

# Vertragsschluss im Internet

## Die Artikel 9 bis 11 der E-Commerce-Richtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht

Von Christoph Glatt, LL.M.\*, Freiburg i. Br.

### I. Einführung

Am 17. Juli 2000 ist die EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>1</sup> in Kraft getreten, deren Vorgaben von den Mitgliedstaaten bis spätestens zum 17. Januar 2002 in nationales Recht umzusetzen sind. Damit soll ein zusammenhängender Rechtsrahmen geschaffen werden, der es ermöglicht, innerhalb der Gemeinschaft Dienste der Informationsgesellschaft ungehindert von Binnengrenzen in Anspruch nehmen und anbieten zu können<sup>2</sup>. Das zweite Kapitel der Richtlinie befasst sich unter anderem mit dem Abschluss von Verträgen auf elektronischem Weg (Art. 9 – 11) und ist damit innerhalb der EU von zentraler Bedeutung für die kommerzielle Nutzung des Internet.

Nach dem Willen der Bundesregierung soll die E-Commerce-Richtlinie im Wesentlichen durch eine Anpassung und Ergänzung des Teledienstegesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrags der Länder in nationales Recht umgesetzt werden. Das Kabinett hat hierzu am 14. Februar 2001 den Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG)<sup>3</sup> beschlossen<sup>4</sup>.

Eine gesonderte Umsetzung ist für die Bestimmungen zum Vertragsschluss geplant. Art. 9 soll durch das neugefasste Signaturgesetz und die Einführung der elektronischen Form im BGB Berücksichtigung finden. Art. 10 und 11 werden nach dem vorgesehenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz durch einen neuen § 305 b in das BGB übernommen<sup>5</sup>.

Noch sind indes zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Richtlinie ungeklärt. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit Bedeutung und Rechtsnatur der für den Vertragsschluss im Internet wesentlichen Regelungen.

### II. Dienste der Informationsgesellschaft

Nach dem Verständnis der Kommission besteht der elektronische Geschäftsverkehr aus »Diensten der Informationsgesellschaft« und diese wiederum aus einer Vielzahl unterschiedlicher Online-Dienste<sup>6</sup>. Zur Frage, was hierunter zu verstehen ist, verweist Art. 2 a) auf die sog. Transparenzrichtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG<sup>7</sup>. Deren Art. 1 Nr. 2 definiert einen Dienst der Informationsgesellschaft als »jede in der

Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung«.

Sachlich soll es dabei um Dienstleistungen im Sinne von Art. 60 EG-Vertrag (jetzt: Art. 50 EG) gehen<sup>8</sup>. Diese Bezugnahme auf den EG-Vertrag macht deutlich, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie jedenfalls nicht anhand des engen Begriffsverständnisses des deutschen Dienstvertragsrechts bestimmt werden kann<sup>9</sup>. Der Verweis auf Art. 50 EG legt andererseits den Schluss nahe, dass Warengeschäfte im Sinne des freien Warenverkehrs (Art. 23 – 31 EG) vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein sollen. Dies ist aber vom Richtlinienggeber nicht gewollt und würde auch dem angestrebten Zweck, den elektronischen Geschäftsverkehr zu fördern, zuwider laufen. Dienste der Informationsgesellschaft sollen vielmehr wirtschaftliche Tätigkeiten aller Art sein und »insbesondere aus dem Online-Verkauf von Waren« bestehen<sup>10</sup>. Vom Anwendungsbereich ausge-

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Freiburg i. Br.

1 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«), ABl. EG 2000 L 178/1 (nachfolgend: Richtlinie).

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (1998) 586 endg. (nachfolgend: ursprünglicher Vorschlag), abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/eleccomm/com586de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/eleccomm/com586de.pdf) (Seitenangaben beziehen sich auf dieses pdf-Dokument; Entscheidungsgründe und Richtlinientext veröffentlicht in ABl. EG 1999 C 30/4), Begründung, S. 6.

3 Nachfolgend: EGG-Entwurf; abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/ggv/egg.pdf> (Seitenangaben beziehen sich auf dieses pdf-Dokument).

4 Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz v. 15.2.2001, abrufbar unter: [http://www.bmj.bund.de/misc/2001/m\\_07\\_01.htm](http://www.bmj.bund.de/misc/2001/m_07_01.htm).

5 EGG-Entwurf, Begründung, S. 23.

6 Ursprünglicher Vorschlag, Begründung, S. 7.

7 Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. EG 1998 L 217/18.

8 Richtlinie 98/48/EG, Erwägungsgrund Nr. 19.

9 Hoeren, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce – eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192, 193.

10 Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 18.

geschlossen sind dagegen Offline-Tätigkeiten, wie etwa die physische Auslieferung von Waren<sup>11</sup>.

### III. Regelungen zum Vertragsschluss

#### 1. Artikel 9 – Behandlung von Verträgen

Die Eingangsvorschrift des dritten Abschnitts gibt den Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass es nach ihren nationalen Rechtsvorschriften möglich ist, Verträge auf elektronischem Wege abzuschließen. Ausnahmsweise können nach Art. 9 Abs. 2 bestimmte Vertragsgegenstände und Verträge, für die besondere Formvorschriften vorgesehen sind, hiervon ausgenommen werden. Artikel 9 soll die Mitgliedstaaten zu einer systematischen Prüfung ihrer Rechtsnormen für sämtliche Phasen des Vertragsabschlusses veranlassen, um Hindernisse für die Verwendung elektronisch geschlossener Verträge im Rechtsverkehr zu beseitigen<sup>12</sup>. Die Vorschrift erfüllt damit eine ähnliche Funktion wie etwa Art. 11 des UNCITRAL-Modellgesetzes<sup>13</sup>.

Da Verträge nach deutschem Recht grundsätzlich ohne weiteres mittels elektronischer Medien geschlossen werden können, besteht ein Umsetzungsbedarf für Art. 9 nur, soweit deren Wirksamkeit im Einzelfall an Formerfordernisse geknüpft ist, die auf elektronischem Weg nicht erfüllt werden können. Durch die Einführung der »elektronischen Form« im Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>14</sup> in Verbindung mit der Neufassung des Signaturgesetzes soll diesem Umsetzungsbedarf Rechnung getragen werden<sup>15</sup>.

#### 2. Artikel 10 – Informationspflichten

##### a) Die Pflichten des Anbieters nach Abs. 1 – 3

Mit einer Reihe von Informationspflichten soll Artikel 10 sicherstellen, dass für den Nutzer transparent ist, wie der Vertrag im konkreten Fall zustande kommt<sup>16</sup>. Die Mitgliedstaaten müssen deshalb Diensteanbietern auferlegen, dem Nutzer vor Abgabe einer Bestellung die in Abs. 1 a) bis d) aufgeführten Informationen zu erteilen. Außerdem hat der Anbieter gemäß Abs. 2 anzugeben, welchen Verhaltenskodizes er sich unterwirft, wobei offen bleibt, welche Art von Kodizes hier gemeint sind.

Abdingbar sind diese Pflichten nur bei Vereinbarungen, an denen keine Verbraucher beteiligt sind. Die Abs. 1 und 2 gelten jedoch nicht für Verträge, die mittels elektronischer Post oder durch vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden (Abs. 4).

Vertragsbestimmungen und allgemeine Geschäftsbedingungen müssen dem Nutzer gemäß Abs. 3 dagegen immer so zur Verfügung gestellt werden, dass er sie spei-

chern und reproduzieren kann. Anders als Artikel 5 der Fernabsatz-Richtlinie<sup>17</sup> (umgesetzt in Deutschland durch § 361 a BGB) verlangt Artikel 10 nicht, dass bestimmte Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden müssen. Wenn nach Abs. 3 Vertragstext und AGB für den Nutzer speicher- und reproduzierbar sein müssen, dürfte es daher ausreichen, dass die entsprechenden Texte während des Bestellvorgangs zum Download zur Verfügung stehen.

##### b) Vertragsschluss durch individuelle Kommunikation

Bestellungen per E-Mail sind richtigerweise von den Informationspflichten der Abs. 1 und 2 ausgenommen. Da sich der Bestellvorgang hier nicht grundlegend von einer Bestellung per Post unterscheidet, besteht kein Anlass, insoweit Sonderregeln einzuführen. Anders als bei einem elektronischen Formular, das der Anbieter via Internet zur Verfügung stellt, liegt die Nutzung von E-Mail-Software überdies ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bestellers. Einer Aufklärung, wie der Vertrag technisch geschlossen wird, bedarf es daher nicht<sup>18</sup>, der Anbieter wäre hierzu auch gar nicht in der Lage.

Zu beachten ist, dass die Ausnahme des Abs. 4 nur für Verträge gilt, die »ausschließlich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch damit vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden«. Fraglich erscheint, ob diese Bedingung erfüllt ist, wenn sich der Nutzer zunächst auf der Website des Anbieters informiert, dann per E-Mail bestellt und die Lieferung von Ware oder Dienstleistung anschließend unmittelbar erfolgt. Zu einem »Austausch« von elektronischer Post kommt es hier nicht, was gegen eine Anwendung von Abs. 4 spricht<sup>19</sup>. Letztlich gleicht aber auch diese Situation dem Fall einer herkömmlichen

11 Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 18; *Tettenborn*, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für den elektronischen Rechtsverkehr – der 2. Versuch ..., K&R 1999, 442, 443.

12 Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 34.

13 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, abrufbar unter: <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>; vgl. hierzu *Glatt*, Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts (1998), 6 *IntJLIT*, 34, 57 ff.

14 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (Stand: 6.9.2000), abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/ggv/bgbregel.pdf>.

15 EGG-Entwurf, Begründung, S. 23.

16 Ursprünglicher Vorschlag, Kommentar zu Art. 10, S. 29.

17 Richtlinie 1997/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 L 144/19.

18 Ähnlich *Spindler*, E-Commerce in Europa: Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR-Beilage 7/2000, 4, 12.

19 *Spindler* (Fn. 18), MMR-Beilage 7/2000, 4, 11 zur insoweit gleich lautenden Vorschrift des Art. 11 Abs. 3.

Bestellung per Post mit dem einzigen Unterschied, dass der Anbieter die von ihm vertriebenen Waren oder Dienstleistungen im Internet präsentiert. Auch wenn keine ausdrückliche Annahme durch den Anbieter per E-Mail erfolgt, ist daher jedenfalls von einer individuellen Kommunikation zu sprechen, für die Art. 10 Abs. 4 gerade eine Ausnahme von den Informationspflichten der Abs. 1 und 2 vorsieht.

Dagegen greift die Ausnahme des Abs. 4 nicht, wenn der Anbieter zur Bestellung zwar ein elektronisches Formular bereithält, die eingegebenen Informationen nach Anklicken des Sendebefehls dann aber nicht an einen Webserver, sondern als elektronische Post an einen Mailserver verschickt werden. Zwar ähnelt dieser Vorgang technisch gesehen einer E-Mail-Kommunikation. Aus Sicht des Nutzers ist aber entscheidend, dass auch hier der Bestellvorgang an die Website des Anbieters gekoppelt ist. Ein freier Austausch von Mitteilungen findet gerade nicht statt.

Eine individuelle Kommunikation, die wie die Nutzung des E-Mail-Dienstes unter die Ausnahmeregelung des Abs. 4 fällt, wird schließlich überall dort vorliegen, wo Mitteilungen wie bei einem Gespräch ausgetauscht werden. Dies trifft insbesondere für Telefon- und Videoübertragungen via Internet zu, gilt aber auch beim Internet Relay Chat<sup>20</sup>.

### c) Rechtsnatur und Umsetzungsbedarf

Die Richtlinie lässt offen, welche Rechtsnatur den in Artikel 10 normierten Pflichten zukommen soll und was für Folgen ein Verstoß gegen diese Pflichten hat.

Statt um Pflichten im Rechtssinn könnte es sich daher auch um bloße Obliegenheiten handeln, auf deren Erfüllung kein Anspruch besteht und deren Verletzung auch nicht zu Schadenersatzpflichten führen kann<sup>21</sup>. Dagegen lässt sich einwenden, dass Obliegenheiten als Rechtsgebote verstanden werden, die ausschließlich oder doch zumindest überwiegend im Interesse des damit Belasteten bestehen<sup>22</sup>. Die Erfüllung der Informationspflichten des Art. 10 dient aber nicht dem Diensteanbieter, sondern ausschließlich dem Nutzer. Gegen die Annahme bloßer Obliegenheiten spricht weiter, dass damit das erklärte Ziel<sup>23</sup> einer effektiven Gewährleistung lauterer Geschäftspraktiken und des Verbraucherschutzes kaum erreicht werden könnte. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es sich bei den Vorgaben der Abs. 1 bis 3 um Rechtspflichten handelt.

Da die in Art. 10 Abs. 1 a) bis d) normierten Pflichten bereits vor Abgabe der Bestellung, also in jedem Fall vor Zustandekommen des Vertrags, zu erfüllen sind und nicht die eigentlichen vertraglichen Leistungspflichten betreffen, liegt es nahe, in diesen Bestimmungen Nebenpflichten zu sehen<sup>24</sup>, deren Nichterfüllung zu Schadenersatzansprüchen etwa aus culpa in contrahendo führen

kann<sup>25</sup>. Dagegen ist ein Erfüllungsanspruch im Sinne einer Nebenleistungspflicht hinsichtlich der Angaben zu Verhaltenskodizes (Abs. 2) und der Zurverfügungstellung von Vertragstext und AGB (Abs. 3) zumindest denkbar.

Letztlich bleibt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung hier ein deutlicher Spielraum. Da das deutsche Recht eine Verpflichtung des Diensteanbieters entsprechend Art. 10 bislang nicht kennt, ist eine Gesetzesergänzung erforderlich.

### 3. Artikel 11 – Abgabe einer Bestellung

Art. 11 Abs. 1 führt eine zwingende Empfangsbestätigung für elektronische Bestellungen ein und regelt den Zeitpunkt, zu dem Bestellung und Empfangsbestätigung als eingegangen gelten. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass dem Nutzer durch den Diensteanbieter technische Mittel zur Verfügung gestellt werden, die eine Korrektur von Eingabefehlern vor Abgabe der Bestellung ermöglichen (Abs. 2). Wiederum können diese Regelungen bei Geschäftsverträgen abgedungen werden; für Vertragsabschlüsse mittels E-Mail oder anderer individueller Kommunikationsmittel sind die Bestimmungen über Empfangsbestätigung und Fehlerkorrektur nach Maßgabe von Abs. 3 nicht anwendbar.

#### a) Der Regelungsgehalt des Artikel 11

Die Vorschrift hat im Laufe ihrer Entstehung eine so radikale Änderung erfahren, dass der Artikel 11 der Richtlinie mit den ursprünglich vorgeschlagenen Fassungen nur noch wenig zu tun hat. Zunächst sollte nämlich unter der Überschrift »Zeitpunkt des Vertragsabschlusses« eine grundlegende Neuregelung für das Zustandekommen von Verträgen im Bereich des E-Commerce geschaffen werden. Sobald ein Nutzer zur Annahme eines Angebots des Diensteanbieters aufgefordert würde, sollte der Vertrag geschlossen sein, wenn der Nutzer »vom Diensteanbieter auf elektronischem Wege die Bestätigung des Empfangs seiner Annahme erhalten und er den Eingang der Empfangsbestätigung bestätigt hat«<sup>26</sup>. Geregelt wurde also der Fall eines vom Diensteanbieter ausge-

20 Spindler (Fn. 18), MMR-Beilage 7/2000, 4, 11 nennt Chat-Foren als Beispiel individueller Kommunikationsformen i. S. v. Art. 11 Abs. 3.

21 BGH NJW 1995, 402; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl. 2001, Einl. v. § 241 Rn. 16.

22 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 13 Rn. 48.

23 Ursprünglicher Vorschlag, Kommentar zu Art. 10, S. 29.

24 Tettenborn, E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, K&R 2000, 59, 62, spricht bezogen auf Art. 9 – 11 generell von »vertraglichen Nebenpflichten«.

25 Ebenso Spindler (Fn. 18), MMR-Beilage 7/2000, 4, 12.

26 Art. 11 Nr. 1 a) des ursprünglichen Vorschlags.

henden Angebots, für das Zustandekommen des Vertrags waren insgesamt vier Willenserklärungen (Angebot, Annahme, Empfangsbestätigung, Bestätigung des Eingangs der Empfangsbestätigung) vorgesehen.

Nach harscher Kritik an diesem als unklar und zu kompliziert empfundenen Vorschlag<sup>27</sup> ist nun in der Richtlinie eine Bestimmung übrig geblieben, die nur noch als »technische Anleitung« verstanden werden soll und nicht mehr in bestehende Zivilrechtssysteme eingreift<sup>28</sup>. So heißt es in der Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt: »Nach Ansicht des Rates ist eine Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in Bezug auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht sinnvoll. Daher wurde Artikel 11 umbenannt und beschränkt sich nunmehr auf die Erteilung und den Eingang von Aufträgen online«<sup>29</sup>.

Die Vorschrift enthält in ihrer endgültigen Fassung also keine rechtlichen Vorgaben mehr für das Zustandekommen von Verträgen auf elektronischem Wege<sup>30</sup>. Auch die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Website ein bindendes Angebot enthält, obliegt folglich weiterhin den nationalen Rechtsordnungen. Die Rechtsfigur der *invitatio ad offerendum*, deren Ende manche bereits gekommen sahen<sup>31</sup>, wird durch die Richtlinie nicht berührt<sup>32</sup>.

#### b) Empfangsbestätigung

Nach Art. 11 Abs. 1 erster Spiegelstrich sind Diensteanbieter zu verpflichten, Bestellungen von Nutzern unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen. Da es sich bei dieser Empfangsbestätigung im Gegensatz zu den früheren Fassungen des Artikel 11 nicht mehr um eine für den Vertragsschluss relevante Erklärung handelt, liegt ihr Zweck nun in einer reinen Informationspflicht des Diensteanbieters: der Nutzer erhält Gewissheit darüber, dass seine Bestellung tatsächlich beim Anbieter angekommen ist<sup>33</sup>.

Die Bestätigung soll auch konkludent dadurch möglich sein, dass der Anbieter die bestellte Leistung online erbringt<sup>34</sup>. Eine herkömmliche physische Lieferung ist als Bestätigung dagegen nicht ausreichend, da die Bestätigung »auf elektronischem Wege« zu erfolgen hat.

Anders als die vorangegangenen Vorschläge verwendet die Richtlinie die Begriffe Angebot und Annahme nicht mehr. Die Pflicht zur Übersendung einer Empfangsbestätigung besteht also unabhängig davon, wie die »Bestellung« des Nutzers rechtlich einzuordnen ist<sup>35</sup>. Artikel 11 schreibt jedoch keine Trennung zwischen der Information über den Erhalt der Bestellung und vertragsrelevanten Erklärungen des Anbieters vor. Soweit im Einzelfall das Angebot zum Vertragsschluss vom Nutzer ausgeht, können Empfangsbestätigung und Annahmeerklärung also gleichzeitig erfolgen. Erklärt der Anbieter unter Bezugnahme auf die Bestellung auf elektroni-

schem Wege die Angebotsannahme, ist bereits darin eine ausreichende Empfangsbestätigung im Sinne von Artikel 11 zu sehen: Der Nutzer erfährt auf diese Weise, dass seine Bestellung beim Anbieter angekommen ist, der Zweck der Empfangsbestätigung wird also erfüllt. Wenn im Übrigen nach Vorstellung des Richtliniengebers bereits die Online-Vertragserfüllung als Empfangsbestätigung anzusehen ist, muss dies erst recht für eine ausdrückliche Annahmeerklärung gelten.

Auch bei Warenlieferungen und Dienstleistungen, die nicht online erbracht werden, ist die Versendung einer Empfangsbestätigung für den Anbieter ohne großen Aufwand möglich. Dazu genügt es, die Bestellfunktion einer Website programmtechnisch so zu gestalten, dass nach Eingang der Bestellung automatisch ein entsprechender Text im Browser des Nutzers erscheint oder eine Bestätigung per E-Mail versendet wird, wie dies zahlreiche Internetanbieter bereits heute handhaben<sup>36</sup>.

#### c) Zugangsfiktion

Art. 11 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich stellt für Bestellung und Empfangsbestätigung eine Zugangsfiktion auf. Beide Erklärungen sollen danach als eingegangen gelten, sobald sie von den Parteien, für die sie bestimmt sind, abgerufen werden können. Für den Eingang kommt es also nicht auf den tatsächlichen Abruf oder die Kenntnisnahme an.

Die Regelung bezieht sich offensichtlich auf den Fall, dass die Vertragsparteien nicht direkt online miteinander kommunizieren, sondern die jeweiligen Erklärungen zumindest kurzzeitig gespeichert und zeitversetzt abgerufen werden. Liegt kein unmittelbarer Verständigungskontakt zwischen den Parteien vor, gelten nach deutschem Vertragsrecht die Grundsätze über Willenser-

27 Siehe hierzu *Spindler*, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, 775, 787 ff. und *ders.* (Fn. 18), MMR-Beilage 7/2000, 4, 10 ff. jeweils m. w. N.

28 *Tettenborn* (Fn. 24), K&R 2000, 59, 62.

29 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2000 v. 28.2.2000, ABl. EG C 128/32, S. 49.

30 *Reich/Nordhausen*, Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr, 2000, Nr. 171; *Spindler* (Fn. 18), MMR-Beilage 7/2000, 4, 11; so aber *Lehmann*, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517, 519.

31 Zum ursprünglichen Vorschlag: *Brisch*, EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, 235, 241; *Lehmann*, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission, ZUM 1999, 180, 182; *Schmittmann/Busemann*, Die Zukunft des E-Commerce in Europa: Anmerkungen zum Richtlinienentwurf der EU-Kommission, AfP 1999, 239, 241.

32 So im Ergebnis auch *Rehbinder/Schmaus*, Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet, UFITA 2000/II, 313, 321 f.

33 Ebenso *Rehbinder/Schmaus* (Fn. 32), UFITA 2000/II, 313, 321.

34 Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 34.

35 *Rehbinder/Schmaus* (Fn. 32), UFITA 2000/II, 313, 321.

36 So z. B. das Versandhandelsunternehmen Amazon (<http://www.amazon.de>).

klärungen unter Abwesenden<sup>37</sup> und dies führt zu der Frage, ob Art. 11 vom Zugangsbegriff des § 130 BGB abweicht.

Voraussetzung ist zunächst, dass § 130 BGB, der das Wirksamwerden von Willenserklärungen regelt, auf Bestellung und Empfangsbestätigung im Sinne von Artikel 11 überhaupt anwendbar ist. Während eine Bestellung – unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung als Angebot oder Annahme – ohne weiteres als Willenserklärung anzusehen ist, informiert der Anbieter durch die Empfangsbestätigung lediglich über die Tatsache, dass die Bestellung des Nutzers bei ihm eingegangen ist. Aufgrund ihres Erklärungscharakters wird man die Empfangsbestätigung ähnlich wie Mitteilungen und Anzeigen anderer Art<sup>38</sup> aber als geschäftsähnliche Handlung ansehen können. Da eine Empfangsbestätigung nach Art. 11 gerade die Kundgabe gegenüber dem Nutzer erfordert, ist § 130 Abs. 1 BGB jedenfalls analog anwendbar<sup>39</sup>.

Zugang i. S. v. § 130 Abs. 1 BGB bedeutet nun, dass eine Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme gerechnet werden kann<sup>40</sup>. Werden bei geschäftlicher Nutzung des Internets Erklärungen z. B. per E-Mail übermittelt, kann während der üblichen Geschäftszeiten des Empfängers mit alsbaldiger Kenntnisnahme gerechnet werden. Ein Zugang gemäß § 130 BGB erfolgt hier regelmäßig am selben Tag. Dagegen geht die ganz h. M. davon aus, dass bei Übermittlung außerhalb der Geschäftszeiten und bei privaten Adressaten (von denen jedenfalls keine mehrfache tägliche Kontrolle des Posteingangs erwartet werden kann) nicht damit zu rechnen ist, dass die Erklärung sofort nach Eingang in der Mailbox zur Kenntnis genommen wird<sup>41</sup>. Dann ist die Erklärung zwar abrufbar, aber noch nicht zugegangen i. S. v. § 130 Abs. 1 BGB und damit noch nicht wirksam.

Im Gegensatz dazu spielt es nach dem Wortlaut der Richtlinie keine Rolle, wann mit einer Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist. Bestellung und Empfangsbestätigung sollen vielmehr als eingegangen gelten, »wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können«. Dies ist unabhängig von Geschäftszeiten und individuellen Umständen beim Empfänger aber bereits dann der Fall, wenn die technischen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Wird eine Empfangsbestätigung beispielsweise per E-Mail verschickt, gilt sie demnach als eingegangen, sobald sie auf dem Server des Providers so gespeichert wurde, dass sie für den Empfänger dort zugänglich ist. Auf die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt bereits ein Abruf erwartet werden kann, kommt es dagegen nicht an und insoweit liegt tatsächlich eine Abweichung vom Zugangsbegriff des BGB vor<sup>42</sup>.

Fraglich ist, wie sich diese Abweichung bei Vertragsabschlüssen via Internet auswirkt. Unverändert bleibt die

Situation für Anbieter, die über ihre Website eine 24-stündige Bestellmöglichkeit zur Verfügung stellen. Hier wird man bereits nach § 130 BGB von einem jederzeitigen Zugang ausgehen müssen<sup>43</sup>, da es in diesem Fall auf herkömmliche Geschäftszeiten nicht ankommen kann<sup>44</sup>.

Problematisch ist, ob die Richtlinie für Fälle, bei denen dies nicht gilt, eine generelle Regelung für den Zugang von elektronischen Bestellungen einführen soll. Dafür spricht, dass sich die Ausnahmeregelung des Abs. 3 nur auf Abs. 1 erster Spiegelstrich bezieht und damit gerade die Zugangsfiktion auch bei individuellen Kommunikationsformen unberührt lässt. Eine solche Auslegung hätte aufgrund der dargelegten Unterschiede zu § 130 BGB Auswirkungen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Da die Richtlinie jedoch gerade nicht in das nationale Vertragsrecht eingreifen soll, wird man Art. 11 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich – was den Zugang der eigentlichen Vertragserklärungen betrifft – entsprechend § 130 BGB einschränkend auslegen müssen<sup>45</sup>. Im Ergebnis wirkt sich die Zugangsfiktion des Art. 11 daher nur für die Pflicht zur Übersendung einer Empfangsbestätigung aus und dient dort der Festlegung, ab wann diese Pflicht besteht und ob der Diensteanbieter ihr (rechtzeitig) nachgekommen ist.

Weit reichende Konsequenzen werden sich aber auch insoweit nicht ergeben: Geht eine Bestellung außerhalb der üblichen Geschäftszeiten des Anbieters zu, lässt sich dies beim Merkmal »unverzüglich« berücksichtigen. Die Bestellung gilt zwar im Gegensatz zu § 130 BGB als sofort eingegangen, die Versendung einer Empfangsbe-

37 *Larenz/Wolf* (Fn. 22), § 26 Rn. 12.

38 *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1997, Rn. 197; *Erman/Palm*, 10. Aufl. 2000, Einl. § 104 Rn. 6; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 21), Überbl. v. § 104 Rn. 6.

39 Allgemein zur Analogie der §§ 130 – 132 BGB bei geschäftsähnlichen Handlungen: *Larenz/Wolf* (Fn. 22), § 22 Rn. 28 f.

40 BGHZ 67, 271, 275; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 21), § 130 Rn. 5.

41 OLG Köln NJW 1990, 1608 (zum Eingang einer Telex-Mitteilung im Postcomputer); vgl. statt aller auch *Palandt/Heinrichs* (Fn. 21), § 130 Rn. 7 a.

42 Ebenso *Hoeren*, Rechtsfragen des Internet – Arbeitsunterlagen, Stand: September 2000, abrufbar unter: <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/skriptir.pdf> (Seitenangaben beziehen sich auf dieses pdf-Dokument), S. 138; a. A. offenbar *Spindler* (Fn. 18), MMR-Beilage 7/2000, 4, 11, für den Art. 11 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich die in Deutschland h. M. zum Zugang von Erklärungen mittels elektronischer Post wiedergibt, weshalb nicht mit Anwendungsproblemen zu rechnen sei.

43 *Fritsche/Malzer*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3, 13; *Hoeren* (Fn. 42), S. 137; *Hoeren/Sieber/Becker-Mehring*, Handbuch Multimedia-Recht, 1998ff., Teil 13.1, Rn. 82; *Scheurer*, Die Willenserklärung im elektronischen Rechtsverkehr, 1999, S. 31 f.; *Taupitz/Kritter*, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839, 842.

44 *Rehbinder/Schmaus* (Fn. 32), UFITA 2000/II, 313, 328.

45 *Rehbinder/Schmaus* (Fn. 32), UFITA 2000/II, 313, 328 sprechen sich dafür aus, Art. 11 generell so auszulegen, dass Mitteilungen, die unmittelbar vor Ende oder außerhalb der Geschäftszeiten eintreffen, erst als am nächsten Arbeitstag zugegangen gelten.

stätigung am nächsten Geschäftstag wäre dann aber immer noch rechtzeitig.

#### d) Fehlerkorrektur

Die Pflicht des Diensteanbieters nach Art. 10 Abs. 1 c), den Nutzer über technische Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern zu informieren, macht nur Sinn, wenn diese Mittel überhaupt zur Verfügung stehen. Folgerichtig müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 11 Abs. 2 auch sicherstellen, dass es Nutzern technisch ermöglicht wird, Eingabefehler vor Abgabe einer Bestellung zu erkennen und zu beseitigen.

Um die Vorgaben des Art. 11 Abs. 2 zu erfüllen, müssen Diensteanbieter interaktive Bestellfunktionen so gestalten, dass der Nutzer die Möglichkeit hat, seine Eingaben zu überprüfen, bevor er die Absendung an den Webserver des Anbieters veranlasst. Will der Nutzer eine Bestellung nicht oder nicht mit dem eingegebenen Inhalt abgeben, muss ihm eine Korrektur zumindest in der Weise möglich sein, dass er den Bestellvorgang abbricht und dann ggf. wieder neu beginnt. Viele Internetanbieter realisieren dies bereits heute dadurch, dass sie Bestelltexte nach Eingabe der erforderlichen Daten nochmals zusammengefasst darstellen und den Nutzer auffordern, nach nochmaliger Überprüfung zu entscheiden, ob er die Bestellung mit dem angezeigten Inhalt abschicken oder wieder verwerfen will<sup>46</sup>.

#### e) Vertragsschluss durch individuelle Kommunikation

Eine Empfangsbestätigung macht nur dort Sinn, wo die Kommunikationspartner nicht in einem direkten Kontakt stehen, der unmittelbare Rückfragen ermöglicht. Auch ein »Abruf« von Bestellung und Empfangsbestätigung erfordert zumindest eine kurzzeitige Zwischenspeicherung, wie dies bei der Nutzung von Web- oder Mailservern der Fall ist. Bereits aus diesem Grund ist die Anwendung von Art. 11 bei Kommunikationsformen, die einem Gespräch unter Anwesenden gleichen, ausgeschlossen.

Im Übrigen sieht Art. 11 Abs. 3 wiederum eine Ausnahmeregelung für den Vertragsabschluss per E-Mail und durch vergleichbare Formen individueller Kommunikation vor. Der Wortlaut der Vorschrift entspricht Art. 10 Abs. 4, sodass die dort gemachten Ausführungen entsprechend gelten.

Die Zugangsfiktion des Abs. 1 zweiter Spiegelstrich wird von dieser Ausnahme nicht erfasst, was aber, wie gesehen, nicht zu einer generellen Änderung für den Zugang vertraglicher Willenserklärungen führen kann.

#### f) Rechtsnatur und Umsetzungsbedarf

Auch Art. 11 lässt offen, welche Rechtsnatur die dem Diensteanbieter aufzuerlegenden Pflichten haben sollen

und welche Konsequenzen ein Verstoß gegen diese Pflichten nach sich zieht. Fest steht nur, dass aufgrund des gegenüber den Richtlinienvorschlägen eingeschränkten Regelungszwecks das Zustandekommen des Vertrages durch einen Pflichtverstoß nicht beeinflusst werden kann<sup>47</sup>.

Entsprechend den obigen Überlegungen zu Art. 10 sind auch die Pflichten zur Übersendung einer Empfangsbestätigung und zur Bereitstellung von Mitteln für die Fehlerkorrektur nicht als bloße Obliegenheiten zu qualifizieren<sup>48</sup>. Die Empfangsbestätigung dient der Information, die Möglichkeit zur Fehlerkorrektur dem Schutz des Bestellers. Wiederum werden die eigentlichen Vertragsleistungen also nicht berührt, sodass von Nebenpflichten auszugehen ist, deren Verletzung grundsätzlich zu Schadenersatzansprüchen führen kann.

Ein Verstoß gegen die Pflicht des Abs. 2 kann sich auch im Rahmen der §§ 119 ff. BGB zum Nachteil des Diensteanbieters auswirken. Versendet ein Besteller aufgrund eines Bedienungsfehlers beim Ausfüllen eines elektronischen Formulars eine Bestellung, die er gar nicht oder nicht mit diesem Inhalt abgeben wollte, besteht die Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB<sup>49</sup>. Macht der Besteller hiervon Gebrauch, kann der Anbieter jedoch grundsätzlich Ersatz des Schadens verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat (§ 122 BGB). Schon das Reichsgericht ging aber davon aus, dass die Ersatzpflicht nach § 122 BGB auch über den Wortlaut des Abs. 2 hinaus ausgeschlossen ist, wenn der Anfechtungsgegner den Irrtum selbst verursacht hat<sup>50</sup>. Zumindest muss in diesem Fall von einer Mitverursachung ausgegangen werden, die dazu führt, dass ein Schadenersatzanspruch über § 254 BGB gemindert wird oder ganz entfällt<sup>51</sup>. Dies gilt auch für Irrtümer bei elektronischen Bestellungen, wenn der Anbieter unter Verstoß gegen Art. 11 Abs. 2 keine technischen Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung gestellt

46 Amazon etwa übermittelt alle Angaben zu einer Bestellung nochmals an den Nutzer (»Der Bestellvorgang ist erst abgeschlossen, wenn Sie auf »Bestellung abschicken« klicken«), der dann entscheiden kann, ob er die Bestellung mit diesem Inhalt abschicken, etwas ändern oder ganz darauf verzichten will.

47 *Rehbinder/Schmaus* (Fn. 32), UFITA 2000/II, 313, 321 f.; unzutreffend *Lehmann* (Fn. 30), EuZW 2000, 517, 519, der in Bestellung und Empfangsbestätigung Vertragserklärungen sieht und den Vertrag »erst dann als geschlossen« betrachtet, wenn die Empfangsbestätigung beim Nutzer eingegangen ist.

48 In diese Richtung aber *Rehbinder/Schmaus* (Fn. 32), UFITA 2000/II, 313, 321.

49 Allgemein zu einer fehlerhaften Eingabe in eine EDV-Anlage: OLG Hamm NJW 1993, 2321; *Erman/Palm* (Fn. 39), § 119 Rn. 33; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 21), § 119 Rn. 10; zum Vertragsschluss im Internet: *Mehrings*, Vertragsschluss im Internet. Eine neue Herausforderung für das »alte« BGB, MMR 1998, 30, 31 f. RGZ 81, 395, 398 f.

51 BGH NJW 1969, 1380; *Larenz/Wolf* (Fn. 22), Rn. 128.

hat<sup>52</sup>, sodass eine Schadenersatzpflicht insgesamt oder wenigstens teilweise ausscheidet<sup>53</sup>.

Die Pflichten des Art. 11, die das deutsche Recht bislang nicht vorsieht, müssen durch eine entsprechende Gesetzesergänzung umgesetzt werden<sup>54</sup>. Da § 130 BGB den Begriff des Zugangs nicht definiert, erscheint hinsichtlich der Zugangsfiktion eine richtlinienkonforme Auslegung grundsätzlich möglich. Allerdings sollte schon aus Gründen der Klarheit auch hier eine ergänzende Regelung geschaffen werden, welche die vom Zugangsbegriff in Literatur und Rechtsprechung abweichende Sonderregel des Abs. 1 zweiter Spiegelstrich im deutschen Recht umsetzt.

#### IV. Die geplante Umsetzung der Richtlinie in Deutschland

##### 1. Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz (EGG)

Die für den Vertragsbereich relevanten Grundbegriffe des Art. 2 der Richtlinie sollen nach dem EGG-Entwurf – soweit erforderlich – durch eine Anpassung und Ergänzung von § 3 TDG in das deutsche Recht übernommen werden.

An eine Übernahme des zentralen Begriffs »Dienste der Informationsgesellschaft« ist dabei jedoch nicht gedacht, da man davon ausgeht, dass Dienste im Sinne der Richtlinie bereits nach geltender Rechtslage unter den Anwendungsbereich des § 2 TDG und – soweit es sich um Mediendienste handelt – unter § 2 Abs. 2 Nr. 4 Mediendienste-Staatsvertrag fallen<sup>55</sup>. Tatsächlich erfasst auch das Teledienstegesetz elektronisch erbrachte Dienste aller Art einschließlich Angebote zur Bestellung von Waren und Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TDG). Ebenso wie die Richtlinie enthält das Teledienstegesetz keine Bestimmungen für den Offline-Bereich, regelt also nicht etwa die Lieferung bestellter Waren oder Anforderungen an die Waren selbst. Während Dienste im Sinne der Richtlinie »in der Regel gegen Entgelt«<sup>56</sup> erbracht werden, ist der Anwendungsbereich des Teledienstegesetzes hier weiter und nicht auf wirtschaftlich ausgerichtete Leistungen beschränkt.

Dennoch kann die Beibehaltung des Begriffs »Teledienste« auch zu Einschränkungen gegenüber der Richtlinie führen. So scheint die Vermittlung des bloßen Zugangs zum Internet (Access Providing) nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG ein Teledienst zu sein. Gedacht war bei »Angeboten zur Nutzung des Internets« aber nicht an die Zugangsvermittlung selbst, sondern an das Zurverfügungstellen von Hilfsmitteln wie zum Beispiel Navigationshilfen<sup>57</sup>. Wie die Definition des Begriffs Diensteanbieter in § 3 Nr. 1 TDG bestätigt, die zwischen der Bereithaltung von Telediensten und der Vermittlung des Zugangs zur Nutzung solcher

Dienste unterscheidet<sup>58</sup>, ist das reine Access Providing kein Teledienst gemäß § 2 TDG<sup>59</sup>. Da es sich dabei jedoch um einen Dienst der Informationsgesellschaft handelt<sup>60</sup>, ist insoweit der Anwendungsbereich des Teledienstegesetzes gegenüber der Richtlinie eingeschränkt. Eine Anpassung des Teledienstegesetzes erschiene daher auch beim Dienste-Begriff angezeigt.

##### 2. § 305 b (neu) BGB

Durch einen neuen § 305 b BGB sollen die Artikel 10 und 11 der Richtlinie vollständig in das deutsche Recht übernommen werden<sup>61</sup>. Die Verpflichtung des Anbieters, Korrekturhilfen zur Verfügung zu stellen (Art. 11 Abs. 2), ist dabei in § 305 b Abs. 1 vorgesehen. § 305 b Abs. 2 BGB soll die Informationspflichten des Art. 10 Abs. 1 und 2 und die Pflicht zur Übersendung einer Empfangsbestätigung nach Art. 11 Abs. 1 zusammenfassen. Die Überlassung der Vertragsbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelt der geplante § 305 b Abs. 3 BGB entsprechend Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie. § 305 b Abs. 4 enthält schließlich die Ausnahmeregelungen für den Austausch von elektronischer Post

52 Oder den Nutzer nicht gemäß Art. 10 Abs. 1 a) über die technischen Abläufe bzw. gemäß Art. 10 Abs. 1 c) über bestehende Korrekturmöglichkeiten bei der Eingabe informiert.

53 Zum ursprünglichen Vorschlag: *Lackum*, Der Richtlinienentwurf der EU-Kommission zum elektronischen Geschäftsverkehr – Teil II, JurPC Web-Dok. 135/1999, Abs. 34, abrufbar unter: <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/aufsatz/19990135.htm>; *Reich*, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europaparlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 23.12.1998 und seine Auswirkungen auf das Vertragsrecht, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 93

54 Ebenso *Hoeren* (Fn. 42), S. 138 zur Bereitstellung von Korrekturhilfen.

55 EGG-Entwurf, Begründung, S. 20; *Bröhl*, EGG – Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Erläuterungen zum Referentenentwurf, MMR 2001, 67, 68.

56 Art. 2 a) i. V. m. Art. 1 Nr. 2 der Transparenzrichtlinie.

57 Begründung zum Gesetzentwurf für das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, BT-Dr. 13/7385, S. 19.

58 Also die Zugangsvermittlung selbst offensichtlich nicht bereits als Teledienst ansieht.

59 *Gola*, TDG, TDDSG: Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz; Kommentierung für die Praxis, 2000, § 2 TDG, Nr. 4.4.2; *Koenig*, Regulierungsoptionen für die Neuen Medien in Deutschland, MMR-Beilage 12/1998, 7; *Manssen/Manssen*, Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand: 4/2000, E § 2 Rn. 6; *Roßnagel/Spindler*, Recht der Multimedia-Dienste, Stand: 1/2000, § 2 TDG Rn. 86; a. A.: *Beucher/Leyendecker/Rosenberg*, Mediengesetze, 1999, § 2 TDG Rn. 6.

60 Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 18.

61 Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und zur Modernisierung des Schuldrechts, Stand: 4.8.2000 (nachfolgend: SMG-Diskussionsentwurf), abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/ggv/eschurmo.pdf> (Seitenangaben beziehen sich auf dieses pdf-Dokument), Begründung, S. 174.

und vergleichbare Kommunikationsformen (Art. 10 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 3) und die Abdingbarkeit der Abs. 1 und 2 bei Geschäftsverträgen. Ergänzend wird klargestellt, dass abweichende Vereinbarungen ansonsten unzulässig sind.

Der Diskussionsentwurf vermeidet den Begriff »Diensteanbieter« und spricht stattdessen von »Unternehmer«, um zu verhindern, dass entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch nur der Service Provider als nach dem Gesetz Verpflichteter angesehen wird<sup>62</sup>. Zwar wird einem Nutzer bei einer entgeltlichen Bestellung im Internet, die nicht ausschließlich per E-Mail erfolgt, meistens ein Unternehmer im Sinne von § 14 BGB gegenüberstehen. Dies ist aber keineswegs zwingend, und daher kann die vorgesehene Wortwahl zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs führen, die nach der neutralen Definition des Diensteanbieters in Art. 2 b) der Richtlinie und in deren Art. 9 – 11 nicht vorgesehen ist.

Die vorliegende Fassung des § 305 b BGB bezieht sich wie die Richtlinie auf »Dienste der Informationsgesellschaft«. Wie sich aus der Begründung zum Diskussionsentwurf ergibt, war ursprünglich daran gedacht, diesen Begriff in einem »öffentlich-rechtlichen Sondergesetz« zu definieren<sup>63</sup>. Nachdem dies entsprechend dem EGG-Entwurf nicht mehr angestrebt wird und im TDG der Begriff »Teledienste« beibehalten werden soll, wäre aus Gründen der Klarheit eine einheitliche Begriffsverwendung wünschenswert. Im Hinblick auf die notwendige Einbeziehung des Access Providing ist der Begriff Dienste der Informationsgesellschaft dabei vorzuziehen.

Unklar erscheint derzeit noch, ob und wie die Zugangsfiktion des Art. 11 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich geregelt werden soll. In der Begründung zum Diskussionsentwurf heißt es hierzu noch, eine ausdrückliche Umsetzung sei nicht erforderlich, da die bestehenden allgemeinen Regeln ausreichend seien<sup>64</sup>. Dagegen ist in einem gemeinsamen Arbeitspapier des Wirtschafts- und Justizministeriums zum EGG vom 1.12.2000<sup>65</sup> eine Fassung des § 305 b wiedergegeben, in der auch die Zugangsfiktion des Art. 11 der Richtlinie enthalten ist. Abs. 4 schließt dann jedoch im Gegensatz zu Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie die Geltung der Zugangsfiktion auch für Verträge aus, die ausschließlich per E-Mail geschlossen werden. Diese Fassung des § 305 b BGB entspräche letztlich der hier vertretenen Auffassung, wonach sich der Regelungsbereich der Zugangsfiktion auf die Pflicht zur Übersendung der Empfangsbestätigung beschränkt.

Ein über den Text der Art. 10 und 11 hinausgehender Abs. 5 soll schließlich klarstellen, dass ein Verstoß gegen die vor- und nachvertraglichen Pflichten des § 305 b BGB nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führt.

Eine solche Rechtsfolge wäre nach der Entwurfsbegründung »nicht geeignet«, die Informationspflichten in der von der Richtlinie verlangten Weise effektiv umzusetzen<sup>66</sup>. Mehr noch wäre eine Auswirkung auf das Zustandekommen des Vertrages aber auch nicht mit der Rechtsnatur der Art. 9 – 11 vereinbar.

## V. Zusammenfassung

Mit ihrem ehrgeizigen Plan, eine einheitliche Regelung für das Zustandekommen von Verträgen auf elektronischem Wege zu schaffen, ist die EU-Kommission gescheitert. Geblieben sind in erster Linie Informationspflichten des Diensteanbieters, der seinem Kunden überdies geeignete Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung stellen muss. Ob es dadurch zu der teilweise befürchteten »Überflutung« der Nutzer mit Informationen<sup>67</sup> kommen wird, dürfte für das Internet nicht zuletzt von der Gestaltung der einzelnen Website abhängen: je einfacher die Handhabung eines Bestellvorgangs ist, desto weniger Erklärungen werden letztlich nötig sein.

Kommt der Anbieter den Pflichten, die ihm die Richtlinie bzw. deren nationale Umsetzung auferlegt, nicht nach, hat dies keine Auswirkungen auf den eigentlichen Vertragsschluss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass derartige Versäumnisse folgenlos bleiben müssen. In Betracht kommen hier insbesondere Schadenersatzansprüche des Bestellers und umgekehrt ist denkbar, dass der Anbieter im Falle einer Anfechtung durch den Besteller leer ausgeht.

Die für den Vertragsschluss im Internet zentralen Bestimmungen der Art. 10 und 11 sollen fast wörtlich in einen neuen § 305 b BGB übernommen werden. Eine lückenlose Umsetzung der Richtlinie wäre insoweit also gewährleistet. Offene Fragen verbleiben aufgrund des geplanten Verzichts auf die zentralen Begriffe »Dienste der Informationsgesellschaft« und »Diensteanbieter«. Unklar ist derzeit auch noch, ob die Zugangsfiktion des Art. 11 umgesetzt werden soll. Egal wie sich der Gesetzgeber letztlich entscheidet, bleibt der Zugang der vertragskonstituierenden Willenserklärungen hiervon jedenfalls unberührt.

62 SMG-Diskussionsentwurf, Begründung, S. 345 f.

63 Aao., S. 346.

64 Aao., S. 175.

65 Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, Stand: 1.12.2000, abrufbar unter: <http://www.iid.de/iukdg/EGG-01-12-00-E.pdf> (Seitenangaben beziehen sich auf dieses pdf-Dokument), S. 11 f.

66 SMG-Diskussionsentwurf, Begründung, S. 349.

67 Spindler (Fn. 27), ZUM 1999, 775, 790.