

Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht

von

Dr. Andreas Leupold, Silke Glossner, Dr. Axel Freiherr von dem Bussche, Jens-Daniel Braun, Dr. Kai Cornelius, Dr. Danja Domeier, Dr.-Ing. Clemens Doubrava, Dr. Alexander Elbracht, Dr. Nils Christian Haag, Prof. Dr. Hans Haarmeyer, Dr. Jürgen Hartung, Dr. Katrin Hegewald, Prof. Dr. Jürgen Kühling, Dr. Gregor Scheja, Dr. Tobias Schelinski, Dr. Thomas Stögmüller, Prof. Dr. Andreas Wiebe, Kristina Wieddekind, Dr. Klaus Willenbruch

3. Auflage

[Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht – Leupold / Glossner / Bussche / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Informationsrecht, Neue Medien](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64845 8

die oben geschilderten Fälle, in denen falsche Angaben zum Wert einer Sache auf Übermittlungsfehlern einer Software beruhen.⁴⁶

(4) **Der Übermittlungsirrtum.** Nach § 120 BGB berechtigt auch der Übermittlungsirrtum zur Anfechtung, also die **fehlerhafte Übermittlung** durch eine vom Erklärenden eingesetzte Person oder Einrichtung. Die Norm findet Anwendung nicht nur auf die fehlerhafte Übermittlung durch Boten, Übersetzer und Medien der Telekommunikation, sondern auch auf die fehlerhafte Übermittlung durch Anbieter, die Erklärungen online übermitteln. Der Übermittler der Nachricht haftet dem Erklärenden im Rahmen der zwischen beiden bestehenden Rechtsbeziehung aus Rechtsgeschäft oder Gesetz, wobei allerdings die Haftung der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen nach § 44a des Telekommunikationsgesetzes (TKG) eingeschränkt wird, der in bestimmten Fällen Haftungshöchstgrenzen vorsieht.

(5) **Die arglistige Täuschung oder Drohung.** Wer durch arglistige Täuschung oder durch Drohung zur Erklärung bestimmt wurde, kann seine Willensklärung nach § 123 BGB anfechten. Diese Anfechtungsmöglichkeit spielt in der Praxis eher eine nachgeordnete Rolle, auch wenn es im Internet natürlich durchaus schwarze Schafe gibt, die andere zu übervorteilen suchen.

So genannten „Kostenfallen“ im Internet, bei denen der Verbraucher über die Zahlungspflichtigkeit eines Angebots im Unklaren gelassen oder explizit getäuscht wurde, hat der Gesetzgeber nun im Elektronischen Geschäftsverkehr durch die in § 312g Abs. 3, 4 BGB geregelte „Buttonlösung“ einen Riegel vorzuschieben gesucht; wird der Verbraucher hier nicht explizit auf die Zahlungspflichtigkeit hingewiesen, ist der Vertrag unwirksam, § 312g Abs. 4 BGB. Allerdings erfasst diese Bestimmung nur den Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmer und Verbraucher, außen vor bleiben etwa Verträge rein zwischen Verbrauchern (consumer to consumer) oder allein zwischen Unternehmern (business to business).

Die arglistige Täuschung verlangt eine Täuschung zum Zwecke der Aufrechterhaltung oder Erregung eines Irrtums; eine Bereicherungsabsicht des Täuschenden ist nicht erforderlich, dieser muss aber arglistig, also vorsätzlich, handeln. Eine Schädigung des Vermögens des Getäuschten ist ebenfalls nicht notwendig.⁴⁷ Bei Kostenfallen ist eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB zwar grundsätzlich denkbar, in der Praxis wird es aber gerade bei diesen oft schwierig sein, dem Anbieter die notwendige Arglist nachzuweisen. Dieser wird sich nämlich darauf zurückziehen, dass er irgendwo auf seiner Website auf die Zahlungspflichtigkeit seiner Offerte hingewiesen habe und deshalb keinesfalls mit Arglist gehandelt habe.⁴⁸ Ausgeschlossen ist eine erfolgreiche Anfechtung nach § 123 BGB bei bewusst falschen Angaben aber nicht. So liegt nach dem *LG Bielefeld* beispielsweise in der Angabe eines „*unverbindlichen Herstellerpreises*“ auf einer Website die Behauptung, die Ware würde von einem (dritten) Hersteller hergestellt und mit einer solchen Preisempfehlung versehen; beim Kunden wird daher die irri- 62 63 64

ge Vorstellung erweckt, er mache im Internet ein besonders günstiges Geschäft.⁴⁹ Darauf, dass die gekaufte Ware eventuell ihren Preis letztlich sogar „wert“ ist, kommt es nicht an.

bb) Die Anfechtungsfrist und die Anfechtungserklärung. Bei einer Anfechtung auf Grund der §§ 119, 120 BGB hat die Anfechtung nach § 121 I BGB unverzüglich – also ohne schuldhaftes Zögern – nach Erlangen der Kenntnis vom Anfechtungsgrund zu erfolgen. Die Anfechtungserklärung ist eine formfreie empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Anfechtungsgegner zu erfolgen hat, § 143 Abs. 2 BGB.

Auch muss deutlich werden, dass eine Anfechtung erklärt wird. Zwar gilt auch hier, dass eine entsprechende Erklärung auszulegen ist; es ist nicht notwendig, den Terminus technicus „Anfechtung“ zu verwenden und es muss auch nicht ein Anfechtungsgrund genannt werden. Jedoch muss erkennbar sein, dass der Anfechtende seine Erklärung wegen eines Irrtums nicht gelten lassen will.⁵⁰ Das *LG Berlin* entschied beispielsweise, dass die folgende Mitteilung eines Verkäufers, der ungewollt statt neun Telefonen à Euro 99,- insgesamt neun Telefone zum Preis von Euro 99,- verkauft hatte, diesen Vorgaben nicht genüge: 65 66 67

⁴⁶ Vgl. nur *BGH*, MMR 2005, 233.

⁴⁷ Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rn. 2 ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu auch *Alexander*, NJW 2012, 1985, 1986.

⁴⁹ *LG Bielefeld*, NJW-RR 2008, 212.

⁵⁰ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur *BGH*, NJW-RR 1995, 859.

„Hallo ... sehe gerade, dass bei der Einstellung der Auktion etwas schief gegangen ist. Pro Telefon war Euro 99,- für Sofortkaufen vorgesehen. Wie wollen wir jetzt verfahren – hast Du trotzdem Interesse an den Telefonen? (...)“.

- 68 Hier geht aus der Erklärung der **Anfechtungswille** nicht klar genug hervor. Auch das *Amtsgericht Bremen*⁵¹ hatte es mit einem Verkäufer zu tun, der sich auf die Anfechtung eines Sofortkaufs bei eBay berief. Er hatte versehentlich zwei Dauerkarten für den Fußballverein Werder Bremen nicht nur, wie von ihm beabsichtigt, als Auktion eingestellt, sondern auch die *Sofortkaufoption* zu einem Gesamtpreis von 1,- Euro aktiviert. Wenige Minuten nach Kauf teilte der Verkäufer dem Käufer jedoch per E-Mail mit, dass es sich um einen Fehler handele, da er lediglich eine reine Auktion habe starten wollen. Das AG Bremen bejahte hier eine wirk-same Anfechtung des Kaufvertrags auf Grund eines Erklärungsirrtums i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

- 69 cc) **Die Rechtsfolge der Anfechtung.** Die Anfechtung führt zur **Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts ex tunc, § 142 Abs. 1 BGB. Der Anfechtende ist bei einer Anfechtung nach den §§ 119, 120 BGB (nicht aber bei arglistiger Täuschung nach § 123 BGB) allerdings verpflichtet, dem Anfechtungsgegner dessen **Vertrauensschaden** zu ersetzen, § 122 Abs. 1 BGB. Das ist der Schaden, den dieser durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes erlitten hat; nach oben begrenzt wird der Anspruch aber durch das Erfüllungsinteresse. Hat der Anfechtungsgegner den Irrtum mit verursacht, wird der Schadenersatzanspruch gemindert und gegebenenfalls auf Null reduziert, § 122 Abs. 2, 254 BGB. In diesem Zusammenhang kann der bereits mehrfach genannte § 312g Abs. 1 S. 1 BGB relevant werden, nach dem ein Unternehmer im elektronischen Geschäftsverkehr dem Kunden (nicht nur: einem Verbraucher!) angemessene, wirksame und technische Mittel zur Verfügung stellen muss, mit denen der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Erklärung erkennen und berichtigen kann; tut er dies nicht, ist etwa ein Anspruch nach § 122 BGB auf Schadenersatz gegen den Kunden ausgeschlossen.

2. Die Formvorschriften

Literatur: Alexander, Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW 2012, 1985; Berger, Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016; Blasek, Kostenfallen im Internet – ein Dauerbrenner, GRUR 2010, 396; Bergt, Praktische Probleme bei der Umsetzung neuer gesetzlicher Vorgaben im Webshop, NJW 2012, 3541; Kirschbaum, Die gesetzliche Neuregelung der sog. Internetaufträge – Zur dogmatischen Einordnung des § 312g Abs. 3 und 4 BGB n.F., MMR 2012, 8; Kredig/Uffmann, Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, ZRP 2011, 36; Leier, Die Buttonlösung gegen Kostenfallen im Internet, CR 2012, 378; Müller, Die „Button“-Lösung gegen Kostenfallen im Internet – Ende gut, alles gut? K&R 2012, 791; Raue, „Kostenpflichtig bestellen“ – ohne Kostenfalle? Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR 2012, 438; Reiff, Die Wahrung der Textform nach § 126b BGB durch den Inhalt einer Website, ZJS 2012, 432; Schäfer, Schriftliche Einladung zur Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins auch per E-Mail? NJW 2012, 891; Spindler/Rockenbach, Die elektronische Identifizierung – Kritische Analyse des EU-Verordnungsentwurfs über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste, MMR 2013, 139; Tamm, Kostenfallen im Internet nach neuer Rechtslage, VuR 2012, 217; Thalmair, Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, 14.

- 70 Zahlreiche Rechtsgeschäfte benötigen zu ihrer Wirksamkeit einer bestimmten Form. Fehlt die gesetzlich vorgeschriebene Form, ist das Rechtsgeschäft nach § 125 BGB nichtig. So bedürfen z.B. das Verbraucherdarlehen gemäß § 492 BGB, der Kauf eines Grundstückes nach § 311 b BGB, das Testament nach §§ 2231, 2247 BGB oder die Bürgschaft nach § 766 BGB der Schriftform des § 126 BGB. Die Schriftform setzt eine eigenhändige Unterschrift voraus, die die Identität des Ausstellers erkennen lässt und die Echtheit einer Urkunde gewährleisten soll. Manipulationen und Ergänzungen eines solchen schriftlichen Dokuments lassen sich in der Regel leicht erkennen.
- 71 Anders aber liegt es, wenn eine Erklärung auf elektronischem Wege versandt wird; hier kann der Empfänger grundsätzlich nicht sicher sein, dass die empfangene Email nicht auf dem Wege verändert oder manipuliert wurde. Hinzu tritt die Gefahr, dass die E-Mail tatsächlich

⁵¹ AG Bremen, Urt. v. 25.5.2007 – 9 C 0142/07 – n.v.

gar nicht vom behaupteten Absender stammt. Abhilfe kann die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur schaffen; durch diese kann zum einen die Identität des Absenders und zum anderen die Authentizität der gesendeten Erklärung gewährleistet werden.

Eine einfache E-Mail wahrt deshalb auch nicht die in § 130 ZPO vorausgesetzte Schriftform für vorbereitende und bestimmende Schriftsätze.⁵² Gemäß § 130a ZPO können allerdings bestimmende Schriftsätze in elektronischer Form eingereicht werden, sofern die Gerichtsinfrastruktur darauf eingerichtet ist – was bislang aber nur bei einigen wenigen Gerichten tatsächlich der Fall ist.

Zur Vereinfachung des elektronischen Geschäftsverkehrs wurden im BGB in jüngerer Zeit **zwei neue Erklärungsformen** vorgesehen, nämlich die **elektronische Form** und die **Textform**. Die elektronische Form verlangt ausweislich § 126a BGB, dass der Aussteller seiner Erklärung seinen Namen hinzufügt und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versieht. Die Anforderungen an die Textform sind geringer. Hier verlangt § 126b BGB aktuell nur, dass die Erklärung in einer Urkunde oder in einer anderen zu dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht wird.

Hinweis:

Aufgrund der Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie VRRl,⁵³ wird § 126b BGB neu gefasst. Die Änderung tritt zum 13.6.2014 in Kraft. Danach muss die Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger so abgegeben werden, dass sie für den Empfänger lesbar und die Person des Erklärenden genannt ist. Als dauerhaften Datenträger im Sinne der Norm definiert der neue § 126b Abs. 1 S. 2 jedes Medium, das

1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraum zugänglich ist und
2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

Diese gesetzlichen Regelungen gelten ausweislich § 127 Abs. 1 BGB im Zweifel auch für die zwischen Parteien vereinbarte jeweilige Erklärungsform. Bei einer solchen vertraglich vereinbarten Erklärungsform ist dabei jedoch immer individuell zu ermitteln, ob eine solche konstitutiven oder lediglich deklaratorischen Charakter haben soll. Im ersteren Fall kommt das Rechtsgeschäft nur bei Einhaltung der Form überhaupt wirksam zustande. Im letzteren Fall ist das Rechtsgeschäft auch bei Formmangel wirksam, hier dient die vereinbarte Form nur Beweiszwecken.

a) Die gesetzliche Schriftform und die elektronische Form. Obschon ein juristischer Laie auf die Idee kommen könnte, digitale Dokumente, die man ja schließlich jederzeit ausdrucken kann, als „schriftliche Dokumente“ ansehen zu wollen, erfüllen solche Ausdrücke natürlich keinesfalls das Schriftformerfordernis des § 126 BGB; denn dieser setzt voraus, dass die Urkunde vom Aussteller eigenhändig unterzeichnet wird. So genügt auch die Unterschrift auf einem Tablet-PC nicht dem Schriftform-Erfordernis.⁵⁴ Digitale Dokumente, die nicht die elektronische Form erfüllen, unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts.

Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift kann auch nicht durch eine qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden. Die Schriftform selbst kann allerdings nach § 126a Abs. 3 BGB durch die elektronische Form ersetzt werden, soweit nicht das Gesetz eine andere Form vorschreibt. Dies ist beispielsweise bei **Verbraucherdarlehen**⁵⁵ im Sinne des § 491 BGB möglich. Diese bedürfen gemäß § 492 Abs. 1 S. 1 BGB zwar grundsätzlich der Schriftform, das heißt nach § 126 Abs. 1 BGB der eigenhändigen Unterschrift durch beide Vertragspart-

⁵² BGH, MMR 2009, 99.

⁵³ Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011, sog. Verbraucherrechterichtlinie.

⁵⁴ OLG München, K&R 2012, 622.

⁵⁵ Verbraucherdarlehen im Sinne des § 491 BGB sind entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer i.S.d. § 14 BGB und einem Verbraucher (§ 13 BGB), deren Betrag Euro 200,- übersteigt.

ner. War ein Abschluss in elektronischer Form nach der alten Fassung des § 492 Abs. 1 S. 2 BGB dezidiert ausgeschlossen, so kann der Vertrag nunmehr aber auch in elektronischer Form wirksam abgeschlossen werden. Das entsprechende Verbot der elektronischen Form wurde aus dem § 492 BGB aufgrund europarechtlicher Vorgaben gestrichen.⁵⁶

- 78 Nach § 126a BGB verlangt **die elektronische Form**, dass der Aussteller einer digitalen Erklärung dieser seinen Namen hinzufügt und das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz (SigG) versieht. Unter einer elektronischen Signatur werden Daten bezeichnet, die anderen elektronischen Daten beigefügt werden und deren Authentifizierung dienen, § 2 Nr. 1 SigG. Damit ist eine „elektronischen Signatur“ also weniger eine Signatur im herkömmlichen sprachlichen Sinn, sondern eher ein digitales Siegel.
- 79 Eine **qualifizierte elektronische Signatur** liegt nach § 2 Nr. 2 des Signaturgesetzes vor, wenn diese ausschließlich dem Schlüsselinhaber zugeordnet ist und dessen Identifizierung ermöglicht. Ferner muss sie mit solchen Mitteln erzeugt worden sein, die der Inhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann und sie muss mit den Daten, auf die sie sich bezieht, so eng verknüpft werden, dass eine nachträgliche Manipulation erkannt wird. Schlussendlich muss sie auf einem im Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen und mit einer sicheren Signaturerstellungseinrichtung erzeugt worden sein.
- 80 Diese **hohen Anforderungen an die qualifizierte elektronische Signatur** ermöglichen einen hohen Sicherheitsstandard; diese elektronische Form erfüllt eine zentrale Funktion, da sie die Identität des Ausstellers sowie die Authentizität der Erklärung gewährleistet. Schließlich bestimmt § 371a Abs. 1 S. 1 ZPO auf der Beweisebene für den Zivilprozess, dass auf Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur die Regelung über die Beweiskraft von Privaturkunden entsprechende Anwendung findet. Die gleiche Vorschrift regelt dann in einem Satz 2 die Beweiserleichterung, dass der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form vorliegenden Erklärung, der sich nach dem Signaturgesetz ergibt, nur durch Tatsachen erschüttert werden kann, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung vom Signaturschlüssel-Inhaber abgegeben worden ist. Die Hürden für einen Nachweis, dass eine Erklärung nicht vom Schlüsselinhaber abgegeben wurde, liegen also faktisch sehr hoch.
- 81 Bei einem Vertrag müssen beide Parteien auf diese Weise elektronisch signieren. Die elektronische Form vermag jedoch nicht universell die Schriftform zu ersetzen. Bei bestimmten Rechtsgeschäften bleibt es bei der Notwendigkeit, die Schriftform einzuhalten; ein Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit der Erklärung.⁵⁷ Dies gilt namentlich für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach § 623 BGB, die Ausstellung eines Zeugnisses nach § 630 BGB sowie die Stellung einer Bürgschaft § 766 S. 2 BGB.
- 82 Für den Zivilprozess ist noch zu beachten, dass ein **Urkundenverfahren**⁵⁸ nach §§ 592 ff. ZPO erfolgreich geführt werden kann, wenn sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderliche Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, §§ 592, 595 Abs. 3 ZPO. Eine **Urkunde** ist dabei die Verkörperung einer Gedankenäußerung in Schriftzeichen; dabei spielt die Art der Herstellung, der Zweck oder die Bedeutung des Inhalts keine Rolle.⁵⁹ Der Ausdruck elektronischer Dokumente ist als Beweismittel im Urkundenprozess mittlerweile anerkannt.⁶⁰ Elektronische Dokumente sind selbst natürlich keine Urkunden (sondern Augenscheinsobjekte); anders aber deren Ausdruck. Nicht signierte Dokumente sind vom Gericht frei zu würdigen.⁶¹ Zur Beweiskraft elektronischer Dokumente regelt § 371a Abs. 1 S. 1 ZPO

⁵⁶ Palandt/Weidenkaff, § 492 n.F. Rn. 2.

⁵⁷ Vgl. zu den Ausnahmen auch Palandt/Ellenberger, § 126a Rn. 2.

⁵⁸ Der Urkundenprozess, §§ 592 ff. ZPO ist eine besondere Verfahrensart der Zivilprozessordnung, der es dem Kläger erleichtert, einen Titel zu erlangen. Voraussetzung ist, dass er seinen Anspruch rein durch Urkunden beweisen kann; die Beweismittel sind beschränkt und damit auch die Möglichkeit einer Beweisaufnahme. Die Verhandlung ist auf den eigentlichen Anspruch beschränkt, eine Widerklage ist beispielsweise schon nicht statthaft, § 595 Abs. 1 ZPO.

⁵⁹ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl. 2011, Vor § 415 Rn. 1 unter Berufung auf LG Köln, NJW 1992, 1774.

⁶⁰ Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 592 Rn. 12 m.w.N.; OLG München, Beschl. v. 20.3.2012, BeckRS 2012, 07418.

⁶¹ Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 371a Rn. 2.

allerdings, dass elektronische Dokumente, die nach § 2 Nr. 2 SigG signiert sind, den vollen Beweis dafür erbringen, dass die enthaltene Erklärung vom Inhaber des Signaturschlüssels abgegeben wurde. Analog zur Urkunde in ursprünglicher Papierform, bei der die Echtheit der Unterschrift im Streitfall bewiesen werden muss, muss hier ggf. der bestreitende Gegner beweisen, dass die elektronische Signatur nicht vom Inhaber des Signaturschlüssels stammt.

Praxistipp:

In der Praxis kann es sich aus Beweisgründen empfehlen, **vertraglich die elektronische Form als Erklärungsform** zu vereinbaren. Dies hat den weiteren Vorteil, dass der Vertragspartner es schwieriger haben wird, sich auf einen Irrtum bei der Erklärungsabgabe zu berufen. Da die qualifizierte elektronische Signatur mit einem erhöhten Erstellungsaufwand verbunden ist, erfüllt sie auch eine besondere Warnfunktion: der Vertragspartner wird sich schlicht beim Abfassen und Versenden seiner Erklärung mehr Mühe geben bzw. wird man im Rechtsverkehr ein solches Verhalten von ihm erwarten können, was wiederum bei der Auslegung eine Rolle spielt.

Bei der **Abfassung einer solchen Formklausel** ist auf die Tragweite der gewählten Formulierung zu achten. Die gewählte elektronische Form kann, wie dargelegt, entweder allein deklaratorischen Charakter haben, dient dann also allein Beweis Zwecken; sie kann aber auch als zwingend vereinbart werden mit der Folge dass bei einem Mangel der Form das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist.

83

b) Die Textform des § 126b BGB. Eine Erleichterung gegenüber der Schriftform stellt die Textform des § 126b BGB dar, bei der auf die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers verzichtet wird. Sie ist besonders geeignet für den Massenverkehr, in dem eine Vielzahl gleichlautender Erklärungen möglichst schnell und kostengünstig abgegeben werden soll und wo die Beweis- und Warnfunktion keine besondere Bedeutung hat, weil die Gefahr einer Fälschung als gering anzusehen ist.⁶² Eine Beweis- oder Identifizierungsfunktion erfüllt die Textform entsprechend nicht. Der Aussteller der Urkunde wird nicht zwingend erkennbar, der Empfänger hat auch keine Möglichkeit, zu überprüfen, wer die Erklärung abgegeben hat und ob ihr Inhalt authentisch d.h. unverändert ist. Das ist aber eben auch nicht das Ziel der Textform; sie will allein ermöglichen, dass der Empfänger sich zuverlässig über den Inhalt einer Erklärung informieren kann.

84

Sofern die Abgabe einer Willenserklärung in Textform vorgesehen ist, muss die Erklärung in einer zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden, **die Person des Erklärenden genannt** und der **Abschluss der Erklärung** erkennbar gemacht werden; eine Unterschrift ist jedoch ebenso wenig notwendig wie eine (qualifizierte) elektronische Signatur.⁶³ Zur Verdeutlichung des Abschlusses der Erklärung empfiehlt sich zwar aus praktischen Gründen eine Unterschrift; **jeder andere Abschluss**, den der Rechtsverkehr als solchen zu erkennen vermag, z.B. ein Datum oder eine Grußformel würden aber ebenfalls genügen.⁶⁴

85

Nicht zuletzt im Zusammenhang mit den Belehrungspflichten nach den Fernabsatzbestimmungen taucht immer wieder die Frage auf, ob und wann ein **Bereitstellen von Informationen in digitaler Form dem Textformerfordernis des § 126b BGB** entsprechen kann.⁶⁵ Wie bereits dargelegt, geht eine Willenserklärung zu, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Der Zugang in Textform setzt entsprechend zusätzlich voraus, dass die Erklärung in einer zur dauerhaften schriftlichen Wiedergabe geeigneten Form zum Adressaten gelangt.

86

Eine solche geeignete Form sind – neben der Verkörperung auf Papier oder auf einem Speichermedium wie einem USB-Stick oder einer CD-Rom, die dem Empfänger übergeben wird – auch eine E-Mail oder ein Computer-Fax.⁶⁶

87

⁶² BT-Drs. 14/4987, S. 18.

⁶³ Es handelt sich damit um einen „neuen Formtyp der lesbaren, aber unterschriftslosen Erklärung.“ Palandt/Ellenberger, § 126b Rn. 1.

⁶⁴ Palandt/Ellenberger, § 126b Rn. 5.

⁶⁵ Zu diesem Problemkreis ausführlich Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169.

⁶⁶ LG Kleve, NJW-RR 2003, 196.

- 88 Eine E-Mail genügt, weil sie dem Empfänger gezielt und individuell übermittelt wird und er die Möglichkeit hat, sie zu speichern oder auszudrucken; darauf, ob er dies tatsächlich tut, kommt es nicht an.
- 89 Anders wird man derzeit das bloße (auch gegebenenfalls dauerhafte) **Zugänglichmachen von Informationen auf einer Website** beurteilen müssen. Das bloße Bereithalten von Informationen wird dem oben genannten Erfordernis offensichtlich nicht gerecht; umstritten war, ob es genügen kann, dass der Empfänger die Möglichkeit der Speicherung hat. Teilweise wurde dies bejaht unter Hinweis darauf, dass die Erklärung nur in einer zur dauerhaften Speicherung geeigneten Weise zugehen müsse.⁶⁷ Die wohl überwiegende Meinung lehnte dies ab; sie sah die Textform des § 126b BGB nur dann als gewährt, wenn es auch tatsächlich zu einer Perpetuierung der Information beim abrufenden Empfänger kam, er sich die entsprechende Information also auch tatsächlich herunterlud.⁶⁸ Es gab darüber hinaus vereinzelt auch Stimmen, nach denen auch ein Download der online bereit gehaltenen Information das Textformerfordernis nicht erfüllen sollte.⁶⁹ Der BGH⁷⁰ hat nun im Zusammenhang mit der Textform einer Widerrufsbelehrung entschieden, dass § 126b BGB allenfalls dann als erfüllt angesehen werden kann, wenn es tatsächlich zu einem Download der Informationen gekommen ist.⁷¹ Die bloße Speicherung der Angebotsseite auf dem Server des Plattformbetreibers (hier einmal mehr: *eBay*) oder die Möglichkeit, die entsprechende Belehrung auf der Website weiterhin abrufen zu können, genügen nicht.

90 **Hinweis:**

Damit nimmt der BGH bereits grundsätzlich die von der Neufassung des § 126b BGB aufgestellten Erfordernisse vorweg.⁷² Danach erfordert die Textform die Übergabe der Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger, der es dem Empfänger ermöglicht, die an ihn persönlich (!) gerichtete Erklärung unveränderlich so zu speichern, dass sie ihm für einen angemessenen Zeitraum zugänglich ist.

Die Voraussetzungen erfüllen soll aber auch eine Website, die an den Verbraucher persönlich gerichtet ist und auf die nur er Zugriff hat, z. B. der Login-Bereich bei *eBay*.⁷³

- 91 c) Die „**Buttonpflicht**“ des § 312g Abs. 3, 4 BGB. Unter dem Schlagwort „Buttonpflicht“ ist der neu gefasste § 312g Abs. 3 bzw. 4 BGB bekannt geworden.⁷⁴ Nach dieser Norm muss ein Unternehmer im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber einem Verbraucher die „Bestellsituation“ so gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er eine Zahlungsverpflichtung eingehen möchte. Bei einer Bestellung über eine Schaltfläche (dem berühmten „*Button*“) soll diese Pflicht nur dann erfüllt sein, wenn die Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Worten „*zahlungspflichtig bestellen*“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist. Soweit der Gesetzestext – dass eine Norm so detaillierte Vorgaben bis in den genauen Wortlaut einer Formulierung macht, ist sicherlich ein singulärer Fall im BGB. Die Formulierung wird als rechtlich unpräzise kritisiert.⁷⁵ Vor dem Hintergrund, dass das Gesetz aber nun einmal konkrete Vorgaben macht und um Streit um die Frage, wann ein anderer Wortlaut (etwa: „*Jetzt einkaufen*“) dem Gesetzestext in der Eindeutigkeit entspricht, zu vermeiden, kann nur dazu geraten werden, sich direkt an den Gesetzestext zu halten. Die Beweislast für die korrekte Gestaltung der Bestellsituation liegt beim Unternehmer.⁷⁶

⁶⁷ MüKo/Einsele, BGB, § 126b Rn. 9.

⁶⁸ Palandt/Ellenberger, § 126b Rn. 3; KG Berlin, NJW 2006, 3215; Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169, 3170.

⁶⁹ Zenker, JZ 2007, 816.

⁷⁰ BGH, NJW 2010, 3566.

⁷¹ BGH, NJW 2010, 3566, Rn. 19.

⁷² Vgl. oben Rn. 73 f. Die Neufassung soll zum 13.6.2014 in Kraft treten.

⁷³ So Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 6.

⁷⁴ Vgl. hierzu auch umfassend Alexander, NJW 2012, 1985; siehe unten Rn. 321 ff.

⁷⁵ So Alexander, NJW 2012, 1985, 1988.

⁷⁶ Palandt/Grüneberg, § 312g Rn. 15.

Der genaue **Charakter dieser Norm** ist umstritten.⁷⁷ Teilweise wird vertreten, dass sie als Ausdruck einer vorvertraglichen Pflichtverletzung⁷⁸ einzuordnen sei. Vertreten wird auch, dass es sich um eine speziell verbraucherrechtliche Anspruchsvoraussetzung handle;⁷⁹ nach anderer Ansicht soll es sich um eigenständiges Tatbestandsmerkmal oder um eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung handeln.⁸⁰ Die Gesetzesbegründung⁸¹ spricht davon, dass die Schutzwirkung der einer Formvorschrift „*ähnele*“. Teilweise wird die Norm direkt als Formvorschrift eingeordnet.⁸² Aufgrund letzterem soll daher an dieser Stelle im Rahmen der Formvorschriften bereits auf sie hingewiesen werden.⁸³

92

Zum Hintergrund:

Hintergrund dieser gesetzlichen Neuregelung waren nicht zuletzt die im Internet überhand nehmenden sog. **Abo-Fallen** und ähnliche, zumeist betrügerische Angebote.⁸⁴ Diese sehen so aus, dass auf einer Website ein beliebtes Angebot – Routenplanung, Malvorlagen, Software-download, etc. – auf den ersten Blick scheinbar kostenlos gemacht wird. Nur sehr versteckt im Kleingedruckten, oft auf gesonderten Seiten die via Link aufzurufen gewesen wären, wäre eventuell erkennbar gewesen, dass das Angebot keinesfalls kostenlos, sondern maßlos über- teuert ist; zumeist handelt es sich obendrein auch nicht nur um eine Einmalzahlung, die fällig werden soll, sondern der arglose Internetnutzer wird gar in ein Abonnement (von Malvorla- gen, Horoskopen, etc.) hineingedrängt.

93

Teil des Geschäftsmodells jener schwarzen Schafe im Internet ist es weiter, dass die fälligen Zahlungen sehr schnell von spezialisierten Inkasso-Unternehmen beigetrieben werden. Dies geschieht dabei zumeist mit Hilfe des **in §§ 688 ff. ZPO geregelten Mahnverfahrens**. Das Mahnverfahren ist an sich dafür gedacht, die einfache und schnelle Durchsetzung von Geld- forderungen zu erleichtern (etwa dem redlichen Handwerker, der auf die Bezahlung einer be- reits erbrachten Leistung wartet); ein rechtskräftiger Mahnbescheid erlaubt die Vollstreckung einer Geldforderung, § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Dem Erlass eines Mahnbescheids geht aber nicht die Prüfung durch einen Richter voraus, ob der geltend gemachte Zahlungsanspruch tat- sächlich auch besteht. Dass ein Mahnbescheid **ohne Prüfung der Rechtslage** in einem auto- matisierten Verfahren erlassen wird, ist aber längst nicht allen Verbrauchern bekannt. Einge- schüchtert durch den „*offiziellen Titel*“ oder auch nur, um eine lästige Situation zu beenden, wählen Verbraucher daher nicht selten den Weg, die an sich nicht gerechtfertigte Forderung aus einer solchen Abo-Falle an die drängelnde Inkassofirma zu bezahlen.

Um zum einen also ahnungslose Verbraucher vor überzogenen Forderungen zu schützen, zum anderen aber auch, um den Schaden, den einige wenige schwarze Schafe einer ganzen Branche zufügen, einzudämmen, kam es zu der Neuregelung des § 312g Abs. 3, 4 BGB. Eine solche Regelung ist notwendig, denn wie oben dargestellt,⁸⁵ kommt ein Vertrag ja auch dann zustande, wenn der Besteller sich über den entgeltlichen Charakter der Leistung irrt; eine wirk- same Willenserklärung setzt nach der h.M. ja weder Erklärungsbewusstsein (also das Wissen darum, dass man tatsächlich gerade eine Willensklärung abgibt) noch Geschäftswillen (also den Willen, gerade dieses Geschäft abschließen zu wollen) voraus.

Nach § 312g Abs. 4 BGB ist **der gesamte Vertrag** bei einem Verstoß gegen die Vorgaben des § 312g Abs. 3 BGB unwirksam. Diese Rechtsfolge, die der deutsche Gesetzgeber vorsieht, ist nicht unproblematisch. Hintergrund der Norm ist nämlich Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 3 der Verbraucherrechtlicherichtlinie, die als Rechtsfolge des Verstoßes vorsieht, dass „*der Verbrau-*

94

⁷⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen *Kirschbaum*, MMR 2012, 8.

⁷⁸ Kredig/Uffmann, ZRP 2011, 36.

⁷⁹ *Rudkowski/Werner*, MMR 2012, 711, 714 f.

⁸⁰ So wohl *Kirschbaum*, MMR 2012, 8, 15.

⁸¹ RegE BT-Drs. 17/7745, S. 7, 12; so auch Palandt/*Grüneberg*, § 312g Rn. 13.

⁸² *Raue*, MMR 2012, 438, 441.

⁸³ Siehe Rn. 321 ff.

⁸⁴ Solche „Kostenfallen“ erfüllen ggf. den Tatbestand des (versuchten) Betrugs, § 263 StGB; sie sind jedenfalls wettbewerbsrechtlich unzulässig, da unlauter (§ 3 Abs. 3 UWG, § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG) und verstoßen gegen § 1 Abs. 6 S. 2 PAngV.

⁸⁵ Vgl. Rn. 321 ff.

cher durch den Vertrag oder die Bestellung nicht gebunden“ sein soll. Sofern man diese Vorgabe der Richtlinie so liest, dass nur der Verbraucher nicht mehr gebunden sein soll, wohl aber der Unternehmer, so hätte ein Wahlrecht des Verbrauchers, ob er den Vertrag gegen sich gelten lassen will, für die Umsetzung der Richtlinie genügt bzw. wäre die Anordnung der weitergehende Rechtsfolge sogar nicht zulässig.⁸⁶

- 95 Wichtig für den Unternehmer ist auf jeden Fall folgendes: anders als bei der Verletzung anderer Informationspflichten, die ggf. wettbewerbsrechtlich relevant werden oder, im Falle einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung, zu einer verlängerten Widerrufsfrist führen, hat die unrichtige Gestaltung des Buttons direkten Einfluss auf die Wirksamkeit des Vertrags an sich. Daneben ist auch zu beachten, dass es sich sicherlich um einen extrem abmahnsensiblen Bereich handelt, denn die Buttonpflicht zählt auch zu den Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

3. Die Stellvertretung und Missbrauchsfälle

Literatur: *Boehme-Nessler*, Vertrauen im Internet – Die Rolle des Rechts, MMR 2009, 439; *Borges*, Haftung für Identitätsmissbrauch im Online-Banking, NJW 2012, 2385; *Köhler*, Unbestellte Waren und Dienstleistungen – neue Normen, neue Fragen, GRUR 2012, 217; *Müller-ter Jung/Oechsler*, Haftung beim Missbrauch eines eBay-Mitgliedskontos – Verantwortung für die freiwillige Überlassung und das Ausspähen von Verbindungsdaten, MMR 2012, 631.

- 96 Internet und E-Mail erlauben es uns, mit nahezu jeder Person weltweit in Kontakt zu treten und Geschäftsbeziehungen mit ihr aufzunehmen – doch weiß man nicht immer, ob die Person am anderen Ende auch tatsächlich die ist, die sie zu sein behauptet. Zu leicht kann ein Dritter den Nutzernamen oder die Kennung des Vertragspartners (missbräuchlich) verwenden und der 16jährige Nachbarsjunge sich als Direktor der örtlichen Bankfiliale ausgeben. Die Frage, die sich dann stellt, ist, ob die getroffenen Vereinbarungen auch dann gelten sollen, wenn der Kommunikationspartner nicht der ist, für den man ihn gehalten hat.⁸⁷ Zu einer gewissen Berühmtheit haben es in diesem Zusammenhang auch jene Fälle gebracht, in denen Minderjährige mit dem Kennwort der Eltern im Internet auf Einkaufstour gingen und beispielsweise einen (rosafarbenen) Sportwagen ersteigert haben.
- 97 a) **Nachträgliche Genehmigung, Anscheins- und Duldungsvollmacht.** Eine Erklärung, die im Namen eines anderen abgegeben wird, verpflichtet diesen regelmäßig nur dann, wenn dies im Rahmen einer bestehenden Vertretungsmacht geschehen ist oder der wirkliche Namensinhaber dieses Handeln nachträglich nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigt. Ein ohne die entsprechende Vertretungsmacht geschlossenes Rechtsgeschäft ist bis zum Widerruf (oder der nachträglichen Genehmigung) durch den Berechtigten schwebend unwirksam. Verwendet ein anderer die Kennung eines Nutzers, ohne dies offen zu legen, so kann der Kennungsinhaber dann aber an die Erklärung gebunden sein, wenn ihm diese Erklärung des Handelnden nach den Grundsätzen des Stellvertretungsrechts zugerechnet werden kann.⁸⁸
- 98 Allein der Umstand, dass eine Person **den Anschluss einer anderen Person nutzt**, bedeutet noch nicht, dass sie auch im Namen dieser Person handelt; *Ellenberger*⁸⁹ nennt das einprägsam das Handeln *unter*, aber nicht *in* dem Namen des Anschlussinhabers. Der Anschlussinhaber ist aber natürlich dann aus dem geschlossenen Rechtsgeschäft verpflichtet, wenn er den Handelnden hierzu bevollmächtigte, wobei die entsprechende **Vollmacht eben auch schlüssig durch das Gestatten der Anschlussnutzung** erteilt werden kann. Zum anderen kann auch eine Bindung des Kennungsinhabers nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Betracht kommen, wenn der Geschäftspartner in seinem Vertrauen auf den Bestand einer Vertretungsmacht schützenswert ist:

⁸⁶ *Raue*, MMR 2012, 438, 442 f. und *Alexander*, NJW 2012, 1985, 1989. Ähnlich wohl auch *Rudowski/Werner*, MMR 2012, 711, 714 f.

⁸⁷ Eine mögliche Lösung zur rechtssicheren Identifikation eines anderen im elektronischen Geschäftsverkehr ist die erwähnte qualifizierte elektronische Signatur. Siehe hierzu auch Rn 73 ff.

⁸⁸ Vgl. hierzu auch *Stöber*, JR 2012, 225.

⁸⁹ Palandt/*Ellenberger*, § 172 Rn. 18.