschluß nicht, weil die Erklärung zwar rechtzeitig eingelangt (dazu unten), die Annahme per e-mail aber nicht vereinbart worden sei. Richtiger Ansicht nach ist eine solche Vereinbarung nicht erforderlich.¹⁰⁹ Unter dem Regime der Formfreiheit des allgemeinen Privatrechts muss die Wirksamkeit elektronischer Kommunikation ebensowenig vereinbart werden wie die Wirksamkeit herkömmlicher Kommunikation. Vielmehr handelt es sich um eine **Frage des Zugangs**, der - wie oben dargelegt - dann eintritt, wenn mit der Kenntnisnahme der Erklärung unter normalen Umständen gerechnet werden kann. Insofern bestehen zwischen der herkömmlichen Kommunikation per Post und dem Versenden und Empfangen von e-mails (noch) Unterschiede. Der Briefkasten gehört nach allgemeiner

¹⁰⁶ *Mottl* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 17.

¹⁰⁷ *ecolex* 1996, 79; *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 506; *Kucsko/Madl*, *doingbusiness.at* 28 f.

¹⁰⁸ ÖJZ 1997, 652; zustimmend *B. Schauer*, aaO 93.

¹⁰⁹ AA *Brenn*, ÖJZ 1999, 590, der grundsätzlich eine solche Vereinbarung verlangt und die bloße Einrichtung einer email-Adresse nicht für ausreichend erachtet.

Verkehrssitte zum Herrschaftsbereich des Empfängers einer Erklärung, so daß mit dem Einlangen in diesen Bereich auch ohne weiteres (zu "normalen" Zeiten) mit ihrer Kenntnisnahme gerechnet werden kann. Auf neue Kommunikationsmedien trifft dies freilich nicht mit derselben Selbstverständlichkeit zu. Vielmehr kommt es oft vor, daß jemand zwar eine e-mail-Adresse besitzt, sie aber entweder gar nicht, noch nicht oder nicht mehr benützt. In diesen Fällen kann - bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme - kein Zugang angenommen werden, wenn es etwa dem Unternehmer, bei dem der Betreffende etwas bestellt hat, gelingt, diese Adresse herauszufinden und er dann etwa die Annahmeerklärung an diese Adresse sendet. Anders liegt der Fall freilich dann, wenn der Besitzer einer e-mail-Adresse zu erkennen gibt, daß er über diese "erreichbar" ist. Dies muß freilich weder ausdrücklich erklärt werden noch bedarf es einer entsprechenden Annahme (daher keine Vereinbarung!).¹¹⁰ Vielmehr muß es nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts als ausreichend angesehen werden, wenn der Betreffende einen entsprechenden **Vertrauenstatbestand**, also ein Verhalten setzt, aus dem objektiv geschlossen werden kann, daß mit der Kenntnisnahme elektronisch erhaltener Post gerechnet werden kann. Dies ist zB schon dann anzunehmen, wenn der Betreffende auf seinem (verwendeten) Briefpapier oder auf seiner (übergebenen) Visitenkarte eine e-mail-Adresse anführt oder etwa per e-mail an jemanden herantritt. Hier darf wohl damit gerechnet werden, daß auch eine elektronisch übermittelte Antwort zur Kenntnis genommen wird.¹¹¹ Das Risiko, daß der Empfänger in diesen Fällen seine mailbox nicht regelmäßig abfragt, trägt dann er, nicht aber der Geschäftsverkehr, der auf einen gegenteiligen Anschein vertrauen darf.

Dasselbe muß unter dem Aspekt angemessener Risikoverteilung mE dann angenommen werden, wenn jemand etwa sein **Passwort** vergißt. Beispiel: Verschiedene Internet-Unternehmen bieten kostenlose und - da die eingegebenen Daten nicht überprüft werden - anonyme e-mail-Adressen an (zB www.altavista.com). Es kommt häufig vor, daß solche Adressen "besorgt", dann aber einfach vergessen werden. Ist der Betreffende im Sinne der oben aufgestellten Vertrauensvoraussetzungen mit dieser Adresse in Erscheinung getreten und wird ihm an diese eine Erklärung übermittelt, so ist es sein Risiko, wenn er die Adresse nicht mehr verwendet oder nicht mehr verwenden kann, weil er das Passwort vergessen hat. Eine an diese Adresse übermittelte Erklärung gilt also als zugegangen.

¹¹⁰ Differenzierend *Sykora*, AnwBI 1999, 542. Dieser unterscheidet zwischen mündlicher Bekanntgabe von e-mail Adressen und Bekanntgabe durch virtuelles Medium und läßt eine konkludente Erklärung nur im zweiten Fall zu.

¹¹¹ *Thiele*, AnwBI 1998, 670; aA *Sykora*, AnwBI 1999, 542.

Problematisch ist auch die Zugangsfrage bei **standardisierten mail-accounts**¹¹², die vor allem von größeren Unternehmen oder Institutionen für ihre Mitarbeiter - idR ohne deren Zutun - eingerichtet werden. Aufgrund dieser Praxis braucht man nur den Namen einer Person und die entsprechende Institution kennen und kann sich so leicht die jeweilige E-mail-Adresse dieser Person „ausrechnen“. Erwägenswert erschiene in diesem Zusammenhang etwa eine Differenzierung danach, ob es sich um private oder „unternehmensbezogene“ Erklärungen handelt, die an solche Adressen übermittelt werden, die ihr Besitzer oft auch gar nicht kennt oder verwendet. Wer weiß oder wissen muß, daß er über einen solchen account verfügt, diesen aber nicht verwendet und keine entsprechenden Vorkehrungen trifft (zB Sperre oder Umleitung), müßte im Sinne der erwogenen Differenzierung solche Erklärungen gegen sich gelten lassen, die unternehmensspezifische Inhalte aufweisen. Entsprechende Erklärungen würden also auch dann gelten, wenn sie der Empfänger tatsächlich nicht zur Kenntnis genommen hat, immerhin aber die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gehabt hätte.

d.) Bindungswirkung

Der Offerent ist an sein Angebot ab dem Zeitpunkt des Zugangs beim Geschäftspartner gebunden.¹¹³ Da ein Vertrag im Internet durch Erklärungen grundsätzlich unter Abwesenden geschlossen wird, gilt gemäß § 862 - mangels anderer Festlegung¹¹⁴ - eine dreigliedrige Frist: Weg zum Empfänger - angemessene Überlegungsfrist - Weg zurück zum Absender. Innerhalb dieser Frist ist der Offerent an sein Angebot gebunden, wobei im vorliegenden Fall zu beachten ist, daß die Wegzeiten aus technischen Gründen zu vernachlässigen sind (e-mails werden idR sofort übertragen). Während dieser Frist ist ein Ausschluss der rechtlichen Bindung durch die Beifügung eines Unverbindlichkeitszusatzes (wie zB „Solange der Vorrat reicht!“) möglich.¹¹⁵ Ferner ist zu beachten, daß keine Bindungswirkung eintritt, wenn eine Erklärung rechtzeitig widerrufen wird. Dies ist nach hA auch nach Zugang möglich, solange die Erklärung vom Empfänger nicht zur Kenntnis genommen wurde.¹¹⁶ In diesem Zusammenhang erlangt die oben erörterte Praxis von Bestätigungs-e-mails Bedeutung. Da diese idR sofort als Reaktion auf eine online-Bestellung erfolgen, ist ein Widerruf der Bestellung nicht möglich. Keine Rolle spielt es dabei, ob die Bestätigung von einer bei ihrem Absender tätigen Person oder

¹¹² ZB wolfgang.zankl@univie.ac.at

¹¹³ *Brenn*, ÖJZ 1997, 653; *Wessely*, MR 2000, 268.

¹¹⁴ Für Verbraucherverträge hält § 6 Abs 1 Z 1 KSchG fest, daß der Unternehmer sich keine unangemessen lange oder unbestimmte Frist für die Annahme bzw. Ablehnung des Anbots des Verbrauchers ausbedingen kann.

¹¹⁵ *Mottl*, aaO 18.

¹¹⁶ *Madl*, *ecolex* 1996, 79 mwN; differenzierend *Mottl*, aaO 21, ablehnend *Brenn*, ÖJZ 1997, 653.

automatisiert abgeschickt wird. Wie oben dargelegt, sind "Computer-Erklärungen" normalen Erklärungen gleichzuhalten.

Fraglich ist die Bindungswirkung bei Abgabe von Willenserklärungen im Rahmen eines **Chat-Forums**. Ein solches Forum ermöglicht die direkte Kommunikation in Echtzeit über sog Channels oder Kanäle zwischen den Chat-Teilnehmern, die sich gleichzeitig in einem sog Chatroom aufhalten. Dabei handelt es sich um eine Art virtuellen Raum, der von einem IRC (Internet Relay Chat)-Server zur Verfügung gestellt wird. Die Kommunikation erfolgt daher nicht verbal, sondern durch Eingabe von Text durch die Teilnehmer, welcher sodann an alle anderen übermittelt und (grundsätzlich) gleichzeitig für alle sichtbar wird. Da die übermittelten Erklärungen auf einem Server zwischengespeichert werden, es sohin nicht zu einem direkten Kontakt wie beim Telefonieren kommt, ist *Wendel*¹¹⁷ der Meinung, daß entsprechend übermittelte Willenserklärungen so zu qualifizieren sind, als wären sie unter Abwesenden abgegeben worden. Dagegen spricht allerdings der Umstand, daß die Chatteilnehmer wie beim Telefonieren in Echtzeit miteinander kommunizieren. Der Speichervorgang ist insofern nur technisch relevant, ändert aber nichts daran, daß die Teilnehmer einander im virtuellen Raum „gegenübersitzen“. So gesehen, dürfte es doch sachgerechter sein, von Erklärungen unter Anwesenden auszugehen, so dass entsprechende Angebote wie beim Telefonieren „sofort“ angenommen werden müssen.

2. Zurechnung

Bei der Zurechnung geht es allgemein darum, ob und inwieweit ein Internet-User Erklärungen gegen sich gelten lassen muß, die von seinem PC abgeschickt wurden, aber entweder gar nicht oder nicht in der Erscheinungsform von ihm stammen, in der sie dem Empfänger zugehen. Verschiedene Varianten sind denkbar.

Relativ unproblematisch ist der Fall, daß jemand eine e-mail versendet, das infolge eines technischen **Übertragungsfehlers** anders oder gar nicht ankommt. Diesbezüglich bestehen keine Unterschiede zu herkömmlichen Erklärungen. Sie reisen auf Risiko des Absenders. Er muß sie grundsätzlich so gegen sich gelten lassen, wie sie ankommen.¹¹⁸

Anders liegen die Dinge, wenn die Erklärung gar nicht vom vermeintlichen Absender initiiert wurde, was vor allem durch **Weitergabe eines**

¹¹⁷ Wer hat Recht im Internet? Ein juristischer Leitfaden 92.

¹¹⁸ *Mottl*, aaO 22; differenzierend *Brenn*, ÖJZ 1997, 653, der auf eine in den Vorbemerkungen des deutschen EDI Rahmenvertrags enthaltene Verpflichtung des Empfängers zur Rekonstruktion nach Treu und Glauben, sowie auf die Rsp des dBHG zur Übermittlung von Telefaxnachrichten verweist.

Passwortes oder dadurch möglich wird, daß sich Dritte **unbefugten Zugriff zum PC** des Absenders verschaffen (**Hacker**)¹¹⁹. In diesen Fällen handelt es sich um ein nuanciertes Problem mangelnden Erklärungsbewußtseins, wobei die Abweichung darin besteht, daß in den herkömmlichen Fällen der Erklärende immerhin oft einen Erklärungsakt setzt (indem er zB versehentlich etwas unterschreibt), während dies etwa bei (technisch möglicher) Fernsteuerung eines PC nicht der Fall ist. Vielmehr kommen Erklärungen "aus dem Computer", mit deren unmittelbarer Abgabe der Betreiber des PC nichts zu tun hat. Immerhin wurde aber die technische Voraussetzung hierfür (der Betrieb des Systems) von ihm geschaffen, so daß die daraus resultierenden "Computererklärungen" - wie bereits oben dargelegt - herkömmlichen Erklärungen gleichzusetzen sind. Insofern ist der Fall mit jenem Schulbeispiel vergleichbar, in dem ein Einbrecher Briefpapier stiehlt und so unter dem Namen des Bestohlenen schriftliche Erklärungen abgibt. So wie in diesen Fällen wird auch im Internet bezüglich der Risikoverteilung vor allem danach zu differenzieren sein, welchen "Beitrag" derjenige geleistet hat, von dem die Erklärung objektiv zu stammen scheint.¹²⁰ Hat er sich sorgfältig verhalten, also sämtliche Sicherheitsvorkehrungen eingehalten, die nach der Verkehrsauffassung zu beachten sind, so kommt eine Zurechnung grundsätzlich nicht in Frage. Mißachtet der User hingegen zumutbare Sicherheitsvorkehrungen, indem er zB sein Passwort weitergibt oder Warnungen ignoriert, die beim Herunterladen von Dateien aus dem Internet erscheinen, und gelingt es einem Dritten eben, in den PC des Users "einzubrechen", so wird dieser sich Erklärungen, die in der Folge von seinem PC ausgehen, zurechnen lassen müssen. Dies unter dem Aspekt einer angemessenen Risikoverteilung freilich nur dann, wenn der Empfänger gutgläubig war, also weder wußte noch wissen mußte, daß die Erklärung in Wirklichkeit nicht vom Absender stammt.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Auch im Internet kontrahieren Unternehmer idR nur zu ihren AGB, so daß sich ähnliche Probleme wie bei normalen Geschäften stellen. Insbesondere ist auch im e-commerce zu beachten, daß AGB nur kraft Vereinbarung gelten und daß eine entsprechende **Zustimmung** des Users zumindest deren Verfügbarkeit für ihn voraussetzt¹²¹. Dieser Voraussetzung ist an sich Genüge getan, wenn sie in derselben Sprache wie der Haupttext¹²² durch Anklicken abgerufen werden und von einem Durchschnittsuser auch bei oberflächlicher Betrachtung nicht übersehen werden können. Nicht erforderlich ist mE (für die Geltung, wohl aber nach

¹¹⁹ S zu den technischen Möglichkeiten *Zib*, *ecolex* 1999, 231 f.

¹²⁰ Ausführlich *Zib*, *ecolex* 1999, 230.

¹²¹ *Brenn*, *ÖJZ* 1997, 655; *Wessely*, *MR* 2000, 267.

¹²² Vgl zur Sprachproblematik auch *Mottl*, *aaO* 28.

dem E-commerce Gesetz für die Strafbarkeit), dass die AGB auch zum downloaden zur Verfügung stehen¹²³, denn auch im realen (nicht virtuellen) Geschäftsleben wird das (deutlich sichtbare) Aushängen der ABG als ausreichend angesehen¹²⁴, ohne dass eine schriftliche Ausfertigung erforderlich wäre.

Zu beachten ist aber jedenfalls § 864a ABGB, wonach ungewöhnliche und dem Partner des Verwenders nachteilige AGB-Bestimmungen nicht Vertragsinhalt werden, wenn er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen brauchte. Die Regelung ist zumindest analog (es liegt keine "Urkunde" vor) auch online anwendbar, zB dann wenn man zu den AGB nur durch Anklicken eines Symbols oder einer Textmarke kommt, die in keiner Weise darauf hindeuten, daß sich dahinter AGB "verstecken". Dasselbe gilt, wenn etwa bei Online-Bestellung das entsprechende Symbol erst nach dem "Bestellen"-Button angebracht ist und man zu diesem erst durch Scrollen (Bildschirmrollen) gelangt. Nach dem äußeren Erscheinungsbild entsteht hier der Eindruck, daß der Bestellvorgang - ohne Zugrundelegung der AGB - bereits abgeschlossen ist. Mit einem weiteren Symbol, hinter dem sich AGB verbergen, muß daher nicht gerechnet werden.¹²⁵

4. Form

Literatur: *Bieser*, Signaturgesetz - Die digitale Signatur im europäischen und internationalen Kontext – 1. Teil, RDV 2000, 197 und 2. Teil, RDV 2000, 264; *Benn-Ibler/Held*, Schrift und Unterschrift – elektronisch, Überlegungen zur Sicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr, AnwBl 1999, 732; *Blaurock/Adam*, Elektronische Signatur und europäisches Privatrecht, ZEuP 2001, 93; *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 641; *derselbe*, Verbürgung durch mouse-click? ecolex 1999, 243; *derselbe*, Das österreichische Signaturgesetz – Unterschriftenersatz in elektronischen Netzwerken, ÖJZ 1999, 587; *derselbe*, Das Signaturgesetz, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 43; *Brenn/R. Posch*, Signaturverordnung (2001); *Brisch*, Gemeinsame Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, CR 1998, 492; *Brunner*, Das elektronisch gespeicherte Dokument und dessen Beweischarakter, NZ 1996, 161; *Dumortier/Rinderle*, Umsetzung der Signaturrichtlinie in den europäischen Mitgliedstaaten, CRi 2001, 5; *Ebbing*, Schriftform und E-Mail, CR 1996, 271; *Fallenböck/Schwab*, Zu der Charakteristik und den Rechtswirkungen elektronischer Signaturen: Regelungsmodelle in den USA und Europa, MR 1999, 370; *Fina*, Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht – Sturmwarnung für den transatlantischen internationalen e-commerce?, ZfRV 2001, 1; *Forgó*, Was sind und wozu dienen digitale Signaturen? ecolex 1999, 235; *derselbe*, Sicher ist sicher? – Das Signaturgesetz, ecolex 1999, 607; *Geis*, Schutz

¹²³ AA *Mottl*, aaO 26; *Fallenböck/Haberler*, RdW 1999, 507.

¹²⁴ *Koziol/Welser*¹¹ I 118.

¹²⁵ S dazu *Mottl*, aaO 27 mwN und *Madl*, ecolex 1996, 79 f; *Kucsko/Madl*, doingbusiness.at 29 f.

von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur, RDV 2000, 208; *Heun*, Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform, CR 1995, 2; *Huemer*, ÖRAG, BG über elektronische Signaturen (Signaturgesetz – SigG), AnwBl 1999, 392; *Jud/Högler-Pracher*, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, ecolex 1999, 610; *Kucsko/Madl*, doingbusiness.at (2000) 23 ff; *Mayer-Schönberger*, Das Recht am Info-Highway (1997) 133; *derselbe*, Bedauerlich: Signatur-Dienstleister nach der SigV, ecolex 2000, 130; *Mayer-Schönberger/Pilz*, E-commerce: Rechtliche Rahmenbedingungen und Notwendigkeiten, AnwBl 1999, 217; *Mayer-Schönberger/Pilz/Reiser/Schmölzer*, Signaturgesetz (1999); *dieselben*, Sicher & echt: Der Entwurf eines Signaturgesetzes, MR 1998, 107; *Menzel*, Elektronische Signaturen (2000); *derselbe*, Elektronische Signaturen im Geschäftsverkehr, JAP 2000/01, 181; *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 13; *N.N.*, Aktuelle Gesetzgebung (Juli 1999), MR 1999, 130; *Raßmann*, Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr, CR 1998, 36; *Redeker*, EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, CR 2000, 455; *Öhlberger*, Die elektronische Signatur im österreichischen Recht: ein Überblick, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 38; *Scheffler/Dressel*, Vorschläge zur Änderung zivilrechtlicher Formvorschriften und ihre Bedeutung für den Wirtschaftszweig E-Commerce, CR 2000, 378; *Schumacher*, Sichere Signaturen im Beweisrecht, ecolex 2000, 860; *Schwarz*, Raiffeisenblatt 2001; *derselbe*, Die rechtsgeschäftliche Vertretung durch Softwareagenten: Zurechnung und Haftung, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 65; *Schweighofer*, Vorüberlegungen zu künstlichen Personen: Autonome Roboter und intelligente Softwareagenten, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 45; *Stockinger*, Österreichisches Signaturgesetz, MR 1999, 203; *Stomper*, Das österreichische Bundesgesetz über elektronische Signaturen, RdW 1999, 636; *Strack*, Sicherheit im Netz – Entscheidender Faktor für Versicherer und Verbraucher, VersR 2001, 67; *Thaler*, Endlich erste Novelle zum Signaturgesetz, ecolex 2000, 862; *Urbantschitsch*, Elektronische Signatur, ecolex 2000, 343; *Urlesberger*, Neues vom Europarecht, wbl 1999, 255; wbl 1999, 542; wbl 2000, 454; *Vonkilch*, Der Einsatz elektronischer Signaturen aus versicherungs- und verbraucherrechtlicher Perspektive, VersR 2001, 25.

Im Hinblick auf den Grundsatz der **Formfreiheit** (§ 883 ABGB) können Erklärungen - auch ohne daß dies vorher vereinbart werden müßte (siehe oben) - auch elektronisch abgegeben werden. Wie bereits dargelegt, existieren dabei aber gewisse Unsicherheitsfaktoren:

Zum einen kann man nie sicher sein, mit wem man es zu tun hat, wenn man e-mails erhält - vielmehr ist das **Handeln unter fremdem Namen**, das in der bisherigen Zivilistik eher theoretische Bedeutung hatte, im Internet häufig anzutreffen.¹²⁶ Dies liegt daran, daß es keine Kontrolle von e-mail-Registrierungen gibt. Mit anderen Worten: Jedermann kann sich - noch dazu kostenlos - eine mit einem bestimmten Namen versehene e-mail-Adresse besorgen und unter dieser auftreten.

¹²⁶ *Mottl*, aaO 22.

Auf der anderen Seite ist die elektronische Kommunikation - und das ist der zweite Schwachpunkt - überaus unsicher.¹²⁷ Das Versenden einer e-mail wird in puncto **Vertraulichkeit** immer wieder mit dem Verschicken von Postkarten verglichen.¹²⁸ So gut wie jeder kann sie lesen. In gewisser Hinsicht ist aber das Verschicken von mails noch gefährlicher. Während Postkarten, zumindest wenn sie eigenhändig geschrieben oder unterschrieben sind, gewisse Rückschlüsse auf die Authentizität zulassen, sind der **Manipulation** im Internet kaum Grenzen gesetzt. E-mails können abgefangen und inhaltlich beliebig verändert weitergeschickt werden, ohne daß der Absender oder Empfänger dies merkt.

Um diesen Gefahren zu begegnen, wurden **elektronische Signaturen** entwickelt, deren Rechtsgrundlage das Signaturgesetz¹²⁹ darstellt. Das derzeit bekannteste elektronische Signaturverfahren ist das der sog „digitalen Signatur“.¹³⁰ Elektronische Signaturen sind zwar keine handschriftlichen Unterschriften (siehe unten), werden aber funktional wie solche benutzt, um den Verfasser (Urheber) einer mail oder einer elektronischen Transaktion zu identifizieren.¹³¹ Mit diesen Signaturen können sich Käufer und Verkäufer zu erkennen geben.¹³² Bei diesen elektronischen Signaturen handelt es sich nach der Definition des § 2 Z 1 SignaturG um „elektronische Daten, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder mit diesen logisch verknüpft werden und die der Authentifizierung, also der Feststellung der Identität des Signators, dienen“.¹³³ Wie bereits angedeutet, handelt es sich dabei nicht um faksimilierte Unterschriften im Sinne des § 886.¹³⁴ Es findet sich also nicht etwa eine mechanische Nachbildung der Unterschrift auf einer e-mail, sondern es geht um ein technisches Verfahren, mit dessen Hilfe der Absender einer elektronischen Nachricht identifiziert werden kann (§ 2 SignaturG). Als populärstes Beispiel für elektronische Signaturen ist die digitale Signatur zu nennen, die auf einem asymmetrischen Verschlüsselungsverfahren auf der Basis von mathematischen Algorithmen¹³⁵ beruht. Jedem Signator ist dabei ein komplementäres Schlüsselpaar (privater und öffentlicher Schlüssel) zugewiesen, wobei der private Schlüssel geheim (und nicht einmal dem Nutzer bekannt ist). Der öffentliche Schlüssel, der der Überprüfung der Signatur dient, ist dagegen

¹²⁷ S schon oben und *Zib*, *ecolex* 1999, 230.

¹²⁸ *Zib*, *ecolex* 1999, 232.

¹²⁹ BG 19.8.1999 BGBl I 190/1999.

¹³⁰ *Brenn*, *ecolex* 1999, 243.

¹³¹ *Stomper*, RdW 1999, 636 f.

¹³² *Urlesberger*, wbl 1999, 542.

¹³³ *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 610; *Urbantschitsch*, *ecolex* 2000, 343; *Strack*, VersR 2001, 70; *Vonkilch*, VersR 2001, 25.

¹³⁴ Vgl dazu auch *Vonkilch*, VersR 2001, 33.

¹³⁵ Vgl im einzelnen *Forgó*, *ecolex* 1999, 235, 607; *Brenn*, ÖJZ 1999, 587; *derselbe*, *ecolex* 1999, 243; *Mayer-Schönberger/Pilz*, AnwBl 1999, 218; *Menzel*, JAP 2000/01, 181 f; *Strack*, VersR 2001, 70; *Vonkilch*, VersR 2001, 25 f; *Fallenböck/Schwab*, MR 1999, 370 f.

für die Allgemeinheit bestimmt (zB aus dem Zertifikat ersichtlich, dazu unten). Als Träger des privaten Schlüssels kann zB eine Chipkarte dienen, die nur bei Kenntnis einer PIN (Personenidentifikationsnummer) oder eines Codeworts eingesetzt werden kann. Damit ist der Signaturschlüssel durch Besitz und Wissen an den Inhaber gebunden, womit mißbräuchliche Verwendung des Schlüssels ausgeschlossen ist, sofern Karte und PIN nicht in fremde Hände geraten.¹³⁶ Um auch dieses Risiko auszuschließen, besteht die technische Möglichkeit der Verwendung biometrischer Merkmale, wobei die Chipkarte den privaten Schlüssel erst nach Eingabe eindeutiger Zeichen, zB Fingerabdruck, Netzhautstruktur oä freigibt. Auch die eigenhändige Unterschrift kann über Form, Druck und Dynamik als biometrisches Merkmal verwendet werden.¹³⁷

Im einzelnen wird bei einer digitalen Signatur ein für das zu signierende elektronische Dokument repräsentativer Wert (sog Hashwert: Eine binäre Zahlenkombination, die eine Art Quersumme der gesamten zu signierenden Daten darstellt) mit Hilfe des privaten Schlüssels verschlüsselt. Nur mit einem dazugehörigen komplementären, öffentlichen Schlüssel kann die Zeichenfolge wieder entschlüsselt werden. Jeder Signator hat – wie bereits erwähnt - ein zusammengehörendes Schlüsselpaar, das aus einem geheimen, dem sog „privaten“ Schlüssel, mit dem das elektronische Dokument unterzeichnet bzw verschlüsselt wird, und einem – jedermann zugänglichen – „öffentlichen“ Schlüssel, mit dem diese Nachricht wieder entschlüsselt wird, besteht.¹³⁸ Daher weiß man

1. ob das Dokument von demjenigen kommt, dem der Schlüssel zugewiesen ist und
2. ob das Dokument authentisch oder unterwegs verändert worden ist (dann paßt nämlich der öffentliche Schlüssel nicht mehr).¹³⁹

Um sicherzustellen, daß jene Person, die das Dokument signiert, auch die ist, die sie mit ihrem öffentlichen Schlüssel vorgibt zu sein, erfolgt die „Schlüsselausgabe“ durch sog Zertifizierungsdiensteanbieter, deren Agieren im Signaturgesetz genau geregelt ist.¹⁴⁰ Diese haben einerseits den Konnex zwischen dem (bei ihnen befindlichen) „öffentlichen“ Schlüssel und einer bestimmten Person (die im Besitz des „privaten“ Schlüssels ist) sicherzustellen und andererseits sind sie zur Auskunft (mittels elektronisch abrufbarer Verzeichnisse aller von ihnen

¹³⁶ Bieser, RDV 2000, 199.

¹³⁷ Bieser, RDV 2000, 199.

¹³⁸ Stomper, RdW 1999, 636 f; <http://www.internet4jurists.at>.

¹³⁹ Näher dazu Brenn, ÖJZ 1999, 588; Mayer-Schönberger/Pilz, AnwBl 1999, 218 ff.

¹⁴⁰ Näher dazu Brenn, ÖJZ 1999, 591; Forgó, eolex 1999, 236; Stomper, RdW 1999, 637 ff; N.N., Aktuelle Gesetzgebung, MR 1999, 157; Mayer-Schönberger, eolex 2000, 130 ff; Urbantschitsch, eolex 2000, 343 f; Menzel, JAP 2000/01, 181 ff.

ausgegebenen Zertifikaten) verpflichtet.¹⁴¹ Damit ist einerseits die Authentizität (Echtheit) wie auch die Integrität (Unverfälschtheit) der elektronischen Daten gesichert. Die Vertraulichkeit ist damit aber nicht gewährleistet, da das signierte Dokument weiterhin lesbar bleibt (nur der Hashwert wird verschlüsselt). Eine Verschlüsselung des Dokuments selbst könnte allerdings mit dem öffentlichen Schlüssel des Empfängers erfolgen, der es wiederum mit dem dazugehörigen privaten Schlüssel entschlüsseln könnte (Verfahren der doppelten Verschlüsselung).¹⁴² Die Vertraulichkeit elektronischer Daten ist jedoch nicht Gegenstand des Signaturgesetzes.¹⁴³

Das SignaturG zielt weiters nicht nur auf digitale Signaturen ab (Technologieneutralität). Um auch andere Signaturverfahren zu umfassen, spricht das Gesetz statt von privaten und öffentlichen Schlüsseln allgemein von Signaturerstellungs- und Signaturprüfdaten (§ 2 Z 2, 4 und 6 SignaturG).¹⁴⁴

Als ein besonderes Qualitätskennzeichen der elektronischen Signatur wird es angesehen, wenn die „Schlüsselausgabe“ durch vertrauenswürdige, neutrale Stellen, sog Zertifizierungsdiensteanbieter erfolgt, deren Agieren im SignaturG genau geregelt ist.¹⁴⁵ Durch die Ausstellung eines elektronischen Zertifikats wird die Zuordnung des öffentlichen Schlüssels zum jeweiligen Nutzer bestätigt und dadurch eine besondere Sicherheit der digitalen Signatur gewährleistet.¹⁴⁶ (Das Zertifikat kann mit den signierten Daten mitgesendet werden. Aus ihm ist der Zertifizierungsdiensteanbieter und idR der öffentliche Schlüssel ersichtlich). Durch Anfrage bei der Zertifizierungsstelle kann der Empfänger die Richtigkeit der Zuordnung prüfen und sicherstellen, daß das Zertifikat nicht gesperrt ist (zB auf Antrag des Nutzers bei Verlust des privaten Signaturschlüssels).

Aus zivilrechtlicher Sicht besteht die entscheidende Bedeutung des SignaturG darin, daß eine sog „**sichere Signatur**“¹⁴⁷ grundsätzlich der **Schriftform des § 886 ABGB** entspricht (§ 4 SignaturG).¹⁴⁸ Als sicher kann eine elektronische Signatur bezeichnet werden, wenn sie einer natürlichen Person (Signator) ausschließlich zugeordnet und diese als einzige über die Signaturerstellungsdaten verfügt, sodaß durch sie der

¹⁴¹ Mayer-Schönberger, *ecolex* 2000, 131.

¹⁴² Brenn, *ÖJZ* 1997, 644; Mayer-Schönberger/Pilz/Reiser/Schmölzer, *MR* 1998, 107.

¹⁴³ Stockinger, *MR* 1999, 205.

¹⁴⁴ Stockinger, *MR* 1999, 205.

¹⁴⁵ Näher dazu Brenn, *ÖJZ* 1999, 591.

¹⁴⁶ Vor Ausstellung des Zertifikats hat die Zertifizierungsstelle die Richtigkeit der Angaben und vor allem die Identität des künftigen Signators genau zu überprüfen: Brenn, *ÖJZ* 1999, 592.

¹⁴⁷ Oder „fortgeschrittene elektronische“, „qualifizierte elektronische Signatur“ iS der RL im Gegensatz zum einfachen Signaturverfahren: Forgó, *ecolex* 1999, 609; Menzel, *JAP* 2000/01, 185 und 186; Stockinger, *MR* 1999, 207; Geis, *RDV* 2000, 210.

¹⁴⁸ Stomper, *RdW* 1999, 637; Vonkilch, *VersR* 2001, 27.

Signator identifiziert werden kann, sowie nachträgliche Veränderungen am Dokument unmöglich macht, auf einem „qualifizierten Zertifikat“¹⁴⁹ beruht und mit sicheren technischen Komponenten erstellt wurde (§ 2 Z 3 SignaturG).

Überall wo also durch Parteivereinbarung oder durch Gesetz (wie etwa beim erwähnten Rücktritt vom Haustürgeschäft nach § 3 KSchG) eine eigenhändige Unterschrift erforderlich ist (damit ist die Schriftform nach § 886 ABGB eingehalten), kann diesem Erfordernis durch eine digitale Signatur entsprochen werden.¹⁵⁰ Daraus ist klar ersichtlich, dass sich § 4 SignaturG nur auf bestehende Schriftformerfordernisse bezieht und keine neuen schafft, weshalb auch im Online-Geschäftsverkehr Vertragsabschlüsse ohne elektronische Signaturen möglich sind.¹⁵¹

Nur bestimmte Bereiche sind **von der Gleichstellung ausgenommen**, und zwar (§ 4 Abs 2 SignaturG):¹⁵²

Rechtsgeschäfte des Familien- und Erbrechts, die an die Schriftform oder ein strengeres Formerfordernis gebunden sind (zB ein Testament, nicht aber eine Unterhaltsvereinbarung, weil diese keiner besonderen Form unterliegt).

Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte, die zu ihrer Wirksamkeit an die Form einer öffentlichen Beglaubigung, einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder eines Notariatsaktes gebunden sind (zB eine Schenkung ohne wirkliche Übergabe).¹⁵³

Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte oder Eingaben, die zu ihrer Eintragung in das Grundbuch, das Firmenbuch oder ein anderes öffentliches Register einer öffentlichen Beglaubigung, einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder eines Notariatsakts bedürfen. (zB nicht persönlich vorgenommene Anmeldung zum Firmenbuch – vgl § 12 HGB).¹⁵⁴

Bürgschaftserklärungen (Schriftform gem § 1346 Abs 2 ABGB erforderlich). Diese Ausnahme wurde in der Literatur kritisiert¹⁵⁵, hat aber bei genauer Betrachtung doch etwas für sich, denn die Schriftform kann ja nicht nur Beweissicherung bezwecken – insofern ist die Ausnahme fragwürdig – sondern auch den Zweck verfolgen, vor Übereilung zu schützen¹⁵⁶. Genau das ist aber bei der Bürgschaft der Fall, und es ist daher unter diesem Gesichtspunkt nicht dasselbe, ob man eine eigenhändige

¹⁴⁹ S dazu § 5 SignaturG.

¹⁵⁰ *Brenn*, ÖJZ 1999, 590 f.

¹⁵¹ *Mottl*, aaO 20.

¹⁵² *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 611 ff; *Stomper*, *RdW* 1999, 637; *Menzel*, *JAP* 2000/01, 185 f; *Mottl*, aaO 20.

¹⁵³ Kritisch *Benn-Ibler/Held*, *AnwBl* 1999, 732; *Huemer*, *AnwBl* 1999, 392 f.

¹⁵⁴ *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 2999, 613.

¹⁵⁵ *Forgó*, *ecolex* 1999, 608; gegen die Ausnahme auch *Brenn*, *ecolex* 1999, 243.

¹⁵⁶ Diesbezüglich aber zustimmend *Forgó*, *ecolex* 1999, 235; *Brenn*, ÖJZ 1997, 648.

Unterschrift leistet oder nur – wie beim Bankomat – einen Zahlen-Code in den Computer eingibt. Die Unterschrift hat hier nach allgemeinem Rechtsempfinden doch (noch) ein anderes Gewicht, so daß die Ausnahme mE gerechtfertigt ist.¹⁵⁷ Auch das in der Literatur ins Treffen geführte Argument, daß die nach § 20 SignaturG für den Zertifizierungsdienstanbieter gegenüber dem Signator bestehenden Informationspflichten über die Funktionsweise und die Rechtsfolgen sicherer Signaturen für die Wirksamkeit der Bürgschaft auf diesem Wege spricht¹⁵⁸, überzeugt mE nicht, denn diese Informationspflichten beziehen sich ja nicht auf die Gefährlichkeit der Bürgschaft. Bedenklich erscheint die Ausnahme allerdings vor dem Hintergrund der E-Commerce-Richtlinie. Diese verlangt von den Mitgliedstaaten, daß sie elektronische Verträge den herkömmlichen gleichstellen (Art 9). Davon sind zwar Bürgschaftserklärungen ausgenommen, allerdings nur, wenn sie von Personen außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit eingegangen werden (Art 9 Abs 2 lit b).

Gemäß § 4 Abs 3 SignaturG ist § 294 ZPO (Vermutung der Echtheit des Inhalts einer unterschriebenen Privaturkunde) beweisrechtlich auf – mit einer sicheren Signatur versehene – elektronische Dokumente anwendbar, weshalb auch hier eine Gleichstellung mit einer eigenhändigen Unterschrift erfolgt.¹⁵⁹

Durch einige **Änderungen** wurde das am 1.1.2000 in Österreich in Kraft getretene SignaturG¹⁶⁰, das die rechtlichen Rahmenbedingungen für die elektronischen Unterschriften (siehe oben) regelt, an die Signatur-RL¹⁶¹ der EU angepasst. Auch die Finanzierung der Anlaufkosten für die Aufsichtsstelle wurde geregelt.¹⁶² Im Zuge der Anpassung an die RL muß nun ein qualifiziertes Zertifikat iSd § 5 nicht mehr mit einer "sicheren elektronischen Signatur" gem § 2 Z 3 versehen sein, sondern nur noch die Anforderungen des § 2 Z 3 lit a bis d erfüllen, dh das Erfordernis der Verwendung bestimmter technischer Komponenten und Verfahren entfällt. Gem § 18 sind die Mitgliedstaaten nun verpflichtet, von Bestätigungsstellen anderer Mitgliedstaaten ausgestellte Sicherheitsbescheinigungen anzuerkennen. Ebenso gelten die Sicherheitsanforderungen des SignaturG als erfüllt, wenn technische

¹⁵⁷ So auch *Brenn*, ÖJZ 1999, 591. [Anm: *Brenn* im einen Aufsatz dafür im anderen dagegen? Vgl FN 108 und FN 110].

¹⁵⁸ *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 613; *Brenn*, *ecolex* 1999, 244; zur Warnfunktion s auch *Brenn*, ÖJZ 1997, 651.

¹⁵⁹ *Blaurock/Adam*, *ZeUP* 2001, 103; vgl auch *Brunner*, *NZ* 1996, 161; *Menzel*, *JAP* 2000/01, 186; *Mottl*, *aaO* 25. *Schumacher*, *ecolex* 2000, 860; *Vonkilch*, *VersR* 2001, 31.

¹⁶⁰ BG 19.8.1999 BGBl 190/1999.

¹⁶¹ RL 1999/93/EG vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, *ABl* 2000 Nr L 13, 12.

¹⁶² *Thaler*, *ecolex* 2000, 862.

Komponenten und Verfahren die von der Europäischen Kommission aufgestellten Normen erfüllen. Für die Benennung einer Bestätigungsstelle sind nun nach § 19 zusätzlich die von der Europäischen Kommission festgelegten Mindestkriterien maßgeblich, die mit Verordnung kundzumachen sind. Durch eine entsprechende Änderung der §§ 18 und 24 wird der Anwendungsbereich in Übereinstimmung mit der RL auf den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum ausgedehnt.

Laut der **Signatur-RL** der EU sind elektronische Signaturen nur dann einer handschriftlichen Unterschrift rechtlich gleichgestellt, wenn sie sog „fortgeschrittene elektronische Signaturen“ sind, die „auf einem qualifizierten Zertifikat“ beruhen und „von einer sicheren Signaturerstellungseinheit erstellt“ worden sind. Für den amerikanischen E-SIGN Act zur rechtlichen Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften sind hingegen generell alle elektronischen Signaturen (ohne Erfüllung spezifischer Voraussetzungen) der handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt. Durch diese Unterschiede im US-Bundesrecht und dem europäischen Gemeinschaftsrecht liegt ein gewisses Spannungsverhältnis vor.¹⁶³

Die in Ausführung des § 25 SignaturG ergangene **Signaturverordnung** (BGBl II 2000/30) konkretisiert vor allem die personellen und finanziellen Anforderungen an die Zertifizierungsdiensteanbieter sowie die Sicherheitskriterien des SignaturG für die Bereitstellung qualifizierter Zertifikate und sicherer elektronischer Signaturverfahren. Weiters werden die sicherheitstechnischen Anforderungen an die Signaturprodukte festgelegt und die näheren Umstände der Prüfung der technischen Komponenten und Verfahren durch die Bestätigungsstelle geregelt. Ferner geht es ua um betriebsorganisatorische Abläufe und die Gültigkeitsdauer qualifizierter Zertifikate, die näheren Umstände der Ausstellung sowie der Verzeichnis- und Widerrufsdienste.

5. **Vertragsabschluß durch Software-Agenten**¹⁶⁴

Bei Software-Agenten handelt es sich um Programme, die für einen User als eine Art „virtuelle Stellvertreter“ agieren, dabei selbständig Aufgaben erledigen können (zB Kauf bestimmter Ware zu oder unter einem bestimmten Preis) und in letzter Zeit auf elektronischen Marktplätzen¹⁶⁵ vermehrt zum Einsatz kommen. Bemerkenswert ist dabei, daß derartige Agenten einen gewissen Grad künstlicher Intelligenz besitzen, die sie

¹⁶³ Näheres bei *Fina*, ZfRV 2001, 2 ff.

¹⁶⁴ Vgl dazu etwa *Schwarz*, Raiffeisenblatt 2001; *derselbe* in *Schweighofer/Menzel* (Hg), ePerson 65; *Schweighofer* in *Schweighofer/Menzel* (Hg), ePerson 45; Zankl, ÖJZ 2001, 542.

¹⁶⁵ ZB www.polymerce.com; www.tradenetone.com.

befähigt, als Reaktion auf Wahrnehmungen und Erfahrungen im Zuge ihrer Tätigkeit selbständig Lernprozesse in Gang zu setzen. In diesem Zusammenhang ergeben sich zahlreiche und zT überaus komplexe Probleme, die in Ermangelung normativer Sonderbestimmungen mit allgemeinen Regeln des Zivilrechts bewältigt werden müssen. So ist für das österreichische Recht vor allem noch nicht geklärt, inwieweit die Aktivitäten von Software-Agenten mit dem herkömmlichen Regelwerk der Stellvertretung in Einklang zu bringen sind. Das Hauptproblem liegt dabei darin, daß Stellvertretung bekanntlich (zumindest beschränkte) Geschäftsfähigkeit des Vertreters voraussetzt, welche Software-Agenten aber definitionsgemäß nicht zukommt. Es könnte nun allerdings von einer (nachträglichen) Lücke ausgegangen werden, denn der historische Gesetzgeber konnte nicht damit rechnen, daß es einmal eine virtuelle Geschäftswelt geben wird, in der Maschinen bzw Programme existieren, die durch pro-, inter- und reaktives Verhalten in der Lage sind, autonom und kognitiv Rechtshandlungen für einen Geschäftsherrn (User) vorzunehmen (problematisch allerdings, dass damit Geschäftsfähigkeit zuerkannt wird, obwohl die Rechtsfähigkeit fehlt). Neben dieser primären Problematik ergeben sich weitere Zurechnungs-, Anfechtungs- und Haftungsprobleme, wenn der Agent zB „irrt“ oder manipuliert wird. Denkbar ist freilich auch, daß der Agent „durchgeht“, indem er etwa als Folge seiner Lernfähigkeit, welche ihm kraft programmierter „Intelligenz“ zukommt, Rechtshandlungen vornimmt, die ihm vernünftig erscheinen, aber nicht im Sinne seines Users sind. Auf den ersten Blick scheint diesbezüglich die analoge Anwendung der Gehilfenregeln probate Antworten zu liefern. So könnte erwogen werden, den User in Analogie zu § 1313a ABGB für Vertrauensschäden haften zu lassen, die der Agent Dritten dadurch zufügt, daß er mit diesen Geschäfte schließt, für die er nicht programmiert wurde und die sich der User daher ebensowenig zurechnen lassen müßte wie das Handeln eines Stellvertreters, der seine Vollmacht überschreitet. Bei genauerer Betrachtung zeigen sich freilich gravierende Unterschiede gegenüber dem Handeln natürlicher Personen, die ein Geschäftsherr bevollmächtigt und für deren Vollmachtsüberschreitungen er daher gem § 1313a ABGB einzustehen hat. Während nämlich der natürliche Gehilfe für Vollmachtsüberschreitungen aus culpa in contrahendo auch persönlich haftet¹⁶⁶, ist dies beim virtuellen Gehilfen mangels Rechts- und damit Deliktsfähigkeit klarerweise nicht der Fall. Durch den Einsatz von Software-Agenten schmälert der User also im Vergleich zu gleichgelagerten Aktivitäten in der realen Geschäftswelt den Deckungsfonds potentieller Schadenersatzgläubiger. Dieses Phänomen taucht allerdings auch im Zusammenhang mit § 27 GUG, § 37 FBG und § 453a Z 6 ZPO auf, die eine verschuldensunabhängige (Amts-)Haftung

¹⁶⁶ Koziol/Welser¹¹ | 189.

des Bundes für Schäden statuieren, die durch den Einsatz automationsunterstützter Datenverarbeitung bei der Grund- und Firmenbuchführung bzw im Mahnverfahren eintreten.¹⁶⁷ Auch in diesen Fällen erhält der Geschädigte durch die Verwendung technischer Hilfsmittel – die nicht haftbar werden können – einen Hapftpflichtigen „weniger“ als beim Einsatz natürlicher Gehilfen, die uU auch persönlich zur Verantwortung gezogen werden können. Man könnte sich nun freilich auf den Standpunkt stellen, dass dies nicht so problematisch ist wie bei Software-Agenten. Dabei wäre allerdings nicht zu verkennen, dass auch im realen Wirtschaftsleben der Einsatz zahlungsunfähiger Gehilfen nicht verhindert werden kann. De facto läuft dies also ebenfalls darauf hinaus, dass nur der Geschäftsherr selbst zur Verantwortung gezogen werden kann und spricht sohin weder de lege lata noch de lege ferenda gegen den Einsatz von Software-Agenten.¹⁶⁸

5a. Exkurs: Juristische Implikationen künstlicher Intelligenz

Literatur: Kohlbach, Künstliche Intelligenz & juristische Entscheidungsfindung, in Schweighofer/Menzel (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 177; [Autor], Betrachtungen computerunterstützter Automatisierung juristischer Subsumtion, in Schweighofer/Menzel (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 214; Schweighofer, Robotik. Optionen der Ersetzbarkeit des Menschen – Rechtliche Aspekte.

Die quantitativ und qualitativ zunehmende Verbreitung von Software mit (einem gewissen Grad) künstlicher Intelligenz hat bereits zur Diskussion über die Einführung „virtueller Richter“ geführt¹⁶⁹. Diese Entwicklung liegt insofern nahe, als der für den juristischen Subsumtionsvorgang charakteristische Syllogismus (*wenn* ein Sachverhalt einen bestimmten Tatbestand erfüllt, *dann* tritt eine bestimmte Rechtsfolge ein) genau dem allen Computerprogrammen immanenten 0/1 (wenn/dann) Aufbau entspricht. Im Hinblick auf die Komplexität juristischer Entscheidungsfindung mit ihren unzähligen Unschärfen und Eventualitäten wird diese Entwicklung aber wohl noch eine Weile auf sich warten lassen. Dies vor allem im Privatrecht, das von Programmen schwer vollziehbare Wertungsschlüsse verlangt. Schon eher ist der virtuelle Richter im öffentlichen Recht vorstellbar (und hier teilweise sogar schon im Einsatz¹⁷⁰), das aufgrund seiner stärkeren Formalisierung eher als das Privatrecht in das allen Programmierungen zugrundeliegende 0/1 („wenn-dann“) Schema passt. Letztlich ist es aber auch im Privatrecht vorstellbar, komplexe Wertungsvorgänge in eine Vielzahl einfacher Syllogismen zu „zerlegen“ (Ketten von 0/1), so dass insgesamt ein wertungsähnlicher Prozess generiert wird. Diese Entwicklung und die

¹⁶⁷ Die Haftung ist freilich ausgeschlossen, wenn der Schaden durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wurde, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Mittel der automationsunterstützten Datenverarbeitung beruht.

¹⁶⁸ Zankl, ÖJZ 2001, 543.

¹⁶⁹ Vgl Kohlbach in Schweighofer/Menzel (Hg), E-Commerce und E-Government 177.

¹⁷⁰ Automatische Ausfertigung einer Strafverfügung bei maschinell angezeigter Geschwindigkeitsübertretung (s dazu.)

damit verbundene Frage nach den Entscheidungsbefugnissen „virtueller Richter“ wird freilich nicht nur von technischen Gegebenheiten geprägt, sondern stößt auch an die Grenzen rechtsethischer und rechtsphilosophischer Befindlichkeiten. Dies gilt freilich nicht für den im Privatrecht vorstellbaren Einsatz von Prozess-Prognosen-Programmen (PPP). Sie könnten so konfiguriert werden, dass sie einen konkreten Sachverhalt, über den Streit herrscht, mit vergleichbaren Fällen (aus einer Datenbank) in Beziehung setzen, um daraus Prozesschancen abzuleiten. Je nach den generierten Wahrscheinlichkeiten („A würde einen Prozess mit einer Wahrscheinlichkeit von 60% gewinnen“) würde den Parteien eine Vergleichsgrundlage geboten. Die Grundlage für den Einsatz solcher Programme wäre also keine normative (wie beim „virtuellen Richter“), sondern eine – rechtspolitisch unbedenkliche – privatautonome. Auch über die Entscheidungsbefugnis „virtueller Richter“ könnten sich die Parteien freilich privatautonom (in Form einer Art Scheidungsgerichtsabrede) einigen.

Es liegt auf der Hand, dass jene Programmierungen, die Software-Agenten künstliche Intelligenz verleihen, auch in Robotern zum Einsatz kommen können¹⁷¹. Mit dem damit verbundenen Übergang künstlicher Intelligenz aus einer rein virtuellen Welt, in welcher Agenten auftreten, in die reale Welt gehen unzählige Rechtsfragen einher. Zum einen stellen sich schon jetzt komplexe Zurechnungsfragen, wenn Arbeitsroboter versagen. Mit zunehmender Verbesserung intelligenter Aktionen von Robotern wird freilich irgendwann auch die Frage nach der (beschränkten) Geschäftsfähigkeit von Robotern zu stellen sein¹⁷². Bereits jetzt finden entsprechende Diskurse über den Weg zur e-person statt¹⁷³ und wird die (analoge) Anwendung von Vorschriften erwogen (s oben 5. bei den Software-Agenten), welche (beschränkte) Geschäftsfähigkeit voraussetzen. Dogmatisch liegt das Hauptproblem dabei darin, dass unsere Rechtsordnung bislang Geschäftsfähigkeit ohne Rechtsfähigkeit – welche Computerprogramme bzw Roboter nicht haben – nicht kennt. Es geht also letztlich um die wiederum stark rechtsethisch gefärbte Frage, ob Robotern Rechtsfähigkeit zukommen kann (soll). Rein rechtstheoretisch spricht nichts dagegen, weil die Rechtsordnung schon jetzt Gebilde mit Rechtsfähigkeit kennt, die von Menschen verschieden sind – nämlich juristische Personen. Ob es in diesem Sinne auch rechtsfähige e-persons geben soll, ist daher nicht dogmatisch, sondern auf einer rechtsethischen Ebene zu klären.

¹⁷¹ Anwendungsbereiche von Robotern sind bereits jetzt verbreitet, zB in Form von Assistenzrobotern (Arbeitshilfen), aber vor allem auch in der Medizin, zB in der Neurochirurgie (Neuronavigation), in der Prothetik (vgl dazu auch die Richtlinie über aktive implantierbare medizinische Geräte) sowie in der Telemedizin (vgl dazu *Nentwich*, Digitalisierung der Medizin, Zur Klärung einiger rechtlicher Fragen der Telemedizin, RdM 1997, 175).

¹⁷² Dazu *Schweighofer*

¹⁷³ *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), ePerson.

IV. Besondere Vertragsformen

1. Vertragsabschluß bei Internet-Auktionen

Literatur: *Gruber*, Werbung im Internet *Laga*, Marktplätze im Internet, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 351; *Silberbauer*, Unlauterer Wettbewerb im Internet, *ecolex* 2001, 345; *Thaler*, Vertragsabschluss bei Online-Auktionen, *ecolex* 2000, 568; *Thiele*, Rien ne va plus – Glücksspiele im Internet, *RdW* 2000, 294; *Wessely*, Internetauktionen – Steiger´dich rein!, *MR* 2000, 268.

Im Zusammenhang mit **Internetauktionen** wird in der Literatur die Meinung vertreten¹⁷⁴, daß der Anbieter mit der Auktionseröffnung das künftige Höchstbot vorweg annimmt (Vertragsabschluß mit Zuschlag)¹⁷⁵. Fraglich – zivilrechtlich allerdings irrelevant - ist dabei auch die gewerberechtliche Einordnung von Online-Versteigerungen¹⁷⁶. Im einzelnen wird diesbezüglich vor allem auf die Versteigerungsmodalitäten¹⁷⁷, insb auch darauf abzustellen sein, ob – wie zB bei *ricardo.de* - eine Moderation mit Zuschlag in Echtzeit erfolgt. Damit nähert sich die Internetauktion eher einer echten (realen) Versteigerung als in jenen Fällen, in denen die Auktion durch Zeitablauf beendet wird.

Eine gewisse Ähnlichkeit zu bestimmten Versteigerungsarten – nämlich zur sog Rückwärtsversteigerung („Top-Down-Auktion“¹⁷⁸) – weist das sog. **Community-shopping (Power-shopping)** auf. Auch dieses existiert in verschiedenen Varianten, wobei die häufigste darin besteht, daß der Preis abhängig von der Käuferzahl gestaffelt ist – je mehr Käufer, desto geringerer Preis.¹⁷⁹ Ein deutsches Gericht hat dies wegen unsachlicher Beeinflussung der Kaufentscheidung durch aleatorische Elemente¹⁸⁰ als wettbewerbswidrig (Verstoß gegen § 1 UWG) angesehen¹⁸¹.

2. Verträge über den Erwerb von IT-Systemen

Literatur: *Andréewitch*, Zur Anwendbarkeit des Produktionshaftungsgesetzes für Softwarefehler, *EDVuR* 1990/2, 50; *derselbe*, Deutsche EDV-Judikatur - eine Übersicht, *EDVuR* 1991/1, 2; *Bartsch*, Typische Regelungsschwerpunkte beim

¹⁷⁴ Österreichische Judikatur existiert noch nicht; deutsche Rechtsprechung zu Online-Versteigerungen: LG Hamburg 14.4.1999, 315 O 144/99; AG Sinsheim 10.1.2000, 4 C 257/99; LG Wiesbaden 13.1.2000, 13 O 132/99; LG Münster 21.1.2000, 4 O 424/99; OLG Hamm 14.12.2000, 2 U 58/00; OLG Frankfurt 1.3.2001, 6 U 64/00; vgl im einzelnen www.netlaw.de.

¹⁷⁵ *Thaler*, *ecolex* 2000, 568. Zum entgegengesetzten Ergebnis kommt trotz einer entsprechenden Bestimmung in AGB (!) das LG Münster in seiner E 21.1.2000 *NJW-CoR* 2000, 176 ff (*Wilmer*). Siehe dazu auch *Wessely*, *MR* 2000, 268 f.

¹⁷⁶ Gem § 284a GewO unterliegt der Verkauf beweglicher Sachen auf eigene oder fremde Rechnung im Wege öffentlicher Versteigerung der Bewilligungspflicht durch den Landeshauptmann. Vgl im Übrigen § 271 GewO: "Gewerbetreibende, die zur Ausübung des Gewerbes der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik berechtigt sind, sind zur Erstellung von Problemlösungen, insoweit hiezu die Techniken, Verfahren und Methoden der Informationstechnologie angewandt werden, berechtigt".

¹⁷⁷ Vgl zB *12sold.at*; *mydeal.at*; *offerto.at*; *ansori.at*; *spox.at*.

¹⁷⁸ Eine solche wird vom BGH als wettbewerbswidrig angesehen (*WRP* 1986, 381).

¹⁷⁹ Vgl dazu auch *Silberbauer*, *ecolex* 2001, 350 f.

¹⁸⁰ Zu **Glücksspielen** im Internet *Thiele*, *RdW* 2000, 294.

¹⁸¹ LG Köln, *Kommunikation und Recht* 2000, 137; vgl auch *Gruber*, *Werbung im Internet* 125 f.

Outsourcing, EDVuR 1993/1, 42; *derselbe*, Software und das Jahr 2000 – Haftungsrechtliche Probleme, CR 1998, 193; *Bergmann*, Handbücher für Softwareanwender, CR 1999, 455; *Beckmann*, EDV-Anwenderdokumentationen – Aktuelle Rechtsfragen, CR 1998, 519; *Bydlinski F.*, Energielieferung und Kaufrecht, in *Festschrift Hämmerle* 31; *Bydlinski P.*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998) 287; *Dienes*, Bilanzierung von Websites und Webpages, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 15; *Ertl*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR 1994/19; *Fischer-Czermak/Weilinger*, Gewährleistung für geleaste EDV-Anlagen (Hard- und Software), EDVuR 1989/3, 84; *Gruber*, Wandlung bei Verträgen über Hard- und Software, RdW 1984, 266; *Grünwald*, Zur Kaufmannseigenschaft der Software-Entwickler, EDVuR 1987/3, 14; *derselbe*, Handelsrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 119; *Holzinger*, Beurteilung von Softwarequalität im Hinblick auf Vertragserfüllung und Gewährleistung, EDVuR 1994/1, 38; *derselbe*, Bedienerhandbuch - Schlüssel für EDV-Entscheidungen?, EDVuR 1994/1, 54; *Ihde*, Das Pflichtenheft beim Softwarevertrag, CR 1999, 409; *Jaburnek*, Probleme bei Software-Verträgen: Verzug, Gewährleistung, Schadenersatz und Wartung, ÖJZ 1985, 199 und 225; *Lehner*, Bedeutung und Inhalt von Software-Wartungsverträgen, EDVuR 1990/3, 86; *Seltmann*, Die Haftung des Softwareherstellers - Möglichkeiten ihrer vertraglichen Einordnung, EDVuR 1987/2, 12; *Staudegger*, Zur Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen, JBI 1998, 604; *Staudegger*, Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 49; *Trenkwalder*, Die Verpflichtung zur Führung von Büchern und Aufzeichnungen im Lichte der neuen Technologien, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg) 411; *Welser/Vcelouch*, Haftung für mangelnde „Jahr 2000-Tauglichkeit“ von Hard- und Software, *ecolex* 1998, 829; *Wolff*, die Problematik der Software-Leasingverträge, EDVuR 1989/2, 55; *Zehner*, Das Quellprogramm als Bestandteil des Software-Überlassungsvertrages, EDVuR 1988/4, 2.

a) Allgemeines

Der Erwerb von IT-Systemen ist zwar nicht internetspezifisch, immerhin aber *condictio sine qua non* für die Nutzung des Internet, und wird daher kurz dargestellt. Zu unterscheiden ist dabei zunächst zwischen Hardware, die keine besonderen Probleme aufwirft und Software, die Gegenstand verschiedener Vertragstypen sein kann. Im einzelnen ist dabei vor allem zwischen Standard-Software und Individual-Software zu unterscheiden. Erstere kann Gegenstand eines Kaufvertrages¹⁸² oder eines Werklieferungsvertrages¹⁸³ sein, wird aber idR durch Lizenzverträge erworben, die den Erwerber je nach Inhalt der entsprechenden Vereinbarung nur zur Nutzung berechtigen. Probleme können dabei ua im Zusammenhang mit sog Shrink-Wrap- oder Klick-Wrap-Lizenzen auftreten, bei denen der Erwerber die Nutzungsbedingungen erst nach

¹⁸² OGH in SZ 70/202. Die Entscheidung qualifiziert Software als körperliche Sache (sie werde durch den Datenträger „verkörpert“), was zwar insofern zutrifft, also Software – anders als unkörperliche Sachen im herkömmlichen Sinn – ohne Datenträger nicht existieren kann, aber ihre Funktion nicht in der Körperlichkeit ihres Trägers, sondern in Information besteht, die unkörperlich ist.

¹⁸³ *Staudegger* aaO 53 mwN.

Öffnen oder Aktivieren des Programmes erfährt¹⁸⁴. Der Herstellung von Individual-Software liegen idR Werkverträge zugrunde, uU auch Dienstverträge¹⁸⁵. Neben den Liefer- bzw Herstellungspflichten schuldet der Lieferant der Software dem Erwerber auch eine entsprechende Einschulung¹⁸⁶.

b) Beratungs- und Wartungsverträge

IT-Beratungsverträge sowie Wartungsverträge können ebenfalls – je nach geschuldeter Leistung – Dienst- oder Werkverträge sein¹⁸⁷, wobei bei letzteren häufig das Problem auftritt, dass die Wartung nur vom Hersteller selbst durchgeführt werden kann, weil nur er mit den Besonderheiten „seiner“ Software vertraut ist. Soweit die Wartung nicht schon beim Erwerb der Software vereinbart wurde, muß diesbezüglich ein neuer Vertrag geschlossen werden, womit sich die Frage nach dem Kontrahierungszwang stellt. Ein solcher ist zwar abzulehnen¹⁸⁸ (nur im Bereich der Daseinsvorsorge, der hier nicht vorliegt), allerdings können durch ergänzende Vertragsauslegung entsprechende nachvertragliche Pflichten angenommen werden.

c) Leistungsstörungen

Probleme besonderer Art treten beim Erwerb von IT-Systemen im Zusammenhang mit Leistungsstörungen auf. Dabei geht es vor allem um die Frage, inwieweit bei Erwerb mehrerer Komponenten einheitliche oder getrennte Verträge vorliegen¹⁸⁹, was zB Konsequenzen für die Alternativen Gesamt- oder Teilrücktritt hat. IdR wird diesbezüglich primär auf den (hypothetischen) Parteiwillen, subsidiär auf die Verkehrsauffassung abgestellt¹⁹⁰. Schwierigkeiten bereitet auch der Mangelbegriff in Bezug auf Software¹⁹¹; dies deshalb, weil IT-Systeme erfahrungsgemäß nie völlig fehlerfrei sind. Eine im durchschnittlichen – von Sachverständigen zu ermittelnden – Bereich liegende Fehlfunktion stellt daher keinen gewährleistungsrechtlichen Mangel iSd § 922 ABGB dar¹⁹². Dasselbe gilt für Ausfallszeiten im verkehrsüblichen Ausmaß¹⁹³. Im übrigen kommt im Hinblick auf die Fehleranfälligkeit von IT-Systemen der

¹⁸⁴ Dazu *Staudegger* aaO 54.

¹⁸⁵ Vgl in diesem Zusammenhang § 40b UrhG, wonach Rechte an Software, die im Rahmen eines Dienstvertrages hergestellt wurde, ex lege auf den Dienstgeber übergehen.

¹⁸⁶ Vgl OGH in SZ 65/144; SZ 70/202.

¹⁸⁷ *Staudegger* aaO 57 f.

¹⁸⁸ Differenzierend *Staudegger* aaO 58.

¹⁸⁹ Ausführlich *Staudegger* aaO 59 ff mit Judikaturnachweisen.

¹⁹⁰ OGH in RdW 1991, 230.

¹⁹¹ Aus der deutschen Judikatur vgl zB OLG Köln in CR 1989, 391 (Mangel, wenn es bei geringfügigen Bedienungsfehlern zum Systemabsturz kommt); LG Wiesbaden in CR 1990, 651: Mangel bei nicht vereinbarter Programmsperre, die bei Säumigkeit des Erwerbers akiviert wird).

¹⁹² OGH in SZ 69/127.

¹⁹³ OGH in SZ 69/127.

Sphärenzugehörigkeit eine gewisse Bedeutung bei der Definition des Mangels zu. In diesem Sinne gehören etwa Bedienungsfehler typisch zur Sphäre des Erwerbers und begründen daher keine Leistungsstörung, es sei denn, der Fehler beruht zB auf unzureichender Einschulung oder Benutzerfreundlichkeit des Systems¹⁹⁴. Umgekehrt wurde es der Sphäre des IT-Lieferanten zugeordnet und daher als Mangel angesehen, wenn Zeilensprünge aus ungeklärter Ursache nur in den Räumlichkeiten des Bestellers auftreten¹⁹⁵. Letztere Entscheidung ist fragwürdig, weil die eigenen Räumlichkeiten typisch auch zur eigenen Sphäre gehören; es ist daher eher das Risiko des Bestellers, wenn das System überall, nur nicht bei ihm funktioniert - § 922 stellt nur auf die verkehrsüblichen Eigenschaften ab, die das System aufweist, wenn es an sich (also im Verkehr) funktioniert.

d) Handelsrechtliche Besonderheiten¹⁹⁶

Der Handel mit Hardware gehört zu den Grundhandelsgewerben (§ 1 HGB) und verleiht dem entsprechenden Händler daher die Eigenschaft eines Muskaufmannes; dasselbe gilt nach hA für Software¹⁹⁷, obwohl die Subsumtion von Software im Hinblick auf ihren unkörperlichen Charakter unter § 1 HGB („Waren“) in Zweifel gezogen werden könnte. Immerhin definiert § 1 HGB den Begriff der Ware aber nur als bewegliche (und nicht auch als körperliche) Sache. Die bloße Entwicklung von Software stellt hingegen ebensowenig ein Grundhandelsgewerbe dar wie der Betrieb selbständiger EDV-Beratung (in Frage kommt daher die Kaufmannseigenschaft allenfalls nach § 4 HGB (Formkaufmann, zB GmbH) oder nach § 2 HGB (Sollkaufmann), der einen vollkaufmännischen Betrieb¹⁹⁸ voraussetzt.

Im Anwendungsbereich des HGB ist bei beiderseitigen Handelskäufen und Werklieferungsverträgen (nicht hingegen beim reinen Werkvertrag, s dazu oben) insbesondere die kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobliegenheit der §§ 378 ff HGB zu beachten¹⁹⁹. Besonderheiten ergeben sich diesbezüglich im Zusammenhang mit Hardware, weil bei dieser der für die Untersuchungsobliegenheit maßgebende Zeitpunkt der Ablieferung erst dann angenommen werden kann, wenn die betriebsfertige Montage – soweit dies vereinbart wurde – und die Einweisung des Erwerbers durch den Lieferanten erfolgt ist²⁰⁰.

¹⁹⁴ OGH in SZ 50/85.

¹⁹⁵ OGH in SZ 61/24.

¹⁹⁶ Zur Bilanzierung von websites s *Dienes*, Bilanzierung von Websites und Webpages, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), E-Commerce 15; zur Buchführungspflicht *Trenkwalder*, Die Verpflichtung zur Führung von Büchern und Aufzeichnungen im Lichte der neuen Technologien, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), E-Commerce 411.

¹⁹⁷ *Grünwald* aaO 121.

¹⁹⁸ Zur Buchführungspflicht der Vollkaufleute (§ 189 HGB) durch EDV-Unterstützung vgl *Grünwald* aaO 130 ff.

¹⁹⁹ Ausführlich *Grünwald* aaO 124 ff.

²⁰⁰ BGH in CR 1993, 203, 422.

Entsprechendes gilt bei Software in Bezug auf vollständige Installation und Einschulung²⁰¹.

3. Providerverträge

Literatur: *Ertl*, Zivilrechtliche Haftung im Internet, CR 1998, 180; *Riehmer/Hessler*, Rahmenbedingungen und Ausgestaltung von Provider-Verträgen, CR 2000, 170; *Röhrborn/Sinhardt*, Application Service Provider – juristische Einordnung und Vertragsgestaltung; *Schuppert*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Provider in *Spindler* (Hg), Vertragsrecht der Internet-Provider 6; *derselbe*, Web-Hosting-Verträge, CR 2000, 227; *Thiele*, Content Krieg im Web, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 406.

a.) Access-Provider-Verträge

Der Access-Provider vermittelt den Zugang zum Internet. Die Qualifikation des entsprechenden Vertrages ist strittig. Manche gehen von einem (atypischen) Dienstvertrag aus²⁰². Richtiger Auffassung nach ist jedoch davon auszugehen, dass – wie bei einem Telefonanschluß²⁰³ – ein Erfolg geschuldet wird (nämlich der Zugang), was als typisches Merkmal des Werkvertrages anzusehen ist²⁰⁴. Jedenfalls ist der Access-Provider-Vertrag – wie auch alle anderen Providerverträge als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren, was ua deshalb von Bedeutung ist, weil solche Rechtsverhältnisse nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts aus wichtigen Gründen jederzeit und fristlos gekündigt werden können (s oben). Als ein wichtiger Grund wäre es in diesem Zusammenhang bspw anzusehen, wenn sich der Provider weigert, eine allgemeinen Standards entsprechende schnellere Internetverbindung zur Verfügung zu stellen.

b.) Hosting-Verträge

Der Host-Provider stellt auf seinem Rechner Speicherplatz (vor allem für homepages) zur Verfügung (web-hosting-Vertrag - unterscheidet davon den Web-housing-Vertrag, bei dem der Provider lediglich die Räumlichkeiten und Anschlüsse zur Verfügung stellt, die sein Kunde für den Betrieb eines Servers benötigt²⁰⁵). Der Vertrag weist mietähnliche Elemente auf, weil eine Sache (der Speicherplatz des Servers) bzw ein Teil davon (was mietrechtlich möglich ist²⁰⁶) entgeltlich zum Gebrauch überlassen wird. Daneben muß aber auch für die Abrufbarkeit des

²⁰¹ OGH in SZ 65/144.

²⁰² Vgl in diesem Sinne etwa *Schuppert* in *Spindler* (Hg), Vertragsrecht 6; LG Berlin 2.4.1997.

²⁰³ Auf diese Ähnlichkeit verweist *Ertl*, CR 1998, 180.

²⁰⁴ Für diese Qualifikation auch LG Hamburg 17.9.1996.

²⁰⁵ Dazu *Schuppert*, Web-Hosting-Verträge, CR 2000, 228.

²⁰⁶ *Koziol/Welser*¹¹ II 191.

gehosteten Inhalts gesorgt werden, was wiederum werkvertraglichen Charakter hat.

c.) Application-Service-Provider-Verträge

Der Application Service Provider (ASP) stellt Softwareprodukte zur Verfügung, die der Nutzer nicht installieren muß, so dass er sich die Anschaffungskosten spart. Der Vertrag ist mietähnlich, weist aber auch Elemente eines Pachtvertrages auf, weil dem Nutzer idR die Früchte der Nutzung der überlassenen Software zukommen. Im einzelnen sind ASP-Verträge verschieden ausgestaltet. IdR umfassen sie die Bereithaltung von Speicherplatz, Sicherung und Pflege der Daten des Nutzers (Dataproviding), uU auch die Erstellung und Wartung von Datenbanken (Datawarehousing²⁰⁷).

d.) Vertragsverletzungen

Verletzungen von Providerverträgen richten sich grundsätzlich nach allgemeinen Regeln (s daher oben und im folgenden), weisen aber einige Besonderheiten auf. Vor allem ist zu betonen, dass die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen des E-Commerce-Gesetzes nur für deliktische, nicht aber für vertragliche Schadenersatzansprüche gelten, die durch schuldhafte Vertragsverletzungen des Providers ausgelöst werden; Bsp: Der Provider, welcher die homepage einer Fluglinie hostet, verursacht durch einen Programmierungsfehler bei der Wartung des Servers einen zweitägigen Ausfall, wodurch die homepage nicht anwählbar ist und ein entsprechender Umsatzrückgang eintritt. Da durch den Vergleich mit dem Umsatz an sonstigen Tagen (an denen über die homepage online gebucht werden kann) ein mit an Sicherheit grenzender Gewinn vereitelt wurde, liegt positiver Schaden vor²⁰⁸, der bereits bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen ist. Der Provider kann sich nicht auf die Haftungsbefreiungsvoraussetzung des § 16 ECG berufen, wonach er erst ab bewusster grober Fahrlässigkeit verantwortlich wird (wenn ihm Umstände oder Tatsachen bewusst waren, aus denen die Rechtswidrigkeit offensichtlich ist).

Weiters ist zu bemerken, dass in Providerverträgen häufig die Verantwortung für Serverausfälle ausgeschlossen wird, die nicht aus der Sphäre des Providers stammen. Dies ist zwar zulässig entbindet den Provider allerdings nicht von einer entsprechenden Warnpflicht (die nicht besonders vereinbart werden muss, sondern als Nebenpflicht anzusehen

²⁰⁷ S im einzelnen *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69 f.

²⁰⁸ OGH

ist), wenn sich der Ausfall abzeichnet. Wenn also zB behördliche Sperren vorhersehbar sind (§ 19 ECG), so muss der Provider die betroffenen Kunden bei sonstiger Schadenersatzpflicht unverzüglich davon in Kenntnis setzen, damit diese entsprechende Vorkehrungen treffen können.

e.) Content-Verträge

Bei Content-Verträgen geht es darum, im Internet zugängliche Inhalte zu erwerben bzw zu überlassen²⁰⁹. Problematisch sind dabei oft jene Passagen, in denen die entsprechenden Nutzungsrechte geregelt werden („Rechtseinräumungsklausel“²¹⁰); dies deshalb, weil die Befugnisse eines Werknutzungsberechtigten nach urheberrechtlicher Auslegungsdoktrin im Zweifel nur so weit reichen, als es für den Zweck der von den Parteien intendierten Werknutzung erforderlich ist²¹¹. Die Verwendung eines Inhalts im Internet ist damit nicht immer gesichert.

Einschlägig ist in diesem Zusammenhang der Fall Focus-TV²¹². Nach dem Sachverhalt hatte sich eine Produktionsgesellschaft gegenüber Focus-TV verpflichtet, einen bestimmten Beitrag herzustellen. Vereinbart war bezüglich der entsprechenden Rechte folgendes: „Der Produzent überträgt Focus-TV die unbeschränkten Rechte an der schnittexklusiven Produktion ...“. In der Folge wurde der Beitrag von Focus-TV nicht nur ausgestrahlt, sondern auch ins Internet gestellt, was eine Klage der Produktionsgesellschaft zur Folge hatte. Focus-TV verteidigte sich mit dem Argument, dass der Kläger im Hinblick auf die Bekanntheit des Internet mit der Digitalisierung hätte rechnen müssen, zumal auch bekannt sei, dass Focus-TV eine website unterhalte. Das LG München schloss sich hingegen dem Standpunkt des Klägers an, weil Web-TV eine eigene Nutzungsart darstelle, die von der gegenständlichen Vereinbarung nicht erfasst sei. Im Sinne der oben erwähnten Auslegungsregel sei im Zweifel anzunehmen, dass der Urheber ein Nutzungsrecht nur insoweit übertragen wolle, als es der Vertragszweck unbedingt erfordere. Dies könne in Bezug auf die Übertragung im Internet nicht angenommen werden.

4. Online-banking

²⁰⁹ Der von *Thiele* (Content Krieg im Web, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), ePerson 406) hierfür verwendete Begriff Content-Providing ist nicht ganz glücklich, weil darunter idR die eigenen Informationen von Diensteanbietern verstanden werden (siehe unten), während hier gerade materiell fremde Inhalte zur Diskussion stehen.

²¹⁰ Dazu *Thiele* aaO 406 f.

²¹¹ Vgl OGH 12.8.1998 in MR 1998, 287 (*Walter*) und OGH in MR 2000, 171 (*Walter*).

²¹² LG München I 10.3.1999 in K&R 1999, 522.

Literatur: *Graf*, Rechtsfragen des Telebanking (1997); *Graf*, Wer haftet beim Telebanking?, *ecolex* 1999, 239; *Janisch*, Online Banking: Rechtsfragen des elektronischen Überweisungsverkehrs (2001).

Online-banking ermöglicht die Abwicklung der Bankgeschäfte über das Internet. Der Bankkunde kann per Internet Kontotransaktionen tätigen, zB Giroüberweisungen vornehmen oder den aktuellen Kontostand abfragen, und auch Wertpapiergeschäfte können auf diese Weise abgewickelt werden. Er erspart sich den Weg zur Bank und erledigt seine Bankgeschäfte, unabhängig von den Öffnungszeiten des Kreditinstituts, bequem per Mouseclick von einem beliebigen Ort aus.²¹³ Der Kunde ist dabei online mit dem Bankcomputer verbunden.

Voraussetzung für die Nutzung des online-banking ist – abgesehen von einem Providervertrag²¹⁴ - eine zwischen dem Kunden und der Bank bestehende Geschäftsbeziehung, die durch Abschluss des Kontoeröffnungsvertrags und des Girovertrags begründet wird. Der dann abzuschließende Online-Bankingvertrag ist als selbständige Nebenabrede zum Girovertrag zu qualifizieren.²¹⁵ Aus diesem Vertrag ergibt sich unter anderem für die Bank die Verpflichtung ein ausreichend sicheres Identifizierungs- und Legitimationssystem zu schaffen, da die herkömmlichen Möglichkeiten der Identifikation (zB Unterschrift, Vorlage des Ausweises) nicht angewendet werden können.²¹⁶ Der Kontoinhaber kann daher nur aufgrund bestimmter Identifikationsmerkmale Verfügungen über sein Konto treffen. Er erhält von seiner Bank einen Personenidentifikationscode (PIN-Code) und eine Liste mit Transaktionsnummern (TAN-Codes). Der PIN-Code ermöglicht den Zugang zum Konto. Jede Transaktion muss zusätzlich noch mit einem neuen TAN-Code versehen werden, der nach Ausführung des Auftrags seine Gültigkeit verliert.²¹⁷ Diese beiden Codes sollen sicherstellen, dass nur der Kontoinhaber über das Konto verfügen kann.

Risikoverteilungs- und Haftungsfragen ergeben sich beim online-banking dann, wenn der vom Kunden via Internet erteilte Überweisungsauftrag infolge technischer Mängel, Störungen oder rechtswidriger Eingriffe in das EDV-System der Bank verloren geht oder verändert wird.²¹⁸ Fraglich ist, wer das Risiko trägt, wenn sich eine unredliche dritte Person Kenntnis von den Zugangscodes verschafft. Die Haftung wird davon abhängen, auf welche Weise der Dritte an die Passwörter gelangt ist und ob dem Kunden oder der Bank ein Verschulden vorgeworfen werden kann. Schwierige Rechtsfragen werden besonders dann aufgeworfen, wenn

²¹³ Zu den Vorteilen des Telebanking für Kunden und Banken vgl auch *Janisch*, Online Banking 28.

²¹⁴ Siehe dazu ausführlich 8.

²¹⁵ Vgl dazu *Janisch*, Online Banking 63.

²¹⁶ Zu den vertraglichen Verpflichtungen der Bank und des Kunden (zB Sorgfältige Verwahrung der Zugangscodes) im Einzelnen siehe *Janisch*, Online Banking 123 ff.

²¹⁷ Vgl dazu *Graf*, *ecolex* 1999, 239; *Janisch*, Online Banking 37 f.

²¹⁸ Dazu ausführlich *Janisch*, Online Banking 210 ff.

sich der unredliche Dritte die Identifikationsmerkmale verschafft hat, ohne dass der Bank oder dem Kunden ein Vorwurf gemacht werden kann.²¹⁹

Es können dem Kunden auch Ansprüche gegenüber der Bank entstehen, wenn aufgrund von Fehlern oder technischen Störungen des Computersystems der Bank ein Schaden infolge nicht oder verspätet getätigter bzw fehlerhafter Überweisungen entstanden ist. Die rechtliche Basis stellt das zwischen der Bank und dem Kunden bestehende Vertragsverhältnis (Online-Bankingvertrag) dar.²²⁰

Im Zusammenhang mit online-banking ergeben sich auch Probleme bei der Beweislastverteilung aufgrund völlig neuer Fragen der Beweissicherung und Beweisführung.²²¹

Insgesamt betrachtet birgt das online-banking Risiken, die jene der herkömmlichen Bankgeschäfte übersteigen.²²² Die Möglichkeit einer Versicherung gegen das Risiko einer mißbräuchlichen Verwendung von Identifikationscodes, die das Kreditinstitut dem Kunden anbieten könnte, würde diese Problematik entschärfen.²²³ Bisher hatten sich die Gerichte noch nicht mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit Telebanking zu beschäftigen, was jedoch im Hinblick auf die steigende Bedeutung dieser Art der Abwicklung von Bankgeschäften nur mehr eine Frage der Zeit sein wird.

5. E-insurance

Literatur (Auswahl): *Blanke/Bölscher/Graf/v. d. Schulenburg*, Electronic Commerce in der Versicherungswirtschaft, VersR 1999, 18; *Braumüller*, Aufsichtsrechtliche Aspekte des E-Commerce, VersR 2001, 39; *Ernst & Young Unternehmensberatung*, Österreichische Versicherungsunternehmen im Internet, VersR 2000, VI; *Forgó*, Tischlein deck dich? Esel streck dich? Knüppel aus dem Sack? Anmerkungen zu ökonomischen, technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Internetnutzung in der Versicherungswirtschaft, VersR 2001, 8; *Lurger*, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce unter Einschluss des Verbraucherrechts und des Kollisionsrechts, VersR 2001, 14; *Maas*, E-Business Ways, VersR 2001, III; *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995); *Strack*, Sicherheit im Netz – Entscheidender Faktor für Versicherer und Verbraucher, VersR 2001, 67; *Unger/Lesjak*, E-Commerce in der Versicherungswirtschaft, VersR 2001, 43; *Vonkilch*, Der Einsatz elektronischer Signaturen aus versicherungs- und verbraucherschutzrechtlicher Perspektive, VersR 2001, 25; *Wieser*, Der rechtskonforme Abschluss von Versicherungsverträgen im Internet, VersR 2000, 153; *Zourek*, Versicherung und elektronischer Geschäftsverkehr, VersR 2001, 3.

Neue wirtschaftliche Möglichkeiten durch E-Commerce ergeben sich auch für die Versicherungswirtschaft. Versicherungsverträge können

²¹⁹ Dazu im Einzelnen *Graf*, *ecolex* 1999, 239 ff.

²²⁰ Siehe dazu *Janisch*, *Online Banking* 39 f und 210 ff.

²²¹ Ausführlich dazu *Graf*, *ecolex* 1999, 240 f; *Janisch*, *Online Banking* 230 ff.

²²² ZB bei Mißbrauch der Bankomatkarte kann aufgrund des täglichen Behebungslimits kein so großer Schaden entstehen. Vgl dazu *Graf*, *ecolex* 1999, 240; *Janisch*, *Online Banking* 270.

²²³ *Graf*, *ecolex* 1999, 240; *Janisch*, *Online Banking* 270.

grundsätzlich formfrei geschlossen werden, daher auch per Internet.²²⁴ Das VAG sieht zwar Schriftform für Erklärungen des Versicherungsnehmers vor, so zB im § 9 Abs 2, nach dem von allgemeinen Versicherungsbedingungen, die einem Versicherungsvertrag über im Inland belegene Risiken zugrunde liegen, zum Nachteil des Verbrauchers nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen und nur dann abgewichen werden darf, wenn der Versicherungsnehmer vor dem Vertragsabschluss darauf ausdrücklich hingewiesen worden ist und sich schriftlich damit einverstanden erklärt hat. Die AVB werden aber idR erst mit Abschluss der Versicherungsvertrages vereinbart und stehen daher dem formlosen online- oder e-Mail-Abschluss nicht entgegen. In der Lebensversicherung ist allerdings § 18a VAG zu beachten, wonach gem Abs 1 Z 1 der Versicherer die Identität des Versicherungspartners festzuhalten hat, wenn die Jahresprämie 1.000 Euro (bei Einmalzahlung 2.500 Euro) übersteigt. Dies hat durch (persönliche) Überprüfung anhand eines amtlichen Lichtbildausweises zu erfolgen.²²⁵ Da sich die Vorschriften des VAG nur an den Versicherer richten, wäre ein (online abgeschlossener) Lebensversicherungsvertrag freilich auch ohne Einhaltung dieser Pflichten gültig.

Auch im Bereich der Versicherungswirtschaft bestehen ansonsten die bekannten Probleme des elektronischen Geschäftsverkehrs, wie beispielsweise die Frage der Datensicherheit im Netz, der Schutz personenbezogener Daten, die Authentizität von Erklärungen, die Identität des Erklärenden und die internationale Rechtsdurchsetzung.

V. Vertragskonnexe Materien

1. Gewerberecht

Literatur: *Ellmaier*, Internet für Steuerberufe (2000); *Feik*, Gewerbe- und Berufsrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 219; *Felderer*, Notariat 2005 und virtueller Markt, in *Jochum* (Hg), Elektronik und Urkunde (2000) 29; *Filzmoser*, Telearbeit und Gewerberecht, *ecolex* 1996, 384; *Masing*, Die e-mail Nutzung im Lichte der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht, *AnwBl* 2001, 440; *Schramböck*, Gewerberechtliche Schranken des e-commerce, *ecolex* 2000, 484; *Thöne*, Der Einsatz neuer Informationstechnologien in der Anwaltskanzlei – Ein Plädoyer, in *Mayer-Schönberger/Schneider-Manns-Au* (Hg), Der Jurist am Info-Highway (1997) 105; *Traudtner/Höhne*, Internet und Gewerbeordnung, *ecolex* 2000, 480.

²²⁴ *Wieser*, *VersR* 2000, 155 f; *Lurger*, *VersR* 2001, 17; *Strack*, *VersR* 2001, 67. Davon zu unterscheiden ist die (abdingbare) Verpflichtung des Versicherers gem § 3 VersVG, dem Versicherungsnehmer eine Polizza (eine vom Versicherer unterschriebene Urkunde über den Versicherungsvertrag) auszuhändigen, wobei eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift genügt. Da diese auch eingescannt werden kann, ist auch eine elektronische Polizza grundsätzlich möglich (näheres bei *Wieser*, *VersR* 2000, 157 ff).

²²⁵ Dazu *Braumüller*, *VersR* 2001, 41 f. Auf die in § 18a Abs 2 Z 1 und Z 2 VAG genannten Versicherungsverträge ist § 18a Abs 1 Z 1 VAG nicht anzuwenden, so ua nach § 18a Abs 2 Z 2 VAG nicht auf andere Versicherungsverträge, solange die Prämie von einem im Namen des Versicherungsnehmers eröffneten Konto bei einem anderen Unternehmen überwiesen wird, das dem § 40 BWG in der jeweils geltenden Fassung (Festhaltung der Identität des Kunden zur Vermeidung von Geldwäscherei) unterliegt.

Die oben behandelten Verträge sowie andere Aktivitäten im und um das Internet sind zivilrechtlich unabhängig davon gültig (und daher auch „klagbar“, dh zu erfüllen), ob die Parteien eine erforderliche Gewerbeberechtigung besitzen²²⁶. Es drohen dann allerdings Verwaltungsstrafen nach der GewO, so dass auf Dauer die gewerberechtliche Situation in die geschäftlichen Überlegungen miteinbezogen werden muss und daher nicht vom Vertragsrecht abgekoppelt werden kann (ähnliches gilt für das Berufsrecht²²⁷ und für das Steuerrecht, dessen internetvertragliche Bezüge daher im folgenden Kapitel dargestellt werden).

Allgemein ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Aufnahme und die Ausübung von Tätigkeiten im Internet keiner besonderen Zulassung bedürfen (Art 4 E-Commerce-RL). Soweit also sonstige Rechtsvorschriften keine besonderen Voraussetzungen vorsehen, sind diese auch online nicht gegeben (Zulassungsfreiheit).

Grundsätzlich ist dabei zu bemerken, dass EDV-spezifische Tätigkeiten²²⁸ zu den freien Gewerben gehören und daher keines Befähigungsnachweises iSd § 5 Abs 3 GewO bedürfen. Dies gilt zB für²²⁹ CD-Produktion, CD-ROM-Produktion, computerunterstützten Einzel- und Massenversand von E-Mail und Faxnachrichten, Computersoftware-Erzeugung, Formatierung von Disketten, Kopieren von Disketten, Verwaltung und Bearbeitung von Datenbanken (Informationsanbieter), aber auch für²³⁰ Best-Preis-Agenturen, Datenverarbeiter, Telemarketing, Rechenzentrum. Gewerbetreibende, die in diesem Sinne zur Ausübung des Gewerbes der Dienstleistungen in der automationsunterstützten Datenverarbeitung und Informationstechnologie berechtigt sind, sind auch zur Erstellung von Problemlösungen berechtigt, insoweit hiezu die Techniken, Verfahren und Methoden der Informationstechnologie angewandt werden (§ 271 GewO). Überhaupt von der GewO ausgenommen ist die Abhaltung von EDV-Seminaren (Lehrtätigkeit iSd § 2 Z 12), soweit es dabei primär um Wissensvermittlung (und nicht so sehr um die Vermittlung von Fertigkeiten) geht²³¹.

Zu den gebundenen Gewerben iSd der GewO gehört demgegenüber zB die Warendistribution von IT-Systemen (IT-Kaufmann) oder von (nicht selbst hergestellter) Software, und der Betrieb des Internet-Providers²³².

²²⁶ Koziol/Welser¹¹ I 156.

²²⁷ Vgl Ellmaier, Internet für Steuerberufe; für die **Anwaltschaft**: Thöne in Mayer-Schönberger/Schneider-Manns-Au (Hg), Info-Highway 105; Masing, AnwBl 2001, 440; für das **Notariat**: Felderer in Jochum (Hg), Elektronik 29.

²²⁸ Zur Durchführung von Online-Auktionen s oben

²²⁹ Die folgende Aufzählung findet sich auf www.help.gv.at (dazu oben)

²³⁰ Die folgende Aufzählung bei Feik aaO 227.

²³¹ Vgl Feik aaO 224.

²³² Feik aaO 224, 226, 232.

Zu beachten sind in diesem Zusammenhang aber die gewerblichen Nebenrechte (§ 33 GewO), aus denen sich zB ergibt, dass ein zum Handel mit Hardware berechtigter Gewerbetreibender (Handelsgewerbe, § 124 Z 10), auch zum Software-Vertrieb berechtigt ist.

2. Steuerrecht

Literatur: *Ammann*, Einige Gedanken zum evolutionären Einfluß elektronischer Telekommunikation auf die Besteuerungsrealität - Das Ende der Steuern auf Einkommen und Ertrag? IStR 1999, 449; *Bendlinger*, Internet und E-Commerce im internationalen Steuerrecht, SWI 1999, 306; *Bernütz*, Ertragsbesteuerung grenzüberschreitender Internet-Transaktionen: Anknüpfung an eine deutsche Betriebsstätte? IStR 1997, 353; *Billinger/Zehetner*, Veranstaltungsbericht: IFA-Kongreß 1998 in London, ÖStZ 1999, 74; *Dienes*, Bilanzierung von Websites und Webpages, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 15; *Endfellner*, E-Commerce Aktivitäten als Lieferungen oder sonstige Leistungen, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 257; *Falb*, Die umsatzsteuerliche Behandlung von Telekommunikationsdienstleistungen, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 309; *Gratl*, Die Vertreterbetriebsstätte nach Art 5 Abs 5 und 6 OECD-MA und E-Commerce, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 167; *Hable*, Gebührenrechtliche Aspekte von Geschäftsabschlüssen im Internet, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 367; *Heinrich/Mayer*, Steuerrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 237; *Heschl*, Die Vorschläge des OECD-Steuer Ausschusses zur Änderung des Kommentars zu Art 12 OECD-MA, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 235; *Holler*, Betriebsstättenbegründung durch Errichtung eines Verkaufsservers, BB 1998, 771; *Höllhuber*, Der Ort der Geschäftsleitung im Lichte neuer technologischer Entwicklungen, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 71; *Hübel*, Die Vorschläge des OECD-Steuer Ausschusses zur Änderung des Kommentars zu Art 5 OECD-MA, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 183; *Iltschew/Ludwig*, Ertragsteuerliche Behandlung des e-commerce, ecolex 2000, 475; *Jirousek*, Die Anwendung der OECD-Betriebsstätten definition auf E-Commerce, ÖStZ 2001, 130; *derselbe*, Die Gewinnzurechnung an E-Commerce-Betriebsstätten, ÖStZ 2001, 239; *derselbe*, Die Auswirkungen der „Kommunikationsrevolution“ auf das Geschäftsleitungsprinzip als Ansässigkeitsmerkmal für Kapitalgesellschaften, ÖStZ 2001, 296; *Kapferer*, Internetbanken und „virtuelle“ Emittenten als kupon auszahlende Stellen, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 131; *Karre*, Einkünfte aus E-Commerce und Lizenz einkünfte nach Art 12 OECD-MA, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 217; *Kilches*, Besteuerung des Electronic Commerce, FJ 1999, 179; *derselbe*, Steuerrecht und Internet – Neuerungen, ecolex 2001, 357; *Küffner*, Umsatzsteuer bei Software-Überlassungen, DStR 1999, 1138; *Macher*, Umsatzsteuer bei Software, ÖStZ 1995, 351; *Mayer*, USt: Standardsoftware - Individualsoftware, Lieferung oder sonstige Leistung, RdW 1997, 570; *Moosbrugger*, Arbeiten der EU auf dem Gebiet der Besteuerung des elektronischen Geschäftsverkehrs, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 349; *N.N.*, Umsatzbesteuerung des elektronischen Handels – erste konkrete Lösungsansätze, ÖStZ 1999, 385; *Pernt*, Electronic Commerce im Überblick – Der derzeitige Stand der steuerrechtlichen Diskussion, SWK 2000, 253; *Plöchl*, Beschränkte Steuerpflicht bei Einkünften aus E-Commerce nach § 98 Z 6 EstG, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 119; *Pokorny*, Einkünfte aus selbständiger Arbeit durch E-

Commerce, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 101; *Reiner*, Einkünfte aus E-Commerce und der Begriff des „ständigen Vertreters“ nach § 29 BAO, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 33; *Rinner*, Werbesteuern und moderne Kommunikationstechnologien, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 391; *Schönauer*, Einkünfte aus E-Commerce und der Begriff des „ständigen Vertreters“ nach § 29 BAO, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 55; *Sontheimer*, Die Besteuerung von Software, DStR 1983, 350; *Soravia*, Internet Server als umsatzsteuerrechtliche Betriebsstätte, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 325; *Strunk*, Grenzüberschreitende Geschäftsaktivitäten durch das Internet als weißer Fleck der Besteuerung, IStR 1997, 257; *Studera*, Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Nutzung des Internet, ecolex 1997, 965; *Thiele*, Cybertax - Der Steuergesetzgeber und das Internet, ecolex 1998, 871; *derselbe*, Die internationale Besteuerung des Internet, ÖStZ 1999, 328; *derselbe*, Steuerfreiheit im Internet - der Internet Tax Freedom Act 1998, RdW 1999, 372; *derselbe*, Umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Internetgeschäften in Österreich, ÖStZ 2000, 697; *derselbe*, Internetaktivitäten und geschäftlicher Verkehr – zivil- und steuerrechtliche Auswirkungen, ÖStZ 2001, 40; *Thunshirn*, Ertragsteuerrechtliche Aspekte der Nutzung des Internet, ecolex 1997, 961; *Trenkwalder*, Die Verpflichtung zur Führung von Büchern und Aufzeichnungen im Lichte der neuen Technologien, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 411; *Tumpel*, Steuerrecht im Internet – eine Anleitung, ÖStZ 1998, 166; *Twardosz*, Der Betriebsstättenbegriff nach Art 5 OECD-MA und E-Commerce, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 151; *Weninger*, Bericht über die OECD-Ministerkonferenz zum elektronischen Handel, ÖStZ 1998, 559; *Zink*, Umsatzsteuerlicher Leistungsort bei E-Commerce, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 283.

Ebenso wie das Gewerberecht gehört auch das Steuerrecht zu jenen Materien, die wirtschaftlich enge Verflechtungen mit dem Vertragsrecht aufweisen, denn kommerziell sinnvolle Vertragskonstruktionen sind nur vor dem Hintergrund steuerrechtlicher Implikationen denkbar. Gerade diese haben sich aber im Hinblick auf die Dezentralisierung und Virtualisierung des Internet („virtuelle Unternehmen²³³“) als überaus komplex erwiesen, was umso schwerer wiegt als die E-Commerce-RL Steuerfragen ausklammert²³⁴ (Art 22 Abs 1 lit a). Weitestgehende Rechtssicherheit besteht nur insofern, als es für Aktivitäten im Internet keine eigene Bit-Steuer (Anzahl der Bits als Steuerbemessungsgrundlage) oder PC-Steuer gibt und eine solche – auch international – nicht vorgesehen ist.²³⁵ Darüber hinaus hat das Internet aber eine Vielzahl neuartiger Steuerprobleme mit sich gebracht, von denen im Rahmen der vorliegenden Darstellung nur einige herausgegriffen werden können. Im übrigen muß auf die ausführliche Literatur verwiesen werden, die einleitend zitiert ist. Darin wird insb auch auf die Besteuerung von Einkünften aus selbständiger Arbeit im E-Commerce²³⁶ (zB bei Publizieren im Internet, Vermietung von Domain-

²³³ Dazu *Höllhuber* 95 ff; *Kapferer* aaO 149 f; „virtuelle Emittenten“ bei Kuponauszahlung; *Thiele*, ÖStZ 1999, 328 ff.

²³⁴ Zu Regulierungsbemühungen auf EU-Ebene vgl *Moosbrugger* aaO 349.

²³⁵ Vgl die OECD-Ministerkonferenz 1998 in Ottawa (dazu *Hübl* aaO 188 ff).

²³⁶ *Pokorny* aaO 101 ff; *Plöchl* aaO 119 ff.

Namen, Vermietung von Werbebannern und Vermietung von Speicherplatz) nach § 98 EStG) und auf gebührenrechtliche Aspekte²³⁷ eingegangen.

Im einzelnen ist im folgenden zunächst auf Steuerfragen im Zusammenhang mit der betrieblichen Anschaffung von IT-Systemen einzugehen. Entsprechend der oben beim vertraglichen Erwerb von IT-Systemen getroffenen Unterscheidung ist dabei zunächst zwischen der Anschaffung von Hardware und Software zu differenzieren.²³⁸ Weitere Fragen sind im Zusammenhang mit direktem und indirektem e-commerce, der steuerrechtlichen Behandlung von websites und dem für Doppelbesteuerungsabkommen relevanten Begriff der Betriebsstätte bei Verwendung eines Servers oder einer website zu erörtern.

a.) Hardware

Im Zusammenhang mit der *Anschaffung* von Hardware²³⁹ ist vor allem die – für die AfA relevante (§ 7 EStG) - relativ kurze Nutzungsdauer zu beachten, welche sich aus der typischen Inkompatibilität zwischen älterer Hardware und aktueller Software ergibt²⁴⁰. In der Regel wird daher eine nur vierjährige Nutzungsdauer als gerechtfertigt angesehen²⁴¹, woraus sich zB ergibt, dass bei Anschaffung eines Computers um S 24.000 jährlich S 6.000 als AfA gewinnmindernd anzusetzen sind. Liegt der Anschaffungspreis (zB bei Erwerb eines gebrauchten Gerätes) unter S 5.000,-, so handelt es sich um ein geringwertiges Wirtschaftsgut, das bereits im Jahr seiner Anschaffung voll als Betriebsausgabe geltend gemacht werden kann (§ 13 EStG); zum Investitionsfreibetrag (IFB), der bei Anschaffung oder Herstellung abnutzbarer Anlagegüter ebenfalls geltend gemacht werden kann, vgl § 10 EStG.

Die *Veräußerung* von Hardware bringt innerstaatlich keine Besonderheiten mit sich (20% USt; Vorsteuerabzug für Unternehmer), bei internationalen Sachverhalten ist vor allem zwischen Ausfuhrvorgängen inner- oder außerhalb der EU zu unterscheiden.²⁴²

b.) Software

²³⁷ Hable aaO 367.

²³⁸ Zu steuerrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Datenbanken vgl *Heinrich/Mayer* aaO 247 ff.

²³⁹ Beim Hardwareleasing hängt die steuerrechtliche Behandlung vor allem von der Ausgestaltung des Leasingsvertrages ab (s *Heinrich/Mayer* aaO 243 f; vgl auch VwGH 5.12.1972, 2391/71).

²⁴⁰ Vgl VwGH 23.5.1996, 94/15/0060.

²⁴¹ VwGH 5.10.1993, 91/14/0191.

²⁴² Vgl im einzelnen *Heinrich/Mayer* aaO 242 f.

Für die Anschaffung von Software gilt einkommensteuerrechtlich – abgesehen vom reduzierten IFB für unkörperliche Wirtschaftsgüter²⁴³ (§ 10 EStG) – im Prinzip dasselbe wie für Hardware (insb in Bezug auf AfA). Bei selbst hergestellter Software ist hingegen das Aktivierungsverbot des § 4 Abs 1 zu beachten, so dass die Selbstherstellungskosten sofort abzugsfähig sind.

Umsatzsteuerrechtlich ist – zwar nicht für den Steuersatz, aber hinsichtlich der unterschiedlichen örtlichen Leistungsorte, die wiederum für die österreichische Steuerhoheit relevant sind - zwischen Standardsoftware (= "Lieferung" iSd § 3 UStG) und Individualsoftware (= "sonstige Leistung" iSd § 3a UStG) zu unterscheiden.²⁴⁴ Im Hinblick auf die schwierige Abgrenzung besteht allerdings die Tendenz bei elektronischer Übertragung schlechthin von sonstiger Leistung auszugehen. Auch die EK empfiehlt daher, die Veräußerung „virtueller Güter“ als sonstige Leistungen zu behandeln.²⁴⁵

c.) Direkter und indirekter e-commerce

Die eben angesprochene Differenzierung kommt auch im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen indirektem E-Commerce (Bestellung elektronisch, Erfüllung hingegen auf herkömmlichem Wege, zB Kauf einer CD) und direktem E-Commerce, bei dem der gesamte Geschäftsvorgang elektronisch abgewickelt wird (zB Nutzung von Rechtsdatenbanken, Musikdownloads usw) zum Tragen. Während im ersten Fall eine Lieferung im Sinne des § 3 UStG vorliegt, handelt es sich letzterenfalls um eine sonstige Leistung iSd § 3a.²⁴⁶ Wie oben erwähnt, ändert dies zwar nichts am Steuersatz, kann aber bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Einfluss auf die österreichische Steuerhoheit haben.²⁴⁷ Wenn zB ein Musiktitel bei einem Online-Anbieter bestellt und auf CD geliefert wird, so läge eine Lieferung nach § 3 UStG vor; wird derselbe Titel hingegen elektronisch (zB durch download) übermittelt (vgl etwa die neue Entwicklung von napster), so läge eine sonstige Leistung nach § 3a UStG vor, eine Differenzierung, die freilich wenig einleuchtet, weil der Umsatz inhaltlich identisch ist. Das Problem hängt damit zusammen, dass die neuen Absatzformen im Internet mit dem herkömmlichen Grundsatz der Einheitlichkeit einer Leistung²⁴⁸ (entweder Lieferung oder sonstige Leistung) schwer zu erfassen sind.

²⁴³ Zu dieser Qualifikation BFH 3.7.1987, BStBl 1987, 728.

²⁴⁴ Vgl *Heinrich/Mayer* aaO 246.

²⁴⁵ KOM 1998, 374.

²⁴⁶ *Heinrich/Mayer* aaO 251; ausführlich *Endfellner* aaO 257; vgl auch *Zink* aaO 283.

²⁴⁷ Zu Art 12 OECD-Musterabkommen s *Karre* aaO 217; *Heschl* aaO 235.

²⁴⁸ Vgl *Doralt*, Steuerrecht 2001 (2001) 112.

d.) Websites

Da es sich bei einer website um eine Summe von Information handelt²⁴⁹, liegt ein unkörperliches Wirtschaftsgut vor²⁵⁰, das im Sinne des § 4 Abs 1 EStG nicht mit den Herstellungskosten aktiviert werden kann. Diese sind also sofort abzugsfähig. Nur bei entgeltlicher Anschaffung von Dritten sind die Kosten über die Nutzungsdauer abzuschreiben. Nach *Heinrich/Mayer*²⁵¹ kann allerdings von einem entgeltlichen Erwerb „selbst im Fall einer Erstellung durch einen Dritten im Rahmen eines Werkvertrages nicht ausgegangen werden, wenn die Planung und Gestaltung der website im Wesentlichen beim Auftraggeber liegt“. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt des dem § 4 EStG zugrundeliegenden „Vorsichtsprinzips“ (Sicherung des objektiven Wertmaßstabs bei entgeltlichem Erwerb²⁵²) allerdings fragwürdig, denn auch der von einem dritten Werkunternehmer fakturierte Werklohn unterliegt – anders als die eigenen Herstellungskosten – einem objektiven Maßstab.

Geht man von diesem Ansatz aus, so sind die Dritterstellungskosten einer homepage zu aktivieren und auf die Nutzungsdauer abzuschreiben, womit die Frage auftaucht, wie diese Dauer bei einer homepage anzusetzen ist. Man könnte sich diesbezüglich an der Nutzungsdauer von Software orientieren, die wie oben dargelegt – mit vier Jahren angenommen wird. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, dass die technische Entwicklung bei Software auf der einen Seite und im Internet auf der anderen Seite nicht notwendig gleichförmig verlaufen muss. Es erscheint daher sachgerechter, sich in Bezug auf die Nutzungsdauer einer website im Internet eher an dessen spezifischen Gesetzmäßigkeiten zu orientieren, die vor allem durch die Beobachtungen von *Moore*²⁵³ und *Gilder*²⁵⁴ erfasst worden sind. Das Moore'sche Gesetz besagt, dass sich die Verarbeitungsgeschwindigkeit von Computern alle 18 Monate verdoppelt. Gilders Gesetz beruht auf der Prämisse, dass sich die Netzbandbreite, also die Menge an Information, die über Netzwerke übertragen werden kann, alle 12 Monate verdreifacht. Geht man von diesen Entwicklungen aus, so erscheint auch die Nutzungsdauer einer websites mit vier Jahren zu lang.

e.) Server und websites als Betriebsstätten

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten können die Besteuerungsansprüche verschiedener Staaten kollidieren, so dass die

²⁴⁹ Unterscheide davon die Leistungen des Providers (zur steuerrechtlichen Behandlung *Heinrich/Mayer* aaO 250).

²⁵⁰ Vgl dazu auch *Dienes* aaO 24 mit Nachweisen zur Gegenmeinung.

²⁵¹ aaO 250.

²⁵² *Doralt*, Einkommensteuergesetz² (1992) § 4 Rz 93, 102 (3. Aufl 1997).

²⁵³ Progress in Digital Intergrated Electronics, in *Rhodes*, Visions of Technology (1999) 243.

²⁵⁴ Fiber Keeps its Promise, *Forbes* ASAP, Februar 1997.

Doppelbesteuerungsabkommen zum Tragen kommen. Diese weisen das Besteuerungsrecht idR jenem Staat zu, in dem ein Unternehmen durch eine dort gelegene Betriebsstätte Gewinne erzielt²⁵⁵ (Art 7 OECD-Musterabkommen). Gem Art 5 Abs 1 OECD-Musterabkommen ist die Betriebsstätte eine „feste Geschäftseinrichtung, durch die die Tätigkeit eines Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird“ (ähnlich § 29 BAO²⁵⁶). In einer Auskunft des Bundesministeriums für Finanzen²⁵⁷ („Austrian Rule“) soll es im konkreten Zusammenhang darauf ankommen, ob ein Unternehmer nur Speicherplatz zur Verfügung habe (etwa von einem Host-Provider zum Betrieb seiner website, eigenes Bsp) oder ob ihm ein Server überlassen ist bzw dieser in seinem Eigentum steht. Nur letztere Ausgestaltung begründe eine Betriebsstätte.²⁵⁸ In der Literatur wurde dies im Hinblick auf den Fortschritt der Computertechnologie kritisiert (es sei nicht entscheidend, ob Speicherplatz mit oder ohne Gehäuse zur Verfügung stehe²⁵⁹). Dies mag de lege ferenda zutreffen, vor dem Hintergrund des Art 5 ist freilich nicht zu verkennen, dass dieser auf das Element der „festen Geschäftseinrichtung abstellt“, die auf körperliche Elemente abstellt, welche eben beim Server, nicht aber bei bloßem Speicherplatz gegeben sind.

VI. Vertragshindernisse

1. Allgemeines

Aus den bereits dargelegten Gründen (kein Internet-Vertragsgesetz) gelten die allgemeinen Vertrags- und Vertragserfüllungsregeln des ABGB auch beim Vertragsabschluß im Internet. Der bereits erwähnten Differenzierung zwischen indirektem E-Commerce und direktem E-Commerce kommt dabei zivilrechtlich keine besondere Bedeutung zu (wohl aber im Steuerrecht s oben). Vielmehr ist bei beiden Varianten nach allgemeinen Regeln zwischen Wurzelstörungen (die schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden, Aufhebung ex tunc) und Leistungsstörungen (die erst im Erfüllungsstadium auftreten, Aufhebung ex nunc) zu differenzieren. Wiederum sind allerdings einige Besonderheiten zu beachten (zu den Leistungsstörungen bei IT-Systemen s oben).

2. Wurzelstörungen

Da im Internet idR Gattungskäufe abgewickelt werden (Ausnahme vor allem bei Online-Versteigerungen), stellt sich die Frage nach der

²⁵⁵ Zu umsatzsteuerrechtlichen Fragen vgl *Heinrich/Mayer* aaO 253 f; *Soravia* aaO 325; *Thiele*, ÖStZ 1999, 328.

²⁵⁶ Ausführlich dazu *Reiner* aaO 33; *Schönauer* aaO 55.

²⁵⁷ Britische Informationsangebote über BTX oder Internet, SWI 1996, 462.

²⁵⁸ Vgl dazu *Thiele*, ÖStZ 1999, 329.

²⁵⁹ *Twardosz* aaO 158 ff.

Irrtumsanfechtung in bezug auf **Geschäftsirrtümer** ieS nicht, denn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der für die Irrtumsanfechtung relevant ist, kann insofern keine Fehlvorstellung auftreten, als noch gar keine bestimmte Sache vorliegt, über deren Beschaffenheit sich der Erwerber (richtige oder falsche) Vorstellungen machen könnte (es sei denn, er irrt über die gesamte Gattung).

In Frage kommen aber Erklärungsirrtümer, die zB dadurch auftreten können, dass sich ein user bei der Abgabe einer elektronischen Bestellung vertippt: Er glaubt „1“ Buch zu bestellen, drückt aber versehentlich die entsprechende Taste zu lange und bestellt daher tatsächlich „11111“ Bücher.

Dabei können in Bezug auf die Anfechtungsvoraussetzungen (§ 871) insofern Probleme auftreten, als es um das Erfordernis geht, wonach der Irrtum "aus den Umständen offenbar auffallen mußte". Da Vertragserklärungen im Internet - wie oben dargelegt - oft automatisiert beantwortet werden, einem Computer aber nichts auffallen kann, erscheint die Anwendbarkeit dieser Voraussetzung fraglich.²⁶⁰ Auf der anderen Seite wurde bereits betont, daß "Computer-Erklärungen" rechtsgeschäftlich einer normalen Erklärung gleichzuhalten sind. Dasselbe wäre wohl für sonstige Computer-Vorgänge oder Reaktionen zu erwägen (um einseitige Benachteiligungen zu vermeiden), so daß darauf abgestellt werden könnte, ob der Irrtum einem durchschnittlichen Erklärungsempfänger in der Situation des konkreten Vertragspartners - hätte er keinen Computer als "Erklärungsbeantworter" eingesetzt - hätte auffallen müssen. Dies wäre etwa im oben erwähnten Beispiel der Fall. So gesehen, ist der althergebrachte Satz „Irren ist menschlich“ zu relativieren.

Im übrigen ist zu beachten, daß auch die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen des § 871 (Veranlassung, rechtzeitige Aufklärung) zur Geltendmachung des Irrtums berechtigen.²⁶¹ Soweit ersichtlich, werfen diese im Internet allerdings keine spezifischen Probleme auf, denn in der Regel wird der Irrtum vom Vertragspartner nicht veranlaßt sein und auch keine rechtzeitige Aufklärung stattfinden.²⁶²

Bei Verbraucherverträgen hat die Anfechtung wegen Erklärungsirrtümern (des Verbrauchers) durch die Einführung des neuen § 5e KSchG (Rücktrittsrecht des Verbrauchers) zwar an praktischer Bedeutung verloren²⁶³, ist aber nicht schlechthin irrelevant, weil zum einen das

²⁶⁰ Unklar *B. Schauer*, e-commerce 100.

²⁶¹ Vgl *Ertl*, Zivilrechtliche Haftung im Internet, CR 1998, 179 (181); unklar bei *B. Schauer*, e-commerce 100, der Wesentlichkeit des Irrtums mit den Anfechtungsvoraussetzungen verwechselt.

²⁶² *Zib*, *ecolex* 1999, 234.

²⁶³ *Mottl* aaO 24.

Rücktrittsrecht befristet ist und auf der anderen Seite auch nicht für alle Verträge gilt.

3. Leistungsstörungen

Auch Leistungsstörungen können als Folge von Vertragsabschlüssen im Internet in derselben Band- und Problembreite auftreten wie bei herkömmlicher Vertragsabwicklung (zu den Besonderheiten der Providerverträge s oben ...). Zu beachten ist allerdings die teilweise Unanwendbarkeit des § 928 ABGB. Nach dieser Bestimmung ist die Gewährleistung ua für Mängel ausgeschlossen, die "in die Augen" fallen (sog **offenkundige Mängel**). Diese Ausnahme beruht auf der Überlegung, daß solche Mängel idR schon in der Preisgestaltung Niederschlag gefunden haben und daher nicht noch einmal im Zuge der Gewährleistung Berücksichtigung finden, insbesondere nicht zu einer (neuerlichen) Preisminderung führen können. Dies setzt allerdings voraus, daß die Sache bei Vertragsabschluß "vorhanden" ist, was etwa beim Werkvertrag naturgemäß nicht der Fall ist, so daß die Bestimmung auf diesen nicht angewendet wird. Dasselbe ist im gegenständlichen Fall anzunehmen, der ebenfalls dadurch charakterisiert ist, daß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine konkrete Sache vorliegt, die man "besichtigen" und einer entsprechenden Preisverhandlung unterwerfen könnte.

VII. Vertragsfreiheit und elektronische Werbung

Literatur: *Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 128; *derselbe*, E-Mail-Werbung nur mit Zustimmung? RdW 2001, 73; *Höhne*, Anwaltswerbung im Internet – ein Diskussionsbeitrag, AnwBl 1999, 610; *Körner/Lehment*, (Titel ???) , in *Hoeren/Becker* (Hg), Handbuch Multimedia-Recht (Grundwerk v 1999, 2. Erg.-Lfg v Dez 2000) 11.1; *Lachmair*, EU-Richtlinie für E-commerce seit 1.6.2000 in Kraft, RdW 2000, 454; *Lechner*, Unerwünschte Direktwerbung per e-mail, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 21; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr? CR 2000, 61; *Rinner*, Werbesteuern und moderne Informationstechnologien, in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), Besteuerung von E-Commerce (2000) 391; *Thiele*, Anwaltliche Werbung im Internet, AnwBl 1999, 402; *derselbe*, E-mail-Werbung zulässig? RdW 1999, 386; *Schönherr*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, ÖBl 1999, 267; *Zib*, Aktuelle Fragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, VersR 2001, 35.

Auch im Internet herrscht Vertragsfreiheit. Der Entscheidungswille, ob, mit wem und zu welchen Bedingungen man kontrahieren will (Privatautonomie) ist aber durch gewisse Besonderheiten „verdünnt“, die in der Natur des Mediums liegen. Zum einen wurde bereits erwähnt, daß Waren nicht in natura besichtigt werden können, sondern nur virtuell auf dem Bildschirm; ferner fehlt beim online-shopping die persönliche Betreuung (ua aus diesen Gründen wurde das Rücktrittsrecht gem § 5e

KSchG eingeführt, s oben).

Weiters ist nicht zu verkennen, daß durch die Möglichkeit schneller und billiger (aber auch unsicherer²⁶⁴) Informationsübertragung auch eine Informationsflut droht, wodurch zum einen die Entscheidungsfreiheit ebenfalls beeinflusst werden kann (die Einzelnachricht wird nicht mit derselben Aufmerksamkeit registriert wie im herkömmlichen Schriftverkehr), auf der anderen Seite auch Informationsblockaden entstehen können. Diese Gefahren begegnet die E-Commerce-RL im Abschnitt 2 („kommerzielle Kommunikation“). Im einzelnen ist diesbezüglich folgendes vorgesehen:

- *Informationspflichten* (Art 6): kommerzielle Kommunikationen müssen klar als solche erkennbar sein (a); der Auftraggeber muss klar identifizierbar sein (b), Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben, Geschenke, müssen klar als solche erkennbar sein, und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme leicht zugänglich, klar und unzweideutig sein (c); dasselbe gilt für Preisausschreiben oder Gewinnspiele (d)
- *Nicht angeforderte kommerzielle Information* (Art 7): siehe dazu bereits § 101 TKG (unten)
- *Reglementierte Berufe* (Art 8) dürfen kommerzielle Information nur insoweit vermitteln, als dies berufsrechtlich zulässig ist

Die oben erwähnten Gefahren bestehen besonders bei **E-mail-Werbung**²⁶⁵ in Form von Massensendungen („spamming“). Das Versenden solcher mails stellt zwar grundsätzlich keinen rechtswidrigen Eingriff in fremde Besitz- oder Eigentumssphären dar, kann jedoch insofern zu Nachteilen bei den Empfängern führen, als durch die Abrufung dieser Mails (Provider-)Kosten entstehen und außerdem die Gefahr besteht, dass die Speicherkapazität der Empfänger-Mailbox überschritten wird, wodurch es uU zu Datenverlusten oder Rücksendungen mit Fehlermeldungen kommen kann. Gem Art 10 Abs 1 der Fernabsatz-RL der EU ist die E-mail-Werbung – im Gegensatz zur Werbung mittels Voice-mail-Systemen und Telefax, die der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers bedürfen – so lange zulässig als der Verbraucher diese nicht offenkundig abgelehnt hat („opting-out“). Ergänzend dazu bestimmt Art 6 der E-Commerce-RL, dass gem Art 6 kommerzielle Kommunikation klar als solche erkennbar und der Auftraggeber klar identifizierbar sein muss.²⁶⁶ Außerdem soll gem Art 7 dieser Richtlinie dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben werden, sich

²⁶⁴ Problem des Datenschutzes (vgl näheres bei <http://www.internet4jurists.at>).

²⁶⁵ Gruber in Gruber/Mader, Internet und e-commerce 128 ff; derselbe, RdW 2001, 73 ff; Thiele, RdW 1999, 386 ff; Schönherr, ÖBI 1999, 269 f; Lechner in Schweighofer/Menzel (Hg), E-Commerce und E-Government 21 ff.

²⁶⁶ Moritz, CR 2000, 69.

in sog Robinson-Listen²⁶⁷ einzutragen, um offenkundig anzuzeigen, dass er keine derartigen Werbe-E-Mails zu erhalten wünscht. Österreich ging 1999 mit der Novellierung des § 101 TKG²⁶⁸ über die Mindeststandards dieser beiden Richtlinien hinaus und bestimmte, dass E-Mails als Massensendungen und Werbe-E-Mails²⁶⁹ (auch wenn sie einzeln und nicht als Massensendung gesendet werden) der vorherigen – jederzeit widerruflichen – Zustimmung des Empfängers bedürfen („opting-in“).²⁷⁰ Die Bestimmung hat Schutzgesetzcharakter, ihre Verletzung kann daher Schadenersatzpflichten begründen, wenn zB durch Werbe-mails die mailbox verstopft wird, so dass andere mails, die geschäftliche Information (zB ein Angebot) enthalten, nicht empfangen werden.²⁷¹ Es entstehen allerdings Kausalitätsprobleme, wenn die mailbox schon so voll war, dass sie auch durch andere (rechtmäßig) versandte mails verstopft worden wäre.

Werbung auf einer **homepage** unterscheidet sich – sieht man von technischen Besonderheiten insb des Verlinkens und meta-tagging²⁷² ab – vor allem in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht²⁷³ nicht von kommerziellen Aktivitäten in der realen Geschäftswelt²⁷⁴. Die homepage ist insofern mit einer Werbebroschüre vergleichbar.²⁷⁵ Auch der Österreichische Rechtsanwaltskammertag hat in diesem Sinne den Betrieb nicht aufdringlich gestalteter homepages von Anwälten für zulässig erachtet (§ 49 Z 3 der Richtlinien zur Berufsausübung).²⁷⁶

VIII. Internationale Bezüge

Literatur: Czernich, Kauf- und Dienstleistungsverträge im Internet, *ecolex* 1996, 82 (*beachte aber die Einführung des EVÜ 1998!*); Eder, Internationale Vertragsgestaltungsprobleme im E-Commerce, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 305; *Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), *RdW* 1999, 505; *Fezer/Koos*, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, *IPRax* 2000, 349; *Mayer-Schönberger*, Das Recht am Info-Highway (1997) 171; *Mehring*s, Internet-Verträge und internationales Vertragsrecht, *CR* 1998, 613; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr? *CR* 2000, 61; *Mottl*, Internationales Privatrecht im E-Commerce, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 367; *Osthaus*, Die Renaissance des Privatrechts im Cyperspace, *AfP* 2001, 13; *Riedl*, Auch die UNCITRAL mengt sich in den elektronischen

²⁶⁷ *Lachmair*, *RdW* 2000, 455.

²⁶⁸ Rechtsprechung (Auswahl): OGH 18.5.1999 wbl 1999, 429 = *ecolex* 1999, 622 = *MR* 1999, 300 – Telefonwerbung III: Unterlassungsanspruch bei unzulässiger Telefonwerbung; OGH 27.4.1999 *ecolex* 1999, 688: Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch bei unerwünschter Werbezusendung mittels Telefax; OGH 24.10.2000 *MR* 2001, 42 – Telehost: Zur Abgrenzung der Werbung iSd § 101 TKG von bloßer Information.

²⁶⁹ Zur Abgrenzung von bloßer Information OGH 24.10.2000, *MR* 2001, 42.

²⁷⁰ Siehe dazu *Zib*, *VersR* 2001, 35.

²⁷¹ *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz (2000) § 101 TKG.

²⁷² Dazu unten (...).

²⁷³ Dazu *Körner/Lehment* in *Hoeren Becker* (Hg), *Handbuch* 11.1.

²⁷⁴ Zur Besteuerung von Werbung im Internet vgl *Rinner* in *Lang/Toifl/Züger* (Hg), *Besteuerung von E-Commerce* 391.

²⁷⁵ OLG Koblenz, *WRP* 1997, 478.

²⁷⁶ Vgl *Thiele*, *AnwBl* 1999, 402.

Geschäftsverkehr ein, *ecolex* 1999, 241; *Roth*, Gerichtsstand und Kollisionsrecht bei Internetgeschäften, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 157; *Thiele*, Der Gerichtsstand bei Wettbewerbsverstößen im Internet, *ÖJZ* 1999, 754; *Thünken*, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, *IPRax* 2001, 15; *Wessely*, Internetauktionen – Steiger' dich rein! *MR* 2000, 266.

Da der Vertragsabschluß über das Internet definitionsgemäß nicht an nationale Grenzen gebunden ist, kann sich die Frage nach der **Gerichtszuständigkeit**²⁷⁷ und dem **anwendbaren Recht** stellen. Letzteres bestimmt sich im Bereich der Mitgliedstaaten dieses Übereinkommens grundsätzlich nach dem am 1.12.1998 in Kraft getretenen EVÜ. Danach haben die Parteien freie Rechtswahl (Art 3); wenn eine solche nicht getroffen wurde, kommt die objektive Anknüpfung des Art 4 zum Zug, wonach der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Bei Vertragsabschlüssen über das Internet wird meistens auf das Recht des Internetanbieters verwiesen, da Art 4 Abs 2 die engsten Verbindungen mit dem Staat vermutet, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hat.²⁷⁸ Für Verbraucherverträge enthält Art 5 besondere Schutzvorschriften, denn die Rechtswahl darf gem Art 5 Abs 2 für den Verbraucher nicht zum Verlust jenes Schutzes zwingender Normen führen, den er in jenem Staat genießt, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ob diese Schutzvorschrift auch auf Internetverträge Anwendung findet, ist noch fraglich, obwohl die im Internet stattfindende Präsentation einer Ware oder Dienstleistung als ausdrückliche Werbung oder Angebot iSd Art 5 Abs 2 1. Spiegelstrich verstanden werden kann.²⁷⁹

Außerhalb des Anwendungsbereichs des EVÜ findet die kollisionsrechtliche Vorschrift des **§ 13a KSchG** Anwendung, die wiederum die Möglichkeit einer Rechtswahl der Parteien beschränkt.²⁸⁰ Zu beachten ist insb § 13a Abs 3 KSchG, wonach die §§ 6 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB zum Schutz des Verbrauchers ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt, wenn dieser im Zusammenhang mit einer in Österreich entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers zustandegekommen ist

²⁷⁷ *Roth* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 158 ff; *Thiele*, *ÖJZ* 1999, 754 ff; *Moritz*, *CR* 2000, 65 f.

²⁷⁸ *Roth* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 163 f; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 507 f.

²⁷⁹ Näheres bei *Roth* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 165 ff; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 508 f; *Wessely*, *MR* 2000, 267 f.

²⁸⁰ *Mottl* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 31; *Fallenböck/Haberler*, *RdW* 1999, 509.

Auch das **UN-Kaufrecht** (das zugleich ein materielles Einheitsrecht darstellt)²⁸¹ kann unter Einhaltung der Anwendungsvoraussetzungen des Art 1 dieses Übereinkommens zur Anwendung kommen, allerdings gem Art 2 nicht für Verbrauchergeschäfte.

Besondere Bedeutung für internationale Aktivitäten im e-commerce hat das durch Art 3 der E-Commerce-RL realisierte Binnenlandprinzip: Demnach trägt jeder Mitgliedstaat dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen (Abs 1). Der koordinierte Bereich umfasst vom Diensteanbieter zu erfüllende Anforderungen in bezug auf

- die Aufnahme der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bspw Anforderungen betreffend Qualifikation, Genehmigung oder Anmeldung
- die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bspw betreffend das Verhalten des Anbieters, Anforderungen betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes, einschließlich der auf Werbung und Verträge anwendbaren Anforderungen, sowie Anforderungen betreffend die Verantwortlichkeit des Anbieters (Art 2 lit h)

Teil des Binnenmarktprinzips ist das Herkunftslandprinzip (Art 3 Abs 2). Demnach dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

Aus der Kombination dieser Prinzipien ergibt sich zweierlei: zum einen, dass die Aufsicht über Anbieter am Herkunftsort erfolgt, womit der zweite Punkt zusammenhängt, dass die Dienste der Informationsgesellschaft (im koordinierten Bereich) auch grundsätzlich nur dem Rechtssystem des Mitgliedstaates unterliegen, in dem der Anbieter niedergelassen ist. Er muss also grundsätzlich nur die Vorschriften des eigenen Staates, nicht aber auch jene beachten, auf die sich seine grenzüberschreitenden Aktivitäten im elektronischen Geschäftsverkehr beziehen. Dies ist vor allem für Werbung und Wettbewerbsrecht relevant, gilt aber nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht (zB im Gewerbe- und Strafrecht²⁸²). Im Bereich des IPR werden dadurch zwar keine neuen Kollisionsvorschriften geschaffen, allerdings dürfen die bestehenden Kollisionsregeln „die Freiheit zur Erbringung von Diensten der

²⁸¹ Roth in Gruber/Mader (Hg), Internet und e-commerce 160 f; näheres dazu siehe im Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf.

²⁸² Zu den Ausnahmen, die ua im Zusammenhang mit jenen Taten relevant sind, die gem §§ 64 ff StGB auch bei Begehung im Ausland in Österreich strafbar sind, vgl Art 3 Abs 4 lit a.

Informationsgesellschaft nicht einschränken“.²⁸³

²⁸³ Erwägungsgrund 23.

3. Teil: Verantwortlichkeit

A. Allgemeine Grundsätze des Haftungsrechts

I. Allgemeines

Grundsätzlich hat jeder seinen Schaden selbst zu tragen (§ 1311); nur wenn besondere (Zurechnungs)Gründe vorliegen, kann der Schaden jemand anderem zugerechnet werden, so daß dieser dafür haftet.

1. Zurechnungsgründe

a.) Schaden

Zu unterscheiden sind im einzelnen:

- **Vermögensschaden** (Nachteil an vermögenswerten Gütern), **reiner Vermögensschaden** (ohne Verletzung absolut geschützter Güter; zB Leben, Eigentum, etc) und **immaterieller Schaden** (ideeller Schaden; nicht in Geld meßbarer Schaden; zB „fiktive Mietwagenkosten“ oder „fiktive Heilungskosten“).
Reine Vermögensschäden werden bei vertraglicher Haftung nach allgemeinen Grundsätzen (schon bei leichter Fahrlässigkeit), bei deliktischer Haftung hingegen nur ausnahmsweise ersetzt (zB bei Schutzgesetzverletzung, § 1311 oder sittenwidriger Schädigung, § 1295 Abs 2).
- **positiver Schaden** (vorhandenes Vermögen wird verringert: der Geschädigte kommt um das, was er hatte) und **entgangener Gewinn** (Vermögensvermehrung wird verhindert: der Geschädigte kommt um das, was er hätte).
Entgangener Gewinn wird nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz ersetzt (§ 1323).
- **Nichterfüllungsschaden** (entsteht durch Nichterfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit: dem Geschädigten entgeht der Gewinn, den er durch die Erfüllung erlangt hätte, das "Erfüllungsinteresse") und **Vertrauensschaden** (entsteht durch Vertrauen auf die Gültigkeit eines Vertrages, der in Wirklichkeit ungültig ist: der Geschädigte macht zB nutzlose Aufwendungen).
Erfüllungsinteresse gibt es logisch nur dann, wenn ein konkreter Vertrag wirtschaftlich günstig war, jemand also zB eine Sache, die 100 wert ist, um 90 gekauft hat (Nichterfüllungsschaden = 10).
Der Ersatz des Vertrauensschadens wird durch das hypothetische Erfüllungsinteresse begrenzt, weil der Geschädigte sonst besser stünde als bei gültigem Vertrag. Beispiel: A hat vom Scheinvertreter eine Sache, die 100 wert ist, um 90 gekauft und dafür Transportkosten

von 20 aufgewendet. Da der Vertrag ungültig ist, hat der Scheinvertreter den Vertrauensschaden zu ersetzen. Diesen bilden an sich die Transportkosten (20), da aber das hypothetische Erfüllungsinteresse nur 10 beträgt, ist der Ersatz des Vertrauensschadens mit diesem Betrag begrenzt.

Der Schaden wird bei leichter Fahrlässigkeit **objektiv (abstrakt)** berechnet, indem auf den Verkehrswert der beschädigten Sache im Schädigungszeitpunkt abgestellt wird (§ 1332). Bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz kann auch **subjektiv (konkret)** berechnet werden, indem man den Wert des beeinträchtigten Vermögensgutes gerade im Vermögen des Geschädigten heranzieht (Differenzmethode: Vergleich des Vermögensstandes "vorher - nachher").

b.) Kausalität

Der Schädiger muß den Schaden verursacht haben. Um dies festzustellen, prüft man nach der **Äquivalenztheorie**, ob sein rechtswidriges Verhalten eine **notwendige Bedingung** ("conditio sine qua non") für den Schadenseintritt war: Wäre der Schaden bei "Wegdenken" des rechtswidrigen Verhaltens nicht eingetreten, ist die Kausalität gegeben. Liegt das rechtswidrige Verhalten in einer Unterlassung, so muß das rechtmäßige Verhalten "hinzugedacht" und überprüft werden, ob dann der Schaden entfallen wäre.

Sonderfälle:

- **alternative Kausalität:** Mehrere Personen haben sich rechtswidrig und schuldhaft verhalten, man weiß aber nicht, wer tatsächlich ursächlich war (sowohl A als auch B haben sich heimlich Zugang zum PC des C verschafft, dabei wurde bei C ein Virus eingeschleust; es läßt sich nicht mehr herausfinden, von wem dieser stammt). Dies wird mit der Annahme einer solidarischen Haftung gelöst, weil die Kausalitätsunklarheit eher zu Lasten der rechtswidrig Handelnden gehen sollte als zum Nachteil des Verletzten.
Beachte aber: nur die Kausalität der potentiellen Schädiger darf zweifelhaft sein, damit es zu solidarischer Haftung kommt, nicht aber (auch) die Rechtswidrigkeit; wenn also zB A und B erlaubterweise (daher nicht rechtswidrig) am Computer des C arbeiten und dabei wiederum ein Virus eingeschleust wird (entweder von der Diskette A oder B) und der Verursacher nicht mehr feststellbar ist, so haftet keiner von beiden.
- **kumulative Kausalität:** Es steht fest, daß der Schaden aufgrund des Verhaltens jedes einzelnen Schädigers in der konkreten Form eingetreten wäre (sowohl die Programme von A als auch von B

verseucht waren, so daß jeder auch ohne den anderen den Schaden verursacht hätte). Auch hier ist die Lösung die Annahme einer solidarischen Haftung.

- **überholende Kausalität:** Der Schaden wäre durch das spätere Verhalten einer Person mit Sicherheit in der selben Form eingetreten, er wurde nur von einer anderen schon zuvor verursacht (A verschafft sich Zugang, wodurch der Virus eingeschleust wurde, später bricht B ein, wodurch es ebenfalls zum Virenbefall gekommen wäre). Hier ist die Lösung strittig: nach der Judikatur ist Haftung des ersten (realen) Schädigers anzunehmen, in der Literatur wird zT solidarische Haftung vertreten.

Selbst wenn die Ursächlichkeit feststeht, unterbleibt die Zurechnung, wenn der konkrete Schaden eine inadäquate Folge des rechtswidrigen Verhaltens war (**Adäquanztheorie**), wenn er also nur infolge einer Verkettung von Umständen eingetreten ist, die außerhalb jeder Lebenserfahrung liegen; Beispiel: jemand erleidet vor Ärger einen Herzinfarkt, weil sein Frühpensionsantrag (zu Unrecht) abgewiesen wurde - keine Haftung des Versicherungsträgers (Rsp).

c.) **Rechtswidrigkeit**

Je nachdem, ob sich die Rechtswidrigkeit aus einem Verstoß gegen einen Vertrag oder gegen sonstige Ge- oder Verbote der Rechtsordnung ergibt, unterscheidet man zwischen Haftung ex contractu (vertraglich) und Haftung ex delicto (deliktisch).

Deliktisch haftet, wer absolut geschützte Rechte (zB Eigentum, körperliche Integrität, Freiheit) verletzt oder gegen Schutzgesetze (§ 1311, zB StVO) oder gegen die guten Sitten (§ 1295 Abs 2) verstößt.

Vertraglich haftet, wer gegen Haupt- oder Nebenleistungspflichten (auch Schutz- und Sorgfaltspflichten) eines Vertrages oder gegen Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis (welches durch Kontaktaufnahme potentieller Vertragspartner entsteht) verstößt. Die Besonderheit der Vertragshaftung liegt darin, daß sie auf der Verletzung von Pflichten gründet, die gegenüber der Allgemeinheit (deliktisch) nicht bestehen. Eine gewisse Ausnahme gilt aber bei den **Verkehrssicherungspflichten**, die auch deliktisch jeden treffen, der einen Verkehr eröffnet oder eine Gefahrenquelle erzeugt: Er hat auch die Allgemeinheit vor damit zusammenhängenden Schäden zu bewahren, zB wenn Dateien im Internet zum downloaden zur Verfügung gestellt werden – Haftung für Virenfreiheit oder zumindest eine entsprechende Warnung. Mit den speziellen (strengerer) Pflichten gegenüber (potentiellen)

Vertragspartnern hängen folgende Besonderheiten der Vertragshaftung zusammen: Beweislastumkehr für Verschulden (§ 1298), Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 1313a), Haftung auch für reine Vermögensschäden (dazu oben).

Die Rechtswidrigkeit fehlt bei **Notwehr**, rechtfertigendem **Notstand** (Interessenabwägung) und bei **Einwilligung** des Verletzten (die allerdings nur in gewissen Grenzen wirksam, sonst sittenwidrig ist). Trotz rechtswidrigen Verhaltens haftet der Schädiger nicht, wenn der herbeigeführte Erfolg außerhalb des Schutzzwecks der Norm liegt (es fehlt dann der **Rechtswidrigkeitszusammenhang**). Deswegen sind zB auch "Drittschäden", das sind vor allem solche, die nicht beim Eigentümer einer beschädigten Sache, sondern bei einem Dritten infolge der Eigentumsverletzung eingetreten sind, grundsätzlich nicht zu ersetzen.

Nicht rechtswidrig ist grundsätzlich auch die **Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte** (zB bei Doppelverkauf einer Liegenschaft). Haftung besteht dabei grundsätzlich nur bei wissentlicher Verleitung zum Vertragsbruch (*Koziol*), es sei denn, das Forderungsrecht ist "besitzverstärkt" (weil die Liegenschaft zB schon dem ersten Käufer übergeben und von diesem benutzt wurde), dadurch wird es genauso erkennbar wie absolute Rechte (zB Eigentum) und daher unter denselben Voraussetzungen (also schon bei leichter Fahrlässigkeit) geschützt (Rsp, im einzelnen strittig).

d.) Verschulden

Unter Verschulden versteht man die **subjektive Vorwerfbarkeit** rechtswidrigen Verhaltens, wenn der Schädiger die gehörige Sorgfalt außer acht gelassen hat. Im einzelnen unterscheidet man **leichte Fahrlässigkeit** (Fehlverhalten, das "jedem einmal passieren kann"), **grobe Fahrlässigkeit** (Fehlverhalten, das einem sorgfältigen Menschen nie passiert) und **Vorsatz**.

Bewußte Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn der Handelnde den Schaden zwar für möglich hält, aber auf das Ausbleiben der Folgen seines Handelns vertraut; bei bedingtem Vorsatz findet er sich mit den Folgen ab.

Vor allem die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist schwierig und wegen der subjektiven Faktoren des Verschuldens in einem Prozess oft schwer beweisbar.

Unmündigen Minderjährigen (§ 153) und geistig Beeinträchtigten kann

wegen **mangelnder Einsichtsfähigkeit** schuldhaftes Verhalten nicht vorgeworfen werden. Ebenso Personen, die im **Notstand** (also in Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr) gehandelt haben. UU kann es in diesen Fällen dennoch zu einer Haftung kommen, wenn **Einlassungsfahrlässigkeit** (§ 1307) oder die Voraussetzungen der §§ 1306a oder 1310 vorliegen. Zur Aufsichtspflicht gegenüber Minderjährigen ist auch § 1309 zu beachten.

Der Schädiger muß sich nicht nur sein eigenes, sondern in gewissem Umfang auch das Verschulden seiner Gehilfen zurechnen lassen. Bei Erfüllung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten durch einen Gehilfen haftet der Geschäftsherr gem § 1313a für jedes Verschulden des **Erfüllungsgehilfen**; bei deliktischer Haftung - wenn also zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten keine Sonderverbindung bestand - nur dann, wenn der "**Besorgungsgehilfe**" untüchtig oder wissentlich gefährlich war, § 1315. Soweit der Geschäftsherr nach den Regeln der Gehilfenhaftung vom Geschädigten zur Verantwortung gezogen wurde, steht ihm ein Regreßanspruch zu (nach § 1313 oder dem DienstnehmerhaftpflichtG, wenn zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen ein Dienstverhältnis bestand).

Trifft auch den Geschädigten ein Verschulden ("**Mitverschulden**"), so wird der Schadenersatz je nach Schwere des Mitverschuldens gemindert (§ 1304: im Zweifel um 50%). Dies gilt auch dann, wenn es der Geschädigte schuldhaft verabsäumt hat, den Schaden möglichst gering zu halten ("**Schadensminderungspflicht**").

2. Schadenersatzleistung

Gem § 1323 muß der Schädiger primär **Naturalrestitution** leisten (den Geschädigten realiter so stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde). Nur wenn die Naturalherstellung unmöglich oder untunlich ist, gebührt dem Geschädigten Ersatz in Geld (die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz allerdings umgedreht, indem sie von Untunlichkeit bereits dann ausgeht, wenn der Geschädigte Geld verlangt und die Naturalrestitution damit praktisch weitestgehend verdrängt).

Mehrere Schädiger haften solidarisch, wenn sie vorsätzlich gehandelt haben oder wenn sich ihre Schadensanteile nicht bestimmen lassen, ansonsten haftet jeder nur für seinen Teil (§ 1302).

Entstehen dem Geschädigten durch die Schadenszufügung nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile, so sind diese auch bei konkreter Schadensberechnung nur dann zu berücksichtigen (bei abstrakter

Berechnung keinesfalls), wenn aufgrund der besonderen Lage des Falles eine ungerechtfertigte Besserstellung des Geschädigten einträte (**Lehre vom verhinderten Vorteilsausgleich**).

Auch bei Zerstörung gebrauchter Sachen würde der Geschädigte besser als vor der Schädigung stehen, wenn ihm der Schädiger den Wert einer neuen Sache ersetzen müßte (**Problem "neu für alt"**). Deshalb gebührt ihm in diesen Fällen nicht der volle Neuwert, sondern nur der Wert des gebrauchten Gegenstands und die durch die vorzeitige Anschaffung verursachten Kosten (Kreditkosten). Problematisch ist dies bei Zerstörung von Software, weil diese theoretisch "ewig" hält – als Kompromiß bietet sich das Abstellen auf die durchschnittliche (technische) Nutzungsdauer an.

II. Besondere Haftungstatbestände

1. ABGB

a.) Sachverständigenhaftung (§§ 1299, 1300)

Wer sich zu einem Amt, einer Kunst, einem Gewerbe oder Handwerk öffentlich bekennt, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraut und muß ihren Mangel vertreten. Auf diese Weise ordnet das ABGB für alle **Sachverständigen** einen besonderen Sorgfaltsmaßstab im Gegensatz zum allgemeinen Maßstab des § 1297 an. Nach diesem **objektiven Verschuldensmaßstab** müssen Sachverständige die typischen Fähigkeiten ihres Berufsstandes haben. Sachverständiger iSd § 1299 ABGB ist jeder, der eine Tätigkeit ausübt, die besonderes Können oder Fachwissen erfordert.

Auch wenn ein Sachverständiger „**gegen Belohnung**“ fahrlässig einen nachteiligen Rat (Auskunft, Gutachten oä) erteilt, ist er dafür verantwortlich, ansonsten haftet er gem § 1300 nur für wissentlich falsche Auskünfte. Unter „Belohnung“ ist **jede schuldrechtliche Sonderbeziehung** (zB Vertrag, ständige Geschäftsverbindung, vorvertragliches Schuldverhältnis) zu verstehen, dh nur bei ausschließlich aus reiner Gefälligkeit erteilten Auskünften (zB einem Passanten die Uhrzeit oder den Weg zum Bahnhof sagen) ist die Haftungsbefreiung anzuwenden, allerdings selbst in diesem Fall auch nur auf reine Vermögensschäden. Bei Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern ist dagegen bei jedem Verschulden Ersatz zu leisten.²⁸⁴

²⁸⁴ So Koziol/Welser¹¹ II 321.

b.) Haftung bei Ehrenbeleidigung

Gemäß § 1330 Abs 1 haftet, wer jemandem durch **Ehrenbeleidigung** einen Vermögensschaden zugefügt hat. Nach § 1330 Abs 2 gilt dies auch, wenn jemand unwahre Tatsachen (deren Unwahrheit er kannte oder kennen mußte) verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden (**Kreditschädigung**). Neben dem **Ersatz des Vermögensschadens** kann auch **Widerruf** und seine **Veröffentlichung** begehrt werden.

c.) Weitere Tatbestände

- Haftung des Wohnungsinhabers (§ 1318)
- Haftung für Bauwerke (§ 1319)
- Haftung des Wegehalters (§ 1319a)
- Haftung des Tierhalters (§ 1320)
- Haftung bei Körperverletzung, Tötung oder Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§§ 1325-1328)
- Haftung bei Freiheitsberaubung (§ 1329)
- Haftung für Sachschäden (§§ 1331-1332a)

2. Sondergesetze

a.) Amtshaftung

Nach den Bestimmungen des AHG haften Rechtsträger für das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten ihrer Organe, wenn dadurch in Vollziehung der Gesetze ein Schaden entsteht.

Beachte: Das Organ haftet persönlich gegenüber dem Geschädigten nicht, ist aber einem Regreßanspruch des Rechtsträgers ausgesetzt, der im einzelnen vom Verschulden (§ 3 AHG) und davon abhängt, ob das Organ auf Weisung gehandelt hat (§ 4 AHG).

b.) Organhaftung

Nach den Bestimmungen des OrganhaftpflichtG haften Organe gegenüber dem Rechtsträger, wenn sie diesem durch rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten in Vollziehung der Gesetze Schaden zufügen (§ 1 OrgHG). Auch hier hängt der Umfang der Haftpflicht vom Verschuldensgrad ab (siehe im einzelnen § 3 OrgHG).

c.) Dienstnehmerhaftpflicht

Das DienstnehmerhaftpflichtG regelt sowohl den Ersatz von Schäden, die ein Dienstnehmer unmittelbar dem Dienstgeber in Ausübung seiner Dienstpflicht zufügt, als auch den Regreß für den Fall, daß der Dienstgeber für den Dienstnehmer nach den Regeln der Gehilfenhaftung eintreten mußte (§§ 1313a, 1315). Der Umfang der Ersatzpflicht und des Regreßanspruchs hängen wiederum vom Verschuldensgrad ab (vgl im einzelnen § 2 DHG für die Haftung des Dienstnehmers und §§ 3 und 4 DHG für den Regreßanspruch des Dienstgebers).

III. Gefährdungshaftung

Die Gefährdungshaftung beruht nicht auf rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten, sondern auf der Überlegung, daß der Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen gewisse **gefährliche Tätigkeiten** erlaubt. Als Ausgleich muß der Betroffene **verschuldensunabhängig** für die Folgen seines gefährlichen Tuns eintreten.

1. Produkthaftungsgesetz (PHG)

Nach den Bestimmungen des PHG haften der Hersteller und der Importeur eines fehlerhaften Produkts gegenüber jedermann für Personenschäden und Schäden an Sachen, die vom Produkt verschieden sind (§ 1). Zu beachten sind vor allem:

1. Selbstbehalt und Ausschluß der Haftung für Sachschäden von Unternehmern (§ 2);
2. Definition des Herstellers, insb auch des Anscheinsherstellers (§ 3);
3. Haftung nur für **bewegliche körperliche Sachen** (§ 4); nicht also für Dienstleistungen oder "geistige" Produkte (zB fehlerhafter Plan des Statikers); strittig bei Software: richtig wohl die Differenzierung danach, ob die Software reiner Informationsträger ist (wie ein Buch) oder selbständig (ohne daß ein Anwender Informationen befolgt) Vorgänge steuert; andere Auffassungen differenzieren in Anlehnung an die deutsche Judikatur zwischen integrierter Software (Produkt) und isolierter Software (kein Produkt).²⁸⁵
4. Der Fehlerbegriff des PHG richtet sich nach der Sicherheitserwartung (§ 5). Diese orientiert sich vor allem an der Darbietung des Produkts (Werbung, Beipackzettel usw), am Gebrauch, mit dem billigerweise gerechnet werden kann (Sessel als Aufstiegshilfe) und am Zeitpunkt des Inverkehrbringens (Z 1 - 3);

²⁸⁵ Meinungsstand bei *I. Welser*, Y2K - Das Jahr-2000-Problem (1999) 63 f.

5. Inverkehrbringen oder Importieren als Haftungsvoraussetzung (§ 6);
6. Haftungsausschlüsse (§ 8).

2. § 27 GUG, § 37 FBG und § 453a Z 6 ZPO

Eine besondere, vom Verschulden unabhängige (**Amts-)Haftung** ordnen die § 27 GUG, § 37 FBG und § 453a Z 6 ZPO an. Nach diesen Bestimmungen haftet der Bund für durch den Einsatz der **automatisationsunterstützten Datenverarbeitung** verursachte Schäden bei der Grund- und Firmenbuchführung bzw im Mahnverfahren. Diese Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Schaden durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wurde, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Mittel der automatisationsunterstützten Datenverarbeitung beruht.

Darin wurde allerdings keine "echte" Gefährdungshaftung gesehen, sondern ein Einstehenmüssen für technische Hilfsmittel, das der Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB nachgebildet ist.²⁸⁶ Derjenige, der diese technischen Hilfsmittel einsetzt, soll die durch die Gehilfenhaftung vorgesehene Zurechnung von Schäden nicht dadurch ausschalten können, daß statt menschlicher Gehilfen technische Hilfsmittel eingesetzt werden.

Dazu ist einerseits zu bemerken, dass es sich insofern doch um eine Art Gefährdungshaftung handelt, als technische Hilfsmittel naturgemäß kein Verschulden treffen kann. Was die Zurechnung betrifft, so wird diese durch die erwähnten Bestimmungen zwar hergestellt, eine Verschlechterung der Rechtsposition Dritter tritt gegenüber herkömmlichen Gehilfen aber dennoch ein, weil der „echte“ Gehilfe – zum Unterscheid von technischen Hilfsmitteln (siehe schon oben bei den Software-Agenten - uU auch persönlich haftbar wird, zB bei Vollmachtsüberschreitung wegen culpa in contrahendo. Der Geschädigte hat also einen Haftpflichtigen „weniger“, was freilich im vorliegenden Fall nicht so gravierend ist wie bei Software-Agenten, weil hier der Bund haftet, bei dem das Risiko der Zahlungsunfähigkeit (so dass die Haftung des Gehilfen schlagend wird) weniger ausgeprägt ist als bei „gewöhnlichen“ Usern von Software-Agenten.

3. Weitere Gefährdungshaftungsbestimmungen

Finden sich zB im Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (EKHG), Atomhaftpflichtgesetz (AtomHG), Reichshaftpflichtgesetz (RHPfG), Rohrleitungsgesetz und anderen Nebengesetzen.

Aufgrund einer **Gesamtanalogie** nimmt die hA eine allgemeine Gefährdungshaftung für gefährliche Sachen an.

²⁸⁶ Koziol, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 3 und OGH 1 Ob 244/97g.

B. Verantwortlichkeit im Internet

I. Eigenes Fehlverhalten

1. Haftung von Homepage-Betreibern

Literatur: *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 641; *derselbe*, Haftet ein Internet-Service-Provider für die von ihm verbreiteten Informationen? *ecolex* 1999, 249; *derselbe*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481; *Freytag*, Providerhaftung im Binnenmarkt – Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 600; *Graf*, Wer haftet beim Telebanking? *ecolex* 1999, 239; *Lurger*, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce unter Einschluss des Verbraucherrechts und des Kollisionsrechts, *VersR* 2001, 14; *Tonninger*, Copyright und Urheberrecht im Internet (1998) 201; *derselbe*, Rechtsverletzung im Internet – Providerhaftung? *ecolex* 1999, 251; *Zankl*, Haftung für Fehlinformation im Internet, *ecolex* 2000, 472; *derselbe*, Haftung für Hyperlinks im Internet, *ecolex* 2001, 354; *derselbe*, Haftung für Aktien- und Devisenkurse, *Raiffeisenblatt* 2001; *Zib*, Electronic Commerce und Risikozurechnung im rechtsgeschäftlichen Bereich, *ecolex* 1999, 230.

a.) für fehlerhafte Information

Da das Internet hauptsächlich aus Information besteht, stellt sich die Frage nach der Haftung für Fehlinformation: Inwieweit hat etwa ein Finanzberater dafür einzustehen, daß die von ihm - zB für die Konvertierung von Fremdwährungskrediten relevanten - online gestellten Devisenwechsellkurse falsch sind.

Auszugehen ist zunächst davon, daß es sich bei den dadurch entstehenden Nachteilen (jemand "steigt" zB aus seinem Fremdwährungskredit im Hinblick auf den dafür vermeintlich günstigen Kurs aus) um reine Vermögensschäden handelt, also um solche, die nicht als Folge der Verletzung eines absolut geschützten Gutes eintreten. Beeinträchtigungen solcher Rechtsgüter (zB körperliche Unversehrtheit, Eigentum), die etwa durch medizinisch falsche Online-Ratschläge eines Arztes eintreten können, sind nach allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts zu beurteilen, während für reine Vermögensschäden, die durch einen falschen Rat zugefügt werden, § 1300 ABGB gilt. Danach ist ein Sachverständiger "auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Fall haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem andern verursacht hat". Im einzelnen ist dabei zu beachten, daß die Bestimmung eher weit verstanden wird: Die von § 1300 nicht erwähnte Auskunft (Mitteilung von Tatsachen) wird dem Rat (Handlungsempfehlung) gleichgestellt. Weiters wird die für Fahrlässigkeit vorgesehene Haftungsvoraussetzung, daß

jemand "gegen Belohnung" tätig wird, schon dann angenommen, wenn er nicht "selbstlos"²⁸⁷, also nicht aus bloßer Gefälligkeit²⁸⁸ handelt. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn ein Sachverständiger für die konkrete Rat- oder Auskunftserteilung zwar kein gesondertes Entgelt erhält²⁸⁹, die Raterteilung aber (zB bei Banken, Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Reisebüros) in einem Bereich erfolgt, der insgesamt auf Entgelterzielung gerichtet ist. So wird etwa in bezug auf Banken betont, daß (Bonitäts-) Auskünfte, die sie kraft ihrer Stellung als Sachverständige erteilen, zu ihrem Geschäftsbetrieb gehören.²⁹⁰ Auf den ersten Blick könnte nun auch in bezug auf das oben erwähnte Beispiel (und ähnliche Fälle) angenommen werden, daß in einem weiteren Sinn eine zum Geschäftsbetrieb gehörige Tätigkeit ("gegen Belohnung") vorliegt. Denn immerhin wird die homepage bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht aus bloßer Gefälligkeit, sondern (auch) deshalb eingerichtet und betrieben, um Geschäftskontakte zu fördern, so daß sie zumindest mittelbar der Entgelterzielung dient.

Die Frage ist nur, ob § 1300 - und damit die Differenzierung zwischen Tätigkeiten, die mit oder ohne "Belohnung" iS dieser Bestimmung verrichtet werden - überhaupt auf Online-Vorgänge der vorliegenden Art anwendbar ist. ME erscheint dies eher zweifelhaft, denn die Regelung gehört dem Urbestand des ABGB an und ist daher auf individuellen Geschäftskontakt zugeschnitten.²⁹¹ Bei diesem ist nämlich das Haftungsrisiko des Auskunft- oder Ratgebers absehbar. Er weiß oder kann zumindest abschätzen, was der Empfänger mit dem Rat oder der Auskunft anfangen will und kann im Zweifel auch diesbezüglich nachfragen. Diese Besonderheiten treffen aber auf Information im Sinne der modernen Kommunikationsgesellschaft nicht zu. ME ist daher § 1300 auf Online-Information ebensowenig anwendbar wie zB bei Radio- oder Fernsehinterviews im Zuge derer der Befragte über etwas informiert, was von einem unüberschaubaren Hörer- oder Seherkreis aufgegriffen und zur Grundlage rechtsgeschäftlicher Disposition gemacht werden kann. Es ist unter dem Gesichtspunkt der Belohnung im Sinne des § 1300 nicht dasselbe, ob jemand bereits konkret mit einem potentiellen Geschäftspartner zu tun hat (von dem er sich wirtschaftliche Vorteile erhofft) und diesem einen Rat oder eine Auskunft erteilt (§ 1300) oder ob er nur latent durch Steigerung seines Bekanntheitsgrades gegenüber einem unbestimmbaren Personenkreis profitiert. Man sollte daher in bezug auf Fehlinformation, die online oder sonstwie einem unüberschaubaren Personenkreis gegenüber gegeben wird, bei der

²⁸⁷ OGH in JBI 1991, 249.

²⁸⁸ OGH in JBI 1985, 38.

²⁸⁹ OGH in JBI 1991, 249.

²⁹⁰ OGH in SZ 57/122 mwN.

²⁹¹ In ÖBA 1988, 615 stellt auch der OGH auf den „geschäftlichen Kontakt“ ab.

allgemeinen Regel bleiben, daß für fahrlässig zugefügte reine Vermögensschäden deliktisch nicht zu haften ist.²⁹²

b.) für fehlerhafte downloads

Werden Programme zum entgeltlichen download angeboten, so ist die Haftung (zB für Viren, die sich darauf befinden) nicht weiter problematisch. Die Haftung richtet sich nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht (§§ 1295 ff ABGB): Der durch die fehlerhafte Datei verursachte Schaden stellt einen Mangelfolgeschaden dar, für den das Internetunternehmen bei Verschulden zu haften hat. Bei unentgeltlicher Zurverfügungstellung ist vor allem zu berücksichtigen, daß die Schäden idR keine reinen Vermögensschäden sind, sondern an absolut geschützten Gütern eintreten. Nach allgemeinen Regeln wird daher auch beim Schenkungsvertrag bereits für leichte Fahrlässigkeit gehaftet, wenn durch Fehler des Geschenks Schäden an Gütern des Beschenkten eintreten. Dies muß wohl auch hier gelten, insb dann, wenn die Zurverfügungstellung nicht altruistisch, sondern geschäftlich motiviert ist. Wiederum erscheint aber ein Haftungsausschluß (zumindest bei Sachschäden) für leichte Fahrlässigkeit unproblematisch.

Eine Haftung nach dem § 1 PHG scheidet nach hM aus, da Software, zumindest dann, wenn sie nicht auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt wird, keine körperliche Sache iSd § 4 PHG darstellt.

c.) Haftung für Meta-Tags²⁹³

Meta-tags sind Begriffe, die nicht auf der sichtbaren Darstellung, sondern auf dem Quelltext einer homepage programmiert werden. Sie sind dadurch zwar für Suchmaschinen, nicht aber für den Besucher der homepage wahrnehmbar. Durch die Verwendung von meta-tags kann die Zugriffsfrequenz einer homepage signifikant erhöht werden, indem zB Begriffe wie Sex oder Erotik plaziert werden, die erfahrungsgemäß besonders häufig im Internet gesucht werden. Gibt ein user einen solchen Begriff in eine Suchmaschine ein, so erstellt diese eine Trefferliste, die nicht nur die einschlägigen websites, sondern auch jene enthält, die ganz andere Inhalte aufweisen, aber eben entsprechende meta-tags programmiert haben.²⁹⁴ Der user wird dadurch gewissermaßen

²⁹² Zankl, *ecolex* 2000, 472.

²⁹³ S dazu auch Menke, Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags: Ein Fall für das Kennzeichen und/oder das Wettbewerbsrecht? WRP 1999, 982; Gruber in Gruber/Mader (Hg), *Internet und e-commerce* 126; Seidelberger, *Wettbewerbsrecht und Internet*, RdW 2000, 518; Kur, *Metatags – pauschale Verurteilung oder differenzierende Betrachtung?* CR 2000, 448; Thiele, *Meta-Tags und das österreichische Wettbewerbsrecht*, ÖJZ 2001, 168; Zankl, OGH erlaubt meta-tags im Internet, *AnwBI* 2001, 316 (der vorliegende Text entspricht diesem Aufsatz); <http://www.internet4jurists.at>.

²⁹⁴ Vgl dazu ausführlich Thiele, ÖJZ 2001, 169.

umgeleitet: Er sucht Sex, gelangt aber im Wege der meta-tags auf die homepage eines Unternehmens, das mit Büchern und CDs handelt, und beschließt daher vielleicht, seine Suche später fortzusetzen und - weil er sich nunmal schon auf der Seite des Buchhändlers befindet – ein entsprechendes Produkt zu bestellen. Ähnliche Manipulationen können auftreten, wenn die Marke oder Bezeichnung eines Mitkonkurrenten als meta-tag verwendet wird: Ein user will zum Unternehmen A, gibt daher dessen Bezeichnung in die Suchmaschine ein, gerät aber über die Trefferliste auf die Seite des Unternehmens B, weil dieses den Begriff A als meta-tag plaziert hat.

Eine ähnliche Möglichkeit verdeckter Einflußnahme auf Suchmaschinen existiert in Form des sog „**word-stuffing**“.²⁹⁵ Dabei wird ein im Text vorkommender Begriff in derselben Farbe programmiert wie der Hintergrund der homepage, was wiederum dazu führt, dass dieser Begriff zwar für Suchmaschinen, nicht aber für das menschliche Auge wahrnehmbar ist. Ein wesentlicher Unterschied zwischen meta-tags und dem word-stuffing liegt allerdings darin, dass dieses auf dem Normaltext der homepage erfolgt, während sich die meta-tags im Quelltext befinden. Dies ist wiederum deshalb von Bedeutung, weil Suchmaschinen die Relevanz einer website in der Regel höher bewerten, wenn sich ein Begriff (auch) in den meta-tags befindet. Wenn also das Unternehmen A bestimmte Begriffe, die seine Tätigkeit betreffen, nur im Normaltext verwendet, Unternehmen B dieselben Begriffe aber auch in den meta-tags, so wird die Suchmaschine, in die einer dieser Begriffe eingegeben wird, die homepage des Unternehmens B in der Reihenfolge der generierten Treffer (Links) früher reihen. Damit steigt naturgemäß auch die Wahrscheinlichkeit, dass user, die sich zum Auffinden dieser Begriffe einer Suchmaschine bedienen, zuerst auf die homepage des Unternehmens B gelangen, was klarerweise einen gewissen Wettbewerbsvorteil bedeutet.

Fälle dieser Art sind in der ausländischen Judikatur schon des öfteren vorgekommen.²⁹⁶ Bekannt geworden ist dabei vor allem ein Verfahren, das vom amerikanischen Playboy-Magazin gegen ein ehemaliges Playboy-Modell angestrengt wurde.²⁹⁷ Sie hatte auf ihrer Homepage ua die Bezeichnungen „Playboy“ und „Playmate“ plaziert, und zwar sowohl im Text wie auch als meta-tags. Die amerikanischen Gerichte sahen dies als sachlich gerechtfertigt an („fair use“), weil das Modell 1981 „Playmate of the Year“ war. Die Bezeichnung Playboy sei daher in fairer Art und Weise als meta-tag verwendet worden.

²⁹⁵ Vgl dazu zB *Seidelberger*, RdW 2000, 500.

²⁹⁶ ZB OLG München CR 2000, 461 und LG Frankfurt/M. CR 2000, 462; vgl auch EuGH Rs C-63/97 Slg 1999, 905 = ÖBI 1999, 250 (BMW Motorenwerke AG und BMW Nederland/Karel Deenik).

²⁹⁷ *Playboy Enterprises Inc. vs Terri Welles*, Civ. No. C-97-3204, D.C. California, 7 F. Supp. 2nd, 1100 (www.terry.welles.com); weitere Beispiele bei *Kur*, CR 2000, 448.

Mit einem anderen Sachverhalt, aber einem ähnlichen Rechtsproblem, hatte sich nunmehr auch der Oberste Gerichtshof zu befassen. Es ging in der Entscheidung 4 Ob 308/00y vom 19.12.2000 - vereinfacht gesagt - um eine Marke für eine bestimmte Stahlstempelungsmaschine. Das entsprechende Patent war von der Klägerin aus der Konkursmasse des Beklagten erworben worden, worauf in der Referenzliste auf der homepage des Beklagten auch hingewiesen wurde („sold to ...). Die Klägerin verlangte vom Beklagten die Unterlassung der Verwendung ihrer Marke als meta-tag, wurde vom OGH aber abgewiesen.

Das Höchstgericht ging davon aus, dass der Beklagte ein berechtigtes Interesse habe, potentielle Kunden darüber zu informieren, welche Erfindungen er gemacht habe und dass er auch Erfinder von technischen Vorrichtungen sei, die nunmehr andere Unternehmen (ua eben die Klägerin) nutzen. Das damit berechnete Interesse des Beklagten, die Marke zu gebrauchen (§ 10 Abs 3 MSchG), und die Tatsache, dass dadurch kein unzutreffender Eindruck erweckt werde, schließen es nach Ansicht des OGH auch aus, die Verwendung der Marke als wettbewerbswidrig im Sinne des UWG zu qualifizieren. Im Ergebnis wurde daher dem Beklagten gestattet, die fremde Marke weiterhin als meta-tag zu nennen.

Die Argumentation erinnert an jene im oben erwähnten Playboy-Fall („fair use“) und mag im Hinblick auf die konkrete Interessenlage auch richtig sein.²⁹⁸ Offen bleiben damit freilich jene – ebenfalls bereits erwähnten - Fälle, in denen völlig sachfremde Begriffe als meta-tags plaziert werden. Klar ist diesbezüglich jedenfalls, dass sich entsprechende Homepage-Betreiber damit Wettbewerbsvorteile gegenüber Mitbewerbern verschaffen, die sich darauf beschränken, sachbezogene Begriffe als meta-tags zu verwenden. Es könnte daher eine Subsumtion unter § 2 UWG (Irreführung) erwogen werden. Ähnliches gilt für die oben erwähnten Varianten (A plaziert die Bezeichnung seines Konkurrenten B ohne sachliche Rechtfertigung als meta-tag), welche überdies Parallelen zu den Fällen sittenwidriger Absatzbehinderung im Sinne der Generalklausel des § 1 UWG aufweisen.²⁹⁹

Daß die Umleitung potentieller Kunden und die damit einhergehende unaufgeforderte Einflußnahme auf deren Kontrahierungsbereitschaft normativ eher skeptisch zu beurteilen ist, zeigt schließlich auch § 101

²⁹⁸ Obwohl nicht ganz einzusehen ist, warum der Beklagte die fremde Marke ausgerechnet als meta-tag verwenden muss. Seinen als berechnete erachteten Interessen wäre wohl auch durch eine Programmierung nur auf dem sichtbaren Teil der homepage entsprochen.

²⁹⁹ Vgl auch *Gruber* aaO 127; *Seidelberger*, RdW 2000, 521; *Silberbauer*, Unlauterer Wettbewerb im Internet, *ecollex* 2001, 345 (349); *Thiele*, ÖJZ 2001, 170 und 174; zum deutschen Recht LG Hamburg 315 O 258/99, CR 2000, 121: „Ein zeichenmäßiger Gebrauch ist auch dann gegeben, wenn, wie beim Meta-Tag, die Marke zwar nicht sichtbar ist, aber vom Rechner des jeweiligen Benutzers gelesen werden kann. Dies stellt zugleich auch den Fall eines sittenwidrigen „Umlenkens“ von Kunden des Mitbewerbers auf die eigene Homepage dar („Absatzbehinderung“).

TKG. Danach ist die Zusendung von elektronischer Post (e-mails) zu Werbezwecken an die vorherige Zustimmung des Empfängers gebunden. Die Bestimmung kann damit zwar nicht unmittelbar angewendet werden, weil es hier nicht um Werbezusendungen, sondern um einen Vorgang geht, der vom user selbst initiiert wird. Immerhin wird er aber auch hier in gewisser Hinsicht mit Werbung oder zumindest kommerzieller Information konfrontiert, zu deren Wahrnehmung in elektronischer Form er sich nicht bereit erklärt hat, wenn er in Wirklichkeit ganz andere Inhalte sucht. Es bleibt daher abzuwarten, inwieweit die österreichische Rechtsprechung auch derartige Geschäftspraktiken als wettbewerbskonform toleriert.

Außerhalb des Wettbewerbsrechts sind auch zivilrechtliche Konstellationen denkbar, wenn der Betreiber einer Homepage zB die Namen fremder Personen in die Meta-Tags seiner Seite aufnimmt, so dass seine Seite in den Suchergebnissen enthalten ist, wenn nach diesen Personen gesucht wird. Die dadurch entstehende Verbindung der Person mit der Seite kann unter Umständen täuschen oder einen nachteiligen Eindruck erwecken, weshalb dem Betroffenen gegen den Betreiber der Homepage Unterlassungs- und/oder Schadenersatzansprüche gem § 43 bzw § 1330 zur Verfügung stehen könnten.

d.) Haftung bei Übernahme fremder Web-Inhalte³⁰⁰

Im österreichischen Recht herrscht zwar Nachahmungsfreiheit³⁰¹); Fälle von Content-Piraterie können aber als unmittelbare Leistungsübernahmen und/oder „sklavische Nachahmungen“ gegen § 1 UWG verstoßen. In diesem Sinne hat es auch der OGH in seiner vielbeachteten Entscheidung 4 Ob 274/00y³⁰² (jobmonitor.com) untersagt, die Stelleninserate der Online-Ausgabe einer Tageszeitung eigenmächtig auf einer anderen Website zu präsentieren³⁰³.

e.) content

In einer anderen Entscheidung (4 Ob 127/01g vom 12.6.2001) nahm der OGH zum Thema Urheberrecht und Meinungsfreiheit im Internet Stellung. Nach dem Sachverhalt war die KI Herausgeberin einer Tagszeitung. Über einen Zeitraum von über zwei Monaten berichteten zwei ihrer Reporter regelmäßig über die Tätigkeit und finanzielle Gebarung des Bekl als Geschäftsführer einer GmbH und warfen ihm den Bezug eines ausserordentlich hohen Gehaltes bei gleichzeitig hohen Subventionen für

³⁰⁰ Dazu *Thiele*, Content-Krieg im Web, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), ePerson 395.

³⁰¹ OGH in ÖBI 1995, 14.

³⁰² Ausführlich dazu unten.

³⁰³ Weitere Fälle bei *Thiele* aaO 402 ff.

das Unternehmen durch das Land Salzburg vor. Der Bekl hat sämtliche dieser Artikel samt Fotos eingescannt und in seine Homepage unter der Überschrift „Wissenschaftlich Vergnügliches und literarisch Aufklärendes“ aufgenommen. Die KI begehrt ua Beseitigung und Unterlassung. Der Bekl beruft sich auf das Grundrecht der freien Meinungsäußerung.

Der OGH ging davon aus, dass einem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch grundsätzlich das durch Art 10 MRK geschützte Recht auf freie Meinungsäußerung entgegenstehen könne. Dafür sind folgende Überlegungen anzustellen: Die erschienenen Artikel sind Sprachwerke iSd § 2 Z 1 UrhG. Das Vervielfältigungsrecht und das Verbreitungsrecht sind auch dem Urheber vorbehaltene Verwertungsrechte; der Urheber soll den damit verbundenen wirtschaftlichen Nutzen ziehen. Durch das Aufnehmen auf der Homepage ist der Urheber aber nicht wirtschaftlich geschwächt, weil durch das Übernehmen bestimmter Artikel, die ausserdem auf der online-Ausgabe der KI nachlesbar sind, wohl kaum ein Internetbenutzer vom Kauf einer Zeitung der KI absieht. Die Behauptung de Bekl, er sei Zielobjekt einer Medienkampagne gewesen, lässt sich am Besten durch eine bloße Wiedergabe der Artikel belegen. Weder ihre Zusammenfassung noch ihre Kommentierung kann zum Ausdruck bringen, wogegen sich die Kritik des Bekl richtet. Es war für den Bekl notwendig, die Artikel in seine Homepage aufzunehmen und sie damit selbst „sprechen“ zu lassen, um seine Meinung über die Vorgangsweise der KI auszudrücken. Weiters kann sich die KI nicht auf ihre Werknutzungsrechte unter Berufung anderer Gegendarstellungsmöglichkeiten des Bekl stützen. Nur die Wiedergabe sämtlicher Artikel ist geeignet, die Vorgangsweise der KI gleichzeitig aufzuzeigen und zu belegen und somit zum Gegenstand der Diskussion zu machen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die in den Artikeln erhobenen Vorwürfe wahr sind, weil die unkommentierte Veröffentlichung der Artikel auf der Homepage des Bekl über den Wahrheitsgehalt der Berichte nichts aussagt und nur aufzeigen kann, wie die KI berichtet.

f.) websites

Der OGH hat in der Entscheidung 4 Ob 94/01d vom 24.4.2001 zum urheberrechtlichen Schutz des Layouts einer Webseite Stellung genommen. Nach dem Sachverhalt hatte die KI, ein österreichisches Telekommunikationsunternehmen im Internet eine homepage unterhalten. Das Layout dieser Seite ließ sie von einer GmbH entwickeln und bezahlte dieser dafür S 176.960,-. Es ist in den Farben rot und weiss gehalten und enthält ein eigens für die KI entwickeltes Navigationsdesign: So ist etwa die Anordnung der Sachbereiche und die Verbindung der Unterbereiche in einem einzigartigen Design. Die Bekl befassen sich mit der Planung

von Küchen und vertreiben Elektrogeräte. Auch die Bekl unterhielten eine Webseite. Bei dieser waren hinsichtlich der Gestaltung die gleichen Elemente wie bei der Webseite der Klägerin zu finden, lediglich der Text war ein anderer. Die Kl begehrte, der Bekl aufzutragen, es zu unterlassen, eine Webseite zu publizieren, die dem Layout ihrer Webseite nachgeahmt ist. Die Bekl wendete dagegen ein, dass die Kl aufgrund der Branchenverschiedenheit in keiner Art geschädigt worden ist. Der OGH geht davon aus, dass der urheberrechtliche Schutz einer Webseite zweifelsohne auch beim Layout ansetzen kann. Dieses sei das Ergebnis einer gestalterischen Tätigkeit, die regelmässig von einem Webdesigner erbracht wird. Der urheberrechtliche Schutz derartiger Leistungen setzt nicht etwa das Erreichen einer gewissen Werkhöhe voraus, vielmehr ist Voraussetzung, dass die Leistung individuell eigenartig ist: Sie muss sich vom Alltäglichen, üblicherweise Hervorgebrachten abheben. Beim Werkschaffenden müssen persönliche Züge zur Geltung kommen. Nicht geschützt ist eine rein handwerkliche, routinemässige Leistung, die sich im Rahmen des Alltäglichen und Üblichen bewegt. Der Schutz wird im Regelfall umso eher zu bejahen sein, je komplexer die Webseite ist. Die Webseite der Kl ist individuell und äußerst aufwändig gestaltet. Die Bekl hat die die Schutzfähigkeit des Layouts der Kl begründenden Elemente für ihre Webseite übernommen und die konkreten Ideen der Kl für sich verwendet und sich damit eine eigene grafische Gestaltung erspart. Damit hat die Bekl das Werknutzungsrecht der Kl und damit deren urheberrechtliches Ausschließungsrecht verletzt.

2. Haftung von Zertifizierungsdiensteanbietern

Literatur *Brenn*, Das österreichische Signaturgesetz – Unterschriftenersatz in elektronischen Netzwerken, ÖJZ 1999, 593; *Menzel*, Haftung von Zertifizierungsdiensteanbietern, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 55; *Stomper*, Das österreichische Bundesgesetz über elektronische Signaturen, RdW 1999, 636.

Gem § 23 Abs 1 SignaturG haftet der Zertifizierungsdiensteanbieter (im folgenden ZDA), der ein qualifiziertes Zertifikat ausstellt, gegenüber jedermann dafür, daß

1. alle Angaben im Zertifikat im Zeitpunkt seiner Ausstellung richtig sind,
2. der im Zertifikat angegebene Signator im Zeitpunkt der Ausstellung des Zertifikats im Besitz jener Signaturerstellungsdaten ist, die den im Zertifikat angegebenen Signaturprüfdaten entsprechen,
3. Die Signaturerstellungsdaten und die ihnen zugeordneten Signaturprüfdaten einander bei Verwendung der von ihm bereitgestellten oder als geeignet bezeichneten Produkte und Verfahren in komplementärer Weise entsprechen,

4. das Zertifikat bei Vorliegen der Voraussetzungen unverzüglich widerrufen wird und die Widerrufsdienste verfügbar sind sowie
5. die Anforderungen des § 7 erfüllt und für die Erzeugung und Speicherung von Signaturerstellungsdaten technische Komponenten und Verfahren nach § 18 verwendet werden.

Was die Qualifikation dieser Haftung betrifft, wurde im Vorfeld des öfteren der Ruf nach einer Gefährdungshaftung, also nach einer verschuldensunabhängigen Schadenersatzpflicht laut. Da aber ein Fehlverhalten von ZDA in aller Regel nur reine Vermögensschäden auslöst und eine Gefährdungshaftung für solche im österreichischen Recht systemwidrig wäre, hat das SignaturG sie richtig als Verschuldenshaftung normiert, allerdings in Abweichung von allgemeinen Regeln in der Form, daß bezüglich der Rechtswidrigkeit und der Verursachung Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten bestehen, weiters eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens und eine allgemeine Einstandspflicht für das Fehlverhalten der Leute des ZDA angeordnet wird (§ 23 Abs 3). Dies gilt nicht nur für den Signator als Vertragspartner des Anbieters (in diesem Verhältnis würde sich die Haftung ohnedies schon aus dem Vertrag ergeben), sondern - wie erwähnt - für die Haftung gegenüber jedermann, der dadurch zu Schaden gekommen ist, daß er auf das Zertifikat vertraut hat.

Von der Formulierung her („...haftet gegenüber jeder Person, die auf das Zertifikat vertraut, dafür, daß ...“) scheinen ausschließlich Vertrauensschäden erfaßt zu sein. Bei genauerer Betrachtung wird man allerdings nach allgemeinen Kausalitätsregeln differenzieren müssen³⁰⁴:

Wenn zB die Identität des Signators nicht entsprechend geprüft wurde, so daß es dem Signator ermöglicht wird, unter fremdem Namen aufzutreten, so hat der ZDA dem Dritten in der Tat nur den Vertrauensschaden zu ersetzen. Denn auch wenn er geprüft hätte, hätte er das Zertifikat verweigern müssen, so daß das Geschäft mit dem Namensträger nicht zustandegekommen wäre. Wenn hingegen zB ein elektronischer Vertrag formbedürftig ist (zB befristeter Mietvertrag) und deshalb nicht zustandekommt, weil das qualifizierte Zertifikat - das der Schriftform entsprechen würde - wegen eines schuldhaften Fehlverhaltens des ZDA unwirksam ist, so ist der Nichterfüllungsschaden zu ersetzen, denn bei pflichtgemäßem Verhalten wäre der Vertrag zustandegekommen.

Zu beachten sind auch die Haftungsausschlüsse bei Einschränkung des Anwendungsbereichs oder Transaktionswerts eines Zertifikats (Abs 4), der zwingende Charakter der Haftungsbestimmungen (Abs 5) und deren

³⁰⁴ So auch *Brenn*, ÖJZ 1999, 593.

Charakter als Mindesthaftung (Abs 6: weitergehende Ansprüche nach anderen Vorschriften bleiben unberührt).

3. Verletzung von Immaterialgüterrechten (Urheberrecht, Patentrecht) und Wettbewerbsrechten

Literatur: *Andréewitch*, Rechtsschutz für Mikrochips in Österreich, EDVuR 1989/1, 8; *Blocher*, Anpassungserfordernisse österreichischen Rechts im Hinblick auf die Richtlinie des Rates vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen (87/54/EWG), in *Koppensteiner* (Hg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht — Teil 2: Geistiges Eigentum (1996); *derselbe*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 84; *Blocher/Walter*, Anpassungserfordernisse österreichischen Rechts im Hinblick auf die Richtlinie des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG), in *Koppensteiner* (Hg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht — Teil 2: Geistiges Eigentum (1996); *Brandl/Fallenböck*, Zu den namens- und markenrechtlichen Aspekten der Domain-Namen im Internet, WBI 1999, 481; *Dittrich*, Unkörperliche Verbreitung? Eine Kritik der APA-Entscheidung, *ecolex* 1997, 367; *Haindl*, Urheberrechtliche Aspekte Neuer Medien, *AnwBI* 1998, 15; *Haller*, Zum EG-Richtlinienvorschlag betreffend Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, *MR* 1998, 61; *Höhne*, Anwaltswerbung im Internet – ein Diskussionsbeitrag, *AnwBI* 1999, 610; *Kilches*, Rechtsfragen zu InternetDomainnamen, *ÖJZ* 1999, 329; *Mayer-Schönberger/Hauer*, Kennzeichenrecht & Internet Domain Namen, *ecolex* 1997, 947; *Mogel*, EU-Richtlinienvorschlag: Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, *ecolex* 2001, 241; *Reinbothe*, Neue Medien und Urheberrecht - Strategien der Europäischen Union im Europäischen Umfeld, *ÖBI* 1998, 155; *Schanda*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, *ecolex* 1996, 104; *Schramöck*, Urheberrechtsschutz von Internet-Websites und anderen Bildschirmdarstellungen von Computerprogrammen, *ecolex* 2000, 126; *Schwarz*, Ein neues Schutzrecht für Datenbanken, *ecolex* 1998, 42; *Silberbauer*, Unlauterer Wettbewerb im Internet, *ecolex* 2001, 345; *Sonn*, Geistiges Eigentum in der Informationsgesellschaft, *ÖBI* 1998, 61; *Stabentheiner*, Straf- und zivillegislativer Handlungsbedarf durch Datenhighway und Internet? *ecolex* 1996, 748; *Thiele*, Anwaltliche Werbung im Internet, *AnwBI* 1999, 402; *derselbe*, Rien ne va plus – Glücksspiele im Internet, *RdW* 2000, 332; *derselbe*, Meta-Tags und das österreichische Wettbewerbsrecht, *ÖJZ* 2001, 168; *Ubber*, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, *WRP* 1997, 507; *Walter*, Copyright Law, in *Rüster* (Hg), Intellectual Property Guide Book — Federal Republic of Germany, Austria, Switzerland (1991) A1; *derselbe*, Zur urheberrechtlichen Einordnung der digitalen Werkvermittlung, Anm zu OGH 4. 10. 1994 — APA-Bildfunknetz — *MR* 1995, 125; *Zoure*, Aktueller Stand des gewerblichen Rechtsschutzes in der Europäischen Union, *ÖBI* 1996, 268.

a.) Musik („napster“)

Literatur: *Graninger*, Musik und E-Commerce, *MR* 2001, 3; *Mayer*, Musikpiraterie im Internet: Ein Erfahrungsbericht, *MR* 2001, 5; *Medwenitsch/Schanda*, Download von MP3-Dateien aus dem Internet, *ecolex* 2001, 215; *Strasser*, A&M Records vs. Napster, *MR* 2001, 6.

Napster (www.napster.com) ist ein Server mit einem Verzeichnis, das IP-Adressen von Napster Usern zur Verfügung stellt, die entsprechende

MP3-Files (Musikdateien) auf der eigenen Festplatte haben. Das Downloaden der MP3-Files erfolgt auf P2P-Basis („peer to peer“, von user zu user). Es handelt sich also um ein System, das auf P2P-Basis den Austausch von Musikdateien über Internet ermöglicht, und zwar in der Form dass auf Anfrage nach bestimmten Titeln alle oder eine Auswahl aller online befindlichen User (das sind idR einige Millionen) bekanntgegeben werden, von denen der Anfragende bestimmte Titel downloaden kann.³⁰⁵ Es wird sohin nur eine vermittelnde Tätigkeit ausgeübt, womit Napster eine Mischung aus P2P³⁰⁶ und Client-Server-Architektur³⁰⁷ bildet. Der download erfolgt kostenlos. Napster selbst finanziert sich durch Werbungen. Nach aktuellem Stand der Dinge wurde Napster auf der Grundlage des US Copyright Act gerichtlich verhalten, urheberrechtlich geschützte Werke – die von der Musikindustrie auf einer Liste vorgelegt werden - zu löschen.³⁰⁸ Napster sollte 135.000 urheberrechtlich geschützte Lieder aus dem Tauschgeschäft nehmen und von ihrer Webseite löschen. Die Tauschbörse ist dieser Verpflichtung jedoch nicht vollständig nachgekommen, wobei sie sich damit rechtfertigte, daß die Musikindustrie nicht die vollständigen Informationen zum Blockieren der Songs zur Verfügung gestellt habe. Napster will nun mit Hilfe der Firma Gigabeat, die auf die Identifizierung von Musikstücken spezialisiert ist, den gerichtlichen Auflagen genüge tun und in Kooperation mit der Bertelsmann-Gruppe ein neues Geschäftsmodell entwickeln. Es sollen durch Mitgliedsbeiträge Tantiemen gezahlt werden. Nach einer neuerlichen Klage seitens der US-Musikindustrie, weil Napster ihre Auflagen nicht erfüllte, erging am 11. Juli ein weiteres Urteil, in dem Napster der Betrieb erst dann wieder gestattet wurde, wenn sichergestellt sei, daß urheberrechtlich geschützte Musikwerke herausgefiltert werden. Dieses Urteil wurde jedoch von einem Berufungsgericht mittlerweile aufgehoben und der Musiktauschbörse erlaubt, ihren Dienst wieder aufzunehmen. Nun ist wiederum seit August ein Klage des US-Verbandes der Plattenindustrie (RIAA) anhängig, der Napster auf Zahlung von Schadenersatz wegen bewußter Urheberrechtsverletzungen geklagt hat. Für 1. Oktober 2001 ist eine Anhörung beantragt.³⁰⁹

In Europa ist diesbezüglich nunmehr die **Urheberrechts-Richtlinie** vom 9. April 2001 zu beachten, die binnen 18 Monaten umgesetzt werden muß.³¹⁰ In Österreich hatte sich das Landesgericht für Strafsachen Wien in einer Entscheidung vom 21. 2. 2001 mit einem Fall von Musikpiraterie auf der Grundlage des § 76 UrhG zu befassen.³¹¹

³⁰⁵ Unterscheide davon zB Anbieter wie www.gnutella.com, die ohne zentrales Verzeichnis arbeiten und daher urheberrechtlich schwer zu erfassen sind.

³⁰⁶ Jeder User ist Server und Client zugleich. Es gibt keinen zentralen Server. Der Datenaustausch findet untereinander statt.

³⁰⁷ Die User (Clients) greifen auf den zentralen Server zu. Der Datenaustausch findet auf dem Server statt.

³⁰⁸ Vgl A&M Records vs. Napster, www.riaa.com.

³⁰⁹ Siehe dazu die Presseberichte unter www.diepresse.at/Archiv.

³¹⁰ Vgl *Kresbach*, Im Netz spielt die Musik nicht mehr ungeschützt, *Der Standard* 22.5.2001.

³¹¹ Der Täter hatte im August 2000 das Album „Music“ von Madonna in einer Newsgroup zum download angeboten, wobei die weltweite Präsentation dieses Albums erst im September erfolgen sollte. Auf Strafantrag der Warner Music

b.) Datenbanken und Software

Literatur: *Blocher*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informationsrecht (2000) 83; *Brandl/Mayer-Schönberger*, Datenschutz und Internet, *ecolex* 1996, 132; *Gantner*, Der Schutz von Computerprogrammen im Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht (1991); *Gaster*, Bemerkungen zum gemeinsamen Standpunkt des EU-Ministerrates bezüglich der künftigen Richtlinie zum Rechtsschutz von Datenbanken, *WBI* 1996, 51; *Jaburek*, Das neue Software-Urheberrecht (1993); *Renner*, Rechtsschutz von Computerprogrammen (1998); *Schramböck*, Urheberrechtsschutz von Internet-Websites und anderen Bildschirmdarstellungen von Computerprogrammen, *ecolex* 2000, 126; *Schwarz*, Ein neues Schutzrecht für Datenbanken, *ecolex* 1998, 42, *Tonninger*, Copyright und Urheberrecht im Internet (1998); *Wittmann*, Umsetzung der Datenbank-Richtlinie, *MR* 1997, 130.

Die **Richtlinie über den Rechtsschutz von Datenbanken** (EED-European Database Directive) 1995 wurde in Österreich durch die UrhG-Novelle 1997 umgesetzt. Gem § 40 Abs 2 UrhG genießen Datenbanken urheberrechtlichen Schutz, wenn sie infolge der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigentümliche geistige Schöpfung sind³¹² (urheberrechtlicher Schutz ieS). Darüber hinaus wurde auch ein Schutzrecht „sui generis“ für Fälle eingeführt, in denen für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung des Datenbankinhalts eine wesentliche Investition erforderlich war³¹³ (§§ 76c–76e UrhG). Besondere Fragen wirft in diesem Zusammenhang das „sole source data“-Problem auf, das dann in Erscheinung tritt, wenn in einer Datenbank anderweitig nicht zugängliche Daten enthalten sind.³¹⁴

Dem **urheberrechtlichen Schutz** von Software kommt vor dem Hintergrund der weit verbreiteten Praxis des Raubkopierens besondere Bedeutung zu. Dieser Problematik wurde bereits 1993 durch die UrhG-Novelle (BGBl 1993/93) Rechnung getragen³¹⁵, die vor allem folgendes eingeführt hat³¹⁶:

- Keine Kopie von Software zum eigenen Gebrauch für die Allgemeinheit (§ 40a UrhG)
- Unverzichtbare Rechte (Vervielfältigung, Bearbeitung, Testen, Dekompilieren) des Nutzungsberechtigten (§§ 40d/e UrhG)
- Vermietung dem Urheber vorbehalten (§ 16 a UrhG)
- Übergang praktisch aller Rechte an Software vom angestellten Urheber auf den Dienstgeber (§§ 40b/c UrhG)
- Verbot des Besitzes zu Erwerbszwecken und des Inverkehrbringens

Austria GmbH erfolgte die Verurteilung nach § 91 Abs 1 iVm § 86 Abs 1 Z 4 UrhG (veröffentlicht in „Musikmarkt“ 2001).
Siehe auch *Mayer*, *MR* 2001, 5.

³¹² Vgl im einzelnen *Winter/Wachter*, *Computerrecht*⁴ (2000) 108 ff.

³¹³ Vgl im einzelnen *Blocher* aaO 115 ff und *Schwarz*, *ecolex* 1998, 44 f.

³¹⁴ Dazu *Blocher* aaO 116.

³¹⁵ Damit wurde schon vor dem EU-Beitritt Österreichs die „Computer-Richtlinie“ vom 14.5.1991 umgesetzt.

³¹⁶ Übersicht nach *Jaburek*, *Software-Urheberrecht* 87; vgl auch *Winter/Wachter*, *Computerrecht*⁴, 73 ff.

von Mitteln zur Umgehung von Kopierschutzmechanismen (§ 91 Abs 1a UrhG); vgl zu einer ähnlichen Problematik im folgenden Kapitel zum Zugangskontrollgesetz):

Im einzelnen ist zu beachten, dass Computerprogramme urheberrechtlich geschützt sind (vgl § 2 Z 1 UrhG), soweit sie das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung sind (§ 40a Abs 1 UrhG). Schutzobjekt ist dabei nicht die Programmidee als solche, sondern die Erscheinungsform, in welcher diese zum Ausdruck kommt (vgl § 40a Abs 2 UrhG). Das Urheberrecht kann nur einer natürlichen Person zustehen, bei mehreren Urhebern (besonders bei komplexen Programmen relevant) kommt es zur Miturheberschaft (§ 11 Abs 2 UrhG), bei Programmierungen von Dienstnehmern (ieS³¹⁷) steht das Urheberrecht – vorbehaltlich einer gegenteiligen Vereinbarung – dem Dienstgeber zu.

Bezüglich der Rechte am Programm ist zwischen jenen des Urhebers und jenen des Nutzungsberechtigten zu unterscheiden.³¹⁸ Dem Urheber stehen folgende Rechte zu:

- *Vervielfältigungsrecht* (§ 15 UrhG) zB für Kopien auf Disketten, CD-ROMs, DVD usw; das bloße Benützen (Laufenlassen) ist vom UrhG nicht erwähnt, wohl aber von der RL, so dass vor dem Hintergrund richtlinienkonformer Anwendung des UrhG Analogie erwogen werden könnte, die aber insoweit problematisch ist, als das UrhG auch strafrechtliche Bestimmungen enthält (§ 91), die dem allgemeinen Analogieverbot (nullum crimen sine lege) unterliegen, das im Strafrecht gilt³¹⁹
- *Verbreitungsrecht* (§ 16 UrhG). Dieses ist zwar in bezug auf konkrete Werkstücke, die zB verkauft werden, erschöpft, die Vermietung (Gebrauchsüberlassung zu Erwerbszwecken) ist aber – zum Unterschied von der Verleihung) (Gebrauchsüberlassung ohne Erwerbszweck) weiterhin dem Urheber vorbehalten (§ 16a UrhG).
- *Senderecht* (§ 17 UrhG)
- *Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht* (§ 18 UrhG) relevant zB bei Verwendung von Software im Rahmen von Computerkursen

Der Nutzungsberechtigte hat folgende Rechte:

- *Bestimmungsgemäße Benutzung* (§ 40d Abs 2 UrhG); diese steht – mangels gegenteiliger Vereinbarung oder Nutzungsmöglichkeit – nur dem einzelnen Benutzer zu³²⁰, nicht aber seinem gesamten Netzwerk (relevant zB in größeren Unternehmen oder Kanzleien)
- *Anpassung an seine Bedürfnisse* (§ 40 Abs 2 UrhG); die Formulierung

³¹⁷ Auftragnehmern stehen die Urheberrechte selbst zu, dem Auftraggeber daher nur dann, wenn sie ihm übertragen wurden.

³¹⁸ Ausführlich Blocher in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 104 ff.

³¹⁹ Blocher aaO 105.

³²⁰ Blocher aaO 108.

beruht auf einem Redaktionsversehen³²¹ – gemeint ist eigentlich Fehlerberichtigung (vgl die englische Version der RL: „error correction“)

- *Sicherungskopie* (zwingendes Recht, § 40d UrhG); ansonsten sind aber Kopien für den eigenen Gebrauch ausgeschlossen
- *Beobachtung, Untersuchung und Testen* des Programms (§ 40d Abs 3 Z 2 UrhG). Dadurch werden auch Black-Box-Techniken ermöglicht, die es gestatten, die (nicht geschützte) Programmidee zu ermitteln.
- *Dekompilierung* (zwingendes Recht, § 40e UrhG): Vervielfältigung des Codes und Übersetzung der Codeform, soweit dies für die Gewinnung jener Information unerlässlich ist, die für die Interoperabilität mit anderen Programmen erforderlich ist

Bei Verletzungen des Urheberrechts kommen folgende Rechtsfolgen in Betracht: Anspruch auf Unterlassung (§ 81), Beseitigung (§ 82), Urteilsveröffentlichung (§ 85), angemessenes Entgelt (§ 86), Schadenersatz (§ 87), uU auf Verlangen des Verletzten auch Strafverfolgung (§ 91).

Software genießt auch **wettbewerbsrechtlichen Schutz** im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG. Die Bestimmung schließt zwar Nachahmungen nicht generell aus (Nachahmungsfreiheit³²²), verbietet aber unmittelbare Leistungsübernahmen und „sklavische Nachahmungen“ und begegnet dadurch der Software-Piraterie. Zwei OGH-Entscheidungen sind in diesem Zusammenhang bekannt: Zur sklavischen Nachahmung der Zahnarztprogramm-Fall³²³ und zur unmittelbaren Leistungsübernahme jener Fall, in dem ein Hardware-Händler ein Programm zur Umgehung des Kopierschutzes eines anderen Programmes anbot. Dies wurde als Beihilfe zur unmittelbaren Leistungsübernahme angesehen.³²⁴

Der **patentrechtliche Schutz** von Software wurde bereits 1973 durch § 52 Abs 2 des Europäischen Patentübereinkommens ausgeschlossen. In diesem Sinne bestimmt auch § 1 Abs 2 Z 3 des österr PatG, dass „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ nicht als patentierbare Erfindungen anzusehen sind.³²⁵

Ein gewisser immaterialgüterrechtlicher Schutz von Software besteht allerdings auf der Grundlage des Gebrauchsmustergesetzes. Dieses

³²¹ Blocher aaO 109.

³²² OGH in ÖBl 1995, 14.

³²³ OGH in MR 1987, 135.

³²⁴ OGH in MR 1989, 31.

³²⁵ Vgl allerdings die Prüfrichtlinien des Europäischen Patentamtes, die zwischen untechnischen (nicht patentierbaren) und technischen (patentierbaren) programmbezogenen Erfindungen ausgehen; in diesem Sinne auch die VICOM-Entscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes, die einem Programm zur Auflösungsoptimierung von Satellitenbildern Patentschutz zuerkannte, weil dabei das technische Verfahren im Vordergrund stand.

ermöglicht eine Art „vereinfachtes Patentecht“, indem es auf die im PatG vorgesehene Neuheitsprüfung verzichtet und auch keine „Erfindungshöhe“ voraussetzt. Zwar sind Programme für Datenverarbeitungsanlagen als solche zwar auch vom Gebrauchsmusterschutz ausgeschlossen (§ 1 Abs 3 Z 3 iVm § 1 Abs 4), es kann aber die Programmlogik (also die Programmidee), die Programmen für Datenverarbeitungsanlagen zugrundeliegt, geschützt werden³²⁶ (§ 1 Abs 2 GMG).

c.) freie Werke

Literatur: Waß, Freie Werke (§ 7 UrhG) im Internet, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), *Auf dem Weg zur ePerson* (2001) 417.

Freie Werke sollen der Öffentlichkeit nicht vorenthalten werden (zumal diesbezüglich zT sogar eine Pflicht zur Kenntnisnahme besteht, vgl § 2 ABGB) und genießen daher keinen urheberrechtlichen Schutz. § 7 UrhG versteht darunter

- Gesetze
- Verordnungen
- Amtliche Erlässe, Bekanntmachungen und Entscheidungen
- Ausschließlich oder überwiegend zum amtlichen Gebrauch hergestellte amtliche Werke.

Diese Inhalte können grundsätzlich auch beliebig im Internet dargestellt werden (zB im Rahmen der homepage eines Anwalts³²⁷). Mittelbar können diese Werke aber doch geschützt sein³²⁸, nämlich als Folge ihrer Bearbeitung (§ 5 UrhG), durch Aufnahme in Sammlungen³²⁹ (§ 6 UrhG) oder Datenbanken.

d.) Mikrochips

Halbleiter-Topographien (dreidimensionale Strukturen von Mikrochips) sind durch die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen, BGBl 1998/372, geschützt (Halbleiterschutzgesetz). Erfasst ist allerdings nur die Topographie als solche, nicht aber die im Chip gespeicherte Information und auch nicht die ihm zugrundeliegende Idee.

³²⁶ Vgl in diesem Sinne nun auch den RL-V „über eine Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend den Schutz von Erfindungen“ (KOM (99) 309), in dem eine Ausnahme bezüglich „Computerprogramme betreffende Erfindungen“ gestrichen wurde.

³²⁷ Waß aaO 421.

³²⁸ Dazu im einzelnen Waß aaO 421 ff.

³²⁹ Eine lose Zusammenstellung von Gesetzestexten ohne Leitgedanken genießt freilich noch keinen urheberrechtlichen Schutz, wenn das Schwergewicht auf den einzelnen Werken liegt und nicht auf deren Auswahl oder Anordnung (OLG München 26.9.1996, 6 U 1707/97, CR 1997, 20).

4. Haftung nach dem ZugangskontrollG

Literatur: *Brenn*, Zugangskontrollgesetz (2001); *Dittrich*, Internet und On-Demand-Dienste im IPR, *ecolex* 1997, 166.

Die meisten Informationen werden im Internet zwar gratis dargeboten, es existieren aber auch zahlreiche kommerzielle Angebote, die oft (zB durch Passwörter, Pin-Codes oä) **zugangsgeschützt** sind. Ähnliches gilt für Pay-TV, video-on-demand oder print-on-demand.³³⁰ Das ZugangskontrollG³³¹ (ZuKG, BGBl I 2000/60) will die gewerbsmäßige Herstellung und den Vertrieb von Vorrichtungen verhindern, die eine unbefugte Nutzung solcher Dienste ermöglichen. Im einzelnen gilt folgendes:

Der Diensteanbieter hat das ausschließliche Recht, den Zugang zu einem von ihm bereitgestellten geschützten Dienst in verständlicher Form von seiner vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig zu machen (§ 3 ZuKG). Die Herstellung, die Einfuhr, der Vertrieb, der Verkauf, die Vermietung oder Verpachtung und die Innehabung von Umgehungsvorrichtungen sowie deren Installierung, Wartung, Instandsetzung oder Austausch sind, soweit damit gewerbliche Zwecke verfolgt werden, verboten. (§ 4 Abs 1 ZuKG). Ebenso sind, soweit damit gewerbliche Zwecke verfolgt werden, die Werbung und andere Maßnahmen zur Förderung des In-Verkehr-Bringens von Umgehungsvorrichtungen, wie etwa das Direktmarketing, das Sponsoring oder die Öffentlichkeitsarbeit verboten (§ 4 Abs 2 ZuKG). Die Verbote nach den Abs 1 und 2 erfassen alle im Inland begangenen oder verwirklichten Handlungen unabhängig davon, wo sich der den Verboten zuwider Handelnde niedergelassen hat (§ 4 Abs 3 ZuKG). Die §§ 5 und 6 regeln Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, § 7 enthält **schadenersatzrechtliche Bestimmungen**: Wer durch eine unerlaubte Handlung (§ 4) einen Diensteanbieter schuldhaft schädigt, hat diesem ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen (Abs 1). Wird ein geschützter Dienst unbefugt zugänglich gemacht, so hat der Diensteanbieter auch Anspruch auf Herausgabe des Gewinns, den der Schädiger durch den schuldhaften Eingriff erzielt hat. Die Verjährung dieses Anspruchs richtet sich nach den Vorschriften für Schadenersatzansprüche. Neben der Herausgabe des Gewinns kann ein Ersatz des Vermögensschadens (Abs 1) nur begehrt werden, soweit dieser den herauszugebenden Gewinn übersteigt (Abs 2). Der Diensteanbieter kann anstelle des Ersatzes des Vermögensschadens

³³⁰ Zu **electronic publishing** vgl. *Jahnel*, RIDA PLUS II: Eine Offline Datenbank mit Verlinkung ins Internet, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 131; *Ebenhoch*, Elektronisches Publizieren, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government 139; *Konzelmann*, Rechnergeschützte Edition von Normtexten, in *Schweighofer/Menzel* (Hg), E-Commerce und E-Government 145.

³³¹ Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, Abl L 320 vom 28.11.1998.

(Abs 1) sowie der Herausgabe des Gewinns (Abs 2) das Doppelte des angemessenen Entgelts für die Inanspruchnahme des geschützten Dienstes begehren (Abs 3). Hat ein Bediensteter oder Beauftragter eine unerlaubte Handlung (§ 4) im Betrieb eines Unternehmens begangen, so haftet, unbeschadet einer allfälligen Ersatzpflicht dieser Personen, der Inhaber des Unternehmens für die in Abs 1 bis 3 genannten Ansprüche, wenn ihm die unerlaubte Handlung bekannt war oder bekannt sein musste (Abs 4). Mehrere Personen haften für die in den Abs 1 bis 3 genannten Ansprüche zur ungeteilten Hand (Abs 5). Die §§ 10 ff enthalten strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen.

5. Datenschutz

Literatur: *Brandl/Mayer-Schönberger*, Datenschutz und Internet, ecolex 1996, 132; *dieselben*, CPU-IDS, Cookies und Internet-Datenschutz, ecolex 1999, 366; *Duschaneck/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz-Regierungsvorlage, ecolex 1999, 361; *Jahnel*, Datenschutzrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informationsrecht (2000) 159; *derselbe*, Der gläserne Mensch, Datenschutz im Internet, in *Feldner* ua (Hg), Chaos Control (2001) 79; *derselbe*, Datenschutzrecht im Internet – am Beispiel des Speicherns von Cookies, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 375; *derselbe*, Datenschutz im Internet, Rechtsgrundlagen, Cookies und Web-Logs, ecolex 2001, 84; *Kilches*, Datenschutzgesetz 2000 - Selbstbestimmter Datenschutz, MR 1999, 261; *Mayer-Schönberger/Brandl*, Telekommunikationsgesetz und Datenschutz, ecolex 1998, 272; *Mayer-Schönberger/Zeger/Kronegger*, Auf dem Weg nach Europa: Zur Novellierung des Datenschutzgesetzes, ÖJZ 1998, 244; *Souhrada-Kirchmayer*, Der Vorschlag einer allgemeinen EG-Datenschutz-Richtlinie und seine Auswirkungen auf das österreichische DSG, JBI 1995, 147.

Auch die online-basierte Datenverwendung³³² unterliegt dem Datenschutzgesetz 2000³³³, das in Umsetzung der Datenschutz-RL erlassen wurde und gegenüber dem DSG 1978 vor allem Änderungen eingeführt hat³³⁴:

- Erweiterung des Schutzes auf manuell geführte Daten
- Materiell-rechtliche Aufhebung der Trennung zwischen öffentlicher und privater Verarbeitung³³⁵
- Zusammenfassung aller Verarbeitungsschritte
- Zweistufige Zulässigkeitsprüfung für die Datenverwendung
- Erweiterung der Betroffenenrechte

³³² Unterscheide vom datenschutzrechtlich relevanten Eingriff durch Informationsverarbeitung den medienrechtlichen Schutz der §§ 7 und 7c MedienG vor Bloßstellung in der Öffentlichkeit (dazu *Mayer-Schönberger*, Information und Recht (2001) 153 ff.

³³³ *Jahnel* in Chaos Control 79 f.

³³⁴ Übersicht nach *Jahnel* aaO 162.

³³⁵ In beiden Fällen besteht ein Grundrecht auf Rechtsschutz (unmittelbare Drittwirkung im Privatrecht!). Seine Durchsetzung ist aber unterschiedlich ausgestaltet: im privaten Bereich ist es vor Gerichten, im öffentlichen vor der Datenschutzkommission geltend zu machen. Im einzelnen besteht es aus vier Teilrechten: Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG), Auskunft (§ 1 Abs 3 Z 1), Richtigstellung (§ 1 Abs 3 Z 2) und allenfalls Löschung (§ 1 Abs 3 Z 2).

- Sondervorschriften für sensible Daten³³⁶
- Liberalisierung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs innerhalb der EU³³⁷

Bei internationalen Sachverhalten ist innerhalb der EU das Sitzstaatsprinzip als Durchbrechung des grundsätzlich geltenden Territorialitätsprinzips (Datenverarbeitung in Österreich unterliegt österreichischem Datenschutzrecht) zu beachten, dh das auf eine Datenverarbeitung in Österreich, die für einen Auftraggeber innerhalb der EU durchgeführt wird³³⁸, dessen Datenschutzrecht anzuwenden ist, wenn er in Österreich keine Niederlassung hat. Der Betrieb eines Servers in Österreich kann dabei noch nicht als Niederlassung angesehen werden.

Materiell-rechtlich wird die Anwendung des DSG im Zusammenhang mit internetspeziischen Sachverhalten wird vor allem im Zusammenhang mit „cookies“ und Web-logs diskutiert. Dabei handelt es sich um transaktionsgenerierte Informationen (TGI). Vereinfacht gesagt: wer im Internet surft und auf bestimmte Seiten zugreift, hinterlässt dort Spuren, die gesammelt und kommerziell nutzbar gemacht werden können, indem Anbieter zB wissen, wer sich für welche Produkte interessiert. "Cookies" sind Informationsstücke, die ein Informationsanbieter im WWW erstellt hat und die im Computer des surfenden Anwenders gespeichert werden, bereit für spätere Zugriffe durch den Informationsanbieter. Cookies sind dabei eingebettet in die Informationen, die zwischen Anwender und Informationsanbieter ausgetauscht werden.³³⁹ Ob es sich dabei um **personenbezogene Daten** im Sinne des DSG handelt, ist fraglich. Während *Brandl/Mayer-Schönberger* dies undifferenziert bejahen³⁴⁰, geht *Jahnel*³⁴¹ zu Recht davon aus, dass sowohl cookies als auch web-logs zunächst lediglich einen Bezug zum jeweiligen PC herstellen, also „maschinenbezogene“ Daten seien. Es müsse daher im Einzelfall geprüft werden, ob es für den Ersteller der cookies oder der web-logs über diesen Maschinenbezug hinaus (wenn auch rechtswidrig) möglich sei, einen Bezug zu einer konkreten Person herzustellen. Dies könne etwa über eine Verknüpfung mit User- und Passworteingaben oder mit E-mail-Adressen erfolgen. In diesem Fall seien cookies und web-logs personenbezogene Daten.

Als Sanktion der Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen³⁴²

³³⁶ Das sind besonders schutzwürdige Daten natürlicher Personen über rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder Sexualleben (§ 4 Z 2 DSG).

³³⁷ § 12 DSG.

³³⁸ Für Auftraggeber außerhalb der EU gilt der Ort der Datenverarbeitung, im Bsp also österreichisches Recht.

³³⁹ Vgl *Brandl/Mayer-Schönberger*, *ecolex* 1999, 367.

³⁴⁰ *ecolex* 1999, 367.

³⁴¹ Chaos Control 81; *derselbe* in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hg), *ePerson* 375 und in *ecolex* 2001, 87 f.

³⁴² Allgemein und ausführlich zu den Rechtsfolgen der Verletzung subjektiver Rechte an Information: *Mayer-Schönberger*, *Information und Recht* 184 ff.

kann neben Schadenersatz und Unterlassung auch verwaltungsrechtliche oder sogar gerichtliche Strafbarkeit zum Tragen kommen³⁴³. Weitere datenschutzrechtliche Bestimmungen finden sich insb in § 268 GewO (für Adressenverlage oder Direktwerbeunternehmen), in den §§ 55 ff SPG (für die Verwedung personenbezogener Daten im Rahmen der Sicherheitspolizei) und in den §§ 91 ff TKG (dazu unten).

Die Kommunikation per e-mail unterliegt dem **Fernmeldegeheimnis** nach Art 10a StGG.³⁴⁴ Bei verschlüsselten mails wird auch Verletzung des Briefgeheimnisses erwogen.³⁴⁵ Eine Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses ist in den § 149a ff StPO zur Aufklärung schwerer Straftaten vorgesehen, wodurch auch das Lesen von e-mails erfaßt wird.³⁴⁶

Wie bereits erwähnt, sind auch **Internet-Provider** gem § 88 TKG zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Im einzelnen unterscheidet das TKG in seinen Regelungen über das Fernmeldegeheimnis und den Datenschutz (§§ 91 ff) zwischen Stammdaten, Vermittlungsdaten und Inhaltsdaten³⁴⁷, wobei der Grundsatz gilt, dass diese Daten ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Betroffenen nur für Zwecke der Besorgung eines Telekommunikationsdienstes ermittelt, verarbeitet oder übermittelt werden dürfen³⁴⁸. Weiters trifft den Betreiber eine spezielle Informationspflicht: Er ist verpflichtet, den Teilnehmer in geeigneter Form (insb im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen und spätestens bei Beginn der Rechtsbeziehungen) ua darüber zu informieren, welche personenbezogenen Daten er ermitteln und verarbeiten wird.

6. Arbeitsrechtliche Verantwortlichkeit

Literatur: *Blaha* (Hg), Der Mensch am Bildschirm-Arbeitsplatz: ein Handbuch über Recht, Gesundheit und Ergonomie (1995); *Gröss*, Arbeitnehmerschutz in der EU – EuGH bestätigt strengere Regelungen der Mitgliedstaaten, ASoK 2000, 17; *Gruber*, Arbeitnehmerschutz bei Teleheimarbeit, ZAS 1998, 65; *Hackl-Gruber/Kolm/Kundi/Pribil/Schwendenwein/Vecsei*, ArbeitnehmerInnenschutz im Büro (1995); *Lang*, Handbuch ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (Loseblatt 1995); *derselbe*, Neue Bildschirmarbeitsverordnung, RdW 1998, 409; *Leitner/Strasser*, Der technische Arbeitnehmerschutz im Recht der EG (1993); *Löschnigg*, Neuregelung der Bildschirmarbeit durch das ASchG 1994, EDVuR 1994/1, 61; *Löschnigg/Reissner*, Zur rechtlichen Relevanz der ÖNORM über Bildschirmarbeitsplätze, ecolex 1991, 480; *Mosler*, Bildschirmarbeit und Arbeitsrecht (1991); *derselbe*, Ausgewählte Rechtsfragen aus dem neuen ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, DRdA 1996, 361; *derselbe*, Die

³⁴³ S im einzelnen *Jahnel* aaO 183 f.

³⁴⁴ Vgl *Wessely*, Das Fernmeldegeheimnis – Ein unbekanntes Grundrecht? ÖJZ 1999, 491; vgl zum deutschen Recht *Strack*, Sicherheit im Netz – Entscheidender Faktor für Versicherer und Verbraucher, VersR 2001, 67 (72).

³⁴⁵ *Wagner*, Unbefugter Zugriff auf e-mail, ecolex 2000, 273.

³⁴⁶ *Jahnel*, Chaos Control 88.

³⁴⁷ Dazu *Mayer-Schönberger/Brandl*, ecolex 1998, 272 f.

³⁴⁸ *Jahnel*, Chaos Control 88.

Gemeinschaftsmaßnahmen zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit von Arbeitnehmern und ihre Bedeutung für das österreichische Arbeitsrecht, in *Koppensteiner* (Hg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 5: Arbeitsrecht (1997) 223; *derselbe*; Arbeitnehmerschutzrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 133; *Novak*, Bildschirmarbeitsverordnung und §§ 67 f ASchG, ASoK 1998, 242; *Richenbagen/Prümper/Wagner*, Handbuch der Bildschirmarbeit (1997); *Schramhauser/Heider*, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (1999); *Schrank*, Die Bedeutung der Ergonomie für das österreichische Arbeitsrecht, ZAS 1983, 212; *Trost*, Heimarbeit — die ideale Arbeitsform der Zukunft? DRdA 1992, 25.

Arbeitsrechtliche Fragen stellen sich vor allem in Bezug auf die Haftung für **unterlassene Datensicherung** bei Austritt³⁴⁹ eines Dienstnehmers³⁵⁰, bei privater Nutzung des Internetzugangs durch Dienstnehmer und bei Verarbeitung und Übermittlung von Arbeitnehmerdaten³⁵¹ sowie im Hinblick auf Gesundheitsschäden bei der **Bildschirmarbeit**. Einschlägig bezüglich letzterer Problematik sind die §§ 67, 68 ArbeitnehmerInnenschutzG bzw die entsprechenden Bestimmungen des B-BSG (für Bildschirmarbeit im öffentlichen Dienst) und die Bildschirmarbeitsverordnung (BGBl II 1998/124). Die Bestimmungen enthalten konkrete Schutzmaßnahmen und sind daher als Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB anzusehen. Weitgehend unklar ist die Rechtslage bei Telearbeit (teleworking). Strittig ist diesbezüglich insb die Anwendbarkeit des ASchG. Geregelt ist hingegen die Geltung des § 67 Abs 2 (ergonomische Gestaltung der Bildschirmarbeitsplätze) und Abs 4 (tragbare Datenverarbeitungsgeräte) auch für die vom Arbeitgeber außerhalb der Arbeitsstätte zur Verfügung gestellten Geräte. Weiters gelten in diesem Bereich auch die in § 68 Abs 2 geregelten Grundsätze der Software-Ergonomie (§ 68 Abs 7). Fraglich ist beim teleworking auch die Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit iSd der GewO³⁵² sowie die gewerberechtliche Qualifikation (§ 2 Abs 1 Z 9 GewO) als häusliche Nebenbeschäftigung³⁵³.

Was die private Nutzung des Internetzugangs (insb auch für e-mails) betrifft³⁵⁴, können mangels gesetzlicher Regelung an sich beliebige Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer getroffen werden, und kann der Arbeitgeber auch einseitige Weisungen erlassen. Nach allgemeinen Regeln des Privatrechts sind solchen Maßnahmen aber vor allem durch das Schikaneverbot und die guten Sitten (§ 879 ABGB) Grenzen gesagt. Unwirksam wären Vereinbarungen

³⁴⁹ Dazu OGH 29.8.1990, 9 Ob a 182/90.

³⁵⁰ Zum Begriff des Dienstnehmers im konkreten Zusammenhang vgl *Mosler* in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 135.

³⁵¹ Dazu *Löschnigg*, Verarbeiten und Übermitteln von Arbeitnehmerdaten, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 147 mwN.

³⁵² Dazu *Feik*, Gewerbe- und Berufsrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 222 f.

³⁵³ Dazu *Feik* aaO 224.

³⁵⁴ Dazu *Brodil*, Internetzugang im Büro: Die Presse, 29.11.1999, abrufbar unter www.diepresse.at; *Prändl*, Surfen unter strengen Blicken des Chefs, Der Standard, 24.7.2001.

oder Weisungen daher zB in bezug auf Notfälle, welche eine rasche Kommunikation zwischen dem Arbeitnehmer und nahen Angehörigen im Einzelfall erforderlich machen. Zu beachten ist ferner § 97 Abs 1 Z 6 Arbeitsverfassungsgesetz, wonach der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung hinsichtlich der Benützung neuer Medien erzwingen kann. Der Überwachung wirksamer Vereinbarungen oder Weisungen sind vor allem durch das Fernmeldegeheimnis (dazu oben), durch das Datenschutzgesetz (dazu oben) und durch § 96 Abs 1 Z 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) Grenzen gesetzt, wonach Kontrollmaßnahmen, welche die Menschenwürde berühren, der Zustimmung des Betriebsrats – mangels Betriebsrats des Arbeitnehmers (§ 10 AVRAG) bedürfen.

7. Medienrechtliche Verantwortlichkeit

Literatur: *Berka*, Schwerpunkt „Konvergenz der Medien – Konsequenzen für die staatliche Regulierung“, JRP 2000, 193; *Schmölzer*, Strafrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 274; www.internet4jurists.at.

Das Mediengesetz dient der Sicherung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information (Präambel). Diese Zwecke decken sich mit dem auch für das Internet charakteristischen Recht auf freie Meinungsäußerung und Information. Ob allerdings Veröffentlichungen im Internet ohne weiteres den Bestimmungen des Mediengesetzes unterliegen, ist im Hinblick auf die Begriffsbestimmungen des Ersten Abschnitts zweifelhaft:

Gem § 1 Abs 1 Z 1 MedienG ist ein "Medium": jedes Mittel „zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder der Massenverbreitung“. Während diese Definition auch auf das Internet zuzutreffen scheint, erscheint dies im Hinblick auf andere Legaldefinitionen fraglich: So ist iSd § 1 Abs 1 Z 3 ein "Medienwerk": ein „zur Verbreitung an einen größeren Personenkreis bestimmter, in einem Massenherstellungsverfahren in Medienstücken vervielfältigter Träger von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt“. Gem § 1 Abs 1 Z 2 MedienG handelt es sich dann um ein „periodisches Medium“ wenn: „ein Medienwerk, das unter demselben Namen in fortlaufenden Nummern wenigstens viermal im Kalenderjahr in gleichen oder ungleichen Abständen erscheint ...“³⁵⁵

Zu beachten ist auch, dass es sich bezüglich der handelnden Personen bei Internetpublikationen nicht um Medieninhaber, Herausgeber und Redakteure handelt, sondern um Informationsanbieter, Webdesigner,

³⁵⁵ *Schmölzer* in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 275; www.internet4jurists.at.

Webmaster und Provider, die allerdings nach dem Mediengesetz haften, wenn ihre Tätigkeit von § 1 MedienG erfasst ist.³⁵⁶

Die Bestimmungen des MedienG werden von der Literatur in bezug auf Web-Magazine oder Online-Tageszeitungen für anwendbar gehalten³⁵⁷, während die Judikatur von der generellen Anwendbarkeit des MedienG im Internet ausgeht. So hat das OLG Wien angenommen, dass das www als Medium anzusehen sei³⁵⁸ und ausgesprochen, dass das Mediengesetz nicht nur für Druckmedien, sondern auch für die elektronischen Medien und grundsätzlich auch für die „sog neuen Medien“ gelte³⁵⁹.

Im einzelnen würde daraus nicht nur die Geltung des Medienstrafrechts (§§ 28 ff) folgen (dazu unten FN ...), sondern insbesondere auch die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Dritten Abschnitts über den Persönlichkeitsschutz (§§ 6-23), welcher im Internet wegen seiner enormen Reichweite eine besondere Rolle spielt. Dies zeigt sich auch an der neuen Entwicklung sog „Racheseiten“ zu betreiben (zB www.racheist-suess.de; www.rache.de) . Besondere Bedeutung könnten in solchen Zusammenhängen die §§ 6 (Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung oder Verleumdung, 7 (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs) und 7a (Schutz vor Bekanntgabe der Identität in besonderen Fällen³⁶⁰) erlangen.

Es handelt sich aus strafrechtlicher Sicht um ein sog „Medieninhaltsdelikt“ iSd § 1 Abs 1 Z 12 MedienG, wenn „eine durch den Inhalt eines Mediums begangene, mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung, die in einer an einen größeren Personenkreis gerichteten Mitteilung oder Darbietung besteht“.³⁶¹ Daher richtet sich auch die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nach den §§ 40 f MedienG.³⁶² Als Medieninhaltsdelikte kommen alle Formen der strafbaren Handlungen gegen die Ehre (zB § 111 StGB) und die Verleumdung (§ 297 StGB) in Frage.³⁶³

Beim Medienstrafrecht ist insb der Schutz des Redaktionsgeheimnisses nach § 31 MedienG und die Haftung des Medieninhabers (zur ungeteilten Hand mit dem Verurteilten für Geldstrafen und Kosten des Verfahrens) iSd § 35 Abs 1 MedienG zu erwähnen. Im Bereich der Service-Provider-Haftung ist noch auf den umstrittenen „Straflosigkeitgrund“ der

³⁵⁶ www.internet4jurists.at.

³⁵⁷ *Schmölzer in Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 275.

³⁵⁸ 26.11.1997, 24 Bs 291/97.

³⁵⁹ 12.6.1996, 18 Bs 102/96.

³⁶⁰ *Gamerith*, Die Probleme des Bildnisschutzes aus der Sicht der Rechtsprechung, MR 1996, 130; OLG Wien 26.11.1997, 24 Bs 291/97, MR 1998, 44.

³⁶¹ *Schmölzer in Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 275; OLG Wien 26.5.2000, 18 Bs 143/00, Medieninhaltsdelikt im Internet – örtliche Zuständigkeit, MR 2000, 140; www.internet4jurists.at.

³⁶² OLG Wien 26.5.2000, 18 Bs 143/00, Medieninhaltsdelikt im Internet – örtliche Zuständigkeit, MR 2000, 140.

³⁶³ Vgl für Näheres www.internet4jurists.at.

„Wahrnehmung journalistischer Sorgfalt“ nach § 29 MedienG zu achten.³⁶⁴

Hinsichtlich der Regelung der Pflichten für die einzelnen Beteiligten bei Internetpublikationen beachte auf europäischer Ebene ua die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8.6.2000 (E-Commerce-Richtlinie).³⁶⁵

Wenn eine Publikation in einer Homepage gespeichert und dort permanent abrufbar ist, beginnt die 6-monatige Frist zur Antragstellung nach § 8a Abs 2 MedienG mit dem Beginn der Verbreitung. Das OLG Wien unterscheidet dabei zwischen dem periodischen Teil der Website - der dem aktuellen Printmedium entsprechenden Online-Ausgabe - und dem „elektronischen Archiv“- welches ältere Ausgaben unverändert für Interessierte zugänglich macht.³⁶⁶

8. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Literatur: *W. Auer/Loimer*, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, 613; *Bichler/Bödenauer*, Strafrechtlicher Schutz für Zahlungskarten, Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen 1996, 681; *Blocher/Walter*, Softwareschutz nach der EG-Richtlinie und nach österreichischem Recht, EDVuR 1992/1, 5; *Brandl/Mayer-Schönberger*, Die Haftung von Online-Diensten für übermittelte Inhalte, ecolex 1996, 129; *dieselben*, Datenschutz und Internet, ecolex 1996, 132; *Freund*, Die Strafbarkeit von Internetdelikten – Eine Analyse am Beispiel pornographischer Inhalte (2000); *Gutjahr*, Rechtsprobleme der Verfolgung von Softwarepiraterie, EDVuR 1992/2, 130; *Höhne*, Crime in Cyberspace, MR 2000, 151; *Maleczky*, Urheberrechtsgesetz-Novelle 1993, JAP 1992/93, 238; *Mayer-Schönberger*, Grundsätzliche Probleme und mögliche Lösungen einer Informationsregulierung, in *Maier-Rabler/Mayer-Schönberger/Nening-Schöfbänker/Schmölzer* (Hg), Netz ohne Eigenschaften. Nationale und internationale Netzkommunikation im Spannungsfeld von Meinungsfreiheit, informationeller Selbstbestimmung und staatlicher Reglementierung, Studie im Auftrag des BmWuF (1995) 179; *Proske*, „Hacking“- Eine kriminologische Betrachtung, EDVuR 1990/1, 18; *derselbe*, Hacking im Strafrecht, EDVuR 1990/3, 102; *Röttinger*, Geheimnisschutz im österreichischen Wirtschaftsrecht, Datenschutz und Datensicherung 1992, 121; *Schick/Schmölzer*, Das österreichische Computer-Strafrecht – eine Bestandsaufnahme EDVuR 1992/2, 107; *Schmölzer*, Legistische Tendenzen im Computer-Strafrecht, RZ 1986, 178; *dieselbe*, Rechtsprechung in Computer-Strafsachen, EDVuR 1986/3, 24; *dieselbe*, Computer-Kriminalität: Probleme und Reformbestrebungen – national/international, in *Arbeitsgemeinschaft für Datenverarbeitung/Österreich*, Quo vadis EDV? – Realität und Vision (1987) 724; *dieselbe*, Das neue Computer Strafrecht (Strafrechtsänderungsgesetz 1987), EDVuR 1988/1, 20; *dieselbe*, Prozessuale Zwangsmittel im Fernmeldewesen – Beschlagnahme oder Überwachung? (§§ 143 ff, 146, 149a, 149b StPO), RZ 1988, 247; *dieselbe*, Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtssprechung in Computer-Strafsachen, StPdG 1989/16, 195; *dieselbe*, Geldspielautomaten im österreichischen Strafrecht, ÖJZ 1993, 511; *dieselbe*,

³⁶⁴ Vgl für Näheres *Schmölzer*, Strafrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht 275.

³⁶⁵ Näheres bei www.internet4jurists.at.

³⁶⁶ 7.12.2000, 24 Bs 293/00, Homepage im Internet – Beginn der Antragsfrist, MR 2000, 363; www.internet4jurists.at.

Rechtliche Situation der Informationsregulierung, in *Maier-Rabler/Mayer-Schönberger/Nening-Schöfbänker/Schmölzer*, Netz ohne Eigenschaften (1995) 97; *dieselbe*, „Im Netz gefangen“ – Strafrechtliche Verantwortlichkeit am Info-Highway, in *Mayer-Schönberger/Schneider-Manns-Au* (Hg), Der Jurist am Info-Higway (1997) 198; *dieselbe*, Rückwirkende Überprüfung von Vermittlungsdaten im Fernmeldeverkehr – Anmerkungen zu OGH 6.12.1995, 13 Os 161/95, JBI 1997, 211; *dieselbe*, Strafrechtliche Aspekte zum Thema Rassismus, Neonazismus und Rechtsextremismus im Internet, in *Stiftung Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes* (Hg), Das Netz des Hasses (1997) 146; *dieselbe*, Internet und Strafrecht, StPolG 1998/25, 129; *dieselbe*, Strafrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hg), Informatikrecht (2000) 255; *Ch. Schwaighofer*, Zur Strafbarkeit des Mißbrauchs fremder Bankomatkarten, ÖJZ 1990, 457; *Stabentheiner*, Straf- und zivillegislativer Handlungsbedarf durch Datenhighway und Internet? *ecolex* 1996, 748; *Thiele*, Straftaten im Cyberspace, MR 1998, 219; *Wachter/Winter*, Computerrecht⁴ (1999) 116 f; *Wegscheider*, Computerstrafrecht, StPdG 1990/17, 144; *Wessely*, Sicherheitspolizeiliche und strafprozessuale Erhebungen im Internet, ÖJZ 1996, 612; *Wessely*, Das Fernmeldegeheimnis – ein unbekanntes Grundrecht? ÖJZ 1999, 491; *Zima*, Computerkriminalität in Österreich, Zeitschrift für Kommunikations- und EDV-Sicherheit 1988, 114; *derselbe*, Was ist eigentlich Computerkriminalität? Öffentliche Sicherheit 1990/5, 7.

a.) Datenbeschädigung (§ 126a StGB)

„Wer einen anderen dadurch schädigt, daß er automationsunterstützt verarbeitete, übermittelte oder überlassene Daten, über die er nicht oder nicht allein verfügen darf, verändert, löscht oder sonst unbrauchbar macht oder unterdrückt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen“ (Abs 1). „Unter Daten im Sinn des Abs 1 sind sowohl personenbezogene und nicht personenbezogene Daten als auch Programme zu verstehen“ (Abs 2). Tatbestandsmäßig erfasst ist daher nur die Beschädigung von Software, nicht aber Hardware. Diese unterliegt den allgemeinen Bestimmungen des § 125 StGB (Sachbeschädigung).

„Wer durch die Tat an den Daten einen 25 000 S übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen, wer einen 500 000 S übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen“ (Abs 3).

b.) Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch (§ 148a StGB)

„Wer mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, einen anderen dadurch am Vermögen schädigt, daß er das Ergebnis einer automationsunterstützten Datenverarbeitung durch Gestaltung des Programms, durch Eingabe, Veränderung oder Löschung

von Daten (§ 126a Abs 2) oder sonst durch Einwirkung auf den Ablauf des Verarbeitungsvorgangs beeinflusst, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen“ (Abs 1). Von diesem Tatbestand ist zB der Fall erfasst, dass sich jemand in ein Online-banking-System einhackt, um von dort zu seinen Gunsten oder zu Gunsten Dritter Manipulationen vorzunehmen. Der Tatbestand ist betrugsähnlich, musste aber eigens normiert werden, weil Betrug im herkömmlichen Sinn (§ 146 StGB) die Täuschung einer natürlichen Person voraussetzt, während hier Software-Systeme manipuliert werden. Die Judikatur wendet die Bestimmung auf die Manipulation von Handys an³⁶⁷ („Klonen“³⁶⁸), nicht aber auf die mißbräuchliche Verwendung einer fremden Bankomatkarte³⁶⁹. Dies wird als Diebstahl angesehen. Da die Bankomatkarte freilich per se keinen Vermögenswert hat, sondern die Vermögensverschiebung erst durch die Manipulation des Bankomatsystems eintritt, erscheint die Subsumtion unter § 148a sachgerechter.³⁷⁰ Die Argumentation der Judikatur, dass die Einführung des § 148a StGB nur der Schliessung von Strafbarkeitslücken dienen und keine zusätzliche Betrafung bereits strafbarer Verhaltensweisen schaffen sollte, verfängt demgegenüber nicht, da § 148a StGB nun eben als *lex specialis* anzusehen ist.

„Wer die Tat gewerbsmäßig begeht oder durch die Tat einen 25 000 S übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer durch die Tat einen 500 000 S übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen“ (Abs 2).

c.) Raubkopieren

Die Anfertigung von Software-Raubkopien (Software-Piraterie) ist zwar kein Diebstahl (weil Software keine Sache iSd einschlägigen § 126 StGB ist), aber bei gewerbsmäßiger Begehung – zum Unterschied von unbefugter Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (§ 91 Abs 1) - gem § 91 Abs 2a UrhG strafbar. Dasselbe gilt bei Besitz oder Vertrieb von Vorrichtungen, die ausschließlich dazu bestimmt sind, technische Mechanismen zum Schutz von Software unerlaubt zu umgehen oder zu beseitigen. Verhindert der Inhaber oder Leiter eines Unternehmens solche Manipulationen nicht, ist auch er strafbar (§ 91 Abs 1a und 2 UrhG) In Betracht kommt auch Strafbarkeit gem § 42 Abs 1 Gebrauchsmustergesetz (dazu oben).

³⁶⁷ OGH in JBl 1998, 738.

³⁶⁸ Dazu *Schmölzer* aaO 264.

³⁶⁹ OGH in RZ 1997/50.

³⁷⁰ So auch *Schmölzer* aaO 264 mwN.

d.) Hacking

Hacker, die unbefugt in fremde Computersysteme eindringen, unterliegen zwar keinem eigenen Straftatbestand, können sich aber iSd § 126 StGB (Datenbeschädigung) strafbar machen.³⁷¹ Ist der Tatbestand nicht erfüllt, weil der Hacker ohne Beschädigungsvorsatz eindringt, droht allenfalls Verwaltungsstrafe (vgl § 52 Abs 1 Z 2 DSG: Geldstrafe für vorsätzliche widerrechtliche Zugangsverschaffung zu einer Datenverwendung; erfasst sind vom Datenschutzgesetz freilich nur personenbezogene Daten, siehe oben).

Die §§ 122 ff StGB (Verletzung oder Auskundschaften eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses) werden idR deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil sie Offenbarungs- bzw Verwertungsvorsatz voraussetzen, den Hacker meist ebensowenig haben wie Bereicherungsvorsatz, so dass auch § 148a (Datenverarbeitungsmissbrauch) ausscheidet.

e.) Virenverbreitung

Wer nur fahrlässig Viren verbreitet, indem er zB aus Unachtsamkeit eine verseuchte e-mail weiterleitet, kann zwar schadenersatzpflichtig werden, ist aber nicht strafbar. Die mit Schädigungsvorsatz erfolgte Aussetzung von Viren³⁷² ist hingegen strafbar, und zwar unabhängig davon, ob dies durch den Erzeuger oder jemanden geschieht, der selbst den Virus (zB per mail) erhalten hat. Je nachdem, ob der Schaden an Hard- oder Software eintritt (bzw sich der Schädigungsvorsatz darauf bezieht), ist der Tatbestand des § 125 StGB (Sachbeschädigung) oder des § 126a (Datenbeschädigung) erfüllt.

Auch ohne Schadenseintritt ist nach allgemeinen Regeln des Strafrechts der entsprechende **Versuch** strafbar (§ 15 StGB); Beispiele: Jemand bietet vorsätzlich verseuchte Dateien zum download an, sie werden aber von Virenscannern abgefangen; jemand versendet vorsätzlich eine e-mail, bei der durch Öffnen des attachments ein Virus freigesetzt wird, der Empfänger öffnet das attachment aber nicht.

Keine Strafbarkeit tritt bei absolut untauglichen Versuchen ein. Beispiel. Jemand verschickt ein virenverseuchtes mail in der Annahme, dass der Empfänger durch Kontakt damit krank wird. Fraglich ist die Strafbarkeit im folgenden Fall: Der Absender versendet die verseuchte mail in der Annahme, dass dadurch die Hardware des Empfängers beschädigt wird,

³⁷¹ Allenfalls in Frage kämen noch die §§ 122 ff StGB (Verletzung oder Auskundschaften von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen).

³⁷² Vgl dazu auch *Gantner*, Computerviren, Technik und Recht (1995).

in Wirklichkeit kann der Virus nur Software schädigen (und tut dies auch). Die Strafbarkeit hängt von den verschiedenen Versuchslehren ab.³⁷³ Folgt man der objektiven Betrachtungstendenz der Judikatur, die seit der Entscheidung eines verstärkten Senats³⁷⁴ zu beobachten ist, so läge Strafflosigkeit vor (und zwar sowohl in Bezug auf Sachbeschädigung, weil eben diesbezüglich ein absolut untauglicher Versuch unternommen wurde, als auch in Bezug auf Datenbeschädigung, weil sich der Vorsatz darauf nicht bezieht).

f.) allgemeine Tatbestände³⁷⁵

Abgesehen von den bisher erörterten spezifisch internetrelevanten Tatbeständen werden im Internet auch solche häufig verwirklicht werden, die allgemein strafbar sind. In Betracht kommen vor allem³⁷⁶:

- pornografische Inhalte (§§ 1 f Pornografiegesetz; § 207a StGB³⁷⁷)
- nationalsozialistische Wiederbetätigung (Verbotsgesetz idF BGBl 1992/148; insb 3h, der auf die Verbreitung der Ausschwitz-Lüge³⁷⁸ „in einem Druckwerk, im Rundfunk oder in einem anderen Medium“ abstellt, wodurch zweifellos auch das Internet erfasst ist).

g.) Beitragstäterschaft (insb bei Internet-Providern)

„Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt“ (§ 12 StGB). Während die erste Variante (Anstiftung) im Internet keine erkennbaren Besonderheiten aufwirft, kann die Beitragstäterschaft iSd 2. Variante insbesondere im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Internet-Providern problematisch sein. Die Thematik wurde in der Literatur zB im Zusammenhang mit Selbstmordforen im Internet diskutiert.³⁷⁹ Klar ist dabei die Strafbarkeit des Betreibers des Forums als unmittelbarer Täter (Beihilfe zum Selbstmord, § 78 StGB). Aber auch die entsprechende Verantwortlichkeit des Host-Providers als Beitragstäter kommt bei Vorsatz in Frage.

³⁷³ Vgl Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I⁴ 234 ff.

³⁷⁴ OGH 23.10.1986, SSt 57/8.

³⁷⁵ Zu strafprozessualen Implikationen vgl Schmölzer aaO 279 ff.

³⁷⁶ Weitere Aufzählung bei Schmölzer aaO 269 ff; s dort auch zu Details und weiteren Nachweisen zu den strafrechtlichen Bestimmungen sowie zur Anwendbarkeit des **Mediengesetzes** auf das Internet (dazu auch oben) bzw das www (für letzteres OLG Wien 26.11.1997, 24 Bs 291/97; vgl auch OLG Wien 12.6.1996, 18 Bs 102/96: das Mediengesetz gilt grundsätzlich „auch für die sog neuen Medien“).

³⁷⁷ Pornografische Darstellungen mit Minderjährigen. Strafbar ist sowohl die Herstellung, die zum Zwecke der Verbreitung erfolgte Einfuhr, Beförderung oder Ausfuhr (Abs 1 Z 1), als auch das Anbieten, die Verschaffung, Überlassung, Vorführung oder sonstige Zugänglichmachung (Abs 1 Z 2) wie auch das Sich-Verschaffen oder der Besitz (Abs 3); vgl im einzelnen Freund, Die Strafbarkeit von Internetdelikten.

³⁷⁸ Dazu BGH 12.12.2000, MR 2001, 131.

³⁷⁹ Zankl, E-Commerce-Gesetz in Sicht, AnwBl 2001, 459; derselbe, Der Entwurf zum E-Commerce-Gesetz; derselbe, Was ich nicht weiß, macht mich nicht haftbar, Die Presse, www.diepresse.at/Archiv.

Probleme dieser Art sind nun allerdings durch das E-Commerce-Gesetz insofern entschärft, als es im Sinne einer horizontalen Haftungsbeschränkung Access-Provider grundsätzlich überhaupt und Host-Provider außer bei Kenntnis des Inhalts und der Rechtswidrigkeit der gehosteten Informationen von jedweder Verantwortung befreit (s unten).

h.) Internationales Strafrecht

Im Hinblick auf die Denzentralisierung und Ubiquität des Internet werden auch im Strafrecht häufig grenzüberschreitende Sachverhalte auftreten, womit sich die Frage nach der Anwendbarkeit des österreichischen Strafrechts stellt. Auszugehen ist dabei vom Territorialitätsprinzip des § 62 StGB: „Die österreichischen Strafgesetze gelten für alle Taten, die im Inland begangen worden sind“. Bestimmte Taten unterliegen jedoch unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts auch dann der österreichischen Strafgerichtsbarkeit, wenn sie im Ausland begangen wurden (§ 64 StGB). Dazu gehört gem § 64 Z 4a StGB insbesondere auch der oben erörterte Tatbestand der pornografischen Darstellungen mit Unmündigen (§ 207a StGB).

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wird den kriminellen Ausprägungen des Internet insbesondere durch folgende Maßnahmen Rechnung getragen³⁸⁰:

- Aktionsplan zur Bekämpfung illegaler und schädlicher Inhalte in globalen Netzen.³⁸¹
- Gemeinsamer Standpunkt vom 27.5.1999 zu den Verhandlungen im Europarat betreffend das Übereinkommen über Cyber-Kriminalität.³⁸²

II. Haftung für fremdes Fehlverhalten

Literatur: *Brenn*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481; *Zankl*, Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, JBI 2001, 409.

1. Haftung für Links

Literatur: *Bettinger/Freytag*, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links – Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, 545; *Brenn*, Haftet ein Internet-Service-Provider für die von ihm verbreiteten Informationen? *ecolex* 1999, 249; *Kresbach*, Liability for Links, *World Law Report* 05/01, 13; *Zankl*, Haftung für Hyperlinks im Internet, *ecolex* 2001, 354; *derselbe*, Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, JBI 2001, 409;

³⁸⁰ S im einzelnen *Schmölzer* aaO

³⁸¹ ABI L 33, 6.2.1999.

³⁸² ABI L 142, 5.6.1999.

(Hyper-)Links sind auf Websites angebrachte Verknüpfungen, die so programmiert sind, daß man durch Anklicken eines bestimmten Symbols oder Textteils direkt auf die verlinkte Seite gelangt. Technisch kann dies entweder in der Form geschehen, daß die verlinkte Seite (durch sog Frames) als Teil der eigenen Seite erscheint oder so, daß man vollständig auf die fremde Startseite manövriert wird, deren URL (Adresse) dann auch im entsprechenden Feld aufscheint (Surface-Link). In Betracht kommen auch sog Deep-Links, durch die der User auf einen „tieferliegenden“ Inhalt der fremden Seite verwiesen wird, ohne daß deren Betreiber sofort erkennbar ist. In allen Fällen stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit des Linksetzers für den fremden Inhalt.³⁸³ Während in Deutschland diesbezüglich eine breite Diskussion im Gange ist³⁸⁴ und auch bereits mehrere Instanzentscheidungen vorliegen³⁸⁵, ist die Problematik in Österreich bislang eher unbeachtet geblieben. Erstmals hatte nun aber der OGH in der Entscheidung 4 Ob 274/00y vom 19.12.2000 Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

Anlaß war eine Homepage der Beklagten, auf der sich ein Link auf die Homepage „jobmonitor.com“ befand. Diese Seite war ursprünglich für die Beklagte, seit 1999 aber für ein in den USA ansässiges Unternehmen registriert. Jobmonitor.com enthielt Stelleninserate, die zuvor in der Zeitung der Klägerin bzw in ihrer Online-Ausgabe erschienen waren. Die Klägerin berief sich daher auf das UWG und beehrte Unterlassung, wogegen die Beklagte ua den Einwand mangelnder Passivlegitimation erhob, da sie nicht mehr Inhaberin der betreffenden Domain sei.

Der OGH konstatiert zunächst ein wettbewerbswidriges Verhalten des Betreibers von „jobmonitor.com“, wirft sodann die Frage nach der Verantwortlichkeit der Beklagten für den Link auf diese Seite auf und geht dabei davon aus, daß im österreichischen Recht keine einschlägigen Bestimmungen existieren. Im einzelnen setzt die Entscheidung bei der Beobachtung an, daß ein Linksetzer „will und demnach zurechenbar veranlasst“, dass ein User von seiner (des Linksetzers) Seite auch auf den Inhalt der über den Link erreichbaren fremden Seite zugreifen kann. Er vermittele also den Zugriff und trage – „gleichsam als Gehilfe des Verfügungsberechtigten der verwiesenen fremden Seite“ – zu deren Sichtbarmachung bei, was wettbewerbsrechtlich als Beitragstäterschaft zu werten sei. „Wer seine Seite mit einer fremden Seite durch einen Link verknüpft, macht sich das Angebot auf der fremden Seite zu eigen und

³⁸³ Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit links überhaupt ohne Zustimmung des Verlinkten zulässig und wettbewerbskonform sind, wobei besondere Probleme bei Inline-Linking und Framing auftreten (vgl *Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 119 f); die deutsche Judikatur hat Inline-Linking einmal zugelassen (OLG Düsseldorf 19.6.1999, 20 U 85/98, K&R 2000, 87), einmal (aus urheberrechtlichen Gründen) verboten (LG Hamburg 12.7.2000, 308 O 205/00).

³⁸⁴ Vgl zB *Bettinger/Freytag*, CR 1998, 545; *Plaß*, WRP 2000, 599.

³⁸⁵ Vgl zuletzt etwa LG München 25.5.2000; LG München 20.9.2000, beide im Volltext auf www.netlaw.de; weitere Nachweise bei *Gruber* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 119 f.

hat dafür wettbewerbsrechtlich einzustehen.“ Im vorliegenden Fall entstehe der Eindruck, der Linksetzer erweitere sein eigenes Angebot durch Hinweis auf das Angebot Dritter. Er müsse sich daher den Inhalt der fremden Seite als eigenen Inhalt zurechnen lassen.

Betrachtet man die Thematik zunächst ganz unbefangen und losgelöst vom konkreten Sachverhalt, so fällt auf, daß sie zwar technisch, nicht aber der Sache nach völlig neu ist. Vielmehr hat es immer schon (zB in Form von Zitaten) Verweise auf fremde Inhalte gegeben. Anders als bisher ermöglicht die Internettechnik freilich den direkten Zugriff auf die verwiesene Materie und im Wege der oben erwähnten Linkprogrammierungen sogar die Einbindung in die eigene Seite. Diese Erkenntnis ist freilich ambivalent. Auf der einen Seite ergibt sich aus ihr zwar, daß wohl beide Fälle gleich behandelt werden sollten – es kann keinen wesentlichen Unterschied machen, ob sich zB der Hinweis „vgl dazu ...“ in einem Buch oder auf einer Website befindet (konsequenterweise dürfte es dann aber auch keine Rolle spielen, ob dieser Hinweis auf einer Website mit oder als bloßer Textverweis ohne Link aufscheint). Vielmehr geht es in beiden Fällen in juristisch grundsätzlich gleicher oder zumindest ähnlicher Weise um die Verantwortlichkeit für fremde Inhalte, in deren Kausalitätskette man insofern eingebunden ist, als man auf sie verweist und damit eine Bedingung für ihre Verbreitung setzt (im einzelnen könnte allenfalls nach der Art des jeweiligen Links unterschieden werden). Soweit ersichtlich, ist die damit einhergehende Problematik freilich auch in ihrer herkömmlichen Erscheinungsform (offline) noch nicht wirklich gelöst, so daß auch die Analyse der Link-Thematik gewissermaßen bei Null beginnen muß.

Geht man sohin von der erwähnten OGH-Entscheidung aus, so ist vorweg klarzustellen, daß diese keinesfalls so verstanden werden sollte, daß der OGH eine generelle Verantwortlichkeit für Links auf fremde Websites annimmt. Abgesehen davon, daß die Rechtslage bei Suchmaschinen, die letztlich auch Links generieren, ausdrücklich offen gelassen wird³⁸⁶, ist insbesondere nicht zu verkennen, daß die Entscheidung wettbewerbsrechtliche Besonderheiten betrifft. Ihre Ausführungen lassen sich daher nicht ohne weiteres auf andere Fälle und Rechtsgebiete übertragen. Besonders deutlich wird dies am Beispiel **schadenersatzrechtlicher Konstellationen**: Wer seine Website mit einer fremden Seite verlinkt, auf der sich rechtswidrige Inhalte befinden, kann dafür nicht einfach mit der Begründung der vorliegenden Entscheidung haftbar gemacht werden, dass sich der Linksetzer „den Inhalt der fremden Seite als eigenen Inhalt zurechnen lassen“ muß. Vielmehr ist eine Zurechnung fremden Fehlverhaltens nach allgemeinen

³⁸⁶ Siehe dazu unten

Grundsätzen des Zivilrechts nur ausnahmsweise bei Vorliegen entsprechender Zurechnungselemente – zB nach den Regeln der Gehilfenhaftung – möglich.

In diesem Zusammenhang fällt auf, daß die Entscheidung den Linksetzer als **Gehilfen** des Verlinkten bezeichnet. Dies mag im Sinne einer wettbewerbsrechtlichen Beihilfenschaft des Linksetzers zutreffen, nicht aber auf zivilrechtliche Szenarien; denn wenn die Zurechnung des Fehlverhaltens des Verlinkten an den Linksetzer zur Diskussion steht, kommt es schadenersatzrechtlich nicht darauf an, ob der Linksetzer Gehilfe des Verlinkten ist, sondern es muß umgekehrt darauf abgestellt werden, ob der Verlinkte als Gehilfe des Linksetzers angesehen werden kann.

Geht man von dieser Prämisse aus, so zeichnen sich zivilrechtlich erste **Zurechnungskonturen** ab, denn immerhin trifft die für die Gehilfenhaftung typische Interessenlage – der Geschäftsherr erweitert durch die Einschaltung von Hilfspersonen seinen Aktionsradius – in gewisser Hinsicht auch auf die Verwendung von Links zu: Der Linksetzer erspart sich durch die Verknüpfung eine Programmierung eigener Inhalte. Wenn sich also auf der verlinkten Seite haftungsbegründende Rechtsverletzungen befinden, so könnte erwogen werden, die Haftung des Linksetzers gegenüber dem Geschädigten unter Anknüpfung an die Regeln der Gehilfenhaftung davon abhängig zu machen, ob er mit diesem vertraglich (§ 1313a ABGB) oder nur deliktisch (§ 1315 ABGB) in Beziehung steht. Auf die entsprechenden Implikationen wird noch zurückzukommen sein.

Keine Rolle dürfte es jedenfalls spielen, ob der Verlinkte überhaupt davon weiß, dass ein Link auf seine Seite gesetzt wird, denn auch sonst kann eine natürliche Person **instrumentalisiert** werden, ohne dass dies ihrer zivilrechtlichen Qualifikation als Gehilfe Abbruch tut. Man denke nur an den Fall, dass jemand einem anderen heimlich etwas zusteckt, damit dieser es unbemerkt über die Grenze bringt. Wenn der Betreffende dabei Dritte schädigt, wäre nicht einzusehen, warum diese weniger geschützt sein sollten als hätte der Betreffende von seinem „Botendienst“ gewusst. Dies ergibt sich auch daraus, dass es für die Zurechnung des schädigenden Gehilfenverhaltens ganz allgemein nicht auf das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gehilfen, sondern auf die Beziehung zwischen dem Geschäftsherrn und der Außenwelt ankommt. Es ist daher irrelevant, ob der Gehilfe mit dem Geschäftsherrn in vertraglichen, geschäftlichen oder gar keinen Beziehungen steht. Der Grundgedanke, dass der Geschäftsherr durch Einsatz von Hilfspersonen profitiert, so dass er auch jenes Risiko tragen soll, das für Dritte mit der Erweiterung des Kreises potentieller Schädiger einhergeht, trifft auf alle

Fälle gleichermaßen zu. Die Anwendbarkeit der §§ 1313a und 1315 ABGB scheitert daher auch im vorliegenden Fall nicht daran, dass der Verlinkte idR nichts „von seinem Glück“ weiß.

Dieser Umstand ist freilich insofern signifikant, als es um seine eigene Haftung geht. Auch wenn er nämlich durch den Link seinerseits zumindest latent profitiert, weil dadurch nun idR seine Seite häufiger aufgerufen wird, kann der Linksetzer nicht auch als sein Gehilfe angesehen werden. Die diesbezüglichen Ausführungen des OGH in der Entscheidung *jobmonitor.com* (der Linksetzer trage „gleichsam als Gehilfe des Verfügungsberechtigten der verwiesenen fremden Seite zu deren Sichtbarmachung bei“) sind – wie bereits dargelegt – nur auf die **wettbewerbsrechtliche Beitragstäterschaft** zu beziehen.

Hält man also an der grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 1313a und 1315 ABGB fest, so ist zwischen den Fällen vertraglicher und deliktischer Haftung, also danach zu unterscheiden, ob der Linksetzer mit dem durch den Inhalt der verlinkten Seite Geschädigten vertraglich oder nur deliktisch verbunden ist. Ersterenfalls müßte er sich jedes Verschulden des Verlinkten zurechnen lassen (§ 1313a), letzterenfalls – und diese Variante wird dem Regelfall entsprechen – nur insoweit, als dieser wissentlich gefährlich oder untüchtig wäre (§ 1315). Sieht man von der Untüchtigkeit einmal ab, die in Fällen der vorliegenden Art kaum vorkommen wird (der Tatbestand wäre etwa erfüllt, wenn ein Arzt auf seiner Homepage medizinische Ratschläge erteilt und dabei einen Link auf die Homepage eines medizinischen Laien setzt), so wird die Haftung idR nur bei **Wissentlichkeit** zum Tragen kommen.

Dies ist systematisch insofern stimmig, als nach Art 14 der E-Commerce-RL auch der **Host-Provider** für fremde Inhalte, die über seinen Server ins Netz gelangen, grundsätzlich nur bei Wissentlichkeit haftet. Ein Unterschied zwischen diesem Konzept und der Verantwortlichkeit nach § 1315 ABGB besteht allerdings darin, dass sich die Kenntnis nach der E-Commerce-RL auf die Rechtswidrigkeit selbst, jene nach § 1315 ABGB aber nur auf gefährliche Eigenschaften des Gehilfen beziehen muß. Es würde daher zwar ein Linksetzer für Vermögensschäden haften, wenn Täuschungen von der verlinkten Homepage eines Betreibers ausgehen, von dem der Linksetzer weiß, dass dieser wegen Betrugs vorbestraft ist; der Host-Provider würde demgegenüber nur verantwortlich, wenn er von der Rechtswidrigkeit der Täuschungshandlungen selbst weiß³⁸⁷, die bloße Kenntnis von der Gefährlichkeit des Betrügers würde hingegen kein hinreichendes Zurechnungskriterium begründen. Diese Unterscheidung, die letztlich auf eine strengere Haftung des Linksetzers hinausläuft, ist

³⁸⁷ Oder wenn ihm in bezug auf Schadenersatzansprüche zumindest „Tatsachen oder Umstände bewusst“ sind, aus denen rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird.

freilich insofern gerechtfertigt, als dieser am Inhalt der fremde Seite „näher dran“ ist als ein bloßer (Host-)Provider. Während dieser keinen direkten Sachzusammenhang mit dem fremden Inhalt herstellt, nimmt der Linksetzer diesbezüglich eine bewusste Selektion vor. So gesehen, erscheint seine weitergehende Haftung sachgerecht.³⁸⁸

Offen bleibt damit freilich, ob und inwieweit dieses Haftungsmodell auch dann gilt, wenn die verlinkte Seite ursprünglich rechtens war, der Betreiber ihren **Inhalt** aber in der Folge so **ändert**, daß dieser rechtswidrig wird.³⁸⁹ In diesen Fällen könnte eine Haftung wegen Organisationsverschuldens des Linksetzers in Betracht gezogen werden, was freilich voraussetzen würde, diesem - als eine Art Verkehrssicherungspflicht, weil er durch den Link den Weg zu einer potentiellen Gefahrenquelle eröffnet – die Verpflichtung aufzuerlegen, in regelmäßigen Abständen jene Seiten zu kontrollieren, auf die er verweist. Eine solche Verpflichtung wird von der erwähnten Entscheidung des AG Berlin-Tiergarten mit der Begründung abgelehnt, daß dies zu Rechtsunsicherheit führen würde (weil unklar wäre, wie oft der Linksetzer zu kontrollieren hätte). Weiters geht das AG davon aus, dass dem Linksetzer diesbezüglich allenfalls Fahrlässigkeit, nicht aber Vorsatz zur Last fiele (der für die Strafbarkeit im Anlaßfall erforderlich war).

Versucht man diese Erwägungen in einen privatrechtlichen Kontext zu bringen, so muß die Bewertung des zweiten Arguments (keine Strafbarkeit mangels Vorsatzes) neutral ausfallen, weil die entsprechenden Zurechnungskriterien – wie bereits dargelegt – im Strafrecht auf der einen und im Privatrecht auf der anderen Seite auf verschiedenen Gesichtspunkten beruhen. Das zweite Argument betrifft hingegen die grundsätzliche und auch für das Privatrecht zu stellende Frage, inwieweit den Linksetzer spezielle **Beobachtungspflichten** in bezug auf die verlinkten Inhalte treffen. Wenn das deutsche Gericht derartige Pflichten mit der Begründung ablehnt, daß die Annahme von Kontrollpflichten Unklarheiten darüber mit sich brächte, in welchen Abständen diese zu erfüllen sind, so ist dies zwar grundsätzlich richtig, allerdings auch dort der Fall, wo derartige Pflichten unstrittig bestehen (zB für Händler, Stichproben zu ziehen, um mangelhafte Ware zu entdecken). Das Argument der Rechtsunsicherheit spricht daher nicht unbedingt gegen die Annahme, dass auch im vorliegenden Fall gelegentliche Kontrollen durchzuführen sind.

Schon eher könnte demgegenüber die **E-Commerce-RL** Argumente gegen Beobachtungspflichten des Linksetzers liefern, denn Art 15 befreit

³⁸⁸ Problematisch erscheint unter diesem Gesichtspunkt freilich die in der vorigen Fußnote erwähnte erweiterte Haftung des Providers in bezug auf Schadenersatzansprüche.

³⁸⁹ Siehe zu diesem Fall AG Berlin-Tiergarten 30.6.1997, www.online-recht.de.

Provider ausdrücklich von allgemeinen Verpflichtungen, „die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Inhalte zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. Gegen die Relevanz dieser Grundwertung im vorliegenden Fall kann freilich wiederum eingewendet werden, dass der Provider eine rein technische Informationsvermittlung entfaltet, während der Linksetzer bewusst fremde Inhalte auswählt und deshalb auch eine erhöhte Verantwortung tragen sollte.

Der entscheidende Wertungsgesichtspunkt dürfte zumindest im Zivilrecht eher darin zu finden sein, dass es auch keine Pflicht gibt, den Besorgungsgehilfen kontinuierlich zu beobachten. Wenn man daher vom Grundkonzept der Gehilfenhaftung ausgeht, erschiene es nur konsequent, auch diesen Aspekt zu berücksichtigen. Der vorliegende Fall ist insofern mit jenem vergleichbar, in dem ein Gehilfe, der zunächst – im Zeitpunkt seiner Auswahl - nicht gefährlich ist, es in der Folge aber wird, ohne dass der Geschäftsherr davon Kenntnis erlangt. Auch in diesen Konstellationen sind – soweit ersichtlich – bislang keine **Nachforschungspflichten** angenommen worden, für deren Verletzung der Geschäftsherr bei einem geringeren Verschuldensgrad als Wissentlichkeit haften muß. Bei genauer Analyse erschiene dies auch höchst widersinnig, denn eine solche Differenzierung liefe darauf hinaus, den Geschäftsherrn für die (ungewisse) Zukunft strenger haften zu lassen als für die (gewisse) Gegenwart. Wenn er schon für gegenwärtige Eigenschaften des Gehilfen (die eruiert sind) nur bei Wissentlichkeit – also ohne spezielle Nachforschungspflichten - haftet, dann muß dies umso mehr für zukünftige Entwicklungen gelten (über die man sich naturgemäß nicht oder zumindest nicht mit derselben Sicherheit informieren kann). Hält man daher in bezug auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Linksetzers an der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Gehilfenhaftung fest, so wäre eine Haftung für nachträgliche Inhalte auf der verlinkten Seite mangels besonderer Beobachtungspflichten³⁹⁰ abzulehnen.

Weniger zielführend erscheint demgegenüber der in Deutschland verbreitete Ansatz, den Linksetzer für Rechtswidrigkeiten auf verlinkten Seiten insoweit zur Verantwortung zu ziehen, als er sich deren **Inhalt zu eigen macht**, indem er sich gewissermaßen damit identifiziert.³⁹¹ Diese Betrachtungsweise erscheint auf den ersten Blick plausibel und eine einheitliche Lösung für alle Rechtsgebiete zu ermöglichen. Genau genommen dreht sich die Argumentation freilich im Kreis, denn daß für eigene Inhalte zu haften ist, versteht sich von selbst. Die entscheidende

³⁹⁰ Solche werden aber offenbar von *Gruber in Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 117, angenommen.

³⁹¹ ZB LG Hamburg 12.5.1998, www.netlaw.de; LG Lübeck 24.11.1998, www.netlaw.de; OLG München 3.2.2000, www.netlaw.de; LG München 15.5.2000, www.netlaw.de; *Plaß*, WRP 2000, 608 mwN.

Frage – wann und wodurch sich ein Linksetzer fremden Inhalt zu eigen macht – bleibt offen und wird in Deutschland erwartungsgemäß auch nicht einheitlich, sondern eher kasuistisch beantwortet. Daß dies zu zahlreichen Unklarheiten und schwerfälligen Abgrenzungsschwierigkeiten führt, liegt auf der Hand.

Der einzige Fall, der mit Hilfe des Identifikationstheorems einigermaßen zuverlässig beurteilt werden kann, ist jener, in dem es um die Haftung des Betreibers einer **Suchmaschine** geht. Da dieser sich die durch den Suchmechanismus generierten Links ganz offensichtlich nicht zu eigen macht, bleibt eine Haftung eindeutig außer Betracht. Zum selben Ergebnis gelangt man freilich auch unter Zugrundelegung des oben erwogenen Gehilfenansatzes: Da die Suchmaschine rein mechanisch sämtliche Seiten aufzeigt, die Übereinstimmungen mit dem gesuchten Begriff aufweisen, der Betreiber sohin keinerlei Selektion in bezug auf die angezeigten Homepages vornimmt, können dessen Betreiber nicht als seine Gehilfen angesehen werden. Da auch keine anderen Zurechnungselemente erkennbar sind, scheidet eine Verantwortlichkeit somit jedenfalls im Rahmen des Zivilrechts aus. Im übrigen wird freilich eine Haftung auch außerhalb des bürgerlichen Rechts (zB im Strafrecht) idR am Verschulden des Betreibers der Suchmaschine scheitern, weil von diesem im Hinblick auf die enorme Quantität der von Suchmaschinen frequentierten und generierten Inhalte ebensowenig aktive Kontrollen verlangt werden kann wie von Providern, welche die E-Commerce-RL – wie bereits dargelegt - ausdrücklich davon dispensiert, von sich aus entsprechend tätig zu werden (Art 15). Dabei ist freilich zu beachten, daß Unterlassungspflichten kein Verschulden, sondern nur eine akut drohende oder bereits eingetretene Rechtsverletzung mit Wiederholungsgefahr voraussetzen.³⁹² Ob freilich überhaupt ein eigenes Fehlverhalten (Rechtswidrigkeit) desjenigen vorliegt, der nur bestimmte Zusammenhänge zu jener Homepage herstellt, die den unmittelbar rechtswidrigen Inhalt enthält, richtet sich wiederum nach der jeweiligen Rechtsmaterie.

Kehrt man diesbezüglich nochmals ins allgemeine Privatrecht zurück, so lassen sich schließlich auch zwei weitere Fragestellungen, die unter Zugrundelegung der deutschen Identifizierungstheorie Schwierigkeiten bereiten, mit Hilfe des Gehilfenansatzes einigermaßen befriedigend beantworten. Zum einen geht es um das Problem des **Weiterverlinkens**, also um die Frage, inwieweit der ursprüngliche Linksetzer verantwortlich wird, wenn der Verlinkte seinerseits Links auf weitere Seiten usw. setzt. Konzentriert man sich diesbezüglich wieder auf den hier relevanten Hauptfall des § 1315 ABGB, so wird diesbezüglich eine dem

³⁹² Koziol/Welser¹¹ II 24.

Geschäftsherrn zurechenbare Gehilfenkette dann angenommen, wenn er die Heranziehung von (mittelbaren) Gehilfen durch seinen (unmittelbaren) Gehilfen in Kauf genommen hat.³⁹³ ME kann dies allerdings nur für den Fall der Untüchtigkeit gelten, nicht aber für die Variante der Kenntnis von der Gefährlichkeit, denn sonst würde der Geschäftsherr für das Fehlverhalten mittelbarer Gehilfen strenger haften als für jenes unmittelbarer Gehilfen. Dies deshalb, weil er für den unmittelbaren Gehilfen jedenfalls nur bei Kenntnis haftet. Würde nun der (ungefährliche) unmittelbare Gehilfen seinerseits einen gefährlichen (mittelbaren) Gehilfen einsetzen und käme es diesbezüglich nur darauf an, daß der Geschäftsherr den Einsatz dieses Gehilfen in Kauf genommen hat, so wäre dies eine schärfere Haftungsvoraussetzung als jene in bezug auf den unmittelbaren Gehilfen, bei dem es nicht genügt, die Gefährlichkeit nur in Kauf zu nehmen, sondern positive Kenntnis verlangt wird. Im Ergebnis wird also – was die Variante der Gefährlichkeit betrifft - auch im Fall des Weiterverlinkens eine Haftung des ersten Linksetzers nur bei positiver Kenntnis der Gefährlichkeit weiterer Verlinkter in Frage kommen.

Ob sich der Linksetzer mit deren Inhalten oder mit jenen des ersten Verlinkten identifiziert (was zB bei reinen **Linksammlungen**³⁹⁴ im allgemeinen nicht der Fall wäre) spielt in diesem Modell – um damit zum zweiten Problemkreis zu kommen - keine Rolle. Das System der Gehilfenhaftung beruht definitionsgemäß nicht auf eigenem Verhalten des Geschäftsherrn, sondern auf Zurechnungskriterien, die von der Einstellung des Geschäftsherrn gegenüber den Aktivitäten des Gehilfen unabhängig sind.

Fraglich bleibt die Zurechnung damit allerdings im umgekehrten Fall, in dem sich der Linksetzer nicht identifiziert, sondern ausdrücklich (oder stillschweigend) vom Inhalt der verlinkten Seiten **distanziert**. Da es – wie bereits erwähnt – bei Vorliegen der Zurechnungsvoraussetzungen des § 1315 ABGB auf ein eigenes Verschulden oder Verhalten des Geschäftsherrn nicht weiter ankommt, könnte eine solche Distanzierung allenfalls als Haftungsfreizeichnung in bezug auf das Fehlverhalten des Gehilfen gedeutet werden. Für die Reichweite einer solchen Klausel wäre wiederum auf allgemeine Regeln des Zivilrechts zurückzugreifen, nach denen grundsätzlich³⁹⁵ die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit als wirksam, für Vorsatz als unwirksam (weil sittenwidrig) und für grobe Fahrlässigkeit als fraglich angesehen wird³⁹⁶. Überträgt man dieses System auf den vorliegenden Fall und qualifiziert man die Distanzierung

³⁹³ Reischauer in Rummel II² § 1315 Rz 8.

³⁹⁴ Vgl zB auf www.zankl.at: „Fachspezifische Internetadressen“.

³⁹⁵ Vgl aber zB die Sonderbestimmungen des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

³⁹⁶ Vgl Kozioł, Haftpflichtrecht³ | 540 ff.

als eine Art Haftungsausschluß, so wäre nochmals zu betonen, daß es diesbezüglich nicht auf das Verschulden des Linksetzers ankäme (weil dieses bei Zurechnung des Gehilfenverhaltens unbeachtlich ist), sondern auf jenes des Verlinkten, das sich der Linksetzer unter den Voraussetzungen des § 1315 zurechnen lassen muß. Wenn also zB der Linksetzer einen Link auf die Seite eines untüchtigen Domain-Inhabers setzt³⁹⁷, die rechtswidrige Inhalte aufweist, sich aber vom Inhalt der auf seiner Homepage angebrachten Links vorsichtshalber distanziert, so wäre er haftungsfrei, wenn der (untüchtige) Domain-Inhaber in bezug auf die rechtswidrigen Inhalte seiner Seite nur leicht fahrlässig war³⁹⁸.

Zu beachten ist auch, daß die Distanzierung in bezug auf **Unterlassungspflichten** außer Betracht bleiben muß, weil diese – wie bereits erwähnt – verschuldensneutral sind, ein vom Verschuldensgrad abhängiger Haftungsausschluß daher keine Rolle spielen kann. Zur Unterlassung ist daher ein Linksetzer - oder wer immer sonstwie einen relevanten Zusammenhang zu einer fremden website herstellt - unter den vom OGH im oben besprochenen Fall 2 aufgestellten Voraussetzungen³⁹⁹ unabhängig davon, ob er sich von den beanstandeten Inhalten distanziert. Auch im erwähnten Fall 2 hätte sich daher die Domain-Vergabestelle ihrer Unterlassungspflicht nicht dadurch entziehen können, daß sie sich von den inkriminierten Inhalten distanziert.

Alles in allem gilt daher sowohl für die Link-Problematik als auch für die übrigen Fälle der Verantwortlichkeit Dritter für fremde Internetinhalte, daß zum einen zwischen bloßen Unterlassungspflichten – welche kein Verschulden voraussetzen – und (zB straf- oder zivilrechtlichen) Haftungsszenarien unterschieden werden muß. Weiters kommt es auf die **Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes** und der konkreten Tatbestände an, aus deren Verwirklichung sich die jeweilige Rechtsverletzung ergibt. Eine einheitliche Lösung ist somit de lege lata nicht in Sicht, sondern könnte allenfalls de lege ferenda, zB anlässlich der bevorstehenden Umsetzung der E-Commerce-RL⁴⁰⁰, erfolgen.

2. Haftung für Ehrenbeleidigung

Die Rechtsprechung hatte sich kürzlich mit einem Fall zu beschäftigen⁴⁰¹, in dem von einer fremden – nicht für den Beklagten registrierten -

³⁹⁷ Siehe das Beispiel oben

³⁹⁸ Wobei sich die Frage so natürlich nur dann stellt, wenn die leichte Fahrlässigkeit des Gehilfen überhaupt – wie zB in bezug auf absolut geschützte Güter – haftungsbegründend ist (vgl dazu *Zankl*, Haftung für Fehlinformation im Internet, *ecolex* 2000, 472; *denselben*, Haftung für falsche Börsen- und Währungskurse im Internet? *Raiffeisenblatt* 2001, 13).

³⁹⁹ „Wenn der Verletzte unter Darlegung des entsprechenden Sachverhalts ein Einschreiten verlangt und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist“.

⁴⁰⁰ Dies hat bis 17. Jänner 2002 zu geschehen (Art 22) und wird in Form eines eigenen E-Commerce-Gesetzes erfolgen (vgl *Zankl*, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, *NZ* 2001, 288.

⁴⁰¹ 6 Ob 307/00s vom 22.2.2001.

Homepage ehrenrührige und kreditschädigende Äußerungen ausgingen. Es handelte sich um die in Deutschland für eine dort ansässige Firma registrierte homepage „t....de“, die auf diversen Unterseiten ua „Ingrid R’s homepage“ enthielt. Auf dieser fanden sich ehrenrührige und **kreditschädigende Vorwürfe** gegen den klagenden Arzt, der Ingrid R behandelt und dem sie (ungerechtfertigt) Kunstfehler vorgeworfen hatte. Der Kläger beehrte von Ingrid R Unterlassung, wogegen diese einwandte, daß sie einem namentlich genannten Journalisten und Verleger ihre Lebensgeschichte erzählt und ihm das Recht der Veröffentlichung in jeder möglichen Form und in jedem möglichen Medium „abgetreten“ habe. Sie wisse zwar, dass dieser Journalist Informationen ins Internet gestellt habe, sie könne diese aber nicht kontrollieren. Die homepage „t ...de“ mit dem Unterverzeichnis „Ingrid R’s homepage“ werde von diesem Journalisten betreut, wobei die Beklagte keinerlei Möglichkeit habe, gestalterisch oder inhaltlich einzugreifen. Sie selbst habe keine Homepage im Internet eingerichtet.

Der OGH bestätigte die Entscheidung des RekursG, welches in Abänderung der Entscheidung der I. Instanz die beantragte EV erlassen hatte und ging davon aus, daß sich auf **§ 1330 ABGB** gegründete Ansprüche – welche inhaltlich außer Streit standen – nicht nur gegen den unmittelbaren Täter, sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen richten, die den Täter durch eigenes Verhalten bewusst fördern.⁴⁰² Diese Voraussetzung sei hier dadurch gegeben, daß die Beklagte dem Journalisten die entsprechenden Informationen überlassen und ihm das Recht eingeräumt habe, diese in jeder möglichen Form zu verbreiten. Sie habe daher an der Verbreitung der beanstandeten Äußerungen mitgewirkt, ohne dass es darauf ankäme, ob sie auf die inhaltliche Gestaltung der Homepage und ihrer Unterverzeichnisse Einfluss nehmen konnte. Auch der Einwand der Beklagten, sie sei nicht in der Lage, das geforderte Gebot zu erfüllen, sei nicht berechtigt. Das gegenständliche Unterlassungsbegehren beinhalte nämlich seinem Sinn nach auch eine Leistungsverpflichtung, nämlich die Herausnahme (Beseitigung) der beanstandeten Passagen. Es liege diesbezüglich keine Unmöglichkeit der Exekution (nach § 355 EO) vor, weil eine rechtliche und tatsächliche Einflussnahme der Beklagten auf den zur Änderung berechtigten Dritten – etwa durch Entzug der übertragenen Rechte – keineswegs aussichtslos erscheine. Abgesehen davon, daß im Provisorialverfahren nicht zu untersuchen sei, ob ein Dritter die erforderliche Mitwirkung endgültig verweigert, habe die Beklagte nicht einmal behauptet, einen diesbezüglichen Versuch unternommen zu haben. Eine dauerhafte Unmöglichkeit, dem Gebot aus diesen Gründen Folge zu leisten, könne wohl Gegenstand einer Impugnationsklage sein, schließe aber die

⁴⁰² EvBl 1993/160; MR 1997, 23; SZ 70/150.

Schaffung des Exekutionstitels gegen die Beklagte im Sicherungsverfahren nicht aus.

3. Haftung der Domainverwaltungsstelle⁴⁰³

Nach dem Sachverhalt der Entscheidung des OGH vom 13.9.2000 (4 Ob 166/00s) war die Klägerin eine politische Partei, die unter der Bezeichnung fpoe.at eine homepage unterhält. Die Beklagte ist für die **Vergabe von Domain-Namen** unter den Top Level-Domains at, or.at und co.at in Österreich zuständig. Inhaber der Domain fpo.at ist Alan L (USA). Er hat unter dieser, ihm von der Beklagten zugewiesenen Bezeichnung, eine Homepage eingerichtet, die mit jener der Klägerin im wesentlichen identisch ist, hat allerdings im Oktober 1999 Links zu rechtsradikalen Organisationen hergestellt. Die Klägerin wollte – aus verständlichen Gründen - nicht in den USA klagen, sondern begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der österreichischen Beklagten zu gebieten, die Vergabe der Domain fpo.at zu unterlassen, deren von Dritten begehrte Registrierung zu verweigern und die Domain fpo.at zu beseitigen.

Der OGH ging davon aus, daß der Domain-Name zur Identifikation der dahinterstehenden Person, Sache oder Dienstleistung diene; er sei insofern als Kennzeichen mit einem Namen, einer Firma oder einer Marke vergleichbar und daher auch nach **§ 43 ABGB** geschützt. Dies gelte auch für die gebräuchliche Kurzbezeichnung FPÖ. Die Domain fpo.at ziele wegen der inhaltlichen Übereinstimmung und der im englischen üblichen Schreibweise (o statt ö) auf eine Irreführung ab. Die Beurteilung der Passivlegitimation der Vergabestelle richte sich nach den Grundsätzen, die für Fälle mittelbarer Beteiligung an der Störung entwickelt wurden.

⁴⁰³ Zum deutschen Recht vgl BGH 17.5.2001 - I ZR 251/99: Die Messe Frankfurt AG, die unter der Bezeichnung „Ambiente“ eine Messe für Tischkultur, Küche, Wohn- und Lichtkonzepte sowie Geschenkideen veranstaltet und Inhaberin der Marke „Messe Frankfurt Ambiente“ ist, hatte sich dagegen gewandt, daß sich ein Privatmann den Domain-Namen „ambiente.de“ hatte registrieren lassen. Dieser Dritte hatte sich zwar bereit erklärt, diesen Domain-Namen nicht mehr zu benutzen, war aber zu einer Löschung der Registrierung nicht bereit. Darauf verklagte die Messe Frankfurt die DENIC, die Genossenschaft von Internet-Providern, von der die mit „.de“ endenden Domain-Namen vergeben werden. Ziel der Klage war es, die Registrierung von „ambiente.de“ aufzuheben und diese Bezeichnung für die Klägerin zu registrieren. Zwar sei nichts dagegen einzuwenden, daß DENIC den Domain-Namen „ambiente.de“ registriert habe. Nachdem die DENIC inzwischen aber von den bestehenden älteren Rechten an der Bezeichnung „ambiente“ wisse, sei sie verpflichtet, die ursprüngliche Registrierung aufzuheben und den Domain-Namen nunmehr für die Klägerin zu registrieren. Das Landgericht Frankfurt a. M. hatte der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidung bestätigt und klargestellt, daß die DENIC, die die Aufgabe der Registrierung und Verwaltung von vielen Millionen Domain-Namen mit verhältnismäßig geringem Aufwand erledigt, grundsätzlich keine Verpflichtung trifft, bei der Registrierung zu prüfen, ob an der einzutragenden Bezeichnung Rechte Dritter bestehen. Aber auch wenn sie auf ein angeblich besseres Recht hingewiesen wird, kann die DENIC – so der BGH – den Anspruchsteller im allgemeinen auf den Inhaber des beanstandeten Domain-Namens verweisen, mit dem – notfalls gerichtlich – zu klären ist, wer die besseren Rechte an der Bezeichnung hat. Nur wenn der Rechtsverstoß offenkundig und für die DENIC ohne weiteres festzustellen sei, müsse sie die beanstandete Registrierung ohne weiteres aufheben. In anderen Fällen brauche sie erst tätig zu werden, wenn ein rechtskräftiges Urteil oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Inhaber der Registrierung die bessere Rechtsposition des Anspruchstellers bestätigt. Im konkreten Fall war zwischen dem Inhaber der Registrierung „ambiente.de“ und der Messe Frankfurt AG streitig, ob aufgrund der Erklärung des Inhabers von „ambiente.de“, diesen Namen nicht mehr zu benutzen, ein entsprechender Vertrag zustande gekommen war. Ob der Messe Frankfurt AG bessere Rechte zustanden, war – so der BGH – für die DENIC nicht offenkundig (Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle, www.jura.uni-sb.de).

Gehilfe im Sinne dieser Rechtsprechung sei aber nur, wer den Täter bewusst gefördert habe. Demnach hafte die Domain-Namensverwalterin, wenn der Verletzte unter Darlegung des entsprechenden Sachverhalts ein Einschreiten verlangt und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sei. Sperre die Vergabestelle in einem solchen Fall die Domain trotz entsprechender Aufforderung des in seinen Rechten Verletzten nicht, könne sie auf Unterlassung, uU auch auf Beseitigung in Anspruch genommen werden. Die Weigerung der Vergabestelle, die Domain zu sperren, obwohl sie Kenntnis von einer offenkundigen Rechtsverletzung erlangt hat, bedeutet in einem solchen Fall nichts anderes, als den offenkundigen Verstoß des unmittelbaren Täters bewusst zu fördern und die Rechtsverletzung auch weiterhin zu ermöglichen. Die Beseitigung eines Domain-Namens könne allerdings nicht im Provisorialverfahren gesichert werden, weil eine EV, die zur Löschung einer registrierten Domain führt, insoweit einen unumkehrbaren Zustand schaffe, als Dritte die Möglichkeit erhalten, die freigewordene Domain für sich registrieren zu lassen.⁴⁰⁴

4. Providerhaftung

Literatur: *Brandl/Mayer-Schönberger*, Die Haftung von Online-Diensten für übermittelte Inhalte, *ecolex* 1996, 129; *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, *ÖJZ* 1997, 641; *derselbe*, Haftet ein Internet-Service-Provider für die von ihm verbreiteten Informationen? *ecolex* 1999, 249; *derselbe*, Der elektronische Geschäftsverkehr, *ÖJZ* 1999, 481; *Engels*, Zivilrechtliche Haftung für Inhalte im World Wide Web, *AfP* 2000, 524; *Ertl*, Zivilrechtliche Haftung im Internet, *CR* 1998, 178; *Freytag*, Providerhaftung im Binnenmarkt – Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie, *CR* 2000, 600; *Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 109; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, *CR* 1997, 193; *Kucsko/Madl*, doingbusiness.at (2000) 44; *Mayer-Schönberger*, Das Recht am Info-Highway (1997) 108; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr? *CR* 2000, 61; *Parschalk*, Providerhaftung für Urheberrechtsverletzungen Dritter, *ecolex* 1999, 834; *Schmölzer/Mayer-Schönberger*, Das Telekommunikationsgesetz 1997, *ÖJZ* 1998, 378; *Thiele*, Der Gerichtsstand bei Wettbewerbsverstößen im Internet, *ÖJZ* 1999, 754; *Tonninger*, Copyright und Urheberrecht im Internet (1998) 201; *derselbe*, Rechtsverletzung im Internet, *ecolex* 1999, 251.

a.) Allgemeines

Bei noch unterschiedlicher⁴⁰⁵ und zT schon wieder neuer Terminologie⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Differenzierend *Zib*, Rechtsfragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, *VesR* 2001 35 (38), wonach die Domain bloß stillgelegt werden sollte. Sie bliebe registriert und könne daher auch nicht für Dritte frei werden.

⁴⁰⁵ Vgl zB die Definitionen bei *Brandl/Mayer-Schönberger*, *ecolex* 1996, 129; *Tonninger*, Copyright 15 f; *Haller* in *Dittrich* (Hg), Beiträge zum Urheberrecht V (1997) 98; *Parschalk*, Urheber-, zivil- und telekommunikationsrechtliche Haftung für im Internet übermittelte Inhalte (1998) 66 ff; *Wimmer*, Der Online-Provider im neuen Multimediarecht (1998) 44 ff; *B. Schauer*, e-commerce 34 ff. S auch die Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über illegale und schädigende Inhalte im Internet, *KOM* (96) 487.

kann als Provider eine natürliche oder juristische Person bezeichnet werden, die

- Zugang zum Internet verschafft (**Access-Provider**) oder (und)
- auf seinem Rechner (Server) Speicherplatz für Erstellung von homepages und deren Aufrufbarkeit im Internet zur Verfügung stellt (**Host-Provider**) oder (und)
- eigene Inhalte auf eigenem Rechner auf eigener homepage ins Internet „stellt“ (**Content-Provider**).⁴⁰⁷

Die Haftung des Providers ist in Österreich derzeit unregelt⁴⁰⁸ (zum deutschen Recht s unten b), wird aber in Umsetzung der E-Commerce-RL (dazu unten c) normiert werden. Es sollte ihr im allgemeinen eher zurückhaltend begegnet werden⁴⁰⁹, da Provider idR nur dadurch kausal werden, daß sie die Technik zur Verfügung stellen, die anderen rechtswidriges Verhalten ermöglicht. Sie ist im Prinzip freilich ohnedies nur für den Host-Provider ein Thema, denn daß ein Content-Provider für seine eigenen Inhalte haftet, versteht sich ebenso von selbst wie die Nichthaftung des Access-Providers, der für rechtswidriges Verhalten von users (zB downloaden von Kinderpornografie oder urheberrechtlich geschützten Werken) ebensowenig verantwortlich sein kann, wie der Erbauer einer Brücke, über die ein Täter zum Tatort gelangt. Es fehlt an der Rechtswidrigkeit. „Näher dran“ ist der Host-Provider, der aber ebenfalls nur „psychisch kausal“ ist. Er setzt die schädigende oder sonst rechtswidrige Handlung nicht selbst, sondern leistet nur dadurch einen kausalen Beitrag, daß er dem Täter das technische Werkzeug zur Verfügung stellt. Die Problematik ist insofern mit jenem Fall vergleichbar, in welchem dem Täter die Tatwaffe verkauft wird und man sich dann die Frage nach der Haftung des Verkäufers stellt. Klar ist diesbezüglich eine Haftung bei Wissentlichkeit. Dies kann aus § 1302 ABGB abgeleitet werden und entspricht auch der E-Commerce-RL (s unten c). Die Haftung bei Fahrlässigkeit ist hingegen problematisch, insbesondere in bezug auf reine Vermögensschäden, weil diese im Rahmen bloß deliktischer Haftung – und nur diese wird dem Regelfall entsprechen – bei Fahrlässigkeit nicht ersetzt werden. Die E-Commerce-RL schließt hingegen in bezug auf Schadenersatzansprüche die Haftung bei (bewusster) Fahrlässigkeit nicht aus (s unten c).

⁴⁰⁶ Vgl etwa *Sträubig*, Projektleitfaden und Internet-Praxis (2000) 24 f, der neuerdings zwischen Full Service Providern (die eigene backbones betreiben) und Application Service Providern (die sich als Anbieter von Software-Dienstleistungen verstehen) unterscheidet.

⁴⁰⁷ Zum Provider allgemein siehe *Rothmüller/Ruhle*, Internet Zugangsmodelle im internationalen Vergleich, MR 2001, 121.

⁴⁰⁸ Die österreichischen Provider haben sich aber in einem Verband zusammengeschlossen (Internet Service Provider Austria – ISPA) und Verhaltensrichtlinien gegeben (vgl www.ispa.at).

⁴⁰⁹ S in diesem Sinne auch den amerikanischen Digital Millenium Copyright Act, December 1998, Pub. L. No 105-304, 112. 2860 (October 28, 1998).

b.) Deutsche Rechtslage

Die Providerhaftung ist in § 5 des deutschen Teledienstegesetzes 1997 (TDG) entsprechend der oben getroffenen Einteilung bereits geregelt (wird aber im Hinblick auf die E-Commerce-RL geändert):

- Abs 1 (*Content-Provider*): Diensteanbieter sind für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.
- Abs 2 (*Host-Provider*): Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern.
- Abs 3 (*Access-Provider*): Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln nicht verantwortlich. Eine automatische und kurzzeitige Vorhaltung fremder Inhalte aufgrund Nutzerabfrage gilt als Zugangsvermittlung.
- Abs 4 betrifft die Verpflichtung zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach allgemeinen Gesetzen.

c) deliktische Haftung/Haftungsbeschränkungen der E-Commerce-RL

aa.) Allgemeines (keine Überwachungspflichten)

Eine durch nationales Recht angeordnete *allgemeine* Verpflichtung der Diensteanbieter iSd Art 12, 13 und 14, die übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu suchen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen, ist unzulässig (Art 15 Abs 1). Demgegenüber scheint es bei wörtlicher Interpretation richtlinienkonform zu sein, derartige Verpflichtungen in *bestimmten* Fällen zu etablieren.⁴¹⁰ Auch Erwägungsgrund 47⁴¹¹ der Richtlinie geht in diesem Sinne davon aus, daß Überwachungsmaßnahmen in spezifischen Fällen aufgrund einzelstaatlicher Anordnungen zulässig sind⁴¹². Fraglich bleibt damit aber, ob sich solche Maßnahmen auf ganz bestimmte websites beziehen müssen oder ob auch Maßnahmen in bezug auf bestimmte

⁴¹⁰ Selbstverständlich stehen den Justizbehörden zielgerichtete Überwachungsmaßnahmen zur Aufklärung bzw Verfolgung von Straftaten oder zum Schutz der nationalen Sicherheit offen. Überwachungs- und Mitwirkungspflichten der Provider aufgrund gesetzlicher Anordnung sollen insofern zulässig sein: *Brenn*, ÖJZ 1999, 489 (zu § 15 des RL-Vorschlags).

⁴¹¹ Widersprüchlich (nämlich gegenüber Art 15) hingegen Erwägungsgrund 48, wonach die Möglichkeit unberührt bleibt, gespeicherte Informationen nach den innerstaatlich auferlegten Sorgfaltspflichten nach rechtswidrigen Inhalten zu überprüfen.

⁴¹² Generell könnte dies auch im Steuerrecht vorgesehen werden, da dieses vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist (Art 1 Abs 5 lit a).

Bereiche (zB Kinderpornografie) vorgesehen werden können. Von der ratio her müssen diese Fälle quantitativ jedenfalls so beschränkt bleiben, dass sie nicht letztlich doch auf eine allgemeine Verpflichtung hinauslaufen.

Warum eine solche nicht zumindest in der Form eingeführt wurde, Screening-Programme laufen zu lassen (wie dies oft bereits jetzt freiwillig geschieht), die ohne besonderen technischen Aufwand bestimmte Schlüsselwörter identifizieren, die auf qualifiziert rechtswidrige Inhalte hindeuten, bleibt fraglich. Provider, die solche Programme (weiter) laufen lassen, wären jedenfalls schlecht beraten, denn sie würden dadurch Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten erlangen und dadurch uU gem Art 14 E-Commerce-RL ihr Haftungsprivileg verlieren (siehe unten).⁴¹³

Immerhin können die Mitgliedstaaten Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, die zuständigen Behörden unmittelbar von mutmaßlichen rechtswidrigen Informationen oder Tätigkeiten zu unterrichten oder sie verpflichten, auf Verlangen den zuständigen Behörden Informationen zu übermitteln, anhand derer die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können (Art 15 Abs 2).

bb.) Reine Durchleitung (Art 12): Access Provider⁴¹⁴

Gem Art 12 ist ein Diensteanbieter, der die **Übermittlung** von eingegebenen Informationen oder den **Zugang** zu einem Kommunikationsnetz anbietet, für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich⁴¹⁵, wenn er die Übermittlung nicht veranlaßt, den Adressaten der übermittelten Information nicht auswählt und die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert (Abs 1). Die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der Informationen zur Durchführung der Übermittlung begründet keine Verantwortlichkeit, wenn die Information nicht länger als üblicherweise erforderlich gespeichert wird (Abs 2).⁴¹⁶

Wenn der Diensteanbieter die Voraussetzungen des Art 12 erfüllt, sind sowohl Schadenersatzansprüche als auch eine strafrechtliche oder

⁴¹³ Vgl auch *Tonninger*, *ecolex* 1999, 252.

⁴¹⁴ vgl auch *Gruber* in *Gruber/Mader* (Hg), *Internet und e-commerce* 121; *Engels*, *Zivilrechtliche Haftung für Inhalte im World Wide Web*, *AfP* 2000, 524 (529); *Moritz*, *Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?* *CR* 2000, 61 (69); *Thiele*, *Der Gerichtsstand bei Wettbewerbsverstößen im Internet*, *ÖJZ* 1999, 754 (761); <http://www.internet4jurists.at>. Zur Haftung des Access Providers als Haupttäter bzw Mittäter bei Urheberrechtsverletzungen Dritter siehe bei *Parschalk*, *Provider-Haftung für Urheberrechtsverletzungen Dritter*, *ecolex* 1999, 834 (835 f).

⁴¹⁵ Vgl auch § 75 TKG.

⁴¹⁶ Zum RL-Vorschlag schon *Brenn*, *ÖJZ* 1999, 488. „Kurzzeitig“ heißt, daß die Speicherung nur so lange erfolgt als es technisch notwendig ist, vgl *KOM* (98) 586 endg. S 33.

⁴¹⁶ Siehe auch bei *Gruber* in *Gruber/Mader* (Hg), *Internet und e-commerce* 121; *Engels*, *AfP* 2000, 529; *Moritz*, *CR* 2000, 69; *Thiele*, *ÖJZ* 1999, 761; <http://www.internet4jurists.at>.

sonstige Verfolgung ausgeschlossen („horizontale Haftungsbeschränkung“), allerdings bleibt gem Abs 3 die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde vom Diensteanbieter die Abstellung oder Verhinderung der Rechtsverletzung verlangt.

Die Bestimmung schützt Anbieter, die nur eine Anbindung an das Internet vermitteln ("Access-Provider"), zB durch Einwahl über Modem oder über eine Standleitung, vor der Haftung für von Nutzern abgefragte und eingegebene Inhalte, selbst wenn sie diese kurzfristig zwischenspeichern. Diese Dienstleistung ist an sich von der Definition eines "Dienstes der Informationsgesellschaft" gem Art 2 lit a nicht gedeckt, da keine "Dienstleistung **im** Fernabsatz" sondern erst der "Zugang **zu** einem Kommunikationsnetz" (Art 12 Abs 1) vermittelt wird. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Art 12 ist aber davon auszugehen, daß diese Bestimmung den Anwendungsbereich erweitert.

Unter Art 12 fallen auch Dienste, die in der Übermittlung von eingegebenen Informationen bestehen, soweit der Provider weder auf den Inhalt noch die Adressaten der Information Einfluß nimmt, so zB Betreiber von Seiten mit der Möglichkeit, SMS zu versenden (zB www.sms.at), und Chatrooms (zB auf www.oe3.at). Auch die Versendung von E-Mails wird von Art 12 erfaßt sein, wenn der Dienst vom Nutzer abgesendete E-Mails übermittelt ohne diese in irgendeiner Weise dauerhaft zu speichern (nicht zB www.gmx.at, weil hier eine Speicherung erfolgt).

Soweit die Speicherung erfolgt, um den entsprechenden Inhalt für Dritte effizienter zugänglich zu machen, gilt nicht Art 12, sondern Art 13 (s unten).

Dienste, die den Empfang von E-Mails ermöglichen (zB ebenfalls auf www.gmx.at), fallen mE ebenfalls nicht unter die Haftungsprivilegierung des Art 12. Dies deshalb, weil die entsprechenden Inhalte langfristig, dh bis zur Löschung durch den Nutzer gespeichert werden und dies einerseits die zeitliche Begrenzung des Abs 2 übersteigt⁴¹⁷, andererseits auch keine bloß automatische Zwischenspeicherung darstellt.

Fraglich ist auch, ab wann eine "Änderung" der Informationen stattfindet: Darunter wird wohl eine bewußte inhaltliche Veränderung zu verstehen sein, da sich im Zuge der Übertragung von einem Computersystem auf ein anderes relativ häufig technisch bedingte Änderungen (zB bei Dateinamen, Zeilenumbruch etc) ergeben, die für sich aber keine Verantwortung des Diensteanbieters begründen sollten.

⁴¹⁷ „Kurzzzeitig“ heißt, daß die Speicherung nur so lange erfolgt als es technisch notwendig ist, vgl KOM (98) 586 endg. S 33.

cc.) Caching (Art 13)⁴¹⁸

Art 13 Abs 1 befreit Diensteanbieter, die vom Benutzer eingegebene Informationen übermitteln, von der Verantwortlichkeit für die automatische, zeitlich begrenzte⁴¹⁹ **Zwischenspeicherung**, die dem alleinigen Zweck dient, die Übermittlung der Informationen effizienter zu gestalten, wenn die Anbieter

- die Information nicht verändern
- die Bedingungen für den Zugang zur Information beachten
- die Regeln für die Aktualisierung der Information beachten (hier wird auf Industriestandards verwiesen)
- die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung von Informationen (Industriestandards) nicht beeinträchtigen und
- zügig handeln, um gespeicherte Informationen zu entfernen oder unzugänglich zu machen, sobald sie tatsächlich Kenntnis davon erhalten, daß die Informationen am ursprünglichen Ort entfernt, der Zugang zu ihnen gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde dies angeordnet hat.

Auch gem Art 13 bleibt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde vom Diensteanbieter die Abstellung oder Verhinderung der Rechtsverletzung verlangt (Abs 2).

Diese Bestimmung normiert im wesentlichen eine Haftungsbefreiung für caching auf sog **Proxy-Servern**. Dies sind Server, die zwischen dem Benutzer und dem "echten" Server (der Zugang zum Internet vermittelt) liegen und übermittelte Daten zwischenspeichern. Fordert der Benutzer nun eine bestimmte Information an, so geht diese Anforderung zunächst an den Proxy-Server, der überprüft, ob er diese Information bereits (aufgrund einer früheren Anforderung) gespeichert hat und ob diese Kopie noch mit dem Original übereinstimmt. Nur wenn dies nicht der Fall ist, wird die Anfrage an den "echten" Server weitergeleitet. Die Zwischenspeicherung über den Proxy-Server ermöglichen einen rascheren Zugriff auf die aufgerufene Information und gestalten sohin iS des Art 13 Abs 1 „die Übermittlung der Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter“.

Der Unterschied zum Haftungsausschluß für automatische Zwischenspeicherungen gem Art 12 liegt sohin darin, daß diese aus rein

⁴¹⁸ Siehe auch bei *Gruber* in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce 121; *Engels*, AfP 2000, 529; *Moritz*, CR 2000, 69; *Thiele*, ÖJZ 1999, 761; <http://www.internet4jurists.at>.

⁴¹⁹ Laut Entwurf zum dJukDG, Drucksache 966/96, 22, liegt eine derartige „kurzzeitige“ Zwischenspeicherung bei Zeiträumen von wenigen Stunden, nicht jedoch Tagen vor: *Brenn*, ÖJZ 1997, 657.

technischen Gründen erfolgen, während das caching im Interesse effizienterer Nutzung vorgenommen wird, die technisch nicht unbedingt notwendig wäre. Der Diensteanbieter könnte auch jeden Aufruf direkt über den Server leiten, ohne eine Zwischenspeicherung auf Proxy-Servern vorzunehmen.

Die Voraussetzungen lit a bis d sollen einerseits eine Einflußnahme des Betreibers auf die gespeicherten Informationen verhindern und andererseits die Effizienz des Proxy-Servers erhalten. In diesem Sinne darf gem lit a keine bewußte Änderung der Information erfolgen, wobei rein technische Änderungen wiederum nicht erfaßt sind (s schon oben). Lit b trägt dem Umstand Rechnung, daß bestimmte Inhalte nur nach Eingabe eines Passwortes verfügbar sind.⁴²⁰ Daran soll auch die Zwischenspeicherung des bereits geöffneten Inhalts auf dem Proxy-Server nichts ändern. Durch lit c soll sichergestellt werden, daß der user keine (durch die Ablage auf dem Proxy-Server) überholte Information erhält. Lit d will zB vermeiden, daß counter (Zählwerke) beeinträchtigt werden, die es ermöglichen, die Anzahl der user zu ermitteln, die eine bestimmte Seite im Internet aufrufen. Da diese Seiten nicht mehr direkt angesteuert werden, sondern ihr Inhalt durch die Speicherung auf dem Proxy-Server zur Verfügung gestellt wird, müssen entsprechende Vorkehrungen getroffen werden, um in den Genuß der Haftungsbefreiung des Art 13 zu kommen. Lit e hängt schließlich mit der Aktualisierungspflicht der lit c zusammen.

dd.) Hosting (Art 14): Host Provider⁴²¹

Im Fall eines Dienstes, der in der **Speicherung** von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, ist der Diensteanbieter für die im Auftrag des Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, wenn der Anbieter

1. keine Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat bzw er bezüglich Schadenersatzansprüchen keine Kenntnis von Tatsachen oder Umständen hat, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird
2. bei Erlangung dieser Kenntnis oder dieses Bewußtseins unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu sperren.

Diese Bestimmung ist nicht anzuwenden, wenn der Nutzer dem

⁴²⁰ Besonders ausgeprägt ist dieser Sicherheitsvorgang beim **Online-Banking**. Dabei wird idR eine Benutzerkennung und ein Pincode zum Systemeinstieg sowie zusätzlich eine sog Transaktionsnummer (TAN) für jeden einzelnen Geschäftsvorgang benötigt, der online abgewickelt wird. Ausführlich zum Online-Banking Graf, Rechtsfragen des Telebanking (1997); Janisch, Online-Banking (2001).

⁴²¹ Siehe auch bei Gruber in Gruber/Mader (Hg), Internet und e-commerce 122; Engels, AfP 2000, 529; Moritz, CR 2000, 70; <http://www.internet4jurists.at>. Zur Haftung des Host Service Providers als Haupttäter bzw Mittäter bei Urheberrechtsverletzungen Dritter siehe bei Parschalk, eolex 1999, 836 f.

Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird (Abs 2). Gerichte und Verwaltungsbehörden können hier ebenfalls die Abstellung oder Verhinderung der Rechtsverletzung verlangen, und nur nach diesem Artikel bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugriffs festzulegen (Abs 3).

Die Haftungsbefreiung kommt zum Tragen, wenn der Anbieter keine tatsächliche (positive) Kenntnis der rechtswidrigen Tätigkeit (zB Betrieb eines Selbstmordforums) oder Information hat. Bei Schadenersatzansprüchen ist zusätzlich (arg "und", "auch") Voraussetzung, daß der Diensteanbieter sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewußt ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Damit wird zwar keine Nachforschungspflicht angeordnet, allerdings können **eindeutige Hinweise** auf rechtswidrige Inhalte und Tätigkeiten (etwa Hinweise anderer Nutzer) eine **Haftung des Diensteanbieters** begründen. Der Anbieter ist also vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt, wenn er den rechtswidrigen Inhalt nicht (nach „laienhaften Vorstellungen“) positiv kennt (im Bsp zB den Betrieb des Selbstmordforums, § 78 StGB), kann aber gleichzeitig Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein (zB für Begräbniskosten oder Unterhaltungspflichten eines Selbstmörders), wenn ihm Tatsachen und Umstände bekannt sind, aus denen die Rechtswidrigkeit offensichtlich wird (er erhält einen Hinweis auf das Selbstmordforum, nimmt diesen aber nicht ernst).

Fraglich, aber nicht geregelt ist, auf wessen Kenntnis es ankommt. Am ehesten wird diesbezüglich in Anlehnung an die allgemein im Zivilrecht vertretene Machthabertheorie darauf abzustellen sein, ob es sich um eine führende bzw für den entsprechenden Bereich zuständige Person in der Organisation des Providers handelt. Als solche wird jedenfalls der Webmaster anzusehen sein.

Fraglich ist auch, wie die in Bezug auf Schadenersatzansprüche etablierte Voraussetzung der Kenntnis von Tatsachen, aus denen die Rechtswidrigkeit offensichtlich wird in das österreichische Recht einzuordnen ist, dem eine solche Verschuldensform bislang unbekannt ist. Am ehesten ist dies wohl mit Fällen bewusster (grober) Fahrlässigkeit zu vergleichen, die bisher aber gerade nicht im Schadenersatzrecht relevant war (weil dieses grundsätzlich zwischen leichter Fahrlässigkeit auf der einen und grober Fahrlässigkeit/Vorsatz auf der anderen Seite unterscheidet, s oben), sondern im Strafrecht zur dort grundlegenden Abgrenzung zwischen grober Fahrlässigkeit und Vorsatz.

Die Ausnahme von der Haftungsbefreiung gem Abs 2 kommt zB auch bei

wirtschaftlichen Abhängigkeiten⁴²² im Rahmen konzernmäßiger Verflechtung zum Tragen, was allerdings durch die deutsche Textierung der RL nicht ganz klar ist, wenn von „untersteht“ oder „beaufsichtigt“ die Rede ist (vgl demgegenüber die deutlichere englische Version: „control“ and „authority“).

ee.) Content-Provider⁴²³

Der Content-Provider hält eigene Inhalte bereit. Seine Haftung gehört daher systematisch zum vorigen Kapitel (Haftung für eigene Internetinhalte) und ist auch in der E-Commerce-Richtlinie nicht geregelt. § 5 des deutschen Teledienstegesetzes (TDG) ordnet für diesen Fall an, daß Diensteanbieter, die eigene Inhalte zur Nutzung bereithalten, eine Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Gesetzen trifft. Dies versteht sich von selbst und ist daher auch für das österreichische Recht anzunehmen.

d.) vertragliche Haftung

Die vertragliche Haftung von Providern gegenüber ihren Kunden richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts und wurde daher oben im Zusammenhang mit den Providerverträgen erörtert. Zu beachten ist insbesondere, dass die Haftungsbeschränkungen der E-Commerce-RL für vertragliche Verantwortlichkeiten nicht gelten.

III. Haftungsausschlüsse

1. vertragliche Ausschlüsse (disclaimer)

a.) Geltungskontrolle

Problematisch ist die Geltung vor allem dann, wenn sich der Haftungsausschluß erst im Anschluß an den Text befindet, so daß er uU erst durch Scrollen sichtbar wird. Soweit sich der Haftungsausschluß in AGB befindet, sind die entsprechenden Grundsätze – ins § 864a ABGB - zu beachten (siehe oben).

b.) Inhaltskontrolle

Bei Verbrauchergeschäften ist der Haftungsausschluß auch für leichte Fahrlässigkeit in bezug auf Personenschäden, sonst (in bezug auf

⁴²² Vgl *Spindler*, MMR 1999, 203.

⁴²³ Siehe auch bei *Thiele*, ÖJZ 1999, 761.

Sachschäden oder reine Vermögensschäden) für grobe Fahrlässigkeit unwirksam (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG).

Außerhalb des KSchG ist die Freizeichnung nicht ausdrücklich ungerichtet. Grundsätzlich⁴²⁴ wird sie für leichte Fahrlässigkeit als wirksam, für Vorsatz als unwirksam (weil sittenwidrig) und für grobe Fahrlässigkeit als fraglich angesehen⁴²⁵. Nach verbreiteter Auffassung wird diesbezüglich zwischen „schlichter“ und „krasser“ grober Fahrlässigkeit differenziert. Letztere soll dann vorliegen, wenn es um ein Fehlverhalten geht, das so gravierend ist, dass damit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht gerechnet werden kann (wenn zB im Rahmen einer Bonitätsauskunft die Kontrolle des Grundbuchsstandes in bezug auf denjenigen unterbleibt, auf den sich die Auskunft bezieht). Eine diesbezügliche Haftungsfreizeichnung wird von der Judikatur (im Zusammenhang mit Bonitätsauskünften) als unwirksam angesehen, wohingegen der Haftungsausschluss wirksam sein soll, soweit es nur um schlichte grobe Fahrlässigkeit geht.

ME ist diese Differenzierung fragwürdig, weil sie erstens keine normative Grundlage hat (das Gesetz differenziert nur zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit) und zweitens ausgesprochen schwerfällig ist. Die Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist schon an sich (weil von subjektiven Faktoren und damit auch von der Grundeinstellung des Betrachters abhängig) schwierig. Es sollte daher nicht innerhalb der groben Fahrlässigkeit eine weitere Abstufung vorgenommen werden, sondern eher nach der Intensitätsstufe differenziert werden, auf welcher das verletzte Rechtsgut geschützt ist (normative Indizien dafür in § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 2 PHG⁴²⁶). Die Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit sollte daher jedenfalls für Personenschäden unwirksam sein.

2. gesetzliche Ausschlüsse

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, richten sich die Voraussetzungen, unter denen eine Verantwortlichkeit im Internet gegeben ist, grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen der jeweiligen Rechtsgebiete. Daran ändert auch die E-Commerce-RL nichts. Ihre unter Abschnitt 4 getroffenen und oben erörterten Regelungen („Verantwortlichkeit der Vermittler“) begründen keine Haftungsvoraussetzungen, sondern umgekehrt Haftungsbefreiungsvoraussetzungen. Liegen diese vor, so ist die

⁴²⁴ Vgl aber zB die Sonderbestimmungen des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

⁴²⁵ Vgl Koziol, Haftpflichtrecht³ I 540 ff.

⁴²⁶ Danach ist kein Ersatz für Schäden zu leisten, die der Unternehmer im Betrieb seines Unternehmens erlitten hat. Schäden an der Person des Unternehmers werden hingegen ersetzt.

Verantwortlichkeit ausgeschlossen, und zwar für alle Rechtsgebiete (horizontale Haftungsbeschränkung). Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so folgt daraus nicht automatisch eine Verantwortlichkeit, sondern ist diese nach Maßgabe der jeweils in Betracht kommenden Tatbestände der betroffenen Rechtsgebiete zu prüfen.

Die E-Commerce-RL unterscheidet bezüglich der Haftungsausschlüsse zwischen Access-Providern, die – vereinfacht gesagt - nur den Zugang zum Internet vermitteln und Host-Providern, die Speicherplatz für fremde Information zur Verfügung stellen. Die Rechtsstellung von Content-Providern, die eigene Inhalte vermitteln, ist nicht geregelt und auch nicht regelungsbedürftig, weil sich die Verantwortlichkeit für eigene Inhalt von selbst versteht und eine Haftungsbeschränkung nicht indiziert ist. Sie würde eine ungerechtfertigte Privilegierung gegenüber traditioneller Informationsvermittlung (offline) bedeuten. Eine Beschränkung für fremde Inhalte erscheint im Internet hingegen sachgerecht, weil eine Kontrolle fremder Inhalte im Hinblick auf die unüberschaubaren Informations- und Transaktionsvorgänge kaum möglich erscheint. Die Einzelheiten der Haftungsbeschränkungen wurden bereits erörtert.

IV. Haftungsinderung (Mitverschulden)

Mitverschulden iSd § 1304 ist vor allem im Zusammenhang mit der oben erörterten Problematik fehlerhafter downloads denkbar. Da allgemein bekannt ist, dass durch Herunterladen von Dateien oder Software Viren⁴²⁷ oder andere Programmschädlinge übertragbar sind, muß man zumutbare Vorkehrungen dagegen treffen, also zB die auf seiner eigenen Software installierten Virens Scanner auch verwenden. Wer vor dem (unentgeltlichen) Downloaden auf die Gefahr von Viren besonders aufmerksam gemacht wird und den Vorgang trotzdem fortsetzt, handelt uU überhaupt auf eigene Gefahr⁴²⁸, so dass er jeglichen Schadenersatzanspruch verliert.

V. Wahrung der Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit im Internet unterscheidet sich zwar konstruktiv nicht von anderen Fällen (und ist daher grundsätzlich auch nach allgemeinen Regeln zu beurteilen, s oben), birgt aber strukturell doch Gefahren in sich (Schnelligkeit, extreme Dynamik durch ständig wechselnde Inhalte, Informationsflut), die es in Summe gerechtfertigt erscheinen lassen, spezielle Mechanismen zu etablieren, die diesen Besonderheiten Rechnung zu tragen:

⁴²⁷ Vgl F. Gantner, Computerviren (1995).

⁴²⁸ Dazu Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/78.

1. durch Aufsicht

Die E-Commerce-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, „geeignete Aufsichts- und Untersuchungsinstrumente für die wirksame Umsetzung dieser Richtlinie“ einzurichten und sicherzustellen, „dass die Diensteanbieter ihnen die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen“ (Art 19 Abs 1). Ferner müssen die Mitgliedstaaten Verbindungsstellen einrichten, bei denen Nutzer und Diensteanbieter einschlägige Informationen (über Rechte und Pflichten, Streitfälle, Behörden usw) erhalten können (Art 19 Abs 3).

2. durch Verhaltenskodizes

Die Mitgliedstaaten und die Kommission ermutigen zur Aufstellung entsprechender Verhaltenskodizes, speziell zum Zwecke des Jugendschutzes und der Menschenwürde (Art 16 E-Commerce-RL).

3. durch außergerichtliche Streitbeilegung

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass entsprechende Einrichtungen zur Streitbeilegung zwischen Anbietern und Nutzern auch auf elektronischem Wege nicht erschwert werden und ermutigen Einrichtungen, so vorzugehen, dass angemessene Verfahrensgarantien gegeben sind. (Art 17)

4. durch Klagemöglichkeiten

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft es ermöglichen, dass rasch Maßnahmen getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht (Art 18 Abs 1).

5. durch Sanktionen

Gem Art 20 E-Commerce-RL legen die Mitgliedstaaten Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind. Sie müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.

6. durch Notifikationspflichten

Den oben beschriebenen Besonderheiten der Verantwortlichkeit im Internet wird in gewisser Hinsicht auch durch die Bestimmungen des

NotifikationsG 1999, BGBl I 1999/183, Rechnung getragen. Danach sind grundsätzlich (Ausnahmen in § 5⁴²⁹) alle im Rahmen der mittelbaren oder unmittelbaren Bundesverwaltung vorgesehenen Vorschriften (ua) betreffend die Dienste der Informationsgesellschaft⁴³⁰; durch das Wirtschaftsministerium der Europäischen Kommission vorzulegen⁴³¹. Es läuft sodann eine dreimonatige „Stillhaltefrist“, während der die geplante Vorschrift nicht erlassen werden darf, so dass andere Mitgliedstaaten und die Kommission Stellung nehmen⁴³² (§ 4) oder eine entsprechende Gemeinschaftsnorm vorbereiten können (§ 3 Abs 2). Verletzungen der Notifikationspflicht sind zwar öffentlich-rechtlicher Natur, können aber insofern privatwirtschaftliche Implikationen haben, als nach der Judikatur des EuGH⁴³³ Verstöße gegen Informations- und Konsultationsmechanismen zur Unanwendbarkeit der betreffenden nationalen Vorschrift führen⁴³⁴.

⁴²⁹ ZB Vorschriften,

1. die verbindliche Gemeinschaftsrechtsakte umsetzen, mit denen technische Spezifikationen oder Vorschriften betreffend Dienste in Kraft gesetzt werden;

2. mit denen Verpflichtungen aus einem internationalen Übereinkommen erfüllt werden, wodurch gemeinsame technische Spezifikationen oder Vorschriften betreffend Dienste in der Gemeinschaft in Kraft gesetzt werden;

3. mit denen Schutzklauseln in Anspruch genommen werden, die in verbindlichen Gemeinschaftsrechtsakten enthalten sind;

4. die einem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften nachkommen.

⁴³⁰ Vgl die Legaldefinition in § 1 Abs 1 Z 2: „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“. Anlage I enthält eine (nicht abschließende) Liste jener Dienstleistungen, die nicht unter diese Definition fallen, zB Geldausgabeautomaten, anwaltliche Beratung per Telefon/Telefax.

⁴³¹ In diesem Sinne wurde zB der Entwurf zur Signaturverordnung (dazu oben) gem § 2 NotifG am 22.9.1999 vorgelegt.

⁴³² Die Stellungnahmen sind im weiteren Normsetzungsverfahren zu berücksichtigen (§ 4).

⁴³³ Vgl EuGH 30.4.1996, C-194/94 – CIA Security/Signalson

⁴³⁴ Kresbach, E-Commerce 54.

4. Teil: Domain-Namensrecht

Literatur (Auswahl): *Brandl/Fallenböck*, Der Schutz von Internet Domain Namen nach UWG, RdW 1999, 186; *Burgstaller*, Pfändung von Internet Domains – (k)ein Problem! Replik auf *Thiele*, ecolex 2001, 38 f, ecolex 2001, 197; *derselbe*, Internet-Domain – eine pfändbare Sache, RdW 2001, 258; *Höhne*, Namensfunktion von Internet-Domain-Names? ecolex 1998, 924; *derselbe*, Zum Stand der Domain-Judikatur des OGH, MR 2000, 356; *Kapferer/Pahl*, Kennzeichenschutz für Internet-Adressen („domains“), ÖBl 1998, 275; *Kilches*, Internet-Streitigkeiten: Domain-Grabbing, RdW 1999, 638; *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), Das Recht der Domain Namen (2001); *Schanda*, Replik auf *Höhne*, Namensfunktion von Internet Domain Names? ecolex 1999, 181; *Schönherr*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, ÖBl 1999, 267; *Seidelberger*, Wettbewerbsrecht und Internet, RdW 2000, 518; *Silberbauer*, Unlauterer Wettbewerb im Internet, ecolex 2001, 345; *Simon*, USA: Bekämpfung des Domain-Grabbing, MR 2000, 130 und 133; *Stockinger/Kranebitter*, Kriterien für den rechtmäßigen Gebrauch von Internet-Domain-Bezeichnungen, MR 2000, 3; *Stomper*, Gattungsbezeichnungen als Domain-Namen, ecolex 2001, 351; *derselbe*, Verantwortlichkeit der Domain-Vergabestelle für Kennzeichenverletzungen, RdW 2001, 136; *Thiele*, Privatrechtlicher Schutz von Ortsnamen im Internet, ÖGZ 1999/11, 4; *derselbe*, Internet-Domain-Namen und Wettbewerbsrecht, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 75; *derselbe*, Verträge über Internet-Domains, ecolex 2000, 211; *derselbe*, US-amerikanisches Gesetz gegen Domaingrabbing, wbl 2000, 549; *derselbe*, Pfändung von Internet Domains, ecolex 2001, 38; *derselbe*, Recht und billig – das Schiedsgericht der WIPO, RdW 2001, 3; *derselbe*, EU – Neues Domain-Grundgesetz für Europa? RdW 2001, 140; *derselbe*, Rechtliche Grundlagen der Domainvergabe - Regulierung für „.at“? wbl 2001, 307; *Thiele/Fischer*, domain-grabbing im englischen und österreichischen Recht, wbl 2000, 351; *Thiele/Mayer-Schönberger/Hauer*, Kennzeichenrecht und Internet Domain Namen, ecolex 1997, 947; *Wolfsgruber*, Internationale Domain-Verwaltung und Registrierung einer Domain unter „.at“, in *Gruber/Mader* (Hg), Internet und e-commerce (2000) 61; *Zib*, Aktuelle Rechtsfragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, VersR 2001, 35.

A. Allgemeines

Beim Domain-Namensrecht geht es darum, eine bestimmte Bezeichnung für eine homepage zu führen. Die juristische Problematik ergibt sich aus der weltweiten Einmaligkeit jeder Adresse in Kombination damit, daß die **Domain-Vergabestellen**⁴³⁵ nach dem Prinzip „first come, first served“ agieren, maW: wer zuerst kommt, malt zuerst. Da aber eben jede Domain nur einmal vergeben wird, sind entsprechende Streitigkeiten vorprogrammiert und resultieren in der Regel daher, daß ein Namens- oder Markenträger ein besseres Recht an einer bestimmten Domainbezeichnung zu haben glaubt, als jener für den die Domain bereits registriert ist. Es ist dann häufig davon die Rede, daß einem jemand eine bestimmte domain „weggeschnappt“ hat („domain-grabbing“). Die damit zusammenhängenden Fragen haben zwar auch zivilrechtliche Implikationen – insbesondere im Hinblick auf den Schutz des Namens gem § 43 ABGB – spielen aber in der Praxis häufig im Marken- und

⁴³⁵ In Österreich ist dies die nic.at (Internet Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft mbH; www.nic.at).

Wettbewerbsrecht. Es existieren bereits mehrere OGH-Entscheidungen, die unten (III.) im Detail dargestellt werden.

B. Technische, administrative und juristische Aspekte

Bei der Domain-Bezeichnung handelt es sich - abstrakt ausgedrückt - um eine Buchstabenkombination, unter der ein bestimmter Computer im Internet erreicht werden kann (als einfach zu merkendes Substitut für die jedem Computer zugeordnete Zahlenkombination, sog Internet Protocol = IP-Adresse).⁴³⁶ Der Aufbau (**Domain Name System**⁴³⁷ – DNS) besteht aus einer Top-Level-Domain (TLD), die entweder das Land kennzeichnet, in dem die Registrierung erfolgt ist (zB „at“) oder Hinweise auf die Art des Inhalts geben (zB „com“ für commercial, „edu“ für education), allenfalls auch in Kombination (zB „ac.at“ für „academic, austria“⁴³⁸). Der erste Teil (links neben @) kann gewählt werden. IdR fungiert ein Domain-Name als Adresse, unter der eine bestimmte ins Netz gestellte Homepage aufgerufen werden kann, Domain-Namen können aber auch bloß registriert werden, ohne „belegt“ zu werden.⁴³⁹

Ein Domain-Name (der erste Teil) kann vom jeweiligen Antragsteller frei gewählt werden und muß bei der Domain-Vergabestelle registriert werden, was wie bereits erwähnt – unter ein und demselben Domain-Namen weltweit nur einmal möglich ist. Vorzugsweise weist der Name einen inhaltlichen Zusammenhang mit dem dahinterstehenden Subjekt bzw von ihm angebotenen Leistungen auf, da ein User möglicherweise den Domain-Namen erraten und den gewünschten Ansprechpartner via Internet erreichen kann (zB www.redbull.com, www.shell.de).

Dies deutet bereits darauf hin, daß mit der Registrierung und Verwendung von Domain-Namen namensrechtliche und kennzeichenrechtliche Probleme verbunden sein können. Ein Domain-Name ist jedenfalls in den seltensten Fällen nur eine Buchstabenkombination ohne sofort erkennbaren, dahinterstehenden Sinn mit reiner Adressenfunktion (zB www.gmx.at); zumeist kommt ihm, wie einem Namen oder einer Marke, auch Identifizierungsfunktion zu.

Daß Domain-Namen über besondere Eigenheiten verfügen, durch die sie sich von Namen i.e.S unterscheiden⁴⁴⁰, ist nicht zu bestreiten. Ob einem Domain-Namen Namensfunktion zukommt und durch die Registrierung bzw Nutzung ein Eingriff in ein **Namensrecht** vorliegt, ist im Einzelfall zu

⁴³⁶ Dazu und Näheres zum Aufbau einer Internetadresse: *Mayer-Schönberger/Hauer*, *ecolex* 1997, 947 f; *Brandl/Fallenböck*, *wbl* 1999, 481 f.

⁴³⁷ Dazu *Forgó*, *Das Domain Name System*, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), *Domain Namen* 1.

⁴³⁸ Vgl zB wolfgang.zankl@kfunigraz.ac.at.

⁴³⁹ Zu den Begriffen „belegen“ und „benutzen“ einer Domain: OGH 13.9.1999 *wbl* 2000, 47.

⁴⁴⁰ Siehe dazu *Höhne*, *ecolex* 1998, 925; *Stockinger/Kranebitter*, *MR* 2000, 5 f.

beurteilen, kann aber nicht a priori ausgeschlossen werden. Bereits mehrfach hat der OGH bestätigt, daß Domain-Namen, die einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten und dadurch auf den Namensträger oder ein Unternehmen hinweisen, infolge ihrer Kennzeichnungs- und Namensfunktion unter den Schutz des § 43 ABGB fallen.⁴⁴¹

§ 43 ABGB schützt als Norm des österreichischen Namensrechts den Namen und die damit identifizierte Persönlichkeit. Auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz kann klagen, wem das Recht zur Führung seines Namens bestritten wird oder wer durch unbefugten Gebrauch seines Namens in schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt wird.⁴⁴² In den Schutzbereich der Norm fallen nicht nur Familiennamen, sondern auch Handelsnamen, weswegen auch juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts⁴⁴³ sowie Personengesellschaften als Rechtssubjekt in Frage kommen. *Bestreitung* liegt vor, wenn jemand in Kenntnis des rechtmäßigen Namens das Recht eines anderen zur Führung eines bestimmten Namens leugnet.⁴⁴⁴ Eine *Anmaßung* ist zu bejahen bei Verwendung eines *fremden Namens*, wenn diese unbefugt⁴⁴⁵ erfolgt und dadurch bei einem durchschnittlichen User Verwechslungen im Hinblick auf das hinter der Homepage stehende Subjekt verursacht werden können; auch das Erwecken eines Eindrucks besonderer ideeller oder wirtschaftlicher Beziehungen zwischen dem rechtmäßigen Namensträger und dem Domain-Inhaber bzw dessen Dienstleistungen reicht dafür aus.⁴⁴⁶

Seinen *eigenen Namen* kann grundsätzlich jedermann ungehindert als Domain-Name verwenden. Eine besondere Problematik ergibt sich durch die Besonderheit des Internets, daß jede Domain nur einmal weltweit vergeben werden kann. Kollidieren mehrere Schutzrechte, stehen einander also mehrere zur Verwendung eines Zeichens berechnete Rechtsträger gegenüber (zB das Namensrecht und Recht der Bezeichnung eines Unternehmens⁴⁴⁷ oder Recht an der Verwendung der

⁴⁴¹ Ortig.at: OGH 21.12.1999 EvBl 2000/113 = RdW 2000, 341 = wbl 2000, 142; fpo.at: OGH 13.9.2000 ecolex 2001, 128 (*Schanda*); bundesheer.at: OGH 13.9.2000 ecolex 2001, 129; vgl dazu auch *Schanda*, ecolex 1999, 181; *Zib*, VersR 2001, 37. AA *Stockinger/Kranebitter*, MR 2000, 5 f wonach Domain Bezeichnungen lediglich einen Bezug zum Inhalt einer Homepage herstellen und nicht ein Subjekt identifizieren. Die Anwendung des § 43 ABGB auf Domain-Bezeichnungen sei daher abzulehnen.

⁴⁴² OGH 13.9.2000 ecolex 2001, 128 (*Schanda*). Die Schutzwürdigkeit ist im Rahmen einer umfassenden Abwägung zu ermitteln (zB bei Verwechslungsgefahr): OGH 13.9.2000 ecolex 2001, 129; ebenso bei Zuordnungsverwirrung, dh wenn die Verwendung des Namens eine Verbindung zwischen dem Namensträger und dem Domaininhaber vermuten läßt.

⁴⁴³ Zum Schutz von Ortsnamen: *Thiele*, ÖGZ 1999/11, 4 ff.

⁴⁴⁴ Das LG Frankfurt 3.3.1997 NJW-CoR 1997, 303 hält eine Namensbestreitung bereits bei Registrierung einer Domain für möglich; aA *Höhne*, ecolex 1998, 926; auch *Thiele*, ÖGZ 1999/11, 12 FN 5, mißt der Namensbestreitung im Internet keine Bedeutung bei, da die Unmöglichkeit der Nutzung einer bereits eingetragenen Domain technische Gründe hat, die Registrierung einer Domain daher nicht von einem Bestreitungswillen getragen ist.

⁴⁴⁵ Unbefugter Namensgebrauch liegt vor, wenn er weder auf einem eigenen Recht beruht noch vom Berechtigten gestattet wurde: OGH 13.9.2000 ecolex 2001, 129.

⁴⁴⁶ *Brandl/Fallenböck*, wbl 1999, 488 f.

⁴⁴⁷ Ortig.at: OGH 21.12.1999 EvBl 2000/113 = RdW 2000, 341 = wbl 2000, 142.

Berufsbezeichnung⁴⁴⁸) gilt grundsätzlich das Prinzip „first come, first served“⁴⁴⁹. Allerdings ist auch die Stärke der jeweiligen Schutzrechte zu berücksichtigen. Nutzte einer der beiden Berechtigten den Namen schon länger als der andere, besitzt jener das stärkere Recht.⁴⁵⁰ Handelt es sich bei dem bereits registrierten Domain-Namen um einen besonders bekannten Namen oder Marke und kann der spätere Anmelder auf eine besondere Verkehrsgeltung verweisen, die durch „Verwässerung“ bedroht ist, wird ihm das stärkere Recht zugesprochen.⁴⁵¹ Bei gleich starken Rechten wird dem mit der Registrierung nachfolgenden Rechtsträger zugemutet, einen unterscheidenden Zusatz zur Domain hinzuzufügen.⁴⁵²

Neben dem bürgerlich-rechtlichen Namensschutz, kann im Zusammenhang mit Domain-Namen auch der **gewerbliche Rechtsschutz** herangezogen werden.⁴⁵³ Verfolgte im Einzelfall der „Berechtigte“ mit der Registrierung den alleinigen Zweck, die (unternehmerische) Nutzung dieses Domain-Namen durch einen anderen unmöglich zu machen oder zu erschweren, ist dies als *sittenwidrige Behinderung* nach § 1 UWG anzusehen.⁴⁵⁴

In diesem Zusammenhang spricht man von **Domain Grabbing**, das in zwei Erscheinungsformen zu Tage tritt:

- Gezielter Erwerb eines Domain-Namen durch einen Gewerbetreibenden in der Absicht⁴⁵⁵, dadurch einen Konkurrenten an der Registrierung der für ihn kennzeichnenden Domain und damit am Vertrieb im Internet zu hindern⁴⁵⁶.
- Erwerb einer Domain, ohne Konkurrent des Inhabers eines (gleichen oder ähnlichen) Kennzeichens zu sein, ausschließlich, um letzteren zur Zahlung einer Geldsumme gegen die Übertragung der Domain zu zwingen (echtes Domain-Grabbing).⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸ Der Schutzbereich des Wettbewerbs- und Markenrechts ist im Vergleich zum Namensrecht nach § 43 ABGB auf Verletzungen durch *Verwendung im*

⁴⁴⁸ Sattler.at: OGH 13.7.1999 RdW 1999, 710.

⁴⁴⁹ Dabei wird auf den Zeitpunkt des Einlangens des Antrags auf Registrierung eines Domain-Namen bei der zuständigen Verwaltungsstelle abgestellt.

⁴⁵⁰ Ortig.at.

⁴⁵¹ Shell.de, krupp.de: *Thiele*, ÖGZ 1999/11, 5 f, 9.

⁴⁵² Sattler.at.

⁴⁵³ *Fallenböck/Stockinger*, Domain Namen und Wettbewerbsrecht, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), Domain Namen 13.

⁴⁵⁴ *Höhne*, *ecolex* 1998, 924. Siehe dazu auch OGH 21.5.1931 JBl 1931, 375; *Mayer-Schönberger/Hauer*, *ecolex* 1997, 950; *Stockinger/Kranebitter*, MR 2000, 4; *Zib*, VersR 2001, 36.

⁴⁵⁵ Nach *Brandl/Fallenböck*, RdW 1999, 188, muß die Behinderungsabsicht nicht das alleinige Motiv sein.

⁴⁵⁶ Vgl *Stockinger/Kranebitter*, MR 2000, 3 f; *Simon*, MR 2000, 130.

⁴⁵⁷ *Thiele/Fischer*, wbl 2000, 353 ff; OGH 27.4.1999 EvBl 1999/178 = wbl 1999, 525: Auf die markenrechtliche Schutzfähigkeit des umstrittenen Zeichens komme es hier nicht an, da sich die Sittenwidrigkeit bereits aus dem Unwert der Handlung des Beklagten (der Registrierung mit unlauterem Motiv) selbst ergebe (jusline II).

⁴⁵⁸ Während der OGH den Grabbing-Vorsatz bereits bei Registrierung der Domain voraussetzt, hält *Kilches*, RdW 1999, 641, einen Unterlassungsanspruch nach UWG auch ohne diesen Vorsatz für möglich, allerdings ebenso die Zahlung eines Besorgungsentgelts für die (gutgläubige) Reservierung.

geschäftlichen Verkehr eingeschränkt, womit jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen ist. Werden jedoch Namen bekannter Unternehmen oder Marken von vornherein mit der Absicht registriert, sie nachher dem Betroffenen zum Kauf anzubieten, kann auch im Fall von Privatpersonen nicht mehr von einer ausschließlich privaten Nutzung ausgegangen werden. Die Rechtsprechung nimmt in diesem Fall ein Wettbewerbsverhältnis ad hoc an. Der Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen steht damit nichts mehr im Weg.⁴⁵⁹

Rechtsfolge wettbewerbswidrigen Verhaltens ist ein Anspruch des Verletzten auf Unterlassung der weiteren Verwendung und Einwilligung in die Löschung der Domain (Beseitigung des rechtswidrigen Umstandes).

Eine **Kennzeichenverletzung** nach § 9 UWG liegt vor, wenn aus der Sicht eines Durchschnittskäufers durch die Verwendung des Kennzeichens als Bezeichnung für ein Unternehmen oder seine Dienstleistungen eine *Verwechslungsgefahr* mit einem anderen Unternehmen begründet wird (zB die beiden Unternehmen für ident gehalten werden oder eine wirtschaftliche oder organisatorische Nahebeziehung zwischen den beiden Unternehmen vermutet wird). Da nach § 9 UWG nur ein unterscheidungsfähiges Kennzeichen schutzfähig ist⁴⁶⁰, kann eine registrierte Wortmarke ohne Verkehrsgeltungsnachweis den wettbewerbsrechtlichen Schutz nach § 9 UWG nur dann auslösen, wenn sie im Verkehr als eine Phantasiebezeichnung angesehen wird (kein alltägliches Wort, das nicht bloß beschreibenden Charakter hat).⁴⁶¹ Bloß beschreibende Wortmarken sind nur schutzfähig, wenn sie Verkehrsgeltung haben.⁴⁶²

Auch nach **markenschutzrechtlichen Vorschriften**⁴⁶³ ist es relevant, wenn jemand unbefugt eine Marke als Domain-Name im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung gleicher oder gleichartiger Waren verwendet. Dem Verletzten stehen gem § 56 MSchG Ansprüche auf angemessenes Entgelt, Schadenersatz und Herausgabe der Bereicherung zu. Auf Unterlassung kann nur gem § 9 UWG geklagt werden.⁴⁶⁴ Ob allerdings neben Unterlassung des weiteren Gebrauchs und Löschung auch die Übertragung der Domain begehrt werden kann, ist fraglich.⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ OGH 27.4.1999 EvBl 1999/178; *Kilches*, RdW 1999, 639 f; *Stockinger/Kranebitter*, MR 2000, 4.

⁴⁶⁰ Format sowie *WirtschaftWoche*: OGH 13.9.1999 wbl 2000, 47.

⁴⁶¹ OGH 24.2.1998 RdW 1998, 400; OGH 13.9.1999 wbl 2000, 47.

⁴⁶² FN.

⁴⁶³ *Galla*, *Markenschutz und Domain Namen*, in *Mayer-Schönberger/Fallenböck/Galla* (Hg), *Domain Namen* 47; zum deutschen Kennzeichenrecht *Bettinger*, *Kennzeichenkollisionen im Internet*, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), *Domain Namen* 139.

⁴⁶⁴ *Mayer-Schönberger/Hauer*, *ecolex* 1997, 950 f.

⁴⁶⁵ Dafür *Brandl/Fallenböck*, wbl 1999, 490 f.

Sonderprobleme entstehen im Zusammenhang mit dem Gebrauch von **Gattungsbezeichnungen** als domain.⁴⁶⁶ In Deutschland wurde diesbezüglich die Verwendung von www.mitwohzentrale.de zunächst untersagt⁴⁶⁷ (weil Kunden auf dieser Seite die Suche nach Mitbewerbern einstellen würden), die Verwendung von www.lastminute.de hingegen mit der genau gegenteiligen Begründung für zulässig erachtet⁴⁶⁸. Der BGH hat nun im Fall „Mitwohzentrale.de“ Gattungsbezeichnungen als Domain-Namen zugelassen. Nach dem Sachverhalt hatte sich der beklagte Verband, in dem unter anderem 25 deutsche Mitwohnzentralen organisiert sind, den Domain-Namen „Mitwohzentrale.de“ registrieren lassen. Auf der Homepage sind die Mitglieder nach Städten geordnet mit Telefon- und Faxnummern sowie mit E-Mail-Adressen aufgeführt. Dagegen wandte sich ein konkurrierender Verband, in dem 40 Mitwohnzentralen organisiert sind und der im Internet unter „HomeCompany.de“ auftritt. Gattungsbegriffe und Branchenbezeichnungen – so dieser klagende Verband – seien im Internet freizuhalten. Der Begriff „Mitwohzentrale“ habe sich als übliche Branchenbezeichnung für die Kurzzeitvermietung von Wohnraum durchgesetzt und dürfe nicht von einem Wettbewerber monopolisiert werden. Außerdem sei die Bezeichnung „Mitwohzentrale.de“ irreführend, weil sie den Eindruck erwecke, man finde dort das Angebot sämtlicher Mitwohnzentralen.

Vor dem LG und OLG Hamburg hatte der Kläger Erfolg. Der beklagte Verband wurde verurteilt, die Verwendung des Domain-Namens „Mitwohzentrale.de“ ohne unterscheidende Zusätze zu unterlassen. Das OLG Hamburg stellte sich auf den Standpunkt, die Verwendung von Gattungsbezeichnungen als Domain-Namen sei unlauter und daher generell nach § 1 UWG verboten. Der Beklagte fange mit seinem Domain-Namen den Teil der Interessenten ab, die durch Eingabe eines Gattungsbegriffs als Internet-Adresse nach Angeboten suchten. Diese Kunden gelangten zufällig auf die Homepage der Beklagten mit der Folge, daß nach anderen Wettbewerbern aus Bequemlichkeit nicht mehr gesucht werde und ein Leistungsvergleich unterbleibe. Dies führe zu einer erheblichen Kanalisierung der Kundenströme in Richtung auf die Homepage der Beklagten und könne eine nachhaltige Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge haben.

Der BGH ist dem nicht gefolgt. Vielmehr hat er mit seiner Entscheidung die verbreitete Übung, Gattungsbegriffe als Internet-Adresse zu verwenden, als rechtmäßig anerkannt. Das beanstandete Verhalten paßt – so der BGH – in keine der Fallgruppen, die die Rechtsprechung zur

⁴⁶⁶ Dazu ausführlich *Stomper*, *ecolex* 2001, 351 ff; *Stockinger/Kranebitter*, *MR* 2000, 6 ff; *Silberbauer*, *ecolex* 2001, 347 f; *Zib*, *VersR* 2001, 38.

⁴⁶⁷ OLG Hamburg 13.7.1999, 3 U 58/98, *CR* 1999, 779.

⁴⁶⁸ LG Hamburg 30.6.2000, 416 O 91/00, *K&R* 2000, 409.

Konkretisierung des Verbots von „Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen“ (§ 1 UWG) entwickelt hat, und gibt auch keinen Anlaß zur Bildung einer neuen Fallgruppe. Allein mit dem Argument einer Kanalisierung der Kundenströme lasse sich eine Wettbewerbswidrigkeit nicht begründen. Ein Abfangen von Kunden sei nur dann unlauter, wenn sich der Werbende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung des Kaufentschlusses aufzudrängen. So verhalte es sich hier aber nicht. Denn mit der Verwendung des Gattungsbegriffs habe der Beklagte nur einen sich bietenden Vorteil genutzt, ohne dabei in unlauterer Weise auf bereits dem Mitbewerber zuzurechnende Kunden einzuwirken. Das vom OLG Hamburg herangezogene Freihaltebedürfnis – Gattungsbegriffe dürfen nicht als Marke eingetragen werden – sei hier nicht berührt. Denn die Internetadresse des Beklagten führe anders als die Marke nicht zu einem Ausschließlichkeitsrecht. Der Kläger und andere Wettbewerber seien nicht gehindert, in ihrer Werbung oder in ihrem Namen den Begriff „Mitwohnzentrale“ zu verwenden. Schließlich liege – abgesehen von einer möglichen Irreführung – auch keine unsachliche Beeinflussung der Internet-Nutzer vor. Ein Verbraucher, der den Einsatz von Suchmaschinen als lästig empfinde und statt dessen direkt einen Gattungsbegriff als Internet-Adresse eingebe, sei sich im allgemeinen über die Nachteile dieser Suchmethode, insbesondere über die Zufälligkeit des gefundenen Ergebnisses, im klaren.

Der BGH hat jedoch klargestellt, daß die Zulässigkeit der Verwendung von beschreibenden Begriffen als Domain-Namen auch Grenzen habe. Zum einen könne sie mißbräuchlich sein, wenn der Verwender nicht nur die Gattungsbezeichnung unter einer Top-Level-Domain (hier „.de“) nutzt, sondern gleichzeitig andere Schreibweisen oder die Verwendung derselben Bezeichnung unter anderen Top-Level-Domains blockiert. Zum anderen dürfe die Verwendung von Gattungsbezeichnungen nicht irreführend sein. Dieser zweite Gesichtspunkt führte hier dazu, daß die Sache an das OLG zurückverwiesen wurde. Der Kläger hatte nämlich auch beanstandet, daß die Verbraucher durch die Internet-Adresse des Beklagten irregeführt würden, weil der Eindruck entstehe, es handle sich beim Beklagten um den einzigen oder doch um den maßgeblichen Verband von Mitwohnzentralen. Das OLG muß nun diesem Vorwurf der unzutreffenden Alleinstellungsbehauptung nachgehen. Sollte es eine Irreführung bejahen, wäre dem Beklagten zum Beispiel aufzugeben, „Mitwohnzentrale.de“ nur zu benutzen, wenn auf der Homepage darauf hingewiesen wird, daß es noch andere Verbände von Mitwohnzentralen gibt.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ BGH 17.5.2001 - I ZR 216/99 (Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle, www.jura.uni-sb.de).

C. Rechtsdurchsetzung

Aufgrund der für das Internet typischen Globalisierung und Dezentralisierung ist es für den Berechtigten oft kompliziert, seine Ansprüche durchzusetzen, da er zB auf den Verpflichteten nicht oder nur unter sehr erschwerten Bedingungen greifen kann.⁴⁷⁰ Es mehren sich daher die Versuche, nationale Zusammenhänge herzustellen und natürliche oder juristische Personen ausfindig zu machen, die im Inland belangt werden können.⁴⁷¹ In diesem Zusammenhang besonders von Bedeutung ist die E des OGH vom 13.9.2000⁴⁷², wonach die Domain-Vergabestelle⁴⁷³ auf Unterlassung bzw Beseitigung geklagt werden kann⁴⁷⁴. Sperrte sie nämlich nach einer entsprechenden Aufforderung durch den in seinen Rechten Verletzten, die (Namens- oder Kennzeichenrechte verletzende) Domain nicht, obwohl die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschung offenkundig ist, fördert sie dadurch bewußt die Rechtsverletzung durch den unmittelbaren Täter.

Eine Prüfungspflicht bezüglich bestehender Kennzeichenrechte bei der Eintragung der Domain besteht jedoch nicht. Liegt ein rechtskräftiges Urteil darüber vor, daß ein registrierter Domain-Name gegen Namens- oder Kennzeichnungsrechte verstößt, kann die Übertragung des Domain-Namen verlangt werden.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ Vgl *Lurger*, IZVR und IPRG bei Internet Domain Namen, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), Domain Namen 103; *Zib*, VersR 2001, 38.

⁴⁷¹ Vgl *Pilz*, Domain-Vergabe – Die Haftung der Registrierungsstelle, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), Domain Namen 89; *Zankl*, Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, JBl 2001, 409.

⁴⁷² *ecolex* 2001, 128; *fpo.at*.

⁴⁷³ *Pilz* in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg), Domain Namen 89.

⁴⁷⁴ Zum deutschen Recht vgl BGH 17.5.2001 - I ZR 251/99: Die Messe Frankfurt AG, die unter der Bezeichnung „Ambiente“ eine Messe für Tischkultur, Küche, Wohn- und Lichtkonzepte sowie Geschenkideen veranstaltet und Inhaberin der Marke „Messe Frankfurt Ambiente“ ist, hatte sich dagegen gewandt, daß sich ein Privatmann den Domain-Namen „ambiente.de“ hatte registrieren lassen. Dieser Dritte hatte sich zwar bereit erklärt, diesen Domain-Namen nicht mehr zu benutzen, war aber zu einer Löschung der Registrierung nicht bereit. Darauf verklagte die Messe Frankfurt die DENIC, die Genossenschaft von Internet-Providern, von der die mit „.de“ endenden Domain-Namen vergeben werden. Ziel der Klage war es, die Registrierung von „ambiente.de“ aufzuheben und diese Bezeichnung für die Klägerin zu registrieren. Zwar sei nichts dagegen einzuwenden, daß DENIC den Domain-Namen „ambiente.de“ registriert habe. Nachdem die DENIC inzwischen aber von den bestehenden älteren Rechten an der Bezeichnung „ambiente“ wisse, sei sie verpflichtet, die ursprüngliche Registrierung aufzuheben und den Domain-Namen nunmehr für die Klägerin zu registrieren. Das Landgericht Frankfurt a. M. hatte der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidung bestätigt und klargestellt, daß die DENIC, die die Aufgabe der Registrierung und Verwaltung von vielen Millionen Domain-Namen mit verhältnismäßig geringem Aufwand erledigt, grundsätzlich keine Verpflichtung trifft, bei der Registrierung zu prüfen, ob an der einzutragenden Bezeichnung Rechte Dritter bestehen. Aber auch wenn sie auf ein angeblich besseres Recht hingewiesen wird, kann die DENIC – so der BGH – den Anspruchsteller im allgemeinen auf den Inhaber des beanstandeten Domain-Namens verweisen, mit dem – notfalls gerichtlich – zu klären ist, wer die besseren Rechte an der Bezeichnung hat. Nur wenn der Rechtsverstoß offenkundig und für die DENIC ohne weiteres festzustellen sei, müsse sie die beanstandete Registrierung ohne weiteres aufheben. In anderen Fällen brauche sie erst tätig zu werden, wenn ein rechtskräftiges Urteil oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Inhaber der Registrierung die bessere Rechtsposition des Anspruchstellers bestätigt. Im konkreten Fall war zwischen dem Inhaber der Registrierung „ambiente.de“ und der Messe Frankfurt AG streitig, ob aufgrund der Erklärung des Inhabers von „ambiente.de“, diesen Namen nicht mehr zu benutzen, ein entsprechender Vertrag zustande gekommen war. Ob der Messe Frankfurt AG bessere Rechte zustanden, war – so der BGH – für die DENIC nicht offenkundig (Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle, www.jura.uni-sb.de).

⁴⁷⁵ *Mayer-Schönberger/Hauer*, *ecolex* 1997, 948; vgl dazu auch WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel Decision 21. 9. 2000, *ecolex* 2001, 294 (*Schanda*).

Verfahrensrechtliche Probleme können sich ergeben, wenn ein nationales Gerichtsurteil gegenüber einer ausländischen Registrierungsstelle vollzogen werden soll. Um dieses Problem zu umgehen, wurde von der „World Intellectual Property Organisation“ ein „Arbitration and Mediation Center“ (Schiedsgericht der WIPO) eingerichtet⁴⁷⁶ und im Jänner 2000 von der ICANN⁴⁷⁷ ein alternatives Streitbeilegungssystem für Domain Name Streitigkeiten eingeführt⁴⁷⁸ (**Unifom Domain Name Dispute Resolution Policy** – UDRP). Das Arbitration and Mediation Center ist mittlerweile eine von insgesamt vier Streitbeilegungsstellen von ICANN⁴⁷⁹.

D. Judikatur im einzelnen⁴⁸⁰

I. OGH 24.2.1998 – 4 Ob 36/98t – jusline⁴⁸¹

1. Sachverhalt

KI ist eine 1995 als bONLINE Software GmbH errichtete und 1997 in JUSLINE GmbH umbenannte Fa, deren Unternehmensgegenstand die Entwicklung und Bereitstellung von und Kommunikation mit Rechts- und Wirtschaftsberatern ist. Die Wortmarke „jusline“ ist seit 1995 national und international registriert, seit Ende 1995 werden unter dem Domain Namen www.jusline.co.at Rechtsinformationen angeboten. Die Drittbekl lies im September 1996 den Domain Namen „www.jusline.com“ registrieren, ohne dass sich ein Unternehmen mit genannter Bezeichnung konstituiert hätte. Die KI hat die Bekl über ihre Markenrechte an „jusline“ informiert und zur Übertragung des Domain Namens aufgefordert, worauf die Erstbekl angeboten hat, den Namen um S 300.000 überschreiben zu wollen bzw ihn um ein monatliches Benützungsentgelt von S 5.000 zu überlassen.

Die KI begehrt die Unterlassung der Verwendung von „jusline.com“ im geschäftlichen Verkehr und die Einwilligung in eine Löschung des Domain Namens, in eventu den Bekl zur Löschung der Reservierung zu verpflichten, sowie als Sicherungsbegehren ein Benützungs- und Abtretungs-, bzw Übertragungsverbot.

⁴⁷⁶ Thiele, RdW 2001, 3 ff.

⁴⁷⁷ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

⁴⁷⁸ Stotter, Domain Namen international, ICANN und ihr alternatives Streitbeilegungssystem, in Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck (Hg), Domain Namen 169; Mayer-Schönberger, Namenslose Zukunft? in Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck (Hg), Domain Namen 189.

⁴⁷⁹ Renck, WIPO Arbitration and Mediation Center, Eine Analyse der Spruchpraxis der ersten sechs Monate, MMR 2000, 586; Schweighofer, Wer reguliert das Internet? MR 2000, 347 (352).

⁴⁸⁰ Vgl dazu auch die – allerdings bereits überholte – Darstellung und Übersicht bei Höhne, Zum Stand der Domain-Judikatur des OGH, MR 2000, 356.

⁴⁸¹ ARD 4960/19/98 = ecollex 1998, 565 (Schanda) = MMR 1999, 90 = MR 1998, 208 (Haller) = ÖJZ-LSK 1998/149 = RdW 1998, 400.

2. Leitsatz

Domain Namen, die zur Kennzeichnung eines bestimmten Teilnehmers im Internet vergeben und im Datenverkehr verwendet werden, haben als Unternehmenskennzeichen Namensschutz. Die Wortkombination „jusline“ ist zwar eine Neuschöpfung aus lat. ius und engl. line, aber eine mangels Verkehrsgeltung nicht schutzfähige beschreibende Angabe, weil der Internet user darin zwanglos und ohne besondere Denkarbeit eine Verbindung zum Abruf rechtlicher Inhalte erkennt.

3. aus der Begründung

Der erk Senat hält die in der literarischen Diskussion aufgezeigten Argumente für eine Gleichbehandlung von Domain Namen zumindest mit Unternehmenskennzeichen für zutreffend (Analogie zur RSp zu Fernschreibkennungen). Ein namensrechtlicher Schutz musste nicht entschieden werden.

Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz nach § 9 Abs 3 UWG für eine Wortmarke ohne Verkehrsgeltung kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn es sich um frei erfundenes, keiner Sprache angehöriges Phantasiewort handelt, oder zwar dem allgemeinen Sprachgebrauch angehört, mit der Ware (Dienstleistung) aber in keinem Zusammenhang steht.

Die Schutzfähigkeit hängt davon ab, ob die beteiligten Verkehrskreise den Begriffsinhalt und die Unternehmenstätigkeit zwanglos und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschliessen können. Abzustellen ist daher auf die Bedeutung, die der durchschnittliche Internetnutzer der Wortkombination „jusline“ (aus lat. ius – Recht und engl. line – Datenleitung) beimisst.

„line“ ist ein allgemein bekannter Fachbegriff aus der Computer- und Telekom-Sprache. Wird diesem „jus“ vorangestellt, wird zwangsläufig, ohne besondere Denkarbeit die Assoziation ausgelöst, jusline stelle eine Verbindung zu rechtlichen Inhalten dar. Die Dienstleistung der KI werde deutlich beschrieben, was deren Registrierbarkeit ermögliche, die Schutzfähigkeit als Marke aber erst im Falle der Verkehrsgeltung ermöglicht (und nicht etwa schon deswegen, weil diese Wortneubildung aus zwei verschiedenen Fremdsprachen resultiere).

Mangels Bescheinigung einer Verkehrsgeltung fällt „jusline“ nicht unter den Schutz des Markenrechts und damit auch nicht unter den des § 9 Abs 3 UWG.

Die KI erhebt auch den Vorwurf des „domain grabbing“, somit einen Verstoss gegen § 1 UWG, da sich die Drittbekl einen geschützten Markennamen als Domain Namen mit dem Vorsatz registrieren habe lassen, ihn sich teuer wieder abkaufen zu lassen.

Von domain grabbing kann aber nicht gesprochen werden, da die KI nicht den Vorwurf erhebt, dass die Drittbekl bereits bei Erwerb des Domain Namens in Behinderungsabsicht gehandelt habe. Der Vorwurf des sittenwidrigen Behinderungswettbewerbs kann nicht allein darauf gestützt werden, dass sich die Bekl nur gegen Bezahlung bereit erklärt, einen auf sie zugelassenen Domain Namen auf die KI zu übertragen.

II. OGH 27.4.1999 – 4 Ob 105/99s – jusline II⁴⁸²

1. Sachverhalt wie im Provisorialverfahren

2. Leitsatz

Die Verhaltensnormen des UWG beziehen sich nur auf Handeln im geschäftlichen Verkehr. Die Registrierung eines Domain Namens zu dem alleinigen Zweck, einen anderen bei seiner Tätigkeit zu behindern und sich eine spätere Überschreibung finanziell abgelten zu lassen, ist sittenwidrig iSd § 1 UWG. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich in diesem Fall aus dem Unwert der Handlung selbst.

3. aus der Begründung

Die Definitionen des Begriffs „domain grabbing“ in der Literatur sowie die erweiterte Sachverhaltsgrundlage veranlassen den Senat zu einer genaueren Prüfung, unter welchen Umständen die Registrierung eines Domain Namens gegen § 1 UWG verstossen kann.

Die Verhaltensnormen des UWG beziehen sich auf Handeln im geschäftlichen Verkehr, rein private Handlungen werden nicht erfasst. Durch die Tatsache, dass der Drittbekl Provider ist und den strittigen Domain Namen durch zur Verfügung Stellung an einen Dritten auch tatsächlich nutzt, ist kein Zweifel an seinem Handeln im geschäftlichen Verkehr gegeben.

⁴⁸² eclex 1999, 226 = EvBI 1999/178 = K&R 1999, 467 = MMR 1999, 662 = MR 1999, 235 (Schanda) = ÖBI 1999, 225 = ÖJZ-LSK 1999/212, 213 = WBI 1999, 525.

Der OGH nimmt im weiteren eine genauere Definition des domain grabbings vor: der sittenwidrige Behinderungswettbewerb formuliert sich (a) durch die Reservierung und (Schein)Benutzung eines Domain Namens zu dem Zwecke, seinem Konkurrenten ein Vertriebshindernis zu errichten und diesen an der Verwendung „seines“ Kennzeichens als domain zu hindern; oder (b) in der Registrierung in der Absicht, für die Herausgabe seiner domain ein „Lösegeld“ zu verlangen, ohne selbst Mitbewerber des Kennzeicheninhabers zu sein.

Im vorliegenden Fall bejaht der OGH die Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG. Die Bekl hätten aus dem einzigen Motiv gehandelt, für den Marktzugang der KI ein Hindernis zu errichten, um aus dessen späterer Beseitigung einen finanziellen Vorteil zu ziehen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Bekl als mit dem Internet Erfahrene um die Bedeutung der Reservierung eines Domain Namens, insbes mit Verwendung der TLD „.com“ Bescheid wissen müsste.

Auf die markenrechtliche Schutzfähigkeit des Zeichens der KI komme es hier gar nicht mehr an, sofern nur ein begründetes Interesse an der Nutzung der strittigen Internetadresse durch die KI zu bejahen ist. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aus dem Unwert der Handlung der Bekl selbst.

III. OGH 13.7.1999 – 4 Ob 140/99p – sattler.at⁴⁸³

1. Sachverhalt

Die Bekl ist Inhaberin der seit Dezember 1997 eingetragenen Domain „sattler.at“, unter der sie Informationen der Bundesinnung der Lederwarenerzeuger, Taschner, Sattler und Riemer anbietet. Der KI trägt den Familiennamen Sattler und ist Gesellschafter der GesbR „Sattler & Schanda Rechtsanwälte“.

Wegen Verletzung des Namensrechts des § 34 ABGB sowie von § 9 UWG beehrt der KI die Unterlassung des Gebrauchs des Domain Namens sattler.at und Beseitigung sowie Übertragung desselben.

2. Leitsatz

Der Gebrauch des Zeichens „Sattler“ als Domain Name durch eine Interessenvertretung dieses Berufsstandes ist nicht unbefugt iSd § 43 ABGB; bei zwei gleichbefugten Rechtsträgern ist es dem im Internet „zu spät kommenden“ zumutbar, ein unterscheidendes Zeichen

⁴⁸³ ecoplex 1999, 703 (Schanda) = MMR 1999, 659 (Höhne) = MR 1999, 237 = ÖBI 2000, 39 = RdW 1999, 710 (dazu Schanda, Der OGH zu sattler.at – Eine kritische Analyse, in Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck (Hg), Domain Namen 67; Höhne, Marginalien zu „sattler.at“, in Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck (Hg), Domain Namen 79).

hinzuzufügen; bei völliger Verschiedenheit des Leistungsangebots keine Verwechslungsgefahr; zu geringe Verkehrsgeltung des Namens.

3. aus der Begründung

In der Revision stützt der Kl seinen Anspruch nicht mehr auf die Grundlage des § 9 UWG, sondern macht nur noch sein Namensrecht iSd § 43 ABGB geltend.

In Rsp und L ist anerkannt, dass § 43 ABGB nicht nur Namen natürlicher Personen, sondern auch jene juristischer Personen, Handelsnamen und sogar Firmenschlagworte schützt. Dieser Namensschutz für die Bezeichnung der Bekl als Bundesinnung ist unzweifelhaft. Ob der Namensbestandteil „Sattler“ bzw die von der Bekl verwendete Internetadresse Namensschutz iSd § 43 ABGB geniessen, lässt der OGH dahingestellt.

Der Gebrauch des Zeichens „Sattler“ durch eine gewerbliche Interessenvertretung ist für sich allein nicht unbefugt iSd § 43 ABGB. Ein Träger des Namens kann die Verwendung der Berufsbezeichnung durch einen anderen Rechtsträger nicht untersagen, solange dies nicht in verwechslungsfähiger oder zur Verwässerung geeigneten Art geschieht. Jemand, der einen Domain Namen mit innerem Zusammenhang zum eigenen Namen oder Leistungsangebot benutzt, habe daran ein berechtigtes Interesse.

Stehen sich wie hier zwei zur Verwendung eines Zeichens berechnigte Rechtsträger gegenüber, ist es dem mit der Registrierung im Internet nachfolgenden ohne weiteres zumutbar, ein der Unterscheidung dienendes Zeichen hinzuzufügen, um eine Eintragung in derselbe TLD zu erreichen.

Eine Beeinträchtigung des Namensrechts durch Verwechslungsgefahr scheidet wegen der völligen Verschiedenheit der von den Streitparteien angebotenen Dienstleistungen aus. Auch die Verkehrsgeltung des Namens Sattler ist durch seine relative Häufigkeit äusserst gering. Eine Verletzung berechtigter Interessen des Kl ist somit nicht gegeben und die Revision des Kl daher nicht berechnigt.

Ob die Verwendung eines Zeichens als Domain Name namensmässiger Gebrauch iSd § 43 ABGB ist, kann nach dieser E nicht gesagt werden.

IV. OGH 13.9.1999 – 4 Ob 180/99w (4 Ob 202/99f) – Format⁴⁸⁴

1. Sachverhalt

Die News Verlagsgruppe gab mit APA-Aussendung vom 10.8.1998, 11:02, den Namen ihres neuen Montagsmagazins „Format“ bekannt. Die Bekl beantragte am selben Tag um 14:57 die Delegation der domain „www.format.at“. In Folge benutzt sie die Internetadresse für Werbung und Abo-Informationen ihrer Titel „Profil“ und „trend“. Zweitkl ist die Inhaberin der 1980 in der Klasse 16 eingetragenen Wort-Bild-Marke „Format“.

Die Klägerinnen begehren eine eV auf Unterlassung der Belegung sowie aktive oder passive Benutzung des Domain Namens; darüberhinaus Löschung der Reservierung. Sie stützen ihre Ansprüche auf § 9 Abs 1 sowie § 1 UWG

2. Leitsatz

Wortmarken genießen bei Erfüllung der in stRsp entwickelten Kriterien (Kennzeichnungskraft; Phantasiewörter ieS/iwS; beschreibende Angaben bei Verkehrsgeltung) Kennzeichenschutz gegenüber Domain Namen. Keine Anordnung der Löschung der Reservierung und Delegation eines Domain Namens durch eV, da dadurch eine Sachlage geschaffen würde, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

3. aus der Begründung

Die Bekl stellt im Revisionsrekurs nicht mehr in Abrede, gegenüber der Erstkl in Behinderungsabsicht gehandelt und gegen § 1 UWG verstossen zu haben.

Gegenüber der Zweitkl, die ihre Ansprüche auf § 9 Abs 1 UWG wegen Verletzung ihrer Rechte am Firmenbestandteil stützt, kommt es darauf an, ob diese Bezeichnung als Firmenbestandteil unterscheidungskräftig ist, somit Kennzeichnungskraft besitzt.

Es wird auf die stRsp des Schutzes von Wortmarken hingewiesen. Solche haben als Phantasiewörter Unterscheidungskraft; beschreibende Angaben idR nicht, können aber bei entsprechender Verkehrsgeltung Schutz nach § 9 Abs 3 UWG erlangen.

„Format“ ist als Kennzeichen für Papierwaren durchaus originell und ungewöhnlich und nicht bloß beschreibend. Als relative

⁴⁸⁴ ecolex 2000, 132 (*Schanda*) = MR 1999, 351 = MR 2000, 352 (*Haller*) = ÖBI 2000, 72 = WBI 2000, 47.

Phantasiebezeichnung kommt ihr somit Unterscheidungskraft auch ohne Verkehrsgeltung zu. „Format“ genießt somit als Firmenbestandteil den Schutz des § 9 Abs 1 UWG.

Auch das Tatbestandsmerkmal der Verwechslungsgefahr, zumindest iwS sieht der erk Senat als gegeben an, da bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck wirtschaftlicher und organisatorischer Beziehungen zwischen Bekl und den Kl erweckt wird.

Somit war dem Begehren auf Unterlassung des Belegens und Benutzens des Domain Namens stattzugeben – der Senat definiert diese Begriffe näher. Das Sicherungsbegehren, die Reservierung und Delegation des Domain Namens zu löschen war hingegen unzulässig, da durch eine eV keine Sachlage geschaffen werden darf, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann und somit das Urteil vorweggenommen würde. Dritte erhielten nämlich dadurch die Möglichkeit, sich den freiwerdenden Domain Namen zu registrieren.

V. OGH 21.12.1999 – 4 Ob 320/99h – ortig⁴⁸⁵

1. Sachverhalt

Der Kl ist alleiniger Gesellschafter des Unternehmens Ortig GmbH, die die homepage „ortig.com“ betreibt. Die Erstbekl (Zweitbekl ist deren GesGF) bietet Internet-Dienstleistungen an und hat sich annähernd 400 Domain Namen reservieren lassen, darunter 364 der TLD „.at“. „Ortig.at“ liess sie sich für eine noch nicht gegründete „Organisation Regionaler Technologie und Informations-Gesellschaften“ reservieren. Der Kl wirft den Bekl domain grabbing vor und begehrt die Unterlassung der Verwendung des Namens Ortig zur Kennzeichnung einer Internet homepage, insbes durch die Verwendung der domain „ortig.at“, sowie eine inhaltsgleiche eV. Er stützt seine Ansprüche auf § 9 UWG und § 43 ABGB.

2. Leitsatz

Domain Namen, die einen Namen enthalten oder namensmässig anmuten, haben Kennzeichnungs- und Namensfunktion und fallen unter den Schutz des § 43 ABGB. Welches Interesse schutzwürdiger ist, wenn zwei Personen konkurrierende (Wahl)Namen gebrauchen, ist nach dem Prioritätsprinzip zu bestimmen. Dieser Grundsatz gilt bei Kollision mehrerer Schutzrechte ganz allgemein, also auch zwischen Namensrecht und Unternehmensbezeichnung.

⁴⁸⁵ eclex 2000, 215 (*Schanda*) = MR 2000, 8 = ÖBI 2000, 134 (*Kurz*) = ÖJZ-LSK 2000/107 = RdW 2000, 296 = WBI 2000, 142.

3. aus der Begründung

Der erk Senat schliesst sich voll der deutschen L und Rsp an. Domain Namen, die einen Namen enthalten oder namensmässig anmuten, haben Kennzeichnungs- und Namensfunktion und fallen unter den Schutz des § 43 ABGB. Der Internetbenutzer wolle nicht nur mit einem beliebigen Computer, sondern mit dem dahinter stehenden Subjekt Verbindung aufnehmen. Der Domain Name eröffne diesen Zugang.

Der Verkehr sei es gewohnt, in der Domain-Bezeichnung, wenn sie einen Namen enthalte, einen Hinweis auf den Inhaber der homepage zu sehen. Geschützt wird nicht der Name an sich, sondern als Kennzeichen einer bestimmten Person.

§ 43 ABGB räumt dem Namensträger das Recht ein, seinen Namen zu führen und jeden anderen vom Gebrauch auszuschliessen. Welches Interesse schutzwürdiger ist, wenn zwei Personen konkurrierende (Wahl)Namen gebrauchen, ist nach dem Prioritätsprinzip zu bestimmen. Dieser Grundsatz gilt bei Kollision mehrerer Schutzrechte ganz allgemein, also auch zwischen Namensrecht und Unternehmensbezeichnung.

Hier besitzt der Kl das bessere Recht, weil der Bekl den Domain Namen ohne eigenes oder von einem berechtigten abgeleitetes Recht benutzt. In der Belegung des strittigen Domain Namens für eine noch nicht einmal bestehende Organisation liegt noch keine befugte Nutzung dieses Namens durch ein dazu berechtigtes Subjekt.

Der Verkehr erwartet, unter der als Namen erkennbaren Internetadresse „ortig.at“ jedenfalls mit einem Träger dieses Familiennamens in Verbindung treten zu können. Dem Begehren war somit wegen unbefugten Eingriffs in das Namensrecht des Kl statt zu geben.

Anm: Erstmals wurde der Unterlassungsanspruch gegen einen Domain Namen erfolgreich auf § 43 ABGB gestützt. Hingegen lag kein domain grabbing iSd § 1 UWG vor, da es zumindest den angeblichen Vorsatz gab, unter dieser Adresse einen Informationsdienst anbieten zu wollen. Das Rekursgericht stellte fest, dass mangels subjektivem Unrechtselements Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG zu verneinen sei.

VI. OGH 17.8.2000 – 4 Ob 158/00i – Gewinn.at⁴⁸⁶

1. Sachverhalt

⁴⁸⁶ MR 2000, 322.

Die KI ist Medieninhaberin der Zeitschrift „Gewinn“ und hat diesen Namen als Wortmarke, zuletzt (Ende 1999) auch für Telekommunikation (KI 38) eintragen lassen. Sie betreibt unter „www.gewinn.co.at“ eine homepage. Die Bekl ist seit 1.8.1997 Inhaberin des Domain Namens „gewinn.at“, unter welcher sie Gewinnspiele anbietet. Nach erfolgloser Aufforderung zur Übertragung der domain begehren die KI, es zu unterlassen, die Bezeichnung „gewinn.at“ (im geschäftlichen Verkehr; zu Zwecken des Wettbewerbs) zu gebrauchen.

Anspruchsgrundlage hierfür seien unbefugter Namensgebrauch iSd § 43 ABGB, sittenwidrige Behinderung iSd § 1 UWG, unbefugte Verwendung einer besonderen Namensbezeichnung iSd § 9 Abs 1 UWG, sowie Eingriff in die Markenrechte der KI (§ 9 Abs 3 UWG) und Verstoss gegen § 80 UrhG wegen Verwendung eines bekannten Zeitschriftentitels in verwechslungsfähiger Weise.

2. Leitsatz

Verwechslungsgefahr iSd genannten Anspruchsgrundlagen ist im Hinblick auf den verschiedenen Unternehmensgegenstand nicht gegeben. Ob domain grabbing iSd § 1 UWG vorliegt, ist aufgrund mangelnder Behandlung der Beweisrügen noch ungeklärt und vom Rekursgericht neuerlich zu prüfen. Die Blockierung einer Internetadresse stellt einen Dauerzustand iSd § 20 Abs 2 UWG dar.

3. aus der Begründung

Die Frage, ob die KI für das Kennzeichen „Gewinn“ Schutz gegen eine Verwendung als Domain Namen in einer zur Verwechslung geeigneten Weise (§ 9 Abs 1 UWG, § 80 UrhG, § 10 Abs 1 Z 2 MSchG) oder nach § 43 ABGB in Anspruch nehmen kann, kann offen bleiben, weil eine solche Verwechslungsgefahr hier nicht vorliegt.

Zur Verwechslungsgefahr muss ein Zeichen in einer Weise gebraucht werden, die geeignet ist, einen Irrtum über die Verknüpfung des Zeichens mit einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen, was vorliegend nicht angenommen werden kann. Weder sind die Unternehmen von KI und Bekl berühmt noch haben sie den gleichen Gegenstand.

Der Internetnutzer wird idR auch nicht von einer wirtschaftlichen oder organisatorischen Verknüpfung sämtlicher Internetanbieter ausgehen, die unter ähnlichen Domain Namen ihre Informationen ins Netz stellen. Selbst wer das Magazin „Gewinn“ kennt, muss nicht von Beziehungen zwischen KI und Bekl ausgehen, somit scheidet auch Verwechslungsgefahr iwS aus.

Die Kl stützen ihren Anspruch weiters auf § 1 UWG wegen sittenwidrigen Behinderungswettbewerbs in Form eines domain grabbings. Die Bekl haben bei Anmeldung des Domain Namens bewusst und gewollt zusammengewirkt. Dies wurde von den Bekl bekämpft, der Drittbekl (Kommanditist der Erstbekl) bestreitet weiters seine Passivlegitimation.

Das Rekursgericht hat ausgehend von einer unrichtigen Rechtsansicht die Beweisrügen nicht behandelt. Damit kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob und welchen Bekl gegenüber das Sicherungsbegehren berechtigt ist; diese Beurteilung wird davon abhängen, welche Ansichten der Registrierung zugrunde lagen und welchen konkreten Beitrag der Drittbekl geleistet hat.

Der Einwand der Verjährung wird verworfen, weil mit der Blockierung einer Internet-Adresse ein Dauerzustand iSd § 20 Abs 2 UWG herbeigeführt wird. Die Rechtssache ist an das Rekursgericht zurückzuverweisen.

VII. OGH 13.9.2000 – 4 Ob 166/00s – FPO.at⁴⁸⁷

1. Sachverhalt

Die Kl ist die politische Partei FPÖ, die unter „fpoe.at“ eine homepage betreibt. Bekl ist die für die Vergabe von Top Level Domains „.at“, „.or.at“ und „.co.at“ zuständige NIC.at. Alan L., USA ist Inhaber der Domain „fpo.at“, unter der er im wesentlichen identische Inhalte wie die Kl anbietet, jedoch mit links zu rechtsradikalen Organisationen.

⁴⁸⁷ MR 2000, 328 (*Pilz*); *Zankl*, Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, JBI 2001, 409; zu einem ähnlichen Fall in Deutschland vgl BGH 17.5.2001 - I ZR 251/99: Die Messe Frankfurt AG, die unter der Bezeichnung „Ambiente“ eine Messe für Tischkultur, Küche, Wohn- und Lichtkonzepte sowie Geschenkideen veranstaltet und Inhaberin der Marke „Messe Frankfurt Ambiente“ ist, hatte sich dagegen gewandt, daß sich ein Privatmann den Domain-Namen „ambiente.de“ hatte registrieren lassen. Dieser Dritte hatte sich zwar bereit erklärt, diesen Domain-Namen nicht mehr zu benutzen, war aber zu einer Löschung der Registrierung nicht bereit. Darauf verklagte die Messe Frankfurt die DENIC, die Genossenschaft von Internet-Providern, von der die mit „.de“ endenden Domain-Namen vergeben werden. Ziel der Klage war es, die Registrierung von „ambiente.de“ aufzuheben und diese Bezeichnung für die Klägerin zu registrieren. Zwar sei nichts dagegen einzuwenden, daß DENIC den Domain-Namen „ambiente.de“ registriert habe. Nachdem die DENIC inzwischen aber von den bestehenden älteren Rechten an der Bezeichnung „ambiente“ wisse, sei sie verpflichtet, die ursprüngliche Registrierung aufzuheben und den Domain-Namen nunmehr für die Klägerin zu registrieren. Das Landgericht Frankfurt a. M. hatte der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidung bestätigt und klargestellt, daß die DENIC, die die Aufgabe der Registrierung und Verwaltung von vielen Millionen Domain-Namen mit verhältnismäßig geringem Aufwand erledigt, grundsätzlich keine Verpflichtung trifft, bei der Registrierung zu prüfen, ob an der einzutragenden Bezeichnung Rechte Dritter bestehen. Aber auch wenn sie auf ein angeblich besseres Recht hingewiesen wird, kann die DENIC – so der BGH – den Anspruchsteller im allgemeinen auf den Inhaber des beanstandeten Domain-Namens verweisen, mit dem – notfalls gerichtlich – zu klären ist, wer die besseren Rechte an der Bezeichnung hat. Nur wenn der Rechtsverstoß offenkundig und für die DENIC ohne weiteres festzustellen sei, müsse sie die beanstandete Registrierung ohne weiteres aufheben. In anderen Fällen brauche sie erst tätig zu werden, wenn ein rechtskräftiges Urteil oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Inhaber der Registrierung die bessere Rechtsposition des Anspruchstellers bestätigt. Im konkreten Fall war zwischen dem Inhaber der Registrierung „ambiente.de“ und der Messe Frankfurt AG streitig, ob aufgrund der Erklärung des Inhabers von „ambiente.de“, diesen Namen nicht mehr zu benutzen, ein entsprechender Vertrag zustande gekommen war. Ob der Messe Frankfurt AG bessere Rechte zustanden, war – so der BGH – für die DENIC nicht offenkundig (Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle, www.jura.uni-sb.de).

Die Kl begehrt die eV auf Unterlassung und Beseitigung der strittigen domain wegen Verletzung des Namensrechts iSd § 43 ABGB und Schädigung des wirtschaftlichen Rufs und Ehre iSd § 1330 Abs 1 u. 2 ABGB. Der Inhaber habe nicht das geringste schutzwürdige Interesse an dem Domain Namen und die Bekl habe sich, obwohl sie darauf aufmerksam gemacht worden sei, geweigert, sie zu sperren. Sie sei daher für den Verstoss gegen das Namensrecht mitverantwortlich und könne neben dem Domain-Inhaber auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Die Bekl bestreitet eine Verpflichtung zur Überprüfung der Berechtigung des Antragstellers und hafte nicht für rechtswidrige Domains. Sie habe auch nicht die Möglichkeit, auf den Inhalt einer homepage Einfluss zu nehmen und im übrigen seien die Bezeichnungen „fpoe.at“ und „fpo.at“ nicht unzulässigerweise verwechslungsfähig.

2. Leitsatz

Domain Namen sind als Kennzeichen mit einem Namen, einer Firma oder einer Marke vergleichbar; geringfügige Abweichungen ändern nichts am Namensgebrauch, wenn aufgrund des gesamten Eindrucks die Gefahr einer Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung besteht. Haftung einer Vergabestelle für Internet domains, wenn der Verletzte ihr Einschreiten verlangt und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien offenkundig ist; jedoch keine allgemeine Prüfungspflicht bei Registrierung. Kein Löschungsbegehren durch einstweilige Verfügung.

3. aus der Begründung

Der Senat hält an der Rsp ortig.at fest, wonach domains, die einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten unter den Schutz des § 43 ABGB fallen. Für den Internetnutzer steht nicht die technische Funktion im Vordergrund, sondern soll der Domain Name zur Identifikation der dahinterstehenden Person, Sache oder Dienstleistung dienen.

§ 43 ABGB schützt auch die namensartig verwendete Kurzbezeichnung „FPÖ“ bzw „FPOE“. Dieser Schutz wird auch nicht durch geringfügige Abweichungen des gebrauchten vom geschützten Namen ausgeschlossen, wenn aufgrund des gesamten Eindrucks die Gefahr einer Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung besteht. Diese sieht der OGH als ganz evident an. Ein rechtlich geschütztes Interesse des Inhabers ist in keiner Weise zu erkennen, die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs somit gegeben

In der Frage der Haftung der Domain-Vergabestelle für Verletzungen des Namensrechts kommt der 1. Senat nach ausführlicher Analyse der deutschen Literatur (insbes *Bettinger/Freytag*, Verantwortlichkeit der DENIC für rechtswidrige Domains? CR 1999, 28, 31) und Judikatur (ua LG Frankfurt, 14.10.1998, CR 1999, 452) zu folgendem Schluss:

Die Beurteilung der Passivlegitimation der Vergabestelle richtet sich nach den Grundsätzen, die für die Fälle mittelbarer Beteiligung an der Störung, insbes für die Haftung von Presseunternehmen für die Veröffentlichung wettbewerbswidriger Anzeigen entwickelt wurden. Ihre Anwendung führt zur Verneinung einer allgemeinen Prüfungspflicht bei der Registrierung eines Domain Namens. Diese wäre der Vergabestelle zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht zuzumuten.

Diese Grundsätze führen jedoch dann zu einer Haftung, wenn der Verletzte unter Darlegung des Sachverhalts ein Einschreiten verlangt und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist. Die Massnahmen wären in einem solchen Fall zumutbar, bei Weigerung kann die Vergabestelle auf Unterlassung, ggf auf Beseitigung in Anspruch genommen werden. Ein solches Verhalten bedeutet eine bewusste Förderung der Rechtsverletzung.

Das Begehren der KI ist dennoch im geforderten Umfang nicht berechtigt. Einerseits kann der Domain-Verwalterin nicht generell geboten werden, die Vergabe von die Namensrechte der KI verletzenden Domains zu unterlassen. Andererseits würde die begehrte Beseitigung (= Löschung) von „fpo.at“ ein Sachlage schaffen, die im Fall eines diese eV nicht rechtfertigenden Urteils nicht rückgängig gemacht werden kann.

Der Revisionsrekurs der KI war daher unberechtigt.

VIII. OGH 13.9.2000 – 4 Ob 198/00x – Bundesheer.at⁴⁸⁸

1. Sachverhalt

Der Bekl hat sich den Domain Namen „bundesheer.at“ registrieren lassen. Ab 27.3.2000 wurde der Internetnutzer informiert, dass sich „hier in Kürze die freie und unabhängige Plattform zum Thema Neutralität und Bundesheer“ fände. Darunter steht der Hinweis „Diese Webseite wird nicht vom BMLV betrieben und hat in keinster Weise offiziellen Charakter“ und der Verweis auf „www.bmlv.gv.at“.

⁴⁸⁸ MR 2000, 325.

Die KI Republik Österreich begehrt per eV die Unterlassung der Verwendung des Domain Namens, das Angebot eigener Inhalte unter „bundesheer.at“, sowie die Unterlassung und Übertragung des Nutzungsrechts an andere. Der Bekl greife in die Namensrechte der KI iSd § 43 ABGB ein, die Internetnutzer werden irregeführt, es entstehe der Eindruck ideeller oder wirtschaftlicher Beziehungen; es sei Verwässerung bzw verwechslungsfähiger Gebrauch anzunehmen und es drohe die Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens.

2. Leitsatz

Bundesheer ist ein Name iSd § 43 ABGB, dessen Trägerin die Republik Österreich ist; das Namensrecht schützt das Interesse an der Unterscheidungskraft und Identifikationswirkung eines Namens; das Interesse wird berührt, wenn der Anschein ideeller oder wirtschaftlicher Beziehungen erweckt wird. Dies ist bei der internet domain „bundesheer.at“ der Fall. Da ein unwiederbringlicher Schaden, anders als bei Eingriffen in die Ehre oder in den wirtschaftlichen Ruf, bei einer Verletzung des Namensrechts nicht immer droht, muss er schlüssig behauptet und bescheinigt werden.

3. aus der Begründung

Der Bekl bekämpft zunächst die Anwendung nationalen Namensrechts, weil dies zu einer Ungleichbehandlung von Domains führe, die sich nur in der TLD unterscheiden. Dem widerspricht der Senat, da der Namensschutz des nationalen Rechts auch dann gewährt werden muss, wenn er wegen der Besonderheiten des Internets unvollkommen bleiben muss.

Schutzberechtigt sind auch juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, Objekt des Schutzes sind Bezeichnungen mit Namensfunktion. Geschützt wird das Interesse an der Unterscheidungskraft und Identifikationswirkung des Namens. Zu prüfen ist, ob „Bundesheer“ ein Name iSd § 43 ABGB ist.

Das Bundesheer ist keine juristische Person, sondern eine bewaffnete Organisation. Dies bedeutet keinen Ausschluss vom Namensschutz, die Republik als Trägerin des Heeres könne diesen in Anspruch nehmen. Ein Verstoß liegt aber nur vor, wenn der Gebrauch unbefugt ist und den Namensträger beeinträchtigt, was die KI in der Gefahr von Verwechslungen erblickt.

Diese ist nach Meinung des Senats jedoch nicht gegeben, da der Bekl auf seiner homepage auf ihren nicht offiziellen Charakter hinweist und auf die homepage des BMLV verweist. Kein Internetnutzer erwarte bei Eingabe

des Suchwortes „Bundesheer“ in eine Suchmaschine nur „authentische und amtliche“ Informationen zu erhalten. Diese Gewähr habe er nur bei Domains „.gv.at“.

Auch Verwässerungsgefahr liegt nicht vor, da es keiner Begründung bedarf, dass beim Begriff „Bundesheer“ ein die Interessen der Republik beeinträchtigende Verwässerung von vornherein nicht in Frage kommt. Der Anschein von Beziehungen werde zwar tatsächlich erweckt, die ist aber auch bei einem Diskussionsforum zum Thema „Bundesheer“ der Fall. Ob ein Internetnutzer mit einer solchen Beziehung rechnen muss, braucht aber nicht abschliessend geklärt werden, da der Sicherungsantrag schon mangels Gefährdung abzuweisen ist.

Einen drohenden unwiederbringlichen Schaden, der durch eV abgewendet werden soll muss der KI durch konkrete Umstände behaupten und bescheinigen. Die abstrakte oder theoretische Möglichkeit eines Schadens genügt nicht. Ausnahme ist der Eingriff in die Ehre oder in den wirtschaftlichen Ruf. Die KI macht dies auch bei Eingriffen in ihr Namensrecht geltend, was das Rekursgericht ebenso annimmt.

Anders als bei Eingriffen in die Ehre oder den wirtschaftlichen Ruf muss bei einer Verletzung des Namensrechts aber keineswegs immer ein unwiederbringlicher Schaden drohen. Dies ist daher vom KI schlüssig zu behaupten und zu bescheinigen.

Die von der KI vorgebrachten Argumente für das Vorliegen eines solchen Schadens (Ausfall an möglichen Interessenten – Grundwehrgenossen, Staatsbürgern, Lieferanten – infolge Verzögerungen und Fehlleitungen; Imageschaden) werden nach Ansicht des Senates den Besonderheiten des Internet nicht gerecht.

Da die KI unbestritten im Internet mehrfach präsent ist, kann keine Rede davon sein, dass die Gefahr bestünde, die Informationen der KI über das Bundesheer wären nicht rasch auffindbar. Jeder Internetnutzer muss aus den vielen Treffern, die er bei der Eingabe eines Suchwortes erhält, die für ihn passende aussuchen. Der Abbruch der Suche nach Aufsuchen einer homepage, die noch dazu auf die gewünschte amtliche Seite ausdrücklich hinweist, ist unvorstellbar.

Es ist auch nicht ersichtlich, warum die KI einen Imageschaden erleiden sollte, weil der Interessent auf der homepage des BKL keine amtlichen Informationen erhält.

Der Sicherungsantrag ist daher schon deshalb nicht berechtigt, weil die KI eine Gefährdung ihres Anspruchs nicht einmal schlüssig behauptet hat.

IX. OGH 19.12.2000 – 4 Ob 256/00a – Steuerprofi.at

Da aus dem Beschluss des OGH in obiger Rs, mit dem der Revisionsrekurs der kl Partei zurückgewiesen wurde keine relevanten Rechtssätze entnommen werden können (Länge der Begründung: weniger als eine Seite) wird im Folgenden der Beschluss des OLG Innsbruck näher untersucht.

OLG Innsbruck 22.8.2000 – 2 R 183/00d – Steuerprofi.at

1. Sachverhalt

Die Kl ist homepage-Designerin und Providerin und erstellt und vertreibt ua seit 1997 die CD-ROM „Steuerprofi“, ein Programm zur Erstellung von Arbeitnehmerveranlagungen. 1997 sicherte sie sich die Domain Namen „steuerberater.at“ ua. Die Erstbekl liess 1999 im Auftrag des zweitbekl Steuerberatungsunternehmens die domain „steuerprofi.at“ registrieren – und zwar irrtümlich auf seinen Namen. Die Kl verlangte die Übertragung der strittigen domain, woraufhin ihr der Zweitbekl den Vorschlag machte, diese gegen „steuerberater.at“ zu tauschen oder gegen den Ablösebetrag von zumindest S 300.000 + USt zu übertragen.

Daraufhin stellte die Kl im Zuge der Klage den Antrag auf Erlassung einer eV auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „Steuerprofi“ als domain, e-mail-Adresse und auf Geschäftspapieren. Sie stützt ihre Ansprüche auf § 80 UrhG sowie § 43 ABGB und §§ 1, 9 UWG.

2. Aus der Begründung

Zu § 80 UrhG: der reklamierte Titelschutz nach UrhG setzt Unterscheidungskraft des Zeichens voraus; darüber hinaus ist wesentlich, dass es sich bei beiden Objekten um Werke iSd UrhG handeln muss. Scheidet dies nur bei einem der beiden Namensträger aus, versagt der Titelschutz. Dies ist hier der Fall, da eine Internetadresse nicht als Werk angesehen werden kann.

Zu § 43 ABGB: dieser schützt nur den Familien- und Handelsnamen, nicht jedoch eine Produktbezeichnung, wie „Steuerprofi“ für eine CD-ROM.

Auch der Markenschutz nach § 9 Abs 3 UWG versagt. Dieser verlangt Unterscheidungskraft, den nur Phantasiewörter ieS besitzen, Wörter des allgemeinen Sprachgebrauchs nur dann, wenn sie mit Ware oder Dienstleistung in keinem Zusammenhang stehen.

Die Wortverbindung „Steuerprofi“ ist keine sprachliche Neubildung sondern nur eine beschreibende Angabe, die nur bei Verkehrsgeltung Kennzeichnungskraft erlangen könne. Ausgehend von den Feststellungen des Erstgerichts zur Verkehrsgeltung des Begriffes „Steuerprofi“ ist diese zu verneinen.

Zum Vorwurf des domain grabbings iSd § 1 UWG: zum Zeitpunkt der Registrierung des Domain Namens seien dem Zweitbekl die Produkte der Kl nicht bekannt gewesen. Weder Erstbekl noch Zweitbekl hatten die Absicht, die Kl dadurch zu behindern. Somit liegt die für ein domain grabbing geforderte Schädigungs- bzw Behinderungsabsicht gar nicht vor.

Allein die Bereitschaft einer Partei, nur gegen Bezahlung eine domain zu übertragen, begründet für sich nicht den Vorwurf des sittenwidrigen Behinderungswettbewerbs. Auch die Anweisung der Zweitbekl an den Erstbekl, die domain „steuerprofi.at“ auf ihn zu übertragen, begründet nicht diesen Vorwurf, da dies von vornherein hätte erfolgen sollen und nur irrtümlich auf den Erstbekl erfolgte.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

X. OGH 30. 1. 2001 – 4 Ob 327/00t – cyta.at

1. Sachverhalt

Die Kl ist Inhaberin der Wortbild-Marke CYTA und wirbt damit für ihr Einkaufszentrum. 1999 wollte sie die Domain cyta.at reservieren lassen, musste aber feststellen, dass diese und die Domain cyta.co.at seit längerem für den Bekl reserviert war. Die Kl begehrt, den Bekl schuldig zu erkennen, die Verwendung von cyta.at und cyta.co.at als Domainnamen zu unterlassen und in die Löschung der Domainnamen einzuwilligen in eventu diese zu löschen.

2. Aus der Begründung

Für die Prüfung, ob der Bekl die Bezeichnung cyta und damit eine zugunsten der Kl registrierte Marke für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen benutzt (§ 10 Abs 1 Z 1 und 2 MSchG) ist allein der Inhalt der Homepage maßgeblich. Der Bekl informiert auf dieser über Leistungen auf dem Gebiet der EDV-Beratung und des Software-Managements. Die durchgreifende Waren- und Branchenverschiedenheit schließt eine Verwechslungsgefahr und damit einen Markeneingriff iSd §

10 Abs 1 Z 2 MSchG aus. Aus dem Fehlen einer Verwechslungsgefahr folgt, dass auch kein Unterlassungsanspruch nach § 9 Abs 1 UWG besteht. Es war daher sowohl Haupt- als auch Eventualbegehren abzuweisen.

XI. OGH 13. 2. 2001 – 4 Ob 316/00z – immobilienring.at

1. Sachverhalt

Die Kl ist als OHG unter dem Namen „Immobilienring G & H“ eingetragen, im Bereich der Immobilienvermittlung im Großraum Wien tätig und Inhaberin einer Wortbild-Marke, bei der das Wort „Immobilienring“ innerhalb zweier konzentrischer Kreise dargestellt ist. 1999 wollte die Bekl die Domain „immobilienring.at“ registrieren lassen und stellte fest, dass diese bereits zugunsten des Immobilienservice der E GmbH registriert war.

2. Aus der Begründung

Die Marke „Immobilienring“ erweckt auch beim verständigen Verbraucher den Anschein, dass damit das Dienstleistungsangebot einer Unternehmensvereinigung in der Immobilienwirtschaft gekennzeichnet wird. Als Marke einer OHG ist „Immobilienring“ daher irreführend iSd § 3 Abs 1 Z 8 MSchG und (unabhängig von der gegenteiligen Auffassung des Patentamts) nicht eintragungsfähig. Eine Markenrechtsverletzung kommt daher nicht in Betracht.

Auch die strengen Voraussetzungen für die Verkehrsgeltung dieses Firmenschlagwortes sind nicht erfüllt: In diesem Zusammenhang wäre eine österreichweite Verkehrsgeltung zu fordern; eine solche ist nicht bescheinigt. Auf § 9 UWG gestützte Ansprüche bestehen daher nicht.

XII. OGH 22. 3. 2001 – 4 Ob 39/01s – rechnungshof.com⁴⁸⁹

1. Sachverhalt

Der Bekl ist Inhaber der Domains rechnungshof.com, .net und .org. Unter rechnungshof.com werden „demnächst alle Insider-Informationen des Österreichischen Rechnungshofes“ versprochen. Die anderen Domains sind „under construction“. Der Rechnungshof ist unter rechnungshof.at und .gv.at erreichbar. Die klagende Republik Österreich begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs eine einstweilige

⁴⁸⁹ www.njus.at/Zivilrecht (Zankl).

Verfügung mittels der dem Bekl die Verwendung, Übertragung oder sonstige Weitergabe untersagt wird.

2. Leitsatz

Die Ankündigung von Insider-Informationen unter der Domain rechnungshof.com gefährdet Ruf und Ansehen der Republik Österreich, die daher aufgrund der Verletzung berechtigter Interessen in ihrem Namensrecht gem § 43 ABGB beeinträchtigt ist, selbst wenn die echte Homepage des Rechnungshofes für den Internetbenutzer leicht auffindbar ist.

3. Aus der Begründung

Die amtlichen Informationen über den Rechnungshof sind unter rechnungshof.at und .gv.at erreichbar und daher entweder über die direkte Eingabe dieser Adressen oder Suchmaschinen für den Internetbenutzer leicht auffindbar. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Internetbenutzer auf der Suche nach der offiziellen Homepage oder auch nur aus Neugier auf die Seite des Bekl gelangt. Die Ankündigung auf der Seite lässt brisante und unter Bruch der Amtsverschwiegenheit weitergegebene Nachrichten erwarten. Dass diese Informationen auf einer Seite geboten werden, deren Internet Domain die Bezeichnung „rechnungshof“ enthält, schädigt Ruf und Ansehen der KI; es liegt daher eine Gefährdung vor.

Der unbefugte Gebrauch eines Namens verstößt gegen § 43 ABGB, wenn und soweit er den Namensträger beeinträchtigt. Der Bekl verwendet „rechnungshof“ zur Bezeichnung seiner Internet-Domains, ohne von der KI dazu ermächtigt zu sein. Dieser Gebrauch ist demnach unbefugt und schädigt schon aus den zur Gefährdung angeführten Gründen die berechtigten Interessen der KI. Dem KI muss ein berechtigtes Interesse zuerkannt werden, dass derartige Informationen nicht unter dem Namen der betroffenen Institution verbreitet werden.

XIII. OGH 29.5.2001 – 4 Ob 123/01v – dullinger.at

1. Sachverhalt

Die Vertreter der KI und der Bekl trafen am 6.9.1999 folgende Vereinbarung: Der Bekl sollte für die KI einen Internetauftritt vornehmen. Die Bekl werde den Domainnamen www.dullinger.at solange auf ihren Namen registrieren, bis alles zur Einspielung der Daten ins Web erledigt sei. Nach dem Abschluss des Internetauftritts werde der Bekl die Änderung der Inhaberdaten der genannten Domain auf die KI vornehmen.

Der Bekl veranlasste daraufhin die Registrierung der Domain „www.dullinger.at“. Die Kl begehrt die Unterlassung des Verwendens dieser Domain im geschäftlichen Verkehr und die Übertragung auf sie.

2. Leitsatz

Durch das Einverständnis, die Registrierung des eigenen Namens bis zum Abschluss eines von jemand anderem organisierten Internetauftritts durch diesen auf dessen Namen zu registrieren, kann nicht die sofortige Übertragung des Domainnamens verlangt werden.

3. Aus der Begründung

Mit der getroffenen Vereinbarung hat die Kl den Bekl ermächtigt, die Domain „dullinger.at“ vorerst auf seinen Namen registrieren zu lassen. Damit entfällt ein Verstoß gegen § 43 ABGB: Ein „unbefugter Namensgebrauch“ iS dieser Bestimmung ist ein solcher, der weder auf eigenem Recht beruht noch vom Berechtigten gestattet wurde. Eine solche Erlaubnis wurde aber durch die Vereinbarung gegeben. Es liegt darüber hinaus keine Verwechslungsgefahr vor, da es für die Beurteilung dieser auf den Inhalt der unter einer bestimmten Domain in das Netz gestellten Webseite ankommt. Wenn – wie im vorliegenden Fall – noch keine Webseite eingerichtet ist und die Domain für den Internetauftritt eines Unternehmers registriert wurde, von dem noch nicht einmal feststeht, in welcher Branche er tätig ist, schließt dies das Bestehen von Verwechslungsgefahr aus.