

cherung (auf nationaler Ebene); OGH 23.5.2013, 4 Ob 29/13p – § 20 nur Günstigkeitsvergleich.

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-------|
| A. E-Commerce- und IT-Recht im Allgemeinen | Rz 1 |
| I. Begriff, Rechtsfreiheit und Medienneutralität | Rz 1 |
| II. Web 2.0 und Soft-Law | Rz 5 |
| III. Die Charakteristika des Internets | Rz 8 |
| IV. E-Commerce, E-Justiz, E-Government und E-Geld | Rz 15 |
| B. Das E-Commerce-Gesetz im Besonderen (§ 1) | Rz 19 |
| I. Sachlicher Anwendungsbereich | Rz 21 |
| II. Örtlicher Anwendungsbereich | Rz 37 |
| III. Zeitlicher Anwendungsbereich | Rz 40 |

A. E-Commerce-Recht und IT-Recht im Allgemeinen

I. Begriff, Rechtsfreiheit und Medienneutralität

E-Commerce ist die Automatisierung von Geschäftstransaktionen durch die Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnologie¹: electronic commerce is the ability to perform transactions involving the exchange of goods and services between two or more parties using electronic tools and techniques². **1**

E-Commerce findet im Internet statt, das in den Anfängen der neuen Kommunikationstechnologien immer wieder als „**rechtsfreier Raum**“ angesehen wurde. ZB war die Auffassung anzutreffen, dass der „Cyberspace“ als virtueller Raum der Netzkommunikation außerhalb der realen Welt situiert sei und somit keinem Staat **2**

1 Bichler/Kaukal/Werthner in Schweighofer/Menzel (Hg), E-Commerce und E-Government (2000) 13.

2 US-Department of Treasury, Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce (www.jya.com/taxpolicy.htm).

und auch keiner bestimmten Sollensordnung zugeordnet werden könne³. Dies stimmt freilich schon vom Ansatz her nicht, weil – zumindest in absehbarer Zeit⁴ – im „Cyberspace“ (Internet) ausschließlich natürliche und juristische Personen agieren, die ihrerseits Rechtsordnungen unterliegen, so dass die rechtlichen (und vor allem auch die grundrechtlichen⁵) Dimensionen des Internets und damit auch des E-Commerce nicht von der Hand zu weisen sind. In diesem Sinne wird die Parole vom rechtsfreien Raum jetzt auch abgelehnt⁶; vielmehr gilt weiterhin: „**legal patterns apply to electronic transactions in the same way as they apply to common business**“⁷).

- 3 Immerhin hat die Vorstellung vom rechtsfreien Raum aber ursprünglich insofern eine gewisse Berechtigung gehabt, als das Internet aus einem militärischen (später akademischen) Netzwerk

3 *Barlow*, A Cyberspace Independance Declaration, www.eff.org/barlow

4 Zur Entwicklung von E-Persons s FN 312 .

5 Vgl insb Art 8 MRK (Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs), Art 10 MRK (freie Meinungsäußerung), Art 10 StGG (Briefgeheimnis), Art 10a StGG (Fernmeldegeheimnis), § 1 DSGVO (Grundrecht auf Datenschutz); zu den Implikationen dieser und anderer Bestimmungen zB im Zusammenhang mit **Youtube** s Rz 290; mit der **Vorratsdatenspeicherung** s FN 106; zum **Recht auf Vergessenwerden** Rz 236; zur Bedeutung der **Drittwirkung der Grundrechte** im E-Commerce s Rz 290. Zur Bedeutung der Grundrechte für das **Haftungprivileg des Host-Providers** vgl die Entscheidung des EGMR (Großer Rat) 16.6.2015, 64569/09, *Delfi* und dazu *Fötschl*, Die Entscheidung *Delfi* des EGMR: Der Einfluss der Grundrechte auf das Host-Provider-Haftungsprivileg, *ecolex* 2015, 827. Zur Bedeutung der Grundrechte für Datentransfer in die USA (Aufhebung der Entscheidung der EU-Kommission vom 26.7.2000 – **Safe Harbor**) vgl EuGH 6.10.2015, C-362/14, *Schrems*.

6 Vgl *Schmölzer*, Strafrecht, in Jahnel/Schramm/Staudegger (Hg), Informatikrecht (2000) 266 uva.

7 *Zankl*, legal circumstances on the way from e-commerce to e-government and „e-xistanc, International Conference on Electronic Commerce 2001, Book of abstracts 82.

(der USA) hervorgegangen ist (ARPANet⁸). Es hat sich während der Zeit des Kalten Krieges aus dem Bedürfnis der USA entwickelt, ein militärisches Kommunikationsnetzwerk zu schaffen, das auch dann noch funktionsfähig ist und den Datentransfer ermöglicht, wenn einzelne Netzverbindungen (gewaltsam) zerstört werden. Dieser Ansatz **dezentraler Kommunikationsarchitektur** erklärt zum einen das technische Phänomen, warum das Internet keinen Zentralrechner hat, sondern auf einem System und einer Vielzahl unabhängig voneinander arbeitender Rechner beruht, das auch dann funktioniert, wenn einzelne Verbindungselemente ausgeschaltet werden. In gewisser Hinsicht kann damit das Internet nicht „abgeschaltet“ werden, so dass die Menschheit nun in der Tat von dem immer befürchteten Szenario, nämlich von einer Technologie umgeben ist, die sie nicht mehr vollständig beherrschen kann. **Rechtssicherheit**⁹ ist in einer solchen Umgebung von essenzieller Bedeutung¹⁰, kann aber durch die langwierigen Normsetzungsprozesse europäischer Gesetzgebung beeinträchtigt werden (s. übernächste Rz).

Auf der anderen Seite wird vor dem Hintergrund technischer bzw. wissenschaftlicher Anwendungen, von denen die Frühzeit des Internets geprägt war, klar, dass Rechtsfragen in diesem Modell keine besondere Rolle gespielt haben. Mit der Kommerzialisierung des Internets im Laufe der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts sind die Begriffe E-Commerce und E-Business erstmals aufgetaucht und damit Fragestellungen, die es erforderlich machten, das juristische

4

8 Advanced Research Project Agency des amerikanischen Verteidigungsministeriums.

9 Vgl. dazu *Zankl*, Bürgerliches Recht⁷ (2015) Rz 16.

10 Vgl. in diesem Sinne auch Erwägungsgrund 7 der E-Commerce-RL: „Um Rechtssicherheit zu erreichen und das Vertrauen der Verbraucher zu gewinnen, muß diese Richtlinie einen klaren allgemeinen Rahmen für den Binnenmarkt bezüglich bestimmter rechtlicher Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs festlegen“.

Vakuum zu füllen¹¹. Dabei hat sich in manchen Bereichen gezeigt, dass viele Rechtsfragen online nicht anders in Erscheinung treten als offline und daher mit herkömmlichen Regeln und Gesetzen gelöst werden können, soweit es keine Spezialregelungen gibt (**Medienneutralität des Rechts**, s dazu Rz 34), die in der Zwischenzeit vor allem auf Basis einschlägiger EU-Richtlinien in großer Zahl ergangen sind, oft aber den rasanten Entwicklungen der IKT hinterherhinken, wodurch im E-Commerce insb dem Soft-Law besondere Bedeutung zukommt (dazu im Folgenden).

II. Web 2.0 und Soft-Law

- 5 Auch im Spannungsfeld zwischen **Recht, Moral, Ethik¹² und Sitte¹³** hat es eine Parallelentwicklung im Internet gegeben. Es haben sich Regeln über die sog **Netiquette** (Gepflogenheiten im Internet) und bestimmte Verhaltenskodizes entwickelt, auf die nunmehr zT auch normativ Bezug genommen wird (vgl zB § 9 Abs 2, s dazu unten Rz 158). Solchen Verhaltenskodizes, Selfbinding-Policies, Corporate Governance Rules oder Codes of Conduct (**Soft Law¹⁴**), kommt im E-Commerce immer größere Bedeutung zu¹⁵, weil die herkömmliche Gesetzgebung (Hard Law) mit

11 „The internet may at an early stage – when it was still restricted to military and academic applications – have indeed been free of legal issues, but along with its commercial developments legal questions arose as it was from then on used by parties subject to legal restrictions“ (Zankl, legal circumstances on the way from e-commerce to e-government and „e-xistence“, International Conference on Electronic Commerce 2001, Book of abstracts 82).

12 Vgl zB die Computer Ethics Society (www.iethicssoc.org) sowie den Code of Ethics and Professional Conduct der Hong Kong Computer Society (www.hkcs.org.hk/en_hk/intro/coe.asp).

13 Vgl Zankl, Bürgerliches Recht⁷ (2015) Rz 3.

14 Vgl auch Spohn/Nödl/Markowski, Regulierung durch soft law? Die Codes of Conduct Direktmarketing, in Feiler/Raschhofer (Hg), Innovation und Internationale Rechtspraxis, Praxisschrift für Wolfgang Zankl (2009) 551; Zankl, Soft Law, output 2015/9/10, 12.

15 Zankl, Bürgerliches Recht⁷ Rz 11a; Zankl, Soft Law, output 2015/9/10, 12; ebenso nun der EU-Ministerrat, der sich im IT-Bereich für die verstärkte

den rasanten technischen Entwicklungen oft nicht mehr Schritt halten kann¹⁶. Damit laufen normative Rechtssysteme Gefahr, „den Anschluss“ zu verlieren. Die Phasen unregelter Anwendungen werden dadurch immer länger, Rechtsunsicherheiten damit in Form regelungsvakanter Bereiche umso größer. Diese Lücken bergen für Unternehmen (insb für Start-Ups) und für jene Gefahren in sich (Konsumenten), die auf den Schutz normativer Systeme besonders angewiesen sind – „**the broader the gap, the bigger the trap**“¹⁷. Dies gilt vor allem im Bereich des E-Commerce-Rechts, das im Wesentlichen auf europäischen Richtlinien beruht, deren langwierige Gesetzgebungs- und Umsetzungsprozesse Leerläufe und Verzögerungen von mehreren Jahren – und damit Rechtsunsicherheiten – mit sich bringen¹⁸. Hier kann Soft Law die Regelungsfreiräume füllen, das in seiner Wirksamkeit oft effizienter und gefürchteter ist als „echtes“ Recht (Hard-Law). So sind zB die im österreichischen E-Commerce-Recht vorgesehenen Verwaltungsstrafen im Hinblick auf ihre relative Geringfügigkeit (vgl § 26: maximal Eur 3.000,-) idR weniger effektiv und „abschre-

Entwicklung von Soft-Law ausspricht (CM/Rec/2025/6): „importance of self-regulation“.

16 „Due to the speed of the internet, its permanently increasing range of application and its accelerating amount of information the user is often **not capable to keep up any moore**“ (Zankl, legal aspects on the way from e-commerce to e-government and „e-xistance“, International Conference on Electronic Commerce 2001, Book of abstracts 82).

17 Zankl, legal circumstances on the way from e-commerce to e-government and „e-xistance“, International Conference on Electronic Commerce 2001, Book of abstracts 82.

18 Darauf nahm auch Art 21 der RL Bezug: Die Kommission legt dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Wirtschafts- und Sozialausschuss vor dem 17. Juli 2003 und danach alle zwei Jahre einen Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie vor und unterbreitet gegebenenfalls Vorschläge für die Anpassung dieser Richtlinie an die rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen im Bereich der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Verbrechenverhütung, den Jugendschutz, den Verbraucherschutz und das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarktes.

ckend¹⁹ als die Reaktionen der Internet Community auf die Nichteinhaltung von Policies, moralischer oder ethischer²⁰ Anforderungen. Speziell in Sozialen Medien entstehen bei Non-Compliance mit solchen Regeln sehr oft und schnell Wellen der Entrüstung („**Shitstorms**“²¹), die selbst große Unternehmen in Bedrängnis bringen können. In letzter Zeit hat Soft-Law vor allem im Bereich der Data Privacy Bedeutung erlangt, weil die Thematik international ist, bislang aber nur nationale (bzw vereinheitlichte europäische) Regelungen existieren, was vor allem bei unterschiedlichen Regelungsansätzen, wie im Verhältnis zwischen der EU und den USA (Facebook, Google usw), zu Problemen führt (was sich zuletzt auch an der Aufhebung der Entscheidung der EU-Kommission vom 26.7.2000/**Safe Harbor** durch den EuGH, 6.10.2015, C-362/14, *Schrems*, gezeigt hat; vgl nunmehr „**EU-US Privacy Shield**“). Es wurden daher **International Data Privacy Principles**²² entwickelt, die diese Gegensätze überbrücken und von Unternehmen freiwillig eingehalten werden sollen. Auch in diesem Zusammenhang beruht die Effektivität (neben der Erlangung von Wettbewerbsvorteilen bei Compliance) auf dem Druck der Community.

- 6 Solche Druckmittel der öffentlichen Meinung gab es zwar schon immer, nur hatten Einzelne bisher kaum die Möglichkeit, Miss-

19 Vgl Art 20 der E-Commerce-RL, wonach die Strafen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

20 Vgl in diesem Zusammenhang etwa die Aktivitäten der in Hongkong ansässigen Computer Ethics Society (www.iethicssoc.org).

21 Der deutsche Online-Duden definiert Shitstorm als „Sturm der Entrüstung in einem Kommunikationsmedium des Internets, der zum Teil mit beleidigenden Äußerungen einhergeht“, s dazu etwa *Kleineberg*, Shitstorm-Attacken, Krisenmanagement für Unternehmen in Social Media (2012); *Steinke*, Bedienungsanleitung für den Shitstorm (2014) sowie weitere Lit bei § 18; zur rechtlichen Behandlung und Vermeidung von Shitstorms durch entsprechende Policies und Guidelines s *Zankl*, www.e-center.eu.

22 Dazu *Zankl*, www.e-center.eu; *Zankl*, New Data: Datenschutzrecht gefordert, output 2014/6, 12; *Zankl*, New Privacy Standards for New Data, The Compliance Blog (Shanghai), www.comply.net.

stände breitenwirksam zu kommunizieren. Dies hat sich mit der Entwicklung des **Web 2.0** geändert, das Usern – vor allem durch Social Media²³ (wie Facebook, Google oder Twitter) und Plattformen zur Bewertung von Produkten, Dienstleistungen oder Rechtsfällen²⁴ und viele andere interaktive Dienste – die Möglichkeit eröffnete, Webcontent nicht nur passiv zu konsumieren, sondern selbst zu generieren und sich damit öffentlich zu äußern, auszutauschen und mit anderen Usern zusammenzuschließen, wodurch sich (insb in Form der berüchtigten und von Unternehmen gefürchteten **Shitstorms** (s oben Rz 5) kommerziell oft mehr Druck aufbaut als durch herkömmliche Gesetze. Bei allen Parallelen, die es zu realen (nicht-virtuellen) Problemen und Bezügen des Rechts geben mag²⁵, ist sohin nicht zu verkennen, dass das Internet Entwicklungen mit sich gebracht hat, die faktisch neu und daher mit

23 Seit der ersten Auflage – und insb mit der Gründung von Facebook im Jahre 2004 – hat sich das Phänomen „Social-Media“ von einem Randgruppenthema zum weltweiten Massenphänomen weiterentwickelt. Mittels Social Media bzw sozialer Medien ist es möglich, eigene Inhalte zu veröffentlichen oder in Gemeinschaften zu erstellen, zu gestalten und zu teilen. Besondere Eigenschaften von Social Media sind die Reichweite, die Multimedialität und die Zugänglichkeit. Die verschiedenen Social-Media Technologien reichen von Online-Enzyklopädien (zB Wikipedia) über Social Networks (zB Facebook, Google+, Twitter, Youtube, Snapchat), Online-Dating Plattformen (zB Tinder) bis hin zu virtuellen Welten und Online-Spielen wie World of Warcraft uva. Gemeinsamer Nenner ist dabei der Austausch von Informationen aller Art.

24 S dazu www.checkmycase.com. Dabei handelt es sich um die erste juristische Crowd-Intelligence Plattform, die Usern ermöglicht, Rechtsfälle zu posten und von anderen Usern nach den Grundsätzen der „Weisheit der Vielen“ bewerten und diskutieren zu lassen. Das Programm stellt das Ergebnis aufgrund der abgegebenen Bewertungen prozentuell dar und ermöglicht damit eine Prognose über den Ausgang des Falles. Dazu *Steinhofer*, Die Stellung des Laien im österreichischen Rechtsleben, in Feiler/Raschhofer (Hg), Innovation und Internationale Rechtspraxis, Praxisschrift für Wolfgang Zankl (2009) 860 ff.

25 Diese Parallelen hängen vor allem mit der Medienneutralität des Rechts zusammen (s dazu Rz 34).

der (zT jahrhundertealten²⁶) *lex lata* nicht ohne weiteres in den Griff zu bekommen sind. Zu denken ist zB an die Rechtsstellung (insb die Verantwortlichkeit) von Providern, die früher nicht existierten, so dass es dafür auch keine normativen Regelungen gab. Dasselbe gilt zB für **Apps** (s dazu Rz 63) und im Zusammenhang mit von Social-Media verwendeten **Social-Plugins**. Diese werden auf Websites außerhalb der Social-Media-Plattform eingebunden, so dass der Websitebetreiber detaillierte Statistikinformationen über den Besuch und die Verwendung seiner Seite bekommt. Facebook stellt zB den Dienst „Insights“ zur Verfügung, der das Nutzerverhalten analysiert, womit Rückschlüsse auf die Nutzung des Angebots gezogen werden können.

- 7 Ein anderes Phänomen, das mit der Verbreitung des Internets juristische Beachtung fand, hängt mit dem Software-Source-Problem, also damit zusammen, dass in gewisser Hinsicht nicht mehr so sehr das Recht, sondern die Software über die Kommunikationsmöglichkeiten im Internet entscheide. Der (bei proprietärer Software) nur dem Hersteller bzw Programmierer²⁷ bekannte **Source-Code** – manche verlangen diesbezüglich (wie bei Gesetzen) Publizität²⁸ oder propagieren Open Source-Software²⁹, die (weil der Code offen ist)

26 Vgl etwa des ABGB 1811, mit dem nach wie vor auch im E-Commerce zB alle Fragen des Vertragsabschlusses und der Vertragsabwicklung, insb auch das Leistungsstörungenrecht (vor allem Gewährleistung) und des Schadenersatzrechts zu beurteilen sind (vgl *Zankl*, *Bürgerliches Recht*⁷ (2015) Rz 254).

27 Zur vertraglichen Herausgabepflicht des Quell-Codes, die iZw nicht anzunehmen ist, vgl OGH 3.8.2005, 9 Ob 81/04h (dazu *Zankl*, output 2005).

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

29 Vgl dazu etwa *Spindler* (Hg), *Rechtsfragen bei open source* (2004); *Wiebe/Prändl*, *Open Source Software*, *ÖJZ* 2004, 617; *Zankl*, *Offene Quelle*, output 2005/5, 19; *Zankl*, *Wienux im Blut*, output 2006/1, 12; *Hartzhäuser*, *Rechtsfragen beim Erwerb von Open Source Software unter dem Blickwinkel von Web 2.0*, in *Feiler/Raschhofer* (Hg), *Innovation und Internationale Rechtspraxis*, *Praxisschrift für Wolfgang Zankl* (2009) 243; *Klemm*, *GPL 3.0*

geändert werden kann – stelle die Weichen im Cyberspace³⁰, denn möglich sei nur jene Art von Kommunikation, die der Hersteller mit der zur Verfügung gestellten Software technisch zulasse. Damit finde eine Art Verlagerung der faktischen Regulierungsgewalt vom Gesetzgeber zu nichtstaatlichen Institutionen statt³¹. Ähnliches gelte für **Suchmaschinen**, deren Algorithmen letztlich darüber entscheiden, was im Internet gefunden werden kann, wodurch auch Grundrechte, wie vor allem die Informationsfreiheit³², beeinträchtigt werden können. Diese Entwicklungen haben vor allem in Bezug auf monopolistische Anbieter (wie Microsoft³³ oder Google³⁴) rechtspolitische Vorbehalte und Forderungen ausgelöst und damit neue Betrachtungsweisen des Rechts im Internet eröffnet.

– Urheberrechtliches zur Neufassung der Open-source-Lizenz, in Feiler/Raschhofer (Hg), *Innovation und Internationale Rechtspraxis*, Praxisschrift für Wolfgang Zankl (2009) 363, *Bisset*, Umgang mit Open Source Software im Unternehmen, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hg), *Kooperation* (2015) 647.

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

31 *Mayer-Schönberger*, Trial & Error – Juristinnen und die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien, in *Pauger* (Hg), „Neue Medien“, 3. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz (2000) 43.

32 Vgl dazu vor allem die Diskussion rund um die gegen Google ergangene Entscheidung des EuGH im Zusammenhang mit dem „Recht auf Vergessenwerden“ (dazu Rz 236).

33 2012 wurde ein Kartellverfahren gegen Microsoft eingeleitet. Der Vorwurf war, Microsoft hätte sich geweigert, alternative Internetbrowser zu zeigen (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-196_de.htm).

34 2015 hat die EU-Kommission ein Kartellverfahren gegen Google eingeleitet: www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/kartellverfahren-der-eu-google-und-android-im-visier-der-kommission/11639442.html (Stand 1. Mai 2015).