

Recht im digitalen Zeitalter

**Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015
in St. Gallen**

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Abteilung
der Universität St. Gallen von

Lukas Gschwend
Peter Hettich
Markus Müller-Chen
Benjamin Schindler
Isabelle Wildhaber



Das Kunstwerk auf dem Umschlagbild stammt von Felice Varini «Dix disques évidés plus neuf moitiés et deux quarts», 2014, Acryl und Folien. Es befindet sich im Bibliotheksgebäude der Universität St. Gallen.

Abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Künstlers. Das Copyright liegt bei Felice Varini und der Universität St. Gallen (HSG).

Fotografie: Hannes Thalmann

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015
ISBN 978-3-03751-708-6

www.dike.ch

Zumutbare Kenntnisnahme von Online-AGB

Reflexionen ausgehend von BGE 139 III 345 ff.

CAROLINE KIRCHSCHLÄGER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	387
II.	Erkenntnisse aus BGE 139 III 345 ff.	388
	1. Verschaffungs- vs. Erkundigungsobliegenheit	388
	2. Verschaffungsobliegenheit bei Verweis	390
	a) Möglichkeit zur Bestellung der AGB	390
	b) Abrufbarkeit der AGB im Internet	391
III.	Online-AGB	392
	1. Anwendung der Verschaffungsobliegenheit	393
	a) Gewährleistung des Zugriffs	393
	b) Gewährleistung der Lesbarkeit	394
	c) Gewährleistung der Reproduzierbarkeit	395
	2. Erweiterung durch Integration von clickwrap agreements	396
IV.	Fazit	398

I. Einleitung

Das digitale Zeitalter hat neben vielem anderen auch den Vertragsabschluss revolutioniert. Die Veränderungen sind allerdings vordringlich faktischer Natur. In rechtlicher Hinsicht haben die sich rasant entwickelnden technologischen Möglichkeiten und deren vielfältige Anwendungen bislang noch wenig explizite Anpassungen gefordert.¹ Beurteilungsmassstab, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist, bildet nach wie vor das allgemeine Vertragsrecht. Die medienspezifischen Besonderheiten sind jedoch stets zu bedenken und, wo sie eine Differenzierung verlangen, angemessen zu berücksichtigen.

¹ Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 Bst. s UWG; Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES) vom 19. Dezember 2003 (SR 943.03). Fallen gelassen wurde demgegenüber nach Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens der im Januar 2001 vorgelegte Entwurf eines BG über den elektronischen Geschäftsverkehr. Auch die Einführung eines Widerrufsrechts im Online-Handel wurde vom Ständerat im Dezember 2014 verworfen, nachdem zuvor schon der Nationalrat einen Einbezug des Online-Bereichs nicht für nötig befunden hatte.

Dies gilt auch für die hier zu vertiefende Thematik der zumutbaren Kenntnisnahme von Online-AGB. Als Ausgangspunkt der nachfolgenden Reflexionen kann BGE 139 III 345 ff. dienen: In diesem Fall hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob eine in Verkaufs-, Liefer- und Zahlungsbedingungen enthaltene, per Fax bzw. online abrufbare Gerichtsstandsklausel eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ begründet.² Die dort angestellten Überlegungen lassen sich auch für den allgemeinen vertraglichen Kontext fruchtbar machen und erlauben die sachgerechte Weiterentwicklung auf Online-AGB.³

II. Erkenntnisse aus BGE 139 III 345 ff.

1. Verschaffungs- vs. Erkundigungsobliegenheit

Voraussetzung für die wirksame Globalübernahme von AGB bildet – richtigerweise – nicht die in die Eigenverantwortung jeder Vertragspartei zu stellende tatsächliche Lektüre, sondern die *blosse Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme*.⁴ Diese ist unstreitig gegeben, wenn AGB der Vertragsurkunde unmittelbar beiliegen oder der Vertragspartei vor Vertragsschluss ausgehändigt werden, sofern vom AGB-Verwender zugleich gewisse Minimalanforderungen hinsichtlich Lesbarkeit beachtet werden: So darf für die AGB z.B. keine zu kleine Schriftgrösse oder eine unübliche Sprache verwendet werden⁵ und müssen diese übersichtlich gegliedert sein.⁶

² In Bezug auf diese Frage greift freilich eine *autonome* – mithin ohne Berücksichtigung des nationalen Rechts erfolgende – Auslegung: vgl. BGE 131 III 398, 400 E. 5; BERGER BERNHARD, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, Art. 23 LugÜ Rz. 42.

³ In diesem Bereich ist Rechtsprechung nach wie vor spärlich: vgl. nur KGer GB vom 18. Mai 2009. Mit gleichem Befund bereits: NESTLÉ BARBARA, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, S. 249 ff., S. 267.

⁴ Aus der Rechtsprechung vgl. BGer 4C.427/2005 vom 1. Juli 2013, E. 2.1; BGE 119 II 443, E. 1a S. 445; 109 II 452, E. 4 S. 456; 108 II 416, E. 1b. Kritisch in Bezug auf diese Voraussetzung, die letztlich eine Erhöhung der Transaktionskosten bewirke, ohne die Information des Vertragspartners zu verbessern: BIERI LAURENT, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, in: ZSR 2012 I, S. 201 ff.

⁵ Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich 2014, § 9 Rz. 1140a.

⁶ Vgl. NESTLÉ (Fn. 3), S. 266; Ausführlich zu den einzelnen – im Rahmen des *Transparenzgebotes* zu beachtenden – Kriterien sodann PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel 2011, S. 211 ff.

Genügt aber bereits der blosser Verweis auf AGB als Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme? Und wenn ja, wer hat in diesem Zusammenhang welche Vorkehrungen zu treffen? Liegt die Initiative hierfür beim AGB-Verwender oder beim Vertragspartner?

Das Bundesgericht hat in BGE 139 III 345 ff. – freilich für den Anwendungsbereich von Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ – eine Obliegenheit des Vertragspartners, sich gestützt auf den Verweis des AGB-Verwenders nach den AGB zu erkundigen, ausdrücklich verneint. Es erwog, dass das Interesse am Einbezug der AGB vom Verwender ausgehe. Infolgedessen habe dieser seinem Vertragspartner zumindest eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB zu verschaffen.⁷

Das Bundesgericht bürdete die Initiative zur Gewährleistung der Kenntnisnahme somit primär dem AGB-Verwender auf. Zwar muss dieser dem Vertragspartner die AGB nicht zwingend zustellen.⁸ Der AGB-Verwender muss den Vertragspartner aber immerhin in die Lage versetzen, dass dieser bei Vertragsschluss von den AGB in zumutbarer Weise, d.h. ohne namhafte eigene Anstrengungen und Mühen, Kenntnis nehmen kann.

Dieser Interessenabwägung ist nicht nur in Bezug auf Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ beizupflichten. Sie erscheint auch für das allgemeine nationale Vertragsrecht folgerichtig.⁹ Mit dem Kriterium der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme belässt sie gleichzeitig Spielraum für Präzisierungen im Einzelfall. So dürfte die Verschaffungsobliegenheit regelmässig strenger auszulegen sein, wenn es um die Kenntnisnahme der AGB durch

⁷ BGE 139 III 345, E. 4.3. Die gewählte Formulierung lehnt sich an § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG und § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB an.

⁸ So allerdings die Rechtslage unter dem CISG nach – ebenfalls *autonom* vorzunehmender – Auslegung namentlich durch die deutschen Gerichte: vgl. z.B. OLG Naumburg, Urteil vom 13.02.2013, 12 U 153/12 m.w.H.; SCHULTHEISS JÖRG, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, Diss. Saarbrücken 2003, S. 14 ff. Vgl. auch BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zürich 2012, S. 50 ff.

⁹ Grundlegend zu einer – vorgängig zur Inhaltskontrolle – durchzuführenden Einbeziehungskontrolle und die Formulierung einer sog. *Zugänglichkeitsregel* PERRIG (Fn. 6); PERRIG ROMAN, Einbeziehung von AGB – Zugänglichkeitsregel, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder, Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 169 ff. Dogmatisch richtig ausserdem die dort vertretene Qualifikation der Verschaffungsobliegenheit – als *vorvertragliche Aufklärungsobliegenheit*.

einen Konsumenten geht.¹⁰ Eine strikte Spaltung des Rechtsweges z.B. nach deutschem Vorbild¹¹ ist allerdings abzulehnen.¹²

2. Verschaffungsobliegenheit bei Verweis

Die Reichweite der dem AGB-Verwender zuzuerkennenden Verschaffungsobliegenheit lässt sich mit Praxisbeispielen abstecken. Dem Bundesgericht boten sich in BGE 139 III 345 ff. gleich zwei Sachverhaltsausprägungen: Der AGB-Verwender, in casu die Y. GmbH, hatte im Vertrag zunächst festgehalten, die die Gerichtstandsklausel enthaltenden Verkaufs-, Liefer- und Zahlungsbedingungen könnten unter einer bestimmten Faxnummer angefordert werden. Anlässlich einer späteren Vertragsänderung hatte die Y. GmbH ihre Vertragspartnerin alsdann darauf hingewiesen, ihre Bedingungen könnten im Internet heruntergeladen werden.¹³

a) Möglichkeit zur Bestellung der AGB

Den blossen Verweis auf die Möglichkeit zur Bestellung der AGB per Fax erachtete das Bundesgericht im Rahmen von Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ für die Schaffung einer Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme als nicht genügend. Es störte sich daran, dass die Faxanfrage vom AGB-Verwender wiederum beantwortet werden müsse, was zu einer Zeitverzögerung führe. Hinzu komme, dass Faxgeräte im Vergleich zu elektronischen Geräten mit Internetzugang nicht mehr so verbreitet seien.¹⁴

Dieser Würdigung ist auch für das allgemeine nationale Vertragsrecht zuzustimmen. Dass der Vertragspartner ein anderes Medium bemühen muss,¹⁵ um Kenntnis von den

¹⁰ Für geringere Anforderungen im Rahmen des B2B (Business to Business)-Kontakts auch PERRIG (Fn. 6), S. 296 f. Die dort im Ergebnis befürwortete Erkundigungs- bzw. Verschaffungslast des Vertragspartners orientiert sich allerdings stark am deutschen Recht und reicht m.E. zu weit bzw. ist bei sachgerechter Anwendung des Zumutbarkeitskriteriums entbehrlich.

¹¹ Die Anwendung von § 305 BGB auf Unternehmen wird durch § 310 BGB ausgeschlossen. Die von den Gerichten durch Auslegung der jeweiligen Gesetzesvorschriften ermittelten Lösungen nähern sich einander allerdings teilweise wieder an.

¹² Deutsche Unternehmen unterstellen ihre Verträge im internationalen Geschäftsverkehr denn auch bevorzugt dem – nicht nur in Bezug auf die Einbeziehungskontrolle – offeneren Schweizer Recht: vgl. EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch – ein rechtsvergleichender Überblick, in: RIW 2012, S. 262 ff., S. 263.

¹³ BGE 139 III 345, E. a.ab und ac.

¹⁴ BGE 139 III 345, E. 4.4.2.

¹⁵ Diese Problematik wird in der deutschen Literatur und Rechtsprechung unter dem anschaulichen Begriff «Medienbruch» besprochen. Vgl. z.B.: VON MÜNCH MAXIMILIAN, Einbeziehung von AGB im Fernsehmarketing, in: MMR 2006, S. 202 ff., S. 204; LG Berlin, Urteil vom 7.5.2013, 5 U 32/12 = MMR 2013 591. Vgl. auch PERRIG (Fn. 6), S. 343 f.

AGB zu erlangen, erscheint im Rahmen der den AGB-Verwender treffenden Verschaffungsobliegenheit unzumutbar. Dies gilt umso mehr, wenn es sich beim Vertragspartner – anders als in BGE 139 III 345 ff. – um einen Konsumenten handelt.

Wie aber würde es sich verhalten, wenn auf die Möglichkeit verwiesen worden wäre, die AGB per E-Mail zu bestellen?

Die vom Bundesgericht angeführten Argumente lassen grundsätzlich beide Wege offen. Wird als Charakteristikum der Verschaffungsobliegenheit allerdings betrachtet, dass der AGB-Verwender, von dem das Interesse am Einbezug der AGB ausgeht, die Hauptverantwortung für die Gewährleistung der zumutbaren Kenntnisnahme durch den Vertragspartner trägt, dürfte ein solcher Verweis ebenfalls nicht als zureichend erachtet werden. Dem Vertragspartner darf keine Mitwirkung aufgebürdet werden, die eine nicht in seinem Einflussbereich liegende Reaktion des AGB-Verwenders nach sich zieht. Die Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme setzt vielmehr eine «Kenntnisnahmemöglichkeit aus einem Guss» voraus. Unproblematisch in dieser Hinsicht sind AGB, die direkt in einer E-Mail oder einem Attachment enthalten sind oder mittels eines Hyperlinks aufgerufen werden können.¹⁶

b) Abrufbarkeit der AGB im Internet

Den Hinweis auf die Abrufbarkeit der AGB im Internet liess das Bundesgericht bei den per E-Mail kommunizierenden Vertragsparteien im Rahmen von Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ für die Schaffung einer Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme genügen. Es erwog, dass die Verwendung dieser Kommunikationsform zum Abschluss des Vertrags als Einverständnis der Vertragsparteien gesehen werden könne, das Internet für diesen Zweck zu nutzen. Gleichzeitig sei sichergestellt, dass der Vertragspartner über die Möglichkeit zur Internetnutzung verfüge. Im Verhältnis zum Öffnen eines die AGB enthaltenden Attachments bzw. Anklicken eines Hyperlinks beständen nur vernachlässigbare Unterschiede. Ob der blosser Verweis auf die Internetseite zur Schaffung einer Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme auch genügen würde, wenn die Parteien nicht wie vorliegend per E-Mail kommuniziert hätten, liess das Bundesgericht indes offen.¹⁷

Auch diesen Folgerungen des Bundesgerichts kann Gültigkeit ebenso für das allgemeine nationale Vertragsrecht zugesprochen werden. Selbst wenn ein Vertragspartner zur Kenntnisnahme der AGB eine Webseite aufrufen muss, weil der E-Mail kein Attachment bzw. Link beigefügt wurden, hält sich der Aufwand für ihn doch in noch zumutbaren Grenzen: Der Vertragspartner wird die Referenzseite in der Regel direkt

¹⁶ Vgl. auch BGE 139 III 345, E. 4.4.1 S. 349.

¹⁷ BGE 139 III 345, E. 4.4.1.

aus der E-Mail kopieren können, so dass es kaum zu Übertragungsfehlern kommt. Dies gilt nach hier vertretener Ansicht sodann ungeachtet dessen, ob es sich beim Vertragspartner um ein Unternehmen oder eine Privatperson handelt.¹⁸

Was aber, wenn die Parteien nicht wie vorliegend bereits per E-Mail kommunizierten? Das Bundesgericht legte sich diesbezüglich noch nicht fest und belies damit Raum für eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung.

M.E. ist hierfür nicht – wie in der bundesgerichtlichen Argumentation zu Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ indes vorsichtig anklingend – auf die Zugänglichkeit des Internets abzustellen, verfügen 2014 in der Schweiz doch bereits 91 % der Privathaushalte und 98 % der Unternehmen über einen Internetzugang.¹⁹ Das Problem des *digital divides*²⁰ stellt sich in der Schweiz bzw. dem unmittelbaren Geschäftsumfeld somit nicht. Entscheidend erscheint vielmehr, ob einem Vertragspartner im Rahmen der den AGB-Verwender treffenden Verschaffungsobliegenheit zugemutet werden kann, sich für die Kenntnisnahme der AGB eines anderen Mediums zu bedienen. Dies ist – erneut (vgl. bereits II.2a vorstehend) – abzulehnen, auch wenn sich bei Unternehmen als Vertragspartnern im Einzelfall eine strengere Auslegung rechtfertigen kann.²¹

III. Online-AGB

Mangels spezifischer Regelung und einschlägiger Rechtsprechung²² ist auch für die Beurteilung der zumutbaren Kenntnisnahme von Online-AGB auf allgemeine vertragliche Grundsätze zurückzugreifen. Dabei erweist sich die für folgerichtig befundene Verschaffungsobliegenheit des AGB-Verwenders für diesen Bereich ebenfalls als

¹⁸ Gl.M. mit Bezug auf den Konsumenten: FREI OLIVER, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich 2001, Rz. 410.

¹⁹ Vgl. Bundesamt für Statistik, Informationsgesellschaft – Gesamtindikatoren, abgerufen unter http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30209.302.html, besucht am 16.6.2015. Die Daten beziehen sich für Privathaushalte auf das Jahr 2014, für Unternehmen auf das Jahr 2011.

²⁰ Dieser Begriff – zu verstehen als «Wissenslücke» bzw. «Spaltung bezüglich des Zugangs zu Technologie» – wurde u.a. anlässlich des ersten UN-Weltgipfels zur Informationsgesellschaft (WSIS) 2003 in Genf geprägt; vgl. z.B. Ziff. 10 der WSIS-Declaration of principles vom 12. Dezember 2003.

²¹ Gl.M. PERRIG (Fn. 6), S. 180; PERRIG (Fn. 9), S. 200. Die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme im Rahmen dieser Sachverhaltskonstellation demgegenüber generell bejahend: EHLE/BRUNSCHWEILER (Fn. 12), S. 265.

²² Dazu schon vorne vgl. Fn. 3. Ungleich reichhaltiger ist die Rechtsprechung in Deutschland. Diese stellt zwar willkommenes Anschauungsmaterial dar, darf indes nicht dazu verleiten, die dort vertretenen Lösungen unbedenken auch für das schweizerische Recht zu übernehmen.

sachgerecht. Sie lässt sich unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Internets differenziert weiterentwickeln und bietet mit dem Kriterium der zumutbaren Kenntnisnahme, das stets in Relation zum jeweiligen Erfahrungsstand des Vertragspartners zu setzen ist, Spielraum für die Anwendung sowohl im B2C- als auch im B2B-Bereich.²³

1. Anwendung der Verschaffungsobliegenheit

a) Gewährleistung des Zugriffs

Ausgehend vom – für richtig befundenen – Grundsatz, wonach der AGB-Verwender den Vertragspartner in die Lage versetzen muss, dass dieser von den AGB in zumutbarer Weise, d.h. ohne namhafte eigene Anstrengungen und Mühen, Kenntnis nehmen kann, ist zunächst der Zugriff auf die Online-AGB zu gewährleisten.²⁴ Dies hat grundsätzlich vor Vertragsschluss zu erfolgen²⁵ und kann – wo die AGB nicht unmittelbar auf der aufgerufenen Webseite wiedergegeben werden – z.B. mittels Setzen eines Hyperlinks oder Integration eines Pop-up-Fensters geschehen. Wird bloss die Webseite angegeben, auf der die AGB einsehbar sind, ist dies – wenn auch weit weniger benutzerfreundlich – im Lichte der oben entwickelten Grundsätze für die Schaffung einer Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme als gerade noch genügend zu erachten.²⁶ Unzureichend ist allerdings der Hinweis, die AGB könnten über ein anderes Medium bestellt werden.²⁷

Der Verweis bzw. Link muss auf der Webseite sodann *deutlich*²⁸ zu erkennen sein, z.B. durch farblichen Kontrast zu Hintergrund und Fliesstext, Fettdruck und aussage-

²³ Für eine – nach hier vertretener Ansicht tendenziell zu weit führende, weil nicht mehr mit der ursprünglichen Interessenabwägung in Einklang stehende – Erkundigungspflicht für geschäftserfahrene Kunden allerdings SCHWAB KARIN, Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge, Diss. Zürich 2001, S. 84; PERRIG (Fn. 6), S. 366 f.

²⁴ Vgl. auch SCHWAB (Fn. 23), S. 83, die den Zugriff mit der *Kenntnisnahme im weiteren Sinn* gleichsetzt. Für den – erstaunlichen – Befund des nicht gewährleisteten Zugriffs auf die (Online-)AGB beim Kauf eines Fahrscheins vgl. FURRER ANDREAS, Der Einbezug der Allgemeinen Beförderungsbedingungen beim Kauf eines Fahrscheins, in: Jürg-Beat Ackermann/Felix Bommer (Hrsg.), Liber Amicorum für Dr. Martin Vonplon, Zürich 2009, S. 139 ff.

²⁵ Nachgeschobene Online-AGB erlangen keine Gültigkeit: vgl. auch PERRIG (Fn. 6), S. 330.

²⁶ Gl.M. SCHWAB (Fn. 23), S. 86; a.A. vor allem unter Hinweis auf die einfache technische Realisierbarkeit von Hyperlinks bzw. Pop-up-Fenstern: FREI (Fn. 18), Rz. 408; PERRIG (Fn. 6), S. 343; PERRIG (Fn. 9), S. 200.

²⁷ Für ein unzumutbares Angebot eines Reiseportalbetreibers, die AGB des jeweiligen Reiseveranstalters könnten übersendet werden vgl. z.B. LG München, Urteil vom 15.01.2009, 12 O 13709/08 = NJOZ 2009 S. 4477. Zur Unzumutbarkeit eines Medienbruchs siehe schon oben II.2a.

²⁸ «Angemessene Deutlichkeit» fordernd: PERRIG (Fn. 6), S. 333.

kräftige Bezeichnung.²⁹ Auch muss er auf der Homepage *prominent platziert* sein: Eine Wiedergabe unterhalb des Bestell-Icons, nach Vertragsschluss, nur im Hauptmenü der Homepage oder zusammen mit einer Vielzahl anderer Links genügt nicht.³⁰

Schliesslich darf das Aufrufen der AGB – unabhängig von der gewählten technischen Lösung – weder Probleme wie namentlich lange Ladezeiten verursachen³¹ noch die Installation einer besonderen Software voraussetzen;³² die technische Führung muss einwandfrei sein und die Kenntnisnahme «aus einem Guss» (dazu bereits II.2a) ermöglichen.³³

b) Gewährleistung der Lesbarkeit

Ist der Zugriff gewährleistet, gelten hinsichtlich der Anforderungen an die Lesbarkeit grundsätzlich die gleichen Massstäbe wie bei gedruckten AGB (dazu bereits oben II.1). Problematisch sind z.B. Verweise auf zahlreiche weitere zum Vertragsinhalt gehörende AGB.³⁴ Wie gedruckte AGB sind sodann auch Online-AGB in einer üblichen und verständlichen³⁵ Sprache abzufassen, von der angenommen werden kann, dass sie der Vertragspartner kennt.³⁶

²⁹ Vgl. SCHWAB (Fn. 23), S. 78. Zu vermeiden sind unklare oder missverständliche Verweise. Die Einschätzung von PERRIG (Fn. 6), S. 337, wonach bereits die Abkürzung «AGB» aufgrund mangelnder Geläufigkeit gegenüber juristischen Laien problematisch sei, ist allenfalls für Konsumenten, nicht aber für Unternehmen zu teilen.

³⁰ Hierzu vgl. FREI (Fn. 18), Rz. 403; SCHWAB (Fn. 23), S. 72 f.; WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl. Zürich 2010, S. 350; ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S., BGH Urteil vom 14. Juni 2006, Urteilsbesprechung, in: AJP 2007, S. 128 ff., S. 128. Im Übrigen vgl. auch PERRIG (Fn. 6), S. 334, der *zeitliche, örtliche* sowie *funktionale Nähe* der Verweisung zur tatsächlichen Bestellung bzw. Registrierung fordert.

³¹ Vgl. auch NESTLÉ (Fn. 6), S. 269 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 5), § 9 Rz. 1140b; PERRIG (Fn. 9), S. 200.

³² Vgl. FREI (Fn. 18), Rz. 406, u.a. in Bezug auf den Adobe Acrobat Reader, der inzwischen jedoch bereits als gängige Software gelten dürfte. Für eine (gleichzeitige) Bereitstellung der erforderlichen Software zum kostenlosen Download immerhin PERRIG (Fn. 9), S. 201.

³³ Dies ist z.B. nicht gegeben, wenn die relevanten AGB nur über eine Kette von Hyperlinks aufgerufen werden können: vgl. SCHWAB (Fn. 23), S. 86.

³⁴ Vgl. ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, in: recht 2014, S. 49 ff., S. 51 und Fn. 14, die bei den AGB von Facebook Verweise auf *mindestens elf*, bei den AGB von Apple IOS 7 Verweise auf *mindestens zwölf* andere AGB ausmachten.

³⁵ Auf die Problematik oftmals unverständlicher computergenerierter Übersetzungen hinweisend: ROBERTO/WALKER (Fn. 34), S. 51.

³⁶ Für Unzumutbarkeit englischer AGB im B2C-Verkehr bei fast ausschliesslich deutscher Webseite vgl. z.B. LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 18.02.2011, 14 O 5572/10 = NJOZ 2011, S. 1014; OLG Bremen, Urteil vom 11.02.2004, U 68/03 = 7 O 733/03.

Umstritten ist, ob hinsichtlich des Textumfangs gewisse Schranken gelten, bei deren Überschreitung nicht länger von der Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme ausgegangen werden kann.³⁷ Nach hier vertretener Auffassung ist dies nicht generell anzunehmen, sondern unter Bezugnahme auf die allgemeinen Kriterien der Lesbarkeit für jeden Einzelfall zu entscheiden.³⁸ So kann sich ein Vertragspartner mit Hilfe einer Scroll-Funktion und bei gegebener Möglichkeit, die AGB herunterzuladen und auszudrucken (dazu sogleich), auch in umfangreicheren AGB zurecht finden. Problematisch ist ein grösserer Textumfang demgegenüber allenfalls bei AGB, die in einem Pop-Up-Fenster mit beschränktem Format angezeigt werden.

c) Gewährleistung der Reproduzierbarkeit

Zwar erstreckt sich die Verschaffungsobliegenheit in erster Linie auf die Gewährleistung der Kenntnisnahme durch den Vertragspartner.³⁹ Im Hinblick auf eine spätere Beweisführung muss dazu aber auch die Möglichkeit gehören, rekapitulieren zu können, welche AGB zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend waren und wie diese lauteten. Angesichts der Flüchtigkeit des Mediums kommt diesem Anliegen bei Online-AGB sogar noch verstärkte Bedeutung zu.

Sachgerecht erscheint deshalb, dass im Rahmen der Verschaffungsobliegenheit dem Vertragspartner auch ermöglicht werden muss, die relevanten Online-AGB – vor Vertragsschluss und wiederum ohne namhafte Probleme und lange Wartezeiten (dazu III.1a) – herunterzuladen, abzuspeichern und auszudrucken.⁴⁰

³⁷ So tendenziell NESTLÉ (Fn. 3), S. 271. Zugespielt wird diese Problematik durch die zeichenmässig beschränkte Wiedergabekapazität gewisser mobiler Endgeräte im Bereich des sog. *M-Commerce*. Hierzu vgl. z.B. GASSER URS, *Rechtliche Aspekte des M-Commerce*, in: SZW 2002, S. 13 ff.; HUNGER PATRICK, *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und M-Commerce: Die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von AGB im Spannungsverhältnis zwischen Technologie und Recht*, in: SZW 2002, S. 161 ff.; PERRIG (Fn. 6), S. 360 ff.

³⁸ Für eine – sich namentlich an Art und Inhalt des Vertrags orientierende – Einzelfallbeurteilung auch PERRIG (Fn. 6), S. 350 f.; PERRIG (Fn. 9), S. 200.

³⁹ Mit diesem berechtigten Einwand: BALSCHWEIT PHILIPP, *Konsumvertragsrecht und E-Commerce*, Diss. Bern 2005, S. 233.

⁴⁰ So explizit Art. 10(3) der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl L 178/1). Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 5), § 9 Rz. 1140b; NESTLÉ (Fn. 3), S. 269 und 272; WEBER (Fn. 30), S. 351; KUT AHMED, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 2. Aufl. Zürich 2012, Art. 1 OR Rz. 52; SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 2012, Rz. 45.06a; WILLE PATRICK, *Vertragsabschluss im Internet*, in: TREX 2006 S. 34 ff., S. 36. Richtig sodann PERRIG (Fn. 6), S. 347 f., wonach die Download-, Speicher- und Druckfunktionen *de lege lata* keine zwingend einzuhaltenden Einbeziehungs voraussetzungen, sondern lediglich gewichtige Indizien für eine erfolgreiche Einbeziehung darstellen.

2. Erweiterung durch Integration von clickwrap agreements

In der amerikanischen Rechtsprechung gehen jüngste Entwicklungen dahin, dem AGB-Verwender – jedenfalls im Geschäftsverkehr mit Konsumenten – weitere Obliegenheiten aufzubürden: So erachtete der United States Court of Appeals for the Ninth Circuit⁴¹ in seiner Entscheidung vom 18. August 2014 einen deutlichen und prominenten Verweis auf die mittels Hyperlink zugänglichen AGB auf jeder Seite der Webpage als noch nicht ausreichend für die Gewährleistung der Möglichkeit zur Kenntnisnahme. Der Konsument müsse darüber hinaus ausdrücklich dazu aufgefordert werden, seine Zustimmung zu den betreffenden AGB zu erklären, was durch Anklicken einer entsprechenden Checkbox bzw. die Integration eines sog. clickwrap agreements gewährleistet werden könne.⁴²

Was ist von dieser Rechtsprechung zu halten? Ist eine solche Entwicklung in absehbarer Zeit auch für unseren Rechtsraum zu erwarten?

Ob der Online-AGB-Verwender seiner Verschaffungsobliegenheit in zureichender Weise nachgekommen ist, ist – wie dargelegt – eine Wertungsfrage, die unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beantworten ist. Wird die Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme verneint, gelten die AGB als nicht vom

⁴¹ Bundes-Jurisdiktionskreis für Kalifornien.

⁴² Vgl. *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.*, 763 F.3d 1171. Der Kern der – letztlich ergebnisorientierten – Erwägungen findet sich auf S. 15 des Entscheids: «In light of the lack of controlling authority on point, and in keeping with courts' traditional reluctance to enforce browsewrap agreements against individual consumers, we therefore hold that where a website makes its terms of use available via a conspicuous hyperlink on every page of the website but otherwise provides no notice to users nor prompts them to take any affirmative action to demonstrate assent, even close proximity of hyperlink to relevant buttons users must click on – without more – is insufficient to give rise to constructive notice. While failure to read a contract before agreeing to its terms does not relieve a party of its obligations under the contract, [...], the onus must be on website owners to put users on notice of the terms to which they wish to bind consumers». Im betreffenden Fall hatte der Court of Appeals clickwrap agreements browsewrap agreements gegenübergestellt und letztere im Geschäftsverkehr mit Konsumenten tendenziell für ungenügend befunden. Im Unterschied zu browsewrap agreements muss bei clickwrap agreements die Kenntnisnahme der – oftmals in einem scrollbaren Pop-Up-Fenster angezeigten – AGB mittels Aktivierung eines Inputfeldes explizit bestätigt werden, bevor der Bestellprozess weiterverfolgt werden kann. Für eine Favorisierung von clickwrap agreements zuvor bereits Urteil des US Court of Appeals of the 10th Circuit vom 11. Dezember 2012, *Hancock v. American Telephone & Telegraph Co.*, 701 F.3d 1248; US Court of the Appeals of the 9th Circuit vom 31. August 2012, *Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A.*, 691 F.3d 1152. Allgemein zur clickwrap-Technologie in rechtlicher Hinsicht vgl. auch PERRIG (Fn. 6), S. 337, sowie in Zusammenhang mit Lizenzverträgen NESTLÉ BARBARA, Der Abschluss von Shrink-Wrap- und Online-Software-Lizenzverträgen nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Recht, in: sic! 1999, S. 219 ff.

Vertragskonsens erfasst und bleiben unberücksichtigt.⁴³ Diese missliebige Rechtsfolge gilt es für Online-AGB-Verwender nach Möglichkeit zu verhindern.

Das Anbringen einer Checkbox bzw. die Integration eines clickwrap agreements stellt diesbezüglich jedoch noch keine zureichende Absicherung dar: Mit dem entsprechenden Häkchen in der Checkbox bestätigt der Vertragspartner in der Regel, dass er von den AGB Kenntnis genommen hat und diese vollumfänglich akzeptiert.⁴⁴ Wie gesehen ist die effektive Kenntnisnahme der einzelnen Bestimmungen nach geltendem Recht für den wirksamen Einbezug der AGB aber gerade nicht erforderlich (siehe II.1). Daraus folgt, dass der Bestätigung einer Checkbox nur – aber immerhin – der Stellenwert eines Indizes unter mehreren zukommen kann, das im Rahmen der Wertung, ob eine Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme bestand, zu berücksichtigen ist.⁴⁵ Spricht die Gesamterscheinung der AGB dagegen, weil z.B. nur ein versteckter Verweis auf die AGB angebracht wurde, die technische Führung nicht funktionierte oder der Text nur in kleinster Schriftgrösse und ohne Untergliederung abgerufen werden kann, wird auch eine bestätigte Checkbox diesen Befund nicht umstossen können. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht gerechtfertigt, das Anbringen einer Checkbox bzw. die Integration von clickwrap agreements für das schweizerische Recht generell zum Standard zu erheben.⁴⁶ Dies gilt auch für weitere im Schrifttum erwähnte Vorschläge wie etwa das Einblenden einer Warnung vor Abgabe der Bestellung, dass ein Vertrag (samt AGB) geschlossen werde⁴⁷ bzw. die Aufforderung des Vertragspartners, die AGB herunterzuladen, auszudrucken, zu unterzeichnen und dem Verwender auf dem Postweg zu retournieren.⁴⁸ Die vorhandene Tendenz, dass im Rahmen des Geschäftsverkehrs mit Konsumenten zunehmend strengere Anforderungen an die zumutbare Kenntnisnahme gestellt werden, darf angesichts der Globalität bzw. Ubiquität des Internets sowie der rasanten technologischen Entwicklung allerdings ebenfalls nicht verkannt werden bzw. kann sich bei – häufig vorliegendem – grenzüberschreitendem Geschäftsverkehr auch direkt auf den Schweizer Online-AGB-Verwender auswirken.⁴⁹

⁴³ Vgl. auch PERRIG (Fn. 9), S. 172.

⁴⁴ Zur differenzierten Wortwahl in der Praxis vgl. auch PERRIG (Fn. 6), S. 338.

⁴⁵ Einer solchen Erklärung keine unmittelbare Rechtswirkung beimessend auch SCHWAB (Fn. 23), S. 142.

⁴⁶ A.A. wohl FREI (Fn. 18), Rz. 404; für eine Empfehlung aus Best Practice Sicht sodann PERRIG (Fn. 6), S. 338.

⁴⁷ FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 2012, Kap. 4 Rz. 77.

⁴⁸ THOMANN FELIX H., Sicherheit und Haftungsbeschränkung im Internet-Banking, in: recht 1998, S. 163 und Fn. 13, S. 165.

⁴⁹ Qualifiziert ein Rechtsgeschäft als *Konsumentenvertrag* kommt bei entsprechender Ausrichtung der geschäftlichen Aktivität (vgl. Art. 15 Ziff. 1 Bst. c LugÜ; Art. 120 Abs. 2, Art. 114

IV. Fazit

Die vorstehenden Reflexionen zur zumutbaren Kenntnisnahme von (Online-)AGB bestätigen einmal mehr die Erkenntnis, dass sich grundlegende und konsistente Regeln mit Gewinn auch auf neuere Phänomene, vorliegend den elektronischen Rechtsbereich, anwenden lassen.

Einer Spezialgesetzgebung bedarf es folglich nicht. Voraussetzung ist jedoch eine differenzierte Anwendung und Auslegung, wie sie das Bundesgericht beispielsweise mit BGE 139 III 345 ff. – wenn auch für Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ – vorgezeichnet hat. Dass dem Entscheid in der Lehre bislang verhältnismässig wenig Beachtung geschenkt worden ist, mag erstaunen und deckt sich auch nicht mit der Bedeutung, die das Bundesgericht seinem – in einer Fünferbesetzung⁵⁰ gefällten – Entscheid selbst zugemessen hat.

Nach hier vertretener Auffassung lässt sich die vom Bundesgericht dem AGB-Verwender im Rahmen von Art. 23 Ziff. 1 Bst. a LugÜ auferlegte Verschaffungsobliegenheit auch für das allgemeine nationale Vertragsrecht sowie – bei sachgerechter Weiterentwicklung – auch für Online-AGB zum Prinzip erheben: Danach hat der (Online-)AGB-Verwender zu gewährleisten, dass der Vertragspartner in zumutbarer Weise, d.h. ohne namhafte eigene Anstrengungen und Mühen, auf die AGB zugreifen, diese lesen und reproduzieren kann. Dem jeweiligen Erfahrungsstand des Vertragspartners kann im Rahmen des Kriteriums der zumutbaren Kenntnisnahme sachgerecht Rechnung getragen werden. Dass der B2C-Bereich zunehmend strengerer Regeln unterworfen wird, ist schliesslich nicht nur ein feststellbarer Trend, sondern bei – häufig vorliegendem – grenzüberschreitendem Geschäftsverkehr bereits eine Realität, auf die sich Schweizer Online-AGB-Verwender einstellen müssen.

Abs. 1 und 2 IPRG) im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr regelmässig ein Konsumentengerichtsstand am Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort des Konsumenten zum Tragen und ist die Rechtswahl ausgeschlossen. Ein Schweizer Online-AGB-Verwender kann sich bei Streitigkeiten mit einem ausländischen Konsumenten folglich mit der Anwendung eines allenfalls konsumentenfreundlicheren Rechts konfrontiert sehen.

⁵⁰ Vgl. die Regeste von BGer 4A_86/2013 vom 1. Juli 2013 in der Fassung vor der amtlichen Publikation. Regelfall bildet die Dreierbesetzung; vgl. Art. 20 Abs. 1 BGG.