

# **Seminar zu Rechtsfragen des Internet**

**im WS 98/99**

**bei Prof. Dr. Uwe Blaurock**

**und RiBGH Dr. Joachim Bornkamm**

**Thema 1**

**„Vertragsabschluß im Internet“**

**von stud. jur. Christoph Zippel**

**5. Semester**

**Abgabetermin: 30.11.1998**

## Gliederung

|  | <i>Seite</i> |
|--|--------------|
| <b>Einleitung</b> .....  | 1            |
| <b>A. Elektronische Willenserklärung, automatisierte Willenserklärung, „Computererklärung“, die Willenserklärung per Mausklick</b> ..... | 1            |
| I. Definition.....   | 1            |
| II. Rechtliche Qualität.....   | 1            |
| <b>B. Zurechnungsfragen bei automatisierten DV – Abläufen</b> .....  | 2            |
| <b>C. Vertragsabschluß: Anwesend oder abwesend ?</b> .....   | 3            |
| I. Die häufigsten Vertragsabschlüsse.....  | 3            |
| II. Ausnahmen.....   | 3            |
| <b>D. Homepage als „invitatio ad offerendum“ oder als Angebot i.S.v. § 145 BGB</b> .....   | 3            |
| I. Einleitung.....   | 3            |
| II. Die rechtliche Qualität solcher Homepages .....  | 4            |
| 1) Einfache, jedem zugängliche Präsentation.....   | 4            |
| 2) Arten von Homepages.....  | 4            |
| a) reine Präsentationen .....  | 4            |
| b) eingebaute Bestellfunktion .....  | 5            |
| c) Arten der Waren.....  | 5            |
| III. Schlußfolgerung.....  | 5            |
| <b>E. Zugang ( § 130 BGB ) beim Mailboxsystem</b> .....  | 6            |
| I. Einleitung.....   | 6            |
| 1) Technische Seite .....  | 6            |

|   | <i>Seite</i> |
|---|--------------|
| 2) Rechtliche Seite.....  | 6            |
| a) Zugang im Sinne des BGB .....  | 6            |
| b) Zugang einer E – Mail bei einem Mailboxsystem.....   | 7            |
| aa) Mailbox als vorgehaltene Einrichtung im Machtber. des Empf? ...   | 7            |
| bb) Zugangszeiten .....   | 8            |
| cc) Zugangsstörungen, Zugangsvereitelung, Risikoverteilung .....  | 9            |
| <b>F. Widerruf, Anfechtung.....</b>   | <b>10</b>    |
| I. Widerruf.....  | 10           |
| II. Anfechtung.....   | 10           |
| <b>G. Beweiswert von elektronischen Willenserklärungen .....</b>  | <b>11</b>    |
| I. Beweiswert elektronischer WE in Form von E – Mails .....   | 11           |
| II. E – Mails als Urkunden ? .....  | 11           |
| III. Objekte des Augenscheins .....   | 11           |
| IV. Fälschungssicherheit.....   | 12           |
| V. Das Signaturgesetz und andere Vorschläge zur beweisrechtlichen Bewertung von<br>elektronischen WE im deutschen Recht ..... | 12           |
| 1) Das Signaturgesetz .....   | 12           |
| a) technische Grundlagen.....   | 13           |
| b) rechtlicher Aspekt.....  | 13           |
| c) Vorschlag der Bundesnotarkammer.....   | 14           |
| d) Handhabung durch den Gesetzgeber .....   | 15           |
| e) Vorschlag des Bundesjustizministeriums .....   | 15           |
| f) Vertragliche Beweiskraftvereinbarung, EDI – Agreement, AWV .....   | 15           |
| g) Die europäische Dimension.....   | 16           |
| 2) Stellungnahme.....   | 16           |

|   | <i>Seite</i> |
|---|--------------|
| <b>H. Gesetzliche Schriftform</b> .....                                     | 17           |
| I. Einleitung.....  | 17           |
| 1) Vorschlag der Bundesnotarkammer.....                                     | 18           |
| 2) Vorschlag des Bundesjustizministeriums.....                              | 18           |
| 3) Vorschlag der europäischen Kommission.....                               | 18           |
| II. Stellungnahme.....  | 18           |
| <b>J. Beweisbarkeit des Zugangs elektronischer Willenserklärungen</b> ..... | 19           |
| I. Einleitung.....  | 19           |
| II. Die Telefax – Rechtsprechung.....                                       | 19           |
| III. Übertragung auf die E – Mail.....                                      | 20           |
| 1) Zum Übertragungsrisiko.....  | 20           |
| 2) Manipulationsmöglichkeiten und „Time – Stamping“.....                    | 20           |
| <b>K. Internet und IPR</b> .....  | 21           |
| I. Einleitung.....  | 21           |
| II. Das IPR.....  | 21           |
| III. Bezug zum Internet.....  | 22           |
| 1) Anwendbares Recht nach dem EGBGB.....                                    | 22           |
| a) Rechtswahl durch die Parteien.....                                       | 22           |
| b) keine Rechtswahl durch die Parteien.....                                 | 22           |
| c) Verbraucherverträge.....   | 23           |
| 2) Anwendbarkeit des CISG ( UN – Kaufrecht ).....                           | 24           |

## Literaturverzeichnis

### Lehrbücher

Brox, Hans

„Allgemeiner Teil des BGB“

21. Aufl. Köln – Berlin – Bonn – München, 1997

Schneider, Jochen

„Handbuch des EDV – Rechts“

2. Aufl., München, 1997

Herber, Rolf, Czerwenka, Beate

„Internationales Kaufrecht“,

München 1991

Koch, Frank A.

„Internet – Recht“,

München 1998

Kropholler, Jan

„Internationales Privatrecht“,

2. Aufl., Tübingen 1994

Larenz, Karl, Wolf, Manfred

„Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts“

8. Auflage, München 1997

Medicus, Dieter

Allg. Teil des BGB,

6. Aufl. 1994

## Kommentare

Caemmerer, Ernst von/Schlechtriem, Peter/Herber, Rolf.,  
„Kommentar zum einheitlichen UN – Kaufrecht – CISG“,  
2. Aufl., München 1995  
( zitiert: Caemmerer/Schlechtriem/Herber CISG – Bearbeiter )

MünchKer – Kommentar  
zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
3. Auflage, München 1993 –  
( zitiert: MüKo – Bearbeiter )

Palandt,  
„Bürgerliches Gesetzbuch“  
57. Auflage, München 1998  
( zitiert: Pal. – Bearbeiter )

Theis, Horst E.  
„Die Multimedia – Gesetze“  
Neuwied 1997

Staudinger,  
„Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs- und Nebengesetzen“,  
13. Aufl., München 1993 –  
( zitiert: Staudinger – Bearbeiter )

Zöller,  
„Zivilprozeßordnung“  
20. Auflage, Köln 1997

## Monographien

Brauner, Karl - Ernst

„Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen“,  
Bonn 1988

Boss/Ritter,

„Electronic Data Interchange Agreements“,  
International Chamber of Commerce, 1993

## Aufsätze

Bachmann, Birgit

„Internet und IPR“  
in Michael Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw),  
Stuttgart 1997, S. 169ff.

Bartl, Harald

„Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirmtextes“  
in DB 1982, 1097ff.

Brisch, Klaus M.

„Gemeinsame Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen“  
in CR 8/1998 S. 492ff.

Burgard, Ulrich

„Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation“  
in AcP 195, S.74ff.

Eber – Faller, Sigrun

„Gesetzesvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften“  
in CR 1996, 375ff.

Ernst, Stefan

„Der Mausclick als Rechtsproblem - Willenserklärungen im Internet“,  
in NJW – CoR 1997, S.165

Fritzsche, Jörg, Malzer, Hans,

„Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen“  
in DNotZ 1995 S.3ff.

Geis, Ivo

„Die digitale Signatur“  
in NJW 1997, S. 3000ff.

Heun, Sven - Erik

„Die elektronische Willenserklärung“  
in CR 1994, S. 595ff.

Lachmann, Jens - Peter

„Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtextes“,  
in NJW 1984, S. 405ff.

Luckhardt, Norbert

„Privatissimo“,  
in c't ( Magazin für Computer Technik ) 23/98 S.102f

Köhler, Helmut

„Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen“  
in AcP 182, 126ff.

Kohl, Werner

„Telematikdienste im Zivilrecht“,  
in : Scherer (Hrsg.), Telekommunikation und Wirtschaftsrecht,  
München, 1988

Mehrings, Josef

„Vertragsabschluß im Internet“

in MMR 1/1998 S. 30ff.

und

„Internet – Verträge und internationales Vertragsrecht“

in CR 10/1998 S. 613ff.

Paefgen, Thomas Christian,

„Forum: Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?“

in JuS 1988, 592ff.

Pawlowski, Hans - Martin

„Die Kalkulationsirrtümer: Fehler zwischen Motiv und Erklärung“

in JZ 1997, 741ff.

Redeker, Helmut

„Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst“

in NJW 1984, S. 2391ff.

Roßnagel, Alexander

„Elektronische Signaturen in Europa“

in MMR 7/1998, S.331ff

und

„Aufgaben der Regulierungsbehörde nach dem Signaturgesetz“

in MMR 9/1998, S.468ff

und

„Das Gesetz und die Verordnung zur digitalen Signatur – Entstehung und Regelungsgehalt“

in RDV 1/1998, S.5ff.

Rott, Peter

„Die Auswirkungen des Signaturgesetzes auf die rechtliche Behandlung von elektronischem Datenmanagement und Datenaustausch – Eine Prognose“

in NJW – CoR 7/1998, S. 420

Ultsch, Michael

„Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen“

in NJW 1997, 3007ff.

## **Einleitung:**

Mit der zunehmenden Verbreitung des Internets weltweit und in Deutschland hat dieses große Bedeutung im Wirtschafts- und Rechtsverkehr gewonnen, dabei aber auch Probleme aufgeworfen. Vorliegend wird das Zusammentreffen des „alten“ BGB und der ZPO mit der modernen Kommunikationstechnik untersucht. Dabei sollen im Hinblick auf das Vertragsrecht sowohl die Vereinbarkeit der Normen des BGB mit den Anforderungen des Internets verglichen als auch zu gesetzgeberischen Regelungen und Vorschlägen Stellung genommen werden.

## **A. Elektronische Willenserklärung, automatisierte Willenserklärung, „Computererklärung“, die Willenserklärung per Mausklick.**

### **I. Definition**

„Computererklärung“, elektronische Willenserklärung, automatisierte Willenserklärung, all dies sind Begriffe, die dasselbe Verfahren beschreiben:<sup>1</sup> Die Beteiligung eines Computers bei der Herstellung, Erzeugung und Übermittlung von Erklärungen.<sup>2</sup> Abzugrenzen ist dies jedoch von der Erstellung einer Erklärung durch einen Menschen, der sich lediglich zur Übermittlung der Erklärung eines Computers bedient.<sup>3</sup> Der klassische Fall einer solchen Computererklärung ist eine Erklärung, die von einer Maschine auf Grund ihrer Programmierung abgegeben wird.<sup>4</sup>

### **II. Rechtliche Qualität**

Zu fragen ist, welche Rechtsqualität diese Art von Erklärungen hat. Eine Willenserklärung erfordert schließlich die Erklärung eines Menschen. Sie ist die Äußerung eines auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens.<sup>5</sup> Hinsichtlich von Computererklärungen bedient man sich hier der logischen Konstruktion, daß jede Datenverarbeitungsanlage, welche die Ergebnisse ihrer Datenverarbeitung nach außen hin kundtut, dies nur auf Grund ihrer Programmierung macht.<sup>6</sup> Verwendet wird die Anlage entweder vom Programmierer selbst oder von einem Dritten, der sich der Programmierung bedient. Dies geschieht willentlich. Zwar werden die Erklärungen nicht im Einzelfall dem Verwender der DV - Anlage bekannt, dennoch wird er sich

---

<sup>1</sup> Mehrings in MMR 1/1998 S.30 (31).

<sup>2</sup> Mehrings aaO.

<sup>3</sup> Mehrings aaO.

<sup>4</sup> Schneider in Handbuch des EDV – Rechts Kap. B Rn. 692.

<sup>5</sup> Pal. – Heinrichs Einf. v. § 116 Rn. 1.

<sup>6</sup> Medicus, AT Rn. 256.

aber hypothetisch über die Ergebnisse der Programmierung im Klaren sein, und die Erklärungen der DV - Anlage gehen deshalb auf einen menschlichen Willen zurück.<sup>7</sup> Somit sind „Computererklärungen“ als Willenserklärungen zu qualifizieren. Auf die Problematik der Vereinbarkeit der gesetzlichen Schriftform mit elektronischen Willenserklärungen wird später eingegangen.

Fraglich ist, ob der Begriff „Computererklärung“ auch auf eine Willenserklärung per Mausklick paßt. Im Internet, genauer im World Wide Web (WWW)<sup>8</sup> begegnet man sehr häufig der Aufforderung, durch einen Mausklick eine Erklärung abzugeben. Dies geschieht in unterschiedlicher grafischer Form, ist jedoch immer ein sogenannter „Hyperlink“.<sup>9</sup> Diese Aufforderung ist sicher eine Computererklärung. Fraglich könnte jedoch sein, ob das Betätigen dieses „links“ eine Computererklärung ist. Dies wird dann zu bejahen sein, wenn das Betätigen des „links“ auf dem Computer desjenigen, der „klickt“, einen Programmablauf auslöst, der aus dem „Klick“ sowohl eine Erklärung erzeugt, als sie auch weiterleitet. Eine reine Weiterleitung hingegen wäre als direkte WE eines Menschen zu verstehen.

Die genaue Differenzierung mag hier kompliziert sein und hängt von technischen Abläufen ab. Da es sich jedoch in beiden Fällen um WE handelt, bedarf es hierzu keiner weitergehenden Untersuchung

## **B. Zurechnungsfragen bei automatisierten DV – Abläufen**

Da oben die „Computererklärung“ als Willenserklärung qualifiziert wurde, muß sie auch einem Menschen zurechenbar sein, da sie sonst wirkungslos wäre. Eine Zurechnung wird hier für den DV – Anlagenbetreiber bejaht, der den Computer zur Beschleunigung eines Geschäftsabschlusses einsetzt.<sup>10</sup> Dies gelte auch dann, wenn die Herstellung der WE der DV – Anlage selbst überlassen sei und somit nicht auf dem konkreten Willen des Verwenders beruhe.<sup>11</sup> Der Computer arbeite auf Grund eines generellen Geschäftswillens des Betreibers, einer Art Generalwillenserklärung.<sup>12</sup> Dabei mache sich der Betreiber auch dann die Computererklärungen zu eigen, wenn er nicht einmal deren Inhalt und Adressaten kenne, einfach dadurch, daß

---

<sup>7</sup> Köhler in AcP 182, 126 (134), Kohl, „Telematikdienste“ in : Scherer, „Telekommunikation und Wirtschaftsrecht“, S. 91.

<sup>8</sup> Zum ganzen Koch, Internet – Recht Anhang I, S. 548ff mit weiteren Nennungen.

<sup>9</sup> Koch, Internet – Recht S. 569.

<sup>10</sup> Staudinger – Dilcher, vor §§ 116 – 144 Rn.6.

<sup>11</sup> Brauner, „das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen“, S. 40ff.

<sup>12</sup> Schneider in „Handbuch des EDV – Rechts“, Kap. B Rn. 692.

er sie in den Rechtsverkehr gelangen läßt.<sup>13</sup> Somit sind Computererklärungen dem jeweiligen Betreiber des Computers stets als eigene WE zuzurechnen.

## **C. Vertragsabschluß: Anwesend oder abwesend ?**

### **I. Die häufigsten Vertragsabschlüsse**

Beim Vertragsabschluß über das Internet stellt sich die Frage, ob der Vertragsabschluß unter Anwesenden oder Abwesenden zustande kommt. Gem. § 147 I S.2 BGB gelten Anträge, die mittels eines Fernsprechers von Person zu Person gemacht werden, als Anträge unter Anwesenden. Bei der Benutzung des Internets bedient man sich in der Regel der Telefonleitung. Diese ist ursprünglich zum „Fernsprechen“ eingerichtet worden. Die Erschaffer des BGB haben jedoch sicher nicht an die Nutzung der Telefonleitung für andere Kommunikationsdienste gedacht. So fehlt bei der Benutzung des Internets meistens die unmittelbare Kommunikation. Die Verbindung erfolgt stets durch komplizierte „Routing – Verfahren“ und ist in den meisten Fällen zeitverzögert und nicht unmittelbar. Deshalb ist bei den meisten Vertragsabschlüssen über das Internet, die beispielsweise per E – Mail erfolgen, § 147 I S. 2 BGB unanwendbar und es ist von einem Vertragsschluß unter Abwesenden auszugehen.<sup>14</sup>

### **II. Ausnahmen**

Etwas anderes muß aber gelten, wenn Verträge in sog. Chat – Rooms geschlossen werden oder auch in bereitgestellten On – Line – Konferenzsystemen. Hier ist Interaktion und Unmittelbarkeit gegeben und ein Vergleich mit dem „Fernsprecher“, auch wenn vielleicht nicht „gesprochen“ wird, naheliegend. In solchen Fällen ist also von einem Vertragsabschluß unter Anwesenden auszugehen.<sup>15</sup> Derartige Verträge sind jedoch eher selten.

## **D. Homepage als „invitatio ad offerendum“ oder als Angebot i.S.v. § 145 BGB**

### **I. Einleitung**

Homepages sind eine wichtige Präsentationsmöglichkeit im Internet. Durch sie wird das sogenannte World Wide Web (WWW) definiert, welches Bestandteil des Internet ist.<sup>16</sup> Die technische Bereitstellung von Homepages wird durch den Hyper Text

---

<sup>13</sup> Köhler in AcP 182, 126 (134)., Kohl, „Telematikdienste“, in: Scherer, „Telekommunikation und Wirtschaftsrecht“, S. 91ff (96), Koch, Internet-Recht S.131f.

<sup>14</sup> So die ganz h.M., siehe Ernst, NJW – CoR 97, 165 (166), Heun in CR 1994, 595 (597).

<sup>15</sup> So auch Fritsche/Malzer in DnotZ 95, S. 3 (11), deren Ansicht von Mehrings in MMR 1/98 S. 30 (33) Fn. 46 verkannt wird.

<sup>16</sup> Neben Ftp, News und E - Mail, Telnet nachzulesen bei Koch, Internet – Recht Anhang I, S. 548ff.

Markup Language Standard (HTML) und das Hyper Text Transfer Protocol (HTTP) definiert. Dieser ermöglicht es, Waren und Dienstleistungen sowohl in Textform als auch in grafischer Form zu präsentieren. Außerdem wird durch den HTML / HTTP – Standard eine Schnittstelle zu anderen Internet – Diensten zur Verfügung gestellt, durch die beispielsweise die „Bestellung“ dieser Waren und Dienstleistungen ermöglicht werden. Dem einzelnen Benutzer ist es möglich, sich durch die Eingabe einer Adresse in einem Browser die einzelnen Homepages anzusehen.<sup>17</sup>

## **II. Die rechtliche Qualität solcher Homepages**

### **1) Einfache, jedem zugängliche Präsentation von Waren und Dienstleistungen**

Mit der Zeit hat sich die Nutzung solcher Homepages zur Präsentation von kommerziellen Waren und Dienstleistungen immer mehr durchgesetzt. Oft ist auch eine „online“ - Bestellfunktion integriert. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich hier um Angebote i.S. des § 145 BGB handelt oder die Präsentationen nur als „invitatio ad offerendum“ zu qualifizieren sind. Dies hängt von dem objektiven Erklärungswert des Verhaltens des Präsentierenden ab.<sup>18</sup> In ständiger Rechtsprechung sind Kataloge, Preislisten, Speisekarten etc.. als „invitatio ad offerendum“ qualifiziert worden.<sup>19</sup> Dies soll auch für Präsentationen von Waren im Bildschirmtext gelten.<sup>20</sup> Das Rechtinstitut der „invitatio ad offerendum“ soll schließlich den Präsentierenden davor schützen, daß eine unbestimmte Anzahl von Personen wirksame Verträge mit ihm abschließen kann, die er auf Grund der Vielzahl eventuell nicht erfüllen könnte.<sup>21</sup>

### **2) Arten von Homepages**

#### **a) reine Präsentationen**

Bei den Arten von Homepages ist zu differenzieren. Solche, die nur Waren präsentieren, ohne daß eine Bestellfunktion eingebaut ist, so daß zum Erlangen des Angebotes ein weiterer Schritt außerhalb des Netzes notwendig ist, sind sicherlich als „invitatio ad offerendum“ anzusehen. Hier liegt nur eine Art von Werbung mit virtuellen Prospekten vor.

---

<sup>17</sup> Koch, Internet – Recht, S. 569.

<sup>18</sup> Vgl. Pal. – Heinrichs § 145 Rn. 2.

<sup>19</sup> Rechtsspr. seit RGZ 133, 391.

<sup>20</sup> Lachmann in NJW 84, S. 405 (407), Redeker in NJW 84, S. 2390 (2391).

### **b) eingebaute Bestellfunktion**

Bei Homepages mit eingebauter Bestellfunktion ist dies anders. Zum Teil wird hier vertreten, daß solche Homepages dann ein Angebot darstellen, wenn die Internetteilnehmer mangels konkreter Hinweise nicht erkennen, daß ihnen juristisch gar kein Angebot gemacht wird.<sup>22</sup> Diese Ansicht ist abzulehnen. Auch in der „herkömmlichen“ Werbung, wie z.B. bei Versandhauskatalogen, TV – Werbeverkaufssendungen, bei denen man über das Telefon bestellen kann, wird der Laie oft nicht erkennen können, welche juristische Qualität das Präsentierte hat. Deshalb ist generell bei einer solchen Homepage von einer „invitatio ad offerendum“ auszugehen.<sup>23</sup>

### **c) Arten der Waren**

Im Internet werden viele verschiedene Warenarten präsentiert. Hier ist zwischen realen und virtuellen Waren zu unterscheiden. So soll das Rechtsinstitut der „invitatio ad offerendum“ den Präsentierenden vor einer Vielzahl von Verträgen schützen, die er eventuell nicht erfüllen kann. Dies ist aber nur sinnvoll, wenn es sich um reale Waren handelt. Die Lieferfähigkeit hängt hier vom Lagerbestand oder der Verfügbarkeit am Markt ab. Dies gilt jedoch nicht bei virtuellen Waren, wie z.B. bei digital gespeicherte Texten, Bildern, Softwarelizenzen mit Freischaltungscodes, Download von Software und im Bereich der Sharewarelizenzierung. All diese Waren sind in praktisch unbegrenzter Zahl verfügbar. Nach vorheriger Bonitätsprüfung des Internetteilnehmers verliert die „invitatio ad offerendum“ hier ihren Sinn. In solchen Fällen ist bei einer Homepage an eine Art Warenautomat zu denken, dessen Aufstellen bzw. hier Bereitstellen als Angebot gilt, welches gem. § 151 BGB angenommen werden kann.<sup>24</sup>

## **III. Schlußfolgerung**

Ob eine Homepage eine „invitatio ad offerendum“ oder ein Angebot i.S. von § 145 BGB darstellt, entscheidet sich also zunächst nach Art der Homepage und dann nach der Art dessen, was präsentiert wird.

---

<sup>21</sup> Vgl. Brox AT Rn. 170.

<sup>22</sup> Mehrings in MMR 1/98, S. 30 (32).

<sup>23</sup> So auch die h.M. (noch zum BTX) Bsp. Bartl in DB 1982, 1097 (1100), Paefgen in JuS 1988, 592 (595).

## **E. Zugang ( § 130 BGB ) beim Mailboxsystem**

### **I. Einleitung**

Besondere Probleme ergeben sich bei der Frage des Zugangs von elektronischer Post.

#### **1) Technische Seite**

Elektronische Post, im weiteren auch „E - Mail“ genannt, ermöglicht das Versenden von Dateien jeglicher Art. Dazu benötigen sowohl der Versender als auch der Empfänger einen elektronischen Briefkasten, eine sogenannte Mailbox und eine individuelle Adresse. Dies ist ein Platz, der ihm auf einem Mail – Server zur Verfügung gestellt wird, in dem die an die Empfängeradresse gesandte E - Mail gespeichert wird und auf den der Empfänger zugreifen und somit von der E - Mail Kenntnis nehmen kann. Über das Internet wird eine E - Mail vom Versender zum Empfänger übermittelt, indem der Versender mittels eines „Mail – Programmes“ die Anweisung gibt, die „E - Mail“ an die eingetragene Adresse des Empfängers zu senden. Über den Datenfluß des Internets gelangt die E - Mail dorthin.<sup>25</sup>

#### **2) Rechtliche Seite**

Fraglich ist nun, wie die Regeln des Zugangs von Willenserklärungen des § 130 BGB auf den oben beschriebenen technischen Vorgang übertragbar sind.

##### **a) Zugang im Sinne des BGB**

Gem. § 130 I S.1 wird eine unter Abwesenden abgegebene WE in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugeht. Nach ständiger Rechtsprechung geht die WE dann zu, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, daß dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.<sup>26</sup> Zum Bereich des Empfängers gehören auch die von ihm zur Entgegennahme von WE bereitgehaltenen Einrichtungen, wie z.B. der Briefkasten.<sup>27</sup> Der Zugang ist dabei dann vollendet, wenn die Kenntnisnahme durch den Empfänger möglich und nach der Verkehrsanschauung zu erwarten ist.<sup>28</sup> Bei früherer Kenntnisnahme geht die WE mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zu.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Ähnlich auch Ernst in NJW – CoR 3/97 S. 165 (165) zum Bereich der „On – Demand“ Nutzung.

<sup>25</sup> Zum ganzen: Koch, Internet – Recht, Anhang I, S. 548ff.

<sup>26</sup> BGHZ 67, 275, BGH in NJW 80, 990, 83, 930, BAG in NJW 84, 1651, 93, 1093.

<sup>27</sup> Pal. – Heinrichs § 130 Rn.5.

<sup>28</sup> BGH LM Nr. 2 zu § 130 BGB.

<sup>29</sup> Larenz AT § 21 II b.

## **b) Zugang einer E - Mail bei einem Mailboxsystem**

Auch eine E - Mail geht bei Kenntnisnahme durch den Empfänger zu. Hieran besteht kein Zweifel. Problematisch ist lediglich die Frage, ob eine E - Mail auch schon vor der Kenntnisnahme zugehen kann, indem sie in einer Empfangseinrichtung wie einer Mailbox aufläuft.

### **aa) Mailbox als vorgehaltene Einrichtung im Machtbereich des Empfängers ?**

Fraglich ist, ob die Mailbox eine Empfangseinrichtung i.S. des § 130 BGB ist.

Einen Briefkasten hat fast jeder Mensch. Von jedem ist es nach der Verkehrsan-schauung zu erwarten, daß er den Briefkasten in angemessenen Intervallen leert und die eingeworfenen Briefe, bzw. WE in Briefform zur Kenntnis nimmt. Mit dem Ein-wurf in einen Briefkasten kann also eine WE zugehen, auch wenn der Empfänger davon noch nicht tatsächlich Kenntnis genommen hat.<sup>30</sup>

Abstrakt gesehen funktioniert eine Mailbox ähnlich. Eine E - Mail wird mit ihrem Eingang als Datensatz in dem Mailboxbereich des Empfängers gespeichert. Er könn-te nun darauf zugreifen und davon Kenntnis nehmen. Fraglich ist, ob das auch von ihm zu erwarten ist.

Die Auferlegung einer „Nachforschungsobliegenheit“ bedarf nämlich einer Rech-tfertigung.<sup>31</sup> Bei einem Hausbriefkasten wird diese durch das Anbringen gerechtfertigt. Hierdurch erklärt der Anbringende, daß er mit dem Briefkasten zum Empfang von WE bereit ist. Der Briefkasten ist dem Empfang von WE damit gewidmet.<sup>32</sup> Dies läßt sich darauf zurückführen, daß das Postsystem eine weltweite Verbreitung hat und die Mehrzahl der Haushalte daran angeschlossen ist. Für ein Mailboxsystem kann das – zumindest heute – noch nicht gelten. So ist es nicht unbedingt allgemein üblich, Erklärungen per E - Mail abzugeben, und man braucht nicht ohne weiteres damit zu rechnen, Erklärungen über diesen Weg zu empfangen. Für die Widmung ist also ein zusätzlicher Akt als der bloße Besitz einer Mailbox erforderlich.<sup>33</sup>

So kann man eine Widmung erst dann als vollzogen erachten, wenn der Inhaber ei-ner Mailbox mit seiner E-Mail - Adresse im Geschäfts- und Rechtsverkehr auftritt.<sup>34</sup> Zu denken ist hier im Bereich des Geschäftsverkehrs an die Bekanntgabe der E -

---

<sup>30</sup> Pal. – Heinrichs § 130 Rn. 5, 6.

<sup>31</sup> Ultsch in NJW 1997, 3007, (3007).

<sup>32</sup> Ultsch aaO.

<sup>33</sup> Vgl. Ultsch, aaO., Ernst in NJW – CoR 97, S.165 (166).

<sup>34</sup> Ultsch aaO.

Mail - Adresse auf dem Briefkopf oder auf Visitenkarten.<sup>35</sup> Branchenspezifisch ist eine Widmung auch ohne eine solche Bekanntgabe denkbar, beispielsweise bei einem Internet- oder Kommunikationsunternehmen. Aber auch ein Privater kann seine Mailbox widmen. Dies muß nicht generell geschehen. So kann er seine Mailbox auch gegenüber einem einzelnen widmen, indem er diesem gegenüber eine WE unter Angabe seiner E-Mail-Adresse abgibt. Nutzt ein Privater seine Mailbox jedoch nur für den gesellschaftlich – sozialen Verkehr, ist nicht von einer Widmung auszugehen.<sup>36</sup>

Es bleibt also festzuhalten, daß eine Mailbox dann eine zum Empfang von WE gewidmete Einrichtung darstellt, wenn jemand im Rechts- oder Geschäftsverkehr damit auftritt. Dies kann ganz oder im Bereich des privaten Rechtsverkehrs auch teilweise geschehen, so daß in den beschriebenen Fällen ein Zugang auch vor der tatsächlichen Kenntnisnahme möglich ist.

### **bb) Zugangszeiten**

Erklärungen in Briefform gehen stets zu dem Zeitpunkt zu, zu dem unter Annahme gewöhnlicher Umstände mit der Kenntnisnahme der Erklärung zu rechnen ist. Dies ist der Zeitpunkt, an dem die Entleerung des Briefkastens üblicherweise zu erwarten ist.<sup>37</sup> Bei späterem Eingang, zur sogenannten „Unzeit“, geht die Erklärung am nächsten Werk- bzw. Arbeitstag zu.<sup>38</sup> Fraglich ist, ob diese Regelung auf ein Mailboxsystem übertragbar ist. Anders als im Briefverkehr gehen hier die Nachrichten rund um die Uhr ein. Zum einen wird gefordert, die Mailbox mehrmals täglich zu überprüfen.<sup>39</sup> Zum anderen wird gesagt, daß nur mit der einmaligen Überprüfung der Mailbox am Tag zu rechnen sei.<sup>40</sup> Letzterer Auffassung ist zu folgen. Durch die Einrichtung einer E – Mail – Adresse erfolgt schließlich keine Loslösung von Geschäftszeiten. Deshalb sind - zumindest heute noch – die Regeln für den Zugang von Erklärungen in Briefform auch hier übertragbar. Sofern jemand seine Mailbox nämlich dem Geschäfts- oder Rechtsverkehr gewidmet hat, muß er gegen sich gelten lassen, daß er damit suggeriert hat, die Mailbox ebenso wie seinen Hausbriefkasten mit einer gewissen Regelmäßigkeit auf neu eingegangene Nachrichten hin zu überprüfen.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Ernst in NJW – CoR 97, S. 165 (166).

<sup>36</sup> Ultsch in NJW 97, 3007, (3008).

<sup>37</sup> Larenz aaO, § 21 I b, S. 423f.

<sup>38</sup> Larenz aaO.

<sup>39</sup> Heun in CR 94, 595, (598), Ernst in NJW – CoR, S. 165 (166).

<sup>40</sup> Koch – Internet – Recht S.144.

<sup>41</sup> Ultsch in NJW 97, 3007, (3008)., Ernst in NJW – CoR noch weiter zwischen privaten und geschäftlichen Nutzern differenzierend S. 165 (166).

Deshalb finden hinsichtlich des Zugangszeitpunkts die Regeln über die Zugangszeit von Erklärungen in Briefform Anwendung.

### **cc) Zugangsstörungen, Zugangsvereitelung, Risikoverteilung**

Durch technische Probleme können Zugangsstörungen in einem Mailboxsystem auftreten. Dies ist jedoch durch die heute hohe Zuverlässigkeit solcher Systeme selten geworden. Eine WE kann dann erst später zugehen, dem Adressaten wird aber, sofern ihm die Zugangsstörung zuzurechnen ist, der Einwand des verspäteten Zugangs abgeschnitten.<sup>42</sup> Bei einer absichtlichen Zugangsvereitelung sind §§ 162, 815 2. Alt. analog anzuwenden und der Zugang wird fingiert.<sup>43</sup> Ansonsten findet eine Zurechnung nur statt, wenn den Adressaten eine objektive Pflichtwidrigkeit trifft.<sup>44</sup> Die wohl häufigste Zugangsstörung liegt in einer Überfüllung der Mailbox. Da Mailboxsysteme dem Benutzer nur eine begrenzte Speicherkapazität für die eingegangenen Nachrichten zur Verfügung stellen, kann es immer noch vorkommen, daß die Mailbox überfüllt wird. Hierbei ist zu differenzieren. Wenn der Adressat seine Mailbox nicht regelmäßig überprüft, Kenntnis davon hat, daß große Nachrichten in seiner Mailbox gespeichert wurden oder ein Fehler bei seinem Internet - Provider auftritt, ist ihm das zuzurechnen,<sup>45</sup> da er daran gehalten ist, für die Betriebsfähigkeit der von ihm eingesetzten technischen Mittel zu sorgen.<sup>46</sup> Außerdem wird dem Empfänger das Risiko der Leistungsbereitschaft des Diensteanbieters aufgetragen. Schließlich liegt es in seiner Macht, einen ausreichend zuverlässigen und leistungsfähigen Anbieter zu wählen.<sup>47</sup> Bei unerwartetem Eingang von umfangreichem Werbematerial erfolgt keine Zurechnung.<sup>48</sup> Die Gefahr der Überfüllung einer Mailbox ist jedoch heutzutage nicht mehr so hoch. Zum einen haben die Provider von Mailsystemen die Speicherkapazität erhöht<sup>49</sup> und zum anderen gibt es wirksame Filtersysteme, um eine Überfüllung mit Werbung zu verhindern. Letztlich muß es dem Verwender eines Mailboxsystems je nach Intensität der Nutzung des Systems im Rechtsverkehr aber auch zuzumuten sein, einen Mail – Provider zu wählen, der ausreichend Speicherplatz zur Verfügung stellt, auch dann, wenn dies mit höheren Kosten verbunden ist. Zur Risikoverteilung ist zu sagen, daß der Sender bei einem privaten Empfänger, der seine Mailbox nicht gewidmet hat, das Risiko des Verlusts oder der Verzögerung bis

---

<sup>42</sup> Larenz aaO. § 21 II b, S. 424f.

<sup>43</sup> Medicus AT Rn. 282.

<sup>44</sup> Ultsch in NJW 97, 3007, (3008).

<sup>45</sup> Ultsch aaO.

<sup>46</sup> Koch, Internet – Recht S. 142.

<sup>47</sup> Koch, Internet – Recht S. 142.

<sup>48</sup> Ultsch aaO.

<sup>49</sup> Bsp. bei T – Online heute 15 MB statt 2 MB, wie von Ultsch aaO. angeführt.

zur Kenntnisnahme trägt.<sup>50</sup> Bei einem geschäftlichen Adressaten findet jedoch ein Risikoubergang statt. So erscheint es billig, das Risiko mit dem Eintritt in den Machtbereich des Empfängers zu verknüpfen. Dieser hat seine Mailbox schließlich zum Empfang von WE bereitgestellt und muß sie deshalb auch beherrschen können. Der Absender hat keinen Einfluß darauf.<sup>51</sup> Bei Verspätung, beispielsweise durch technische Probleme während des „Transports“ der WE, können Fristen verstreichen. Eine solche Verspätung kann unverschuldet eintreten. Ein verschuldensunabhängiger Fristablauf geht aber dennoch zu Lasten des Senders.<sup>52</sup>

## **F. Widerruf, Anfechtung**

### **I. Widerruf**

Gem. § 130 I S.2 ist es möglich, das Wirksamwerden einer WE zu verhindern, wenn vor dieser oder gleichzeitig mit dieser ein Widerruf zugeht. Daß ein Widerruf vor einer elektronisch versandten WE, beispielsweise per E – Mail, zugeht, ist technisch fast auszuschließen. Zu denken ist hier höchstens an einen sehr schnellen Anruf beim Empfänger. Auch ein gleichzeitiger Zugang wird nach den oben beschriebenen Regeln des Zugangs von E – Mails nur dann stattfinden sein, wenn der Empfänger seine Mailbox selten überprüft und deshalb irgendwann alle, auch die ungelesenen WE, zu ein- und demselben Zeitpunkt zugehen. Abhilfe soll hier durch die Umsetzung der EG – Richtlinie zum Fernabsatz geschaffen werden, die ein weiter gefaßtes Widerrufsrecht einräumt.<sup>53</sup> Auf diese Richtlinie soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

### **II. Anfechtung**

An sich können gegen die Anfechtbarkeit von Computererklärungen keine Bedenken bestehen. Nach § 119 I BGB berechtigen aber nur solche Irrtümer zur Anfechtung, die bei der Abgabe der WE auftreten. Irrtümer, die im Vorfeld unterlaufen, haben keine Relevanz.<sup>54</sup> Dieser Grundsatz läßt sich auch auf Computererklärungen übertragen. So kann der Benutzer, der eine WE durch einen Computer abgibt und sich verippt, diese auch anfechten. Nicht möglich ist die Anfechtung jedoch bei internen Rechenfehlern, da diese nur einen Motivirrtum in Form eines Kalkulationsirrtums

---

<sup>50</sup> Ultsch aaO.

<sup>51</sup> Ultsch in NJW 97, 3007, (3009).

<sup>52</sup> Ultsch aaO.

<sup>53</sup> Richtlinie 97//7/EG nachzulesen in Abl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997.

<sup>54</sup> Mehrings in MMR 1/1998 S. 30 (32).

darstellen.<sup>55</sup> So ist auch eine Erklärung, die auf der Grundlage von falschem Datenmaterial erzeugt wurde, nicht anfechtbar. Die Situation ist nämlich vergleichbar mit der eines Menschen, der falsches Datenmaterial benutzt. Es handelt sich jeweils um unbeachtliche Motivirrtümer.<sup>56</sup> Ein Systemfehler hat die gleiche Folge. Er entspricht lediglich einem Irrtum in der Willensbildung an sich.<sup>57</sup> Bei reinen Übermittlungsfehlern hingegen wird ein Anfechtungsgrund aus § 120 angenommen.<sup>58</sup>

## **G. Beweiswert von elektronischen Willenserklärungen**

### **I. Beweiswert elektronischer WE in Form von E – Mails**

Neben dem materiellen Zivilrecht hat die Anerkennung von elektronischen WE auch große Auswirkungen auf das Prozeßrecht. Insbesondere die Frage des Beweiswertes ist hier zu klären.

### **II. E –Mails als Urkunden ?**

Eine elektronische WE würde im Prozeß vollen Beweis gem. § 416 ZPO begründen, wenn sie eine Urkunde wäre. Urkunden sind durch Niederschrift verkörperte Gedankenerklärungen, die geeignet sind, Beweis für Streitiges Parteivorbringen zu erbringen.<sup>59</sup> Privaturkunden i.S. des § 416 ZPO sind von Privatpersonen erstellte und unterschriebene Erklärungen.<sup>60</sup> Eine elektronische WE wird zwar den Anforderungen der Verkörperung gerecht, wenn sie bei Empfänger digital gespeichert, also perpetuiert wird,<sup>61</sup> sie kann jedoch keine reale Unterschrift des Erstellers tragen. Eine eigenhändige Unterschrift ist zwar durch § 426 ZPO nicht ausdrücklich gefordert, wenn sich die Urheberschaft der Urkunde aus anderen Merkmalen herleiten läßt, EDV – Datenträger werden jedoch, auch wenn ihr Inhalt ausgedruckt wird, nicht als Urkunden i.S. der ZPO anerkannt.<sup>62</sup> Eine elektronische WE kann also nicht als Urkunde im herkömmlichen Sinne angesehen und der sichere Urkundenprozeß kann damit nicht geführt werden<sup>63</sup>.

### **III. Objekte des Augenscheins**

---

<sup>55</sup> Pawlowski in JZ 1997, 741 (742).

<sup>56</sup> vgl. LG Frankfurt in NJW-RR 1997, 1273.

<sup>57</sup> Medicus AT, Rn. 256.

<sup>58</sup> vgl. Heun in CR 1994, 595 (596).

<sup>59</sup> BGHZ 65, 300.

<sup>60</sup> Zöllner – Geimer ZPO vor § 415 Rn. 3.

<sup>61</sup> Fritsche/Malzer in DNotZ 1995 S. 3, (10).

<sup>62</sup> Zöllner – Geimer ZPO vor § 415 Rn. 2.

Gem. § 286 II ZPO sind elektronische WE deshalb als sogenannte Objekte des Augenscheins zu qualifizieren und unterliegen der freien Beweiswürdigung. Deshalb ist der Richter nicht an den Inhalt der Erklärung gebunden und kann das Dokument ablehnen. Dies ergibt sich hauptsächlich aus dem hohen Fälschungsrisiko von elektronischen WE.<sup>64</sup>

#### **IV. Fälschungssicherheit**

Die unzureichende Fälschungssicherheit einer elektronisch übermittelten WE soll hier anhand einer „normal“ übermittelten E – Mail aufgezeigt werden.

E – Mails werden weltweit unter Benutzung des 1982 entwickelten **Simple Mail Transfer Protocol ( SMTP )** versandt.<sup>65</sup> Mit diesem Protokoll wird eine E – Mail vom Sender zum Empfänger geleitet, wobei sie über mehrere Zwischenstationen „geroutet“ wird.<sup>66</sup> Hierbei sind sowohl die Absenderadresse als auch der Inhalt manipulierbar. Eine Art Unterschrift und Authentifizierung sieht der Standard von sich aus nicht vor. Hauptsächliche Mißbrauchfälle sind dabei das Senden einer E – Mail unter falschem Namen oder eine nachträgliche Änderung des Inhalts durch den Empfänger. Auch ein „Abfangen“ der Mails auf dem Weg zum Empfänger ist denkbar, jedoch nur selten gezielt möglich und erfordert sehr hohen technischen Sachverstand. Der Weg der Mails durch das Internet ist nämlich nicht exakt vorzuberechnen und die Rechner auf den „Zwischenstationen“ sind heutzutage außerordentlich gut geschützt. Nichtsdestotrotz sind E – Mails sehr angreifbar. Dies hat zu Reaktionen von Technik, Wirtschaft, Politik und Gesetzgebung geführt, die in der Einführung des Signaturgesetzes (SigG) geendet sind.

#### **V. Das Signaturgesetz und andere Vorschläge zur beweisrechtlichen Bewertung von elektronischen WE im deutschen Recht.**

##### **1) Das Signaturgesetz**

Gem. § 1 SigG ist es das Ziel des Gesetzes, Rahmenbedingungen für digitale Signaturen zu schaffen. Aus diesen Rahmenbedingungen ergeben sich keine Rechtsfolgen, weshalb das SigG nur einen gesetzgeberischen Torso darstellt.<sup>67</sup> Dennoch definiert § 2 SigG recht deutlich – wenn auch umständlich formuliert –, wie eine solche digitale Signatur aussehen sollte. Nach dieser Vorschrift ist eine digitale Signatur „ein mit

---

<sup>63</sup> Geis in NJW 97, S. 3000, (3001).

<sup>64</sup> Geis aaO.

<sup>65</sup> Abrufbar unter <http://www.cert.org>.

<sup>66</sup> vgl. Koch, Internet – Recht, Anhang I, S. 548ff.

einem privaten Signaturschlüssel erzeugtes Siegel zu digitalen Daten, das mit Hilfe eines zugehörigen öffentlichen Schlüssel, der mit einem Signaturschlüssel – Zertifikat einer Zertifizierungsstelle oder einer Behörde nach § 3 versehen ist, den Inhaber des Signaturschlüssels und die Unverfälschbarkeit der Daten erkennen läßt.“

### **a) technische Grundlagen**

Um Mißverständnisse zu vermeiden, ist es notwendig zunächst auf die technischen Grundlagen der Signatur einzugehen. Die heute angewandten Signaturverfahren gehen zurück auf das asymmetrische –Verschlüsselungsprinzip der Kryptologie. Dieses hat seinen Ursprung in dem mathematisch sehr komplizierten RSA – Verfahren, das in den 70er Jahren entwickelt wurde. Es beinhaltet die Verschlüsselung von Daten anhand von Code – Schlüssel. Dabei werden zunächst zwei Schlüssel errechnet. Die Besonderheit hieran ist, daß es bei ausreichender Länge<sup>68</sup> dieser Schlüssel nicht möglich ist, aus einem Schlüssel den jeweils anderen zu errechnen. Nach gesicherter wissenschaftlicher Kenntnis wird dies auch mit Computern künftiger Generationen nicht möglich sein.<sup>69</sup> Von diesen beiden Schlüssel ist einer, der sogenannte „private Schlüssel“, nur dem Verwender bekannt. Der zweite Schlüssel, der „öffentliche Schlüssel“, wird bekannt gegeben. Es ist nun möglich, Daten, die mit einem der beiden Schlüssel codiert wurden, mit dem jeweils anderen wieder zu decodieren.

Eine elektronische Signatur besteht aber nicht in der Codierung der Daten an sich. Mit Hilfe des privaten Schlüssel ist es nämlich auch möglich, aus den Daten eine Art Kurzform dieser Daten zu erstellen. Die Decodierung dieser Kurzform mit dem öffentlichen Schlüssel gibt dann darüber Aufschluß, ob mit dem passenden privaten Schlüssel codiert wurde und ob die Daten verändert wurden.<sup>70</sup>

### **b) Rechtlicher Aspekt**

Die Anwendung dieses Verfahrens bedeutet i.S. des § 2 SigG, daß hierdurch sowohl die Authentizität als auch die Integrität der Daten sicher feststellbar sind.<sup>71</sup> Das System funktioniert jedoch nur, wenn derjenige, der die Signatur benutzt, auch derjenige ist, der er vorgibt zu sein. Hier behilft sich das SigG mit sog. Zertifikaten. Gem. § 2 III SigG ist ein solches Zertifikat eine digitale Bescheinigung über die Zuordnung eines Signaturschlüssels zu einer natürlichen Person. Die Zertifikate werden durch

---

<sup>67</sup> Geis aaO., S. 3001.

<sup>68</sup> sog. 1024 Bit – Schlüssel ( tatsächlich 768 Bit ).

<sup>69</sup> zum ganzen, mit mathematischer Herleitung: Koch, Internet – Recht, S.180ff.

<sup>70</sup> zum technischen Stand im Nov. 1998 und der Möglichkeit der privaten Nutzung siehe Luckhardt in c't 23/98, S.102f.

<sup>71</sup> vgl. Theis, „Die Multimediasetze“ S. 189.

Zertifizierungsstellen ausgegeben. Diese Zertifizierungsstellen sind entscheidend für die Vertrauenswürdigkeit des Signaturverfahrens. Sie müssen neben der Ausgabe von Zertifikaten ein Verzeichnis mit den gültigen Zertifikaten bereithalten und eine Sperrung von verlorenen privaten Signaturschlüsseln ermöglichen. Zertifizierungsstellen sind dabei privatrechtlich organisiert.<sup>72</sup> Überwacht wird eine Zertifizierungsstelle gem. §§ 3 und 13 SigG i.V.m. § 66 Telekommunikationsgesetz durch die Regulierungsbehörde. Diese gibt mit der „Ausstellung von Zertifikaten, die zum Signieren von Zertifikaten eingesetzt werden“ und der „Erteilung von Genehmigungen“, Lizenzen zum Betreiben von Zertifizierungsstellen aus.<sup>73</sup> Die Regulierungsbehörde überwacht also in einem zweistufigen Kontrollsystem die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Zertifizierungsstellen. Letztere ist dabei an die Signaturverordnung (SigV) gebunden, die sowohl das Genehmigungsverfahren zur Zulassung als Zertifizierungsstelle als auch die Tätigkeit der Zertifizierungsstellen sehr genau regelt. Auf die SigV soll hier aber nicht im einzelnen eingegangen werden.

Unter Zuhilfenahme der elektronischen Signatur kann also zunächst die Authentizität und Integrität von Willenserklärungen ermittelt werden. Die Überprüfung der Identität der hinter dem Signaturschlüssel stehenden Person erfolgt durch Zertifikate. Diese werden von geeigneten Zertifizierungsstellen ausgegeben, welche von einer Bundesbehörde überwacht werden.

Alles in allem erscheint dieses Verfahren sowohl technisch als auch von der Kontrollinfrastruktur her sehr sicher. Fraglich ist nur, ob es praktisch ist und welche praktischen Konsequenzen sich überhaupt daraus im Bezug auf das Beweisrecht ergeben.

Hierzu sind mehrere Prognosen und Vorschläge gemacht worden:

### **c) Vorschlag der Bundesnotarkammer**

Der Vorschlag der Bundesnotarkammer besteht darin, durch die Einführung eines § 126a BGB eine Alternative zur gesetzlichen Schriftform zu schaffen. So soll nach dem Entwurf des § 126a der elektronische Text, der eine „elektronische Unterschrift“ trägt, der Schriftform gleichgestellt werden. Hierzu sei eine Identifikationsfunktion der elektronischen Unterschrift erforderlich. Aus der Gleichstellung mit der Schriftform läßt sich dann die Brücke zu § 416 ZPO schlagen. Nach dem Vorschlag der Bundesnotarkammer wäre nämlich eine digital signierte Erklärung auch einer

---

<sup>72</sup> Roßnagel in MMR 9/1998, S. 468, (469).

<sup>73</sup> Roßnagel in MMR 9/1998, S. 468, (469), ders. in RDV 1/1998, S.5 (13).

Urkunde i.S. des § 416 ZPO gleichgestellt.<sup>74</sup> Der Vorschlag ist jedoch nicht umgesetzt worden.

#### **d) Handhabung durch den Gesetzgeber**

Nach den Äußerungen der Bundesregierung sind zivilrechtliche und zivilprozeßrechtliche Folgen des Signaturgesetzes in Zukunft nicht ausgeschlossen.<sup>75</sup> Bis dahin sollen digital signierte Dokumente im Rahmen der freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO betrachtet werden.<sup>76</sup> Damit bleibt der Weg sowohl für eine gesetzliche als auch für eine Lösung durch die Rechtsprechung offen.<sup>77</sup> Letzteres wird beispielsweise von *ROTT* prognostiziert, der es für unwahrscheinlich hält, daß der Gesetzgeber das Beweisrecht anpaßt, ohne einige Jahre Erfahrung mit den digitalen Signaturen zu sammeln.<sup>78</sup>

#### **e) Vorschlag des Bundesjustizministeriums**

Der Vorschlag des Bundesjustizministeriums besteht ebenfalls darin, einen § 126a BGB einzuführen. Dieser soll die neue Formvorschrift der „Textform“ definieren. So soll die Textform die Fixierung einer Mitteilung oder Erklärung in lesbaren Schriftzeichen sein, ohne daß es eines Ausdrucks auf Papier oder einer eigenhändigen Unterschrift bedarf. Die Textform soll dabei für die Formvorschriften eröffnet werden, bei denen keine nennenswerte Fälschungsfahr besteht. Eine Qualifikation der digital signierten Erklärung als Urkunde i.S. des § 416 ZPO erfolgt dabei nicht.

#### **f) Vertragliche Beweiskraftvereinbarung, EDI – Agreement, AWV – Mustervertrag**

Ein weiterer Ansatz liegt in der vertraglichen Regelung der Beweiskraft von elektronischen Erklärungen. Um die Risiken von elektronischen Erklärungen rechtlich zu fassen, wurde der Vertragstyp des EDI – Agreements entwickelt.<sup>79</sup> In Deutschland wurde dieser Vertrag von der Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung (AWV) im sog. AWV – Mustervertrag umgesetzt.<sup>80</sup> Dieser sieht in § 9 II eine analoge Anwendung der Normen für die papiergebundene Kommunikation auch auf digital signierte Erklärungen vor, sofern die Risiken durch ausreichende technische Si-

<sup>74</sup> Zum Gesetzgebungsvorschlag S. Eber-Faller in CR 1996, 375ff.

<sup>75</sup> BT – Dr. 13/7385, S.72.

<sup>76</sup> BT – Dr. 13/7385, S.26.

<sup>77</sup> vgl. Geis in NJW 97, 3000, (3002).

<sup>78</sup> Rott in NJW-CoR 7/98 S. 420, (428).

<sup>79</sup> Boss/Ritter, EDI S. 4 – 6.

cherungsmethoden minimiert sind. Hierdurch wird versucht, eine Beweissicherung durch Parteivereinbarung zu schaffen. Dies gelingt jedoch nicht im ordentlichen Gerichtsverfahren. Der Richter kann nämlich nicht durch Parteivereinbarung an die Beweisqualität von elektronischen Erklärungen gebunden werden. Er ist allein an die ZPO gebunden. Lediglich im Schiedsgerichtsverfahren werden solche Beweiskraftvereinbarungen anerkannt.<sup>81</sup>

### **g) Die europäische Dimension**

Die europäische Kommission hat mit einem Richtlinienvorschlag vom 13.5.1998 ebenfalls zu dem Thema der Signatur Stellung genommen.<sup>82</sup> Ziel des Entwurfes ist gem. Art.1 die Förderung der Verwendung und Anerkennung elektronischer Signaturen. Der Richtlinienentwurf unterscheidet sich vom Signaturgesetz, indem er zunächst in Art. 2 Ziff. 1 den neuen Begriff der „elektronischen Signatur“ definiert. Im Kern bedeutet dies die Zulassung anderer Verfahren als dem asymmetrischen Signaturverfahren mit „private- und public keys“, sofern diese gleich sicher sind. Obwohl ausreichende Sicherheit heute nur mit dem asymmetrischen Verfahren zu erlangen ist, soll dies eine Öffnung für technische Weiterentwicklungen ergeben.<sup>83</sup> Weiterhin soll gem. Art. 3 I das grenzüberschreitende Tätigwerden von Zertifizierungsstellen ermöglicht werden, so daß keine Aufsicht durch eine Regulierungsbehörde stattfindet. Eine Überwachung soll in einem freiwilligen Akkreditierungsverfahren erfolgen.<sup>84</sup> Weiterhin sollen gem. § 5 Ziff. 2 nur solche Signaturen rechtlich anerkannt werden, die den Maßnahmenkatalog nach Anhang II des Entwurfes erfüllen.<sup>85</sup> Diese werden als „qualifizierte Signaturen“ definiert. Sie sollen dann in Gerichtsverfahren in gleicher Weise zugelassen werden wie handschriftliche Urkunden. Ein Unterfall der Privaturkunde i.S. des § 416 ZPO wird hierdurch jedoch nicht begründet. Die Intensität der Beweiswirkung läßt der Vorschlag nämlich offen. Es soll lediglich die generelle Anerkennung elektronischer Signaturen gewährleistet werden.<sup>86</sup>

## **2) Stellungnahme**

Von der beweisrechtlichen Behandlung elektronisch, bzw. digital signierter WE hängt die Zukunft der Vertragsabschlüsse über das Internet ab. Im Hinblick auf das deutsche Prozeßrecht ist die Frage entscheidend, ob eine solche WE mit dem Urkun-

---

<sup>80</sup> Deutscher EDI – Rahmenvertrag, AWW Eigenverlag, 1994.

<sup>81</sup> Geis in NJW 97, 3000, (3002).

<sup>82</sup> nachzulesen in KOM (1998) 297/2.

<sup>83</sup> Brisch in CR 8/1998 492 (493), sehr kritisch Roßnagel in MMR 7/98 331, (334ff).

<sup>84</sup> Brisch aaO.

<sup>85</sup> Vgl. Brisch aaO. S. 496, Anhang II nachzulesen in KOM (1998) 297/19.

denbegriff des § 416 ZPO gleichgesetzt werden kann. Denn nur so kann der sichere Urkundenprozeß geführt werden. Dieser Ansatz wird nur von der Bundesnotarkammer vertreten. Alle anderen reagieren mit Skepsis hinsichtlich der Sicherheit elektronischer Signaturen. Dabei sind die technischen Grundlagen gegeben. Das Problem liegt in der Sicherheitsinfrastruktur. Hier ist der Gesetzgeber gefordert. Er hat zu entscheiden, ob er eine solche Struktur einführen will und dann in der Lage ist, eine gesetzliche Lösung zu finden, oder ob er die Bewertung dem Richterrecht überläßt. Zwar werden auch die Gerichte, wenn sie von der Sicherheit der elektronischen Signaturen überzeugt werden, sie im Rahmen der freien Beweiswürdigung als Beweis zulassen, es bleibt jedoch ein Restrisiko. Der Vorschlag der europäischen Kommission mit einem freien Akkreditierungssystem für Zertifizierungsstellen erscheint nicht sicher genug. Die Sicherheitsanforderungen für Signaturen sollten sich nicht nach den Regeln eines freien Wettbewerbs richten, sondern primär nach dem Erfordernis an Rechtssicherheit. Es müßte möglich sein, auch europaweit eine staatlich zumindest regulierte Sicherheitsinfrastruktur aufzubauen. Weltweit könnten bilaterale oder multilaterale Abkommen abgeschlossen werden. Zum Sicherheitsaspekt ist außerdem zu sagen, daß es schließlich auch möglich ist, handschriftliche Unterschriften zu fälschen. So kann eine hundertprozentige Sicherheit der Signatur, die ohnehin nicht zu erreichen sein wird, nicht das Ziel der Überlegungen sein. Der internationale Handel wird sich in der Zwischenzeit mit Beweiskraftvereinbarungen behelfen. Diese werden schließlich vor den hier sehr weit verbreiteten Schiedsgerichten anerkannt. Am Handel gehen die gesetzgeberischen Überlegungen also vorbei.

## **H. Gesetzliche Schriftform**

### **I. Einleitung**

In engem Zusammenhang mit der Diskussion um die elektronische Signatur und möglicher Rechtsfolgen durch das Signaturgesetz ist auch das Formerfordernis der gesetzlichen Schriftform anzusehen. Diese ist in § 126 BGB geregelt. Die Formbedürftigkeit einiger Rechtsgeschäfte ist durch das besondere Schutzbedürfnis der Parteien hinsichtlich der Art dieser Geschäfte begründet. Nach § 126 I BGB erfordert ein solches Geschäft eine „eigenhändige Namensunterschrift“. Eine solche ist durch

---

<sup>86</sup> Vgl. Brisch aaO. S. 497.

die digitale Kommunikation nicht zu erlangen.<sup>87</sup> Dennoch stellt sich die Frage, ob eine vergleichbare Formerfüllung durch eine elektronische Signatur herzustellen ist.

### **1) Vorschlag der Bundesnotarkammer**

Die Bundesnotarkammer hat in ihrem gescheiterten Vorschlag, wie schon erörtert, die Einführung eines § 126a BGB gefordert. In ihm soll der elektronische Text, der eine elektronische Unterschrift trägt, der eigenhändig unterschriebenen Urkunde gleichgesetzt werden, sofern das Verfahren sicher genug ist.<sup>88</sup>

### **2) Vorschlag des Bundesjustizministeriums**

Das Bundesjustizministerium geht einen vermittelnden Weg. In seinem Entwurf zum § 126a wird die Einführung der „Textform“ gefordert, die solche Formvorschriften öffnen soll, bei denen keine große Fälschungsgefahr besteht, wie beispielsweise bei Miet- oder Pachtverträgen<sup>89</sup>.

### **3) Vorschlag der europäischen Kommission.**

Die europäische Kommission hingegen fordert in ihrem Richtlinienvorschlag die nationalen Gesetzgeber auf, die elektronische Signatur in die zivil – und öffentlichrechtlichen Formvorschriften einzubinden. Dies solle jedoch nur bei Signaturen mit „qualifizierten Zertifikaten“ gelten.<sup>90</sup>

## **II. Stellungnahme**

Auch zur Problematik der Behandlung von elektronischen Signaturen im Hinblick auf Formerfordernisse ist festzustellen, daß die Gleichsetzung mit der Schriftform eng mit der Schaffung einer geeigneten Sicherheitsinfrastruktur zusammenhängt. Nur wenn diese geschaffen ist, kann der Gesetzgeber reagieren. Die Möglichkeit, schriftformgebundene Rechtsgeschäfte abzuschließen, steht und fällt also mit der vernünftigen Handhabung elektronischer Signaturen. Der Vorschlag des Bundesjustizministeriums erscheint dabei halbherzig. Der Gesetzgeber muß sich schließlich in eine Richtung entscheiden und das muß sinnvollerweise ganz oder gar nicht geschehen.

---

<sup>87</sup> Geis in NJW 1997, 3000, (3000), Heun in CR 1994, 595 (596).

<sup>88</sup> Im einzelnen Eber – Faller in CR 1996, S. 375ff.

<sup>89</sup> AZ. BMJ 3414/2.

<sup>90</sup> Brisch in CR 8/1998 S.492, (496).

Die Öffnung der Formvorschrift der Schriftform kann jedoch generell nur dort als zweckmäßig erachtet werden, wo es hauptsächlich um die Fälschungssicherheit geht. In den Fällen, in denen die Schriftform Warnfunktion haben soll, wie beispielsweise bei der Bürgschaft i.S. des § 766 BGB<sup>91</sup>, ist es äußerst zweifelhaft, ob man dieser Warnfunktion auch durch eine elektronisch signierte WE gerecht werden kann.

## **J. Beweisbarkeit des Zugangs elektronischer Willenserklärungen**

### **I. Einleitung**

Unabhängig von der Beweiskraft elektronischer WE an sich, ist es problematisch, ihren Zugang zu beweisen. Die Beweislast trifft dabei grundsätzlich den Erklärenden.<sup>92</sup> Während man bei herkömmlichen Erklärungen in Briefform diese zur Not auch persönlich vorbei bringen kann, ist das bei elektronischen WE naturgemäß nicht möglich. Es gibt nicht einmal die in vielen Fällen beweis erleichternde Möglichkeit eines „Einschreibens mit Rückschein“. Auch ist es technisch sehr schwer, den Zugang zu beweisen, da ein spurloses Löschen von E – Mails recht einfach ist. Eine ähnliche Problematik stellte sich schon bei der Frage des Zugangs bei Telefaxgeräten. Fraglich ist, ob die hierzu entwickelte Rechtsprechung auch auf E – Mails übertragbar ist und welche technischen und rechtlichen Möglichkeiten des Zugangsbeweises es beim Datenverkehr über das Internet gibt.

### **II. Die Telefax – Rechtsprechung**

In einem sehr umstrittenen Urteil des OLG München ist ausgeführt worden, daß dann wenn die Absendung eines Telefaxes bewiesen sei, der Anscheinsbeweis bestehe, daß es auch zugegangen ist. Dies ergebe sich aus dem regelmäßigen Verlauf der Dinge.<sup>93</sup> Die Rechtsprechung hat jedoch bald darauf diese Ansicht verworfen und zum Problem des Zugangs von Telefaxen ausgeführt, daß auch beim Vorliegen eines ordnungsgemäßen Sendeprotokolls nicht der Anscheinsbeweis besteht, daß das protokollierte Telefax beim Empfänger wirklich angekommen ist.<sup>94</sup> Dies wird mit technischen Ausführungen, insbesondere der relativ hohen Störanfälligkeit der Übertragungen begründet.<sup>95</sup> Außerdem sind die Sendeprotokolle von Faxgeräten recht leicht zu manipulieren.

---

<sup>91</sup> Staudinger – Horn § 766 Rn.1.

<sup>92</sup> Zuletzt: BGHZ 101, 49 (55).

<sup>93</sup> OLG München in NJW 1994, 527.

<sup>94</sup> OLG München in CR 2/1994 S.98 (98).

### **III. Übertragung auf die E – Mail**

Fraglich ist, ob das zum Telefax Gesagte auch auf den Zugangsbeweis bei E – Mails übertragbar ist. Dies wird zum Teil angenommen. So soll auch beim Versand von E – Mails sowohl eine Manipulationsgefahr als auch ein Übertragungsrisiko bestehen, das keinen Anscheinsbeweis für den Zugang begründe.<sup>96</sup>

#### **1) Zum Übertragungsrisiko**

Heutzutage kommt es außerordentlich selten vor, daß E – Mails, die mit der richtigen Adresse versandt werden, ihren Empfänger nicht erreichen. Wenn das passiert, erhält der Versender gem. dem SMTP eine Fehlermeldung. Das Problem der Verstümmelung und Unvollständigkeit der Mails ist ebenfalls sehr selten. Probleme technischer Art ergeben sich hier nur noch bei Umlauten. Natürlich ist ein Verlorengelangen der E – Mails oder eine Übertragungsstörung nicht ausgeschlossen. Sie ist aber in ihrer Wahrscheinlichkeit wesentlich kleiner als beim Telefax. Deshalb kann man einer abgesandten E – Mail in bezug auf den technischen Übertragungsvorgang den Anscheinsbeweis nicht verwehren. Die Telefax – Rechtsprechung paßt hier nicht.

#### **2) Manipulationsmöglichkeiten und „Time – Stamping“**

Sicherlich bleibt weiterhin die Möglichkeit der Manipulation des Sendeprotokolls einer E- Mail. Hier bietet sich jedoch eine technische Lösung mit Hilfe des sogenannten „Time – Stampings“ . Gem. § 2 IV SigG ist ein solcher „Zeitstempel“ eine mit einer digitalen Signatur versehene digitale Bescheinigung einer Zertifizierungsstelle, daß ihr bestimmte digitale Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen haben. Hierdurch lassen sich gleich zwei Probleme des Zugangsbeweises lösen. Zunächst sind objektive Datierungen von Mails sehr hilfreich bei zeitkritischen Willenserklärungen. Außerdem kann der Versender die Ausgangszeit der Erklärung nicht mehr verändern. Wenn er von der Zertifizierungsstelle noch eine Bestätigung des „Time – Stamps“ bekommt, ist zumindest der Ausgang der E – Mail ohne weiteres zu beweisen. Unter diesen Voraussetzungen und der technisch außerordentlich hohen Wahrscheinlichkeit, daß die E –Mail den Empfänger auch erreichen wird, kann man zur Rechtsauffassung des OLG München zurückkehren und bei einer E – Mail mit „Time – Stamp“ vom Anscheinsbeweis des Zugangs ausgehen. Ohne „Time – Stamp“ wäre dies nicht der Fall.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> OLG München aaO., genaue technische Erläuterungen hierzu bei Burgard in AcP 195, S. 74, (129).

<sup>96</sup> Rott in NJW – CoR 7/98.

<sup>97</sup> ähnlicher Vorschlag, ohne konkrete Realisierungshinweise bei Fritsche/Malzer in DNotZ 95, S. 4, (25).

## **K. Internet und IPR**

### **I. Einleitung**

Das Internet ermöglicht wie kein anderes Medium die problemlose und kostengünstige globale Kommunikation. Eine Vielzahl von Personen hat dadurch die Möglichkeit, auch international Verträge abzuschließen. Häufig wird es den Teilnehmern gar nicht richtig bewußt sein, daß sie sich bei der Benutzung des Internets ständig in unterschiedlichen internationalen Rechtskreisen bewegen. Hinsichtlich von Vertragsabschlüssen im Internet ist es deshalb unerlässlich festzustellen, welches Recht auf die jeweiligen Verträge Anwendung findet. Hier kommt das internationale Privatrecht (IPR) ins Spiel, dessen Anwendungsbereiche im Internet im Überblick dargestellt werden sollen.

### **II. Das IPR**

Das IPR ist stets nationales Recht. Jedes Land hat dabei sein eigenes „nationales internationales Privatrecht“<sup>98</sup> Das deutsche IPR ist in den Art. 3 – 28 EGBGB geregelt. Einen Teil des deutschen IPR macht hierbei das deutsche internationale Vertragsrecht aus. Dessen Regelungen finden sich in den Art. 27 – 37 EGBGB wieder.<sup>99</sup> Die Vorschriften des IPR sind gem. Art. 3 I, S.1 EGBGB bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates anwendbar. Durch die Normen des IPR wird festgelegt, welches Recht anzuwenden ist. Dies kann deutsches oder ausländisches Recht sein.<sup>100</sup> Das IPR ermöglicht jedoch keine Entscheidung in der Sache selbst, sondern enthält nur Verweisungsregeln und Kollisionsnormen.<sup>101</sup> Die Handhabung der Verweisungsregeln und Kollisionsnormen ist in Art. 4 EGBGB geregelt. Kurz wiedergegeben, sehen sie folgendermaßen aus: Verweist das deutsche Recht auf ein ausländisches Recht, dann ist zunächst wieder das ausländische IPR mit seinen Verweisungen zu prüfen. Verweist dieses auf ein weiteres ausländisches Recht, ist erneut so zu verfahren. Bei einer Rückverweisung auf das deutsche Recht ist die Verweisungskette jeweils beendet. Ebenso verhält es sich, wenn auf ein ausländisches Recht verwiesen wird, auf das schon einmal verwiesen worden ist.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Mehrings in CR 10/98 S. 613 (614).

<sup>99</sup> Mehrings aaO.

<sup>100</sup> Bachmann in Lehmann (Cyberlaw) S. 168, (171).

<sup>101</sup> Kropholler, IPR, § 12 I.

### **III. Bezug zum Internet**

In bezug auf das Internet erscheint die Anwendbarkeit des IPR auf den ersten Blick stets gegeben. Nirgendwo ist so häufig ein „Auslandsbezug“ i.S. des Art. 3 I S.1 EGBGB zu finden wie hier. Dennoch muß man zwischen vielen Feinheiten und Unterschieden bei international geschlossenen Internet- Verträgen unterscheiden.

#### **1) Anwendbares Recht nach dem EGBGB**

##### **a) Rechtswahl durch die Parteien**

Grundsätzlich können die Parteien gem. Art. 27 I S.2 EGBGB das anzuwendende Recht frei wählen. Dies muß entweder ausdrücklich geschehen oder sich hinreichend aus den Umständen des Einzelfalles oder der Vertragsvereinbarung ergeben. Zur vollen Anwendbarkeit eines fremden Rechts ist jedoch ein gewisser Grad an Auslandsbezug erforderlich, da ansonsten gem. Art. 27 III EGBGB die zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts anwendbar sind.<sup>103</sup> Auf das Internet bezogen bedeutet das, daß ein innerhalb des deutschen Internets geschlossener Vertrag nicht vollkommen fremdem Recht unterworfen werden kann. Dennoch ist eine fremde Rechtswahl grundsätzlich möglich.

##### **b) Keine Rechtswahl durch die Parteien**

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, so richtet sich die Frage des anzuwendenden Rechts nach Art. 28 EGBGB. Gem. Art.28 I EGBGB ist dies das Recht, zu dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Art. 28 II EGBGB stellt dabei eine Vermutung auf. So soll sich die engste Verbindung nach der Person richten, die die charakteristische Leistung erbringen muß. Bei natürlichen Personen soll das der gewöhnliche Aufenthaltsort sein, bei Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen der Ort ihrer Hauptverwaltung. Gesellschaften, Vereine und Personen sind dabei nach dem EGBGB jegliche Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die sich selbst vertraglich verpflichten können.<sup>104</sup> Handelt die Partei in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, dann wird die engste Verbindung mit dem Staat der Hauptniederlassung verbunden. Der Begriff der beruflichen und gewerblichen Tätigkeit ist dabei ebenfalls sehr offen definiert als „alle eigene Tätigkeiten, welche der Erzielung von Einkommen dienen, im Wettbewerb mit

---

<sup>102</sup> Bachmann aaO.

<sup>103</sup> So auch Bachmann aaO, S. 176.

<sup>104</sup> MüKo – Martini Art. 28 EGBGB Rn.42.

anderen Gewerbetreibenden erfolgen und nicht der Privatsphäre zugerechnet werden können“.<sup>105</sup> Wenn die Leistung von einer Zweigniederlassung erbracht werden soll, dann erstreckt sich die Vermutung auf den Staat, in dem sich diese Niederlassung befindet. Gem. Art. 28 V ist die Vermutung jedoch widerlegbar.

Fraglich ist, wie sich die Vermutungsregelung des Art. 28 II auf Verträge auswirkt, die im Internet geschlossen werden. Handelt es sich beispielsweise um einen einfachen Kauf einer körperlichen Ware, erscheint die Anwendung der Regelung des Art. 28 II sinnvoll. Wenn der deutsche Käufer über das Internet z.B. einen Kaufvertrag mit einem amerikanischen Unternehmen abschließt, die Leistung jedoch von der Niederlassung in England erbracht werden soll, dann ist es sinnvoll anzunehmen, daß der Vertrag die engste Verbindung mit England aufweist. Schwieriger ist es jedoch bei nichtkörperlichen Waren wie dem Download von Software. Große Computerfirmen arbeiten meist international. Sie haben, wenn sie Möglichkeit von Software-download anbieten, oftmals Niederlassungen in der ganzen Welt, die jeweils eigene Server betreiben. Wird ein Vertrag mit der Hauptniederlassung geschlossen, ist damit noch lange nicht gesagt, von wo aus die Leistung erbracht werden soll. Dies wird entweder automatisch bestimmt oder der Benutzer kann zwischen mehreren Möglichkeiten wählen. Von wo aus der Download, also die Leistung dann erbracht wird, richtet sich, um die Effizienz des Transfers zu steigern, meistens nach der momentanen Auslastung des Netzes. Hierdurch kann der Vertrag jedoch keine enge Verbindung zu dem Staat, in dem sich der Server befindet, erhalten. Deshalb ist beim Softwaredownload die Vermutungsregelung des Art. 28 II, S.2 gem. Art. 28 V EGBGB unanwendbar und die engste Verbindung besteht mit dem Staat, in dem sich die Person befindet, mit welcher der Vertrag geschlossen wurde.

### **c) Verbraucherverträge**

Eine andere Rechtslage ergibt sich bei Verbraucherverträgen. Dies sind gem. Art. 29 I EGBGB Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen zu privaten Zwecken. Dem Verbraucher kommt hier ein besonderer Schutz zu Gute. Zwar ist auch bei Verbraucherverträgen eine Rechtswahl möglich. Diese schließt jedoch die zwingenden Rechtsvorschriften des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Verbrauchers unter bestimmten Bedingungen nicht aus. So sind die zwingenden Rechtsvorschriften dann nicht ausgeschlossen, wenn der Verkäufer an dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers geworben und der Verbraucher die zum Vertragsabschluß notwendigen Rechtshandlungen dort vorgenommen hat.

---

<sup>105</sup> MüKo – Martini Art. 28 EGBGB Rn.44.

Bei einem Vertragsabschluß über das Internet muß also zunächst eine Werbung oder ein Angebot des Verkäufers am Aufenthaltsort des Verbrauchers vorliegen. Als Werbung wäre hier an eine Art virtuelle Postwurfsendung in Form von E – Mails – unabhängig davon ob dies wettbewerbsrechtlich nach § 1 UWG erlaubt ist<sup>106</sup> – oder auch an eine Homepage zu denken. Letztere muß jedoch dazu bestimmt gewesen sein, in dem Staat des Verbrauchers abrufbar zu sein.<sup>107</sup> Außerdem muß der Verbraucher dort auch seine Angebots – oder Annahmeerklärung ins Netz eingegeben haben.<sup>108</sup> In den meisten Fällen des privaten Vertragsabschlusses über das Internet werden diese Bedingungen vorliegen. Außerdem wird dann ein erhöhter Verbraucherschutz i.S. des Art. 29 I Ziff. 2 gewährt, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in dem Staat entgegengenommen hat, in dem sich der Verbraucher gewöhnlich aufhält. Auf das Internet bezogen wäre dies der Fall, wenn die elektronische Erklärung des Verbrauchers, die er dem ausländischen Verkäufer zukommen lassen will, an eine inländische Tochtergesellschaft weitergeleitet wird.<sup>109</sup> So wird bei den meisten Verträgen über das Internet, in die Privatpersonen involviert sind, diesen ein besonderer Schutz durch Art. 29 EGBGB zu Gute kommen.

## **2) Anwendbarkeit des CISG ( UN – Kaufrecht )**

Das CISG ist das UN – Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf und ist am 1.1.1991 in Deutschland in Kraft getreten.<sup>110</sup> Es ist nationales Recht und unmittelbar geltendes materielles Recht in der Bundesrepublik Deutschland. Als *lex specialis* verdrängt das CISG, sofern es anwendbar ist, andere deutsche Rechtsvorschriften.<sup>111</sup> Gem. Art. 1 Abs. 1 CISG findet es Anwendung auf gewerbliche Kaufverträge über Waren zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Weiterhin müssen beide Staaten Vertragsstaaten sein oder das internationale Privatrecht zur Anwendung des CISG führen.<sup>112</sup> Ausgeschlossen ist die Anwendung des CISG gem. Art. 2a) CISG jedoch, wenn der Kauf von Waren zu persönlichen, familiären oder haushaltlichen Zwecken erfolgt, es sei denn daß der Verkäufer dies nicht wissen konnte.<sup>113</sup> Hiervon werden in erster Linie die Verbraucherverträge erfaßt.

---

<sup>106</sup> Zur Frage der Werbung per Telefax vgl. BGHZ 103, 203 (208).

<sup>107</sup> Vgl. Bachmann aaO. S. 177.

<sup>108</sup> Bachmann aaO.

<sup>109</sup> Bachmann aaO.

<sup>110</sup> BGBl. II 1989, 588 ff.

<sup>111</sup> Mehrings in CR 10/1998 S. 613 (614).

<sup>112</sup> Mehrings in CR 10/1998 S. 613 (615).

<sup>113</sup> vgl. Bachmann aaO. S. 178.

Die Anwendbarkeit des CISG definiert sich über den Kauf von Waren.<sup>114</sup> Im Hinblick auf das Internet wird dieser Begriff problematisch. Wird ein Kaufvertrag im Internet geschlossen, der eine Leistung in Form von beweglichen Sachen außerhalb des Internets zum Ziel hat, so ist eine Anwendbarkeit des CISG sicher nicht ausgeschlossen.<sup>115</sup> Probleme ergeben sich, wenn die Leistung im Internet direkt durch den Transfer von Daten erbracht wird. Ware wird nämlich hauptsächlich als beweglicher Gegenstand definiert.<sup>116</sup> Es wurde jedoch auch schon Computersoftware unter diesen Begriff gefaßt, und zwar unabhängig davon, ob diese auf einem Datenträger veräußert wurde.<sup>117</sup> Für den Erwerb von „Know – how“ wurde dies jedoch abgelehnt.<sup>118</sup> Zu dieser Problematik wird vorgeschlagen, die Grenzlinie strikt zwischen der Übertragung von körperlichen Gegenständen und der Übermittlung lediglich digitaler Informationen zu ziehen.<sup>119</sup> Dieser Vorschlag engt zwar den Anwendungsbereich des CISG ein, schafft jedoch Rechtssicherheit und ist deshalb sinnvoll. Die Übermittlung von Daten erscheint zu weit vom Begriff der Ware entfernt zu sein. Zum CISG bleibt deshalb zu sagen, daß es, sofern die Anwendung nicht vertraglich ausgeschlossen ist, auf das Internet bezogen immer dann anwendbar ist, wenn gewerbliche Kaufverträge über körperliche Waren geschlossen werden, wobei sich die Vertragspartner in unterschiedlichen Staaten befinden.

Die Arbeit entspricht dem Stand vom 30.11.98.  
Der hier erwähnte EU –Richtlinienvorschlag ist  
inzwischen ab Widerspruch Großbritanniens ge-  
scheitert. (26.1.99)

---

<sup>114</sup> vgl. Bachmann aaO.

<sup>115</sup> Vgl. Bachmann aaO.

<sup>116</sup> Caemmerer/Schlechtriem/Herber, CISG - Herber, Art. 1 Rn. 20.

<sup>117</sup> Caemmerer/Schlechtriem/Herber, CISG - Herber, Art. 1 Rn. 21.

<sup>118</sup> Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 1, Rn. 21 a).

<sup>119</sup> Bachmann, aaO. S. 178.

