

Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr: Vertragliche Aspekte und Datenschutz

**Bericht vom 9. November 2004 der Geschäftsprüfungskommission
des Nationalrates**

Stellungnahme des Bundesrates

vom 21. Dezember 2005

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

zum Bericht vom 9. November 2004 der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates betreffend «Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr: Vertragliche Aspekte und Datenschutz» nehmen wir nachfolgend Stellung.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

21. Dezember 2005

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Samuel Schmid

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Stellungnahme

1 Ausgangslage

Am 9. November 2004 verabschiedete die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) den Bericht «Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr: Vertragsrechtliche Aspekte und Datenschutz»¹. Gleichzeitig wurde der Bundesrat aufgefordert, zum Bericht Stellung zu nehmen und die Kommission über die aufgrund des Berichts getroffenen und eingeleiteten Massnahmen zu orientieren.

Der Bericht der GPK-N stützt sich auf den Bericht «E-Commerce: Evaluation des Konsumentenschutzes in der Schweiz» vom 13. Mai 2004 der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zu Händen der GPK-N und enthält acht Empfehlungen. Die Empfehlungen 1–6 betreffen – in Anlehnung an das Recht der Europäischen Union (EU)² – Anpassungen der Gesetzgebung, hauptsächlich des Obligationenrechts, an die Belange des elektronischen Geschäftsverkehrs. Die Empfehlung 7 richtet sich an den Datenschutzbeauftragten, die Instrumente von Artikel 29 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu nutzen, während die Empfehlung 8 den Bundesrat auffordert, in der Beratung der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs einen Schwerpunkt zu setzen.

2 Allgemeine Beurteilung

Der Bundesrat teilt die Stossrichtung des Berichts: Danach hängt der Erfolg des elektronischen Geschäftsverkehrs nicht nur von (in der Schweiz insgesamt positiv zu würdigenden) ökonomischen und technischen Faktoren ab. Wichtig sind auch rechtliche Rahmenbedingungen, die Rechtssicherheit versprechen und das Vertrauen der Konsumentinnen und Konsumenten in den elektronischen Geschäftsverkehr stärken. Dem Vertragsrecht und dem Datenschutz kommen dabei zentrale Bedeutung zu. Im Unterschied zur GPK-N ist der Bundesrat indessen heute der Meinung, dass das geltende Recht den Ansprüchen des elektronischen Geschäftsverkehrs genügt. Er hat daher am 9. November 2005 entschieden, den Vorentwurf für Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, das im Vernehmlassungsverfahren kontrovers aufgenommen worden ist, nicht weiterzuverfolgen. Überzeugende Gründe für einen autonomen Nachvollzug des EU-Rechts in diesem Bereich liegen nicht vor.

¹ BBl 2005 4967 ff.

² Die EU-Gesetzgebung zum elektronischen Geschäftsverkehr findet sich hauptsächlich in den folgenden drei Richtlinien: Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144 vom 4.6.1997, S. 19 ff.; Richtlinie 2002/65/EG vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/EG und 98/27/EG, ABl. Nr. L 271 vom 9.10.2002, S. 16 ff.; Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl. Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1 ff.

3 Die einzelnen Empfehlungen

3.1 Empfehlung 1

Der Bundesrat wird eingeladen, eine Revision des Artikels 120 IPRG zu prüfen, damit der ursprüngliche Zweck dieser Norm, der Konsumentenschutz, auch unter den Gegebenheiten des grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehrs seine Wirkung entfalten kann.

Die GPK-N begründet ihre Empfehlung, Artikel 120 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) zu revidieren, mit ihrer Sorge um die «passive» Schweizer Konsumentin und den «passiven» Schweizer Konsumenten, die nach dem anwendbaren Schweizer Recht weniger gut geschützt seien als nach dem Recht der EU.

Es trifft zu, dass das Konsumentenrecht der EU in gewissen Bereichen ein höheres Schutzniveau aufweist als das schweizerische Recht. Artikel 120 IPRG ist allerdings nicht nur auf das Verhältnis zur EU ausgerichtet, sondern gilt gegenüber allen Rechtssystemen der Welt. Gegenüber etwa einem US-amerikanischen Anbieter wird das schweizerische Recht für den hiesigen Konsumenten in der Regel günstiger sein als das dortige.

Zwar wäre ein flexibles Konzept denkbar, welches dem Konsumenten oder der Konsumentin das Recht des Anbieters gewährleistet, sollte dieses Recht für jene Personen günstiger sein. Allerdings sind mit diesem Konzept wiederum schwierige Wertungsfragen verbunden. So ist häufig unklar, welches Recht das für die Konsumentin oder den Konsumenten günstigere Recht ist. Abgesehen davon ist mit der Anwendung ausländischen Rechts ein zusätzlicher Aufwand verbunden, der in Konsumentenverfahren vermieden werden sollte. Für die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten bleibt im Übrigen immer der Vorteil, dass sie ihre Rechte nach dem eigenen, schweizerischen Umgebungsrecht in der Regel besser kennen oder wenigstens leichter ermitteln können als das ihm fremde EU-Recht. Der Bundesrat möchte deshalb am geltenden Text des IPRG festhalten.

3.2 Empfehlung 2

Die GPK-N fordert den Bundesrat auf, die Einführung einer Identifikationspflicht für inländische Internet-Anbieter vorzuschlagen. Die Identifikationspflicht soll so ausgestaltet sein, dass sie für die betroffenen Anbieter zumutbar ist und doch dem Anliegen der Vertrauensstärkung seitens der Konsumentinnen und Konsumenten gerecht wird.

Der Bundesrat ist mit der Empfehlung einverstanden. Er wird bei nächster Gelegenheit das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) im empfohlenen Sinn ergänzen. Allerdings bietet bereits das geltende Recht einen gewissen Schutz, indem es denjenigen mit Strafe bedroht, der keine oder eine falsch Firma gebraucht und dadurch potenzielle Kunden irreführt

(Art. 3 Bst. b UWG und Art. 326^{ter} StGB). Darüber hinaus dürften seriöse Anbieter, schon aus eigenem Interesse, zu ihrer wahren Identität stehen.

Transparenz bei der Bearbeitung von Personendaten fordert auch das aktuelle Datenschutzrecht. Anknüpfungspunkt ist dabei Artikel 4 Absatz 2 DSGVO, wonach die Datenbearbeitung nach Treu und Glauben zu erfolgen hat. Die wesentlichen Rahmenbedingungen der Datenbearbeitung – wer bearbeitet welche Daten zu welchem Zweck? – müssen für die betroffenen Personen erkennbar sein. Nur wenn diese Person weiss, wer Inhaber der Datensammlung ist, kann sie die ihr vom Datenschutzgesetz verliehenen Rechte – z.B. das Auskunftsrecht nach Artikel 8 DSGVO – geltend machen. Mit der laufenden Teilrevision des Datenschutzgesetzes soll die Transparenzverpflichtung noch zusätzlich verstärkt werden.

3.3 **Empfehlung 3**

Die GPK-N fordert den Bundesrat auf, im Rahmen der nächsten OR-Revision ein nicht wegbedingbares Nachbesserungsrecht bei Vorliegen mangelhafter Ware vorzuschlagen.

Der Bundesrat hat am 9. November 2005 entschieden, auf eine Revision des Kaufrechts und damit auch auf die Einführung eines Nachbesserungsanspruchs zu verzichten (vgl. Ziff. 2). Dahinter steht die Überlegung, dass der Nachbesserungsanspruch die Stellung des Käufers nur geringfügig verbessert hätte, da eine Nachbesserung häufig nicht möglich oder mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist. In den anderen Fällen ist dem Käufer in der Regel besser mit der Lieferung neuer Ware bzw. der Wandelung gedient (Art. 205 ff. OR). Deshalb soll die Nachbesserung (Reparatur) auch in Zukunft auf jene Fälle beschränkt bleiben, in denen die Vertragsparteien diese Lösung, weil sachgerecht, vereinbart haben.

3.4 **Empfehlung 4**

Die GPK-N fordert den Bundesrat auf, spezifische Vorschriften für den Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr vorzuschlagen, welche Artikel 1 OR unter Berücksichtigung der Eigenheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs konkretisieren.

Nach Artikel 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich. Diese kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Artikel 1 OR steht damit einem Vertragsabschluss auf elektronischem Weg nicht entgegen. Der Erlass neuer, spezifischer Vorschriften erweist sich vor diesem Hintergrund als unnötig. Eine Ausnahme ist einzig für formbedürftige Verträge zu machen. Hier aber hat der Gesetzgeber mit Artikel 14 Absatz 2^{bis} OR die Grundlage bereits geschaffen, dass der elektronische Geschäftsverkehr nicht am Schriftformerfordernis scheitert.

Im Interesse des Online-Anbieters liegt es, dass er den Kunden transparent über den Bestellvorgang informiert. Nur so kann er nämlich verhindern, dass ein Vertrags mangels Konsens gar nicht zu Stande kommt oder vom Kunden wegen eines Willensmangels erfolgreich angefochten wird. Zusätzliche gesetzliche Regeln zum Schutz des Kunden erweisen sich vor diesem Hintergrund als überflüssig.

Als nicht sachgerecht erscheint dem Bundesrat die Forderung der GPK-N, wonach die Kundin oder der Kunde in jedem Fall die Möglichkeit haben müsse, eine Bestellung auszudrucken. Während dieser Forderung beim Kauf am Computer leicht entsprochen werden könnte, ergäben sich diesbezüglich ernsthafte Probleme beim mobilen elektronischen Geschäftsverkehr, beispielsweise bei der Bestellung eines Theaterbillets per SMS. Skeptisch ist der Bundesrat auch gegenüber einer Pflicht des Anbieters, den Eingang einer Bestellung zu bestätigen. Eine solche Informationspflicht, obwohl in der EU-Gesetzgebung vorgesehen, schadet der Rechtssicherheit, weil sie Zweifel aufkommen lässt, ob und wann am Computer ein Vertrag geschlossen wird. Im Übrigen bleibt es den Anbietern unbenommen, ihre Kunden über den Stand der Verarbeitung einer Bestellung weitergehend zu informieren, als dies das Gesetz von ihnen verlangt.

3.5 Empfehlung 5

Die GPK-N fordert den Bundesrat auf, ein der EU-Gesetzgebung entsprechendes Widerrufsrecht im elektronischen Geschäftsverkehr einzuführen.

Der Bundesrat hat die Einführung eines Widerrufsrechts im elektronischen Geschäftsverkehr intensiv geprüft. Folgende Überlegungen haben ihn schliesslich bewogen, darauf zu verzichten: Anders als bei Haustürgeschäften, wo bereits heute ein Widerrufsrecht gilt (Art. 40a ff. OR), liegt beim elektronischen Geschäftsverkehr keine Situation der Überrumpelung des Kunden vor. Im Gegenteil: Im Internet trifft der Anbieter in der Regel auf einen versierten Kunden, der sich leicht über alternative Angebote informieren und sich den Vertragsabschluss in Ruhe überlegen kann. Vor diesem Hintergrund erweist sich ein Widerrufsrecht als kontraproduktiv: Es verleitet zum sorglosen Vertragsabschluss und verteuert die Vermarktung.

Besonders prekär ist die Situation, wenn das Widerrufsrecht nicht nur Kaufverträge, sondern auch Dienstleistungsverträge (unter Einschluss von Finanzdienstleistungen) erfasst. In diesem Fall führt das Widerrufsrecht zu einer unnötigen Verkomplizierung des Vertragsabschlusses und der Vertragserfüllung. Dies fällt im elektronischen Geschäftsverkehr deshalb besonders in Betracht, weil dieser wesensmässig auf sofortige Erfüllung zielt. So will man sofort – und nicht erst nach Ablauf einer Widerrufsfrist – von Informationen, Musik und Bildern profitieren können. Die EU-Gesetzgebung sieht deshalb eine Vielzahl von häufig arbiträr anmutenden Ausnahmen vom Widerrufsrecht vor. Sie drohen, den Grundsatz des Widerrufsrechts in sein Gegenteil zu verkehren. Die EU-Gesetzgebung kann deshalb dem Schweizer Gesetzgeber nicht als Vorbild dienen.

Das Gesagte schliesst nicht aus, dass Anbieter ihren Kunden freiwillig ein Widerrufsrecht bzw. ein Rückgaberecht einräumen. Sie werden dies immer dann tun, wenn sie sich deswegen bessere Absatzchancen versprechen. Die langjährige Erfahrung im Versandhandel lehrt, dass es dafür keiner Intervention des Gesetzgebers bedarf.

3.6 **Empfehlung 6**

Der Bundesrat wird aufgefordert, Artikel 5 DSG für Datensammlungen im elektronischen Geschäftsverkehr zu flexibilisieren.

Der Bundesrat sieht im Zusammenhang mit Artikel 5 DSG keinen dringenden Handlungsbedarf. Absatz 1 dieser Bestimmung verpflichtet die Datenbearbeiter, sich über die Richtigkeit der von ihnen bearbeiteten Daten zu vergewissern. Damit besteht aber noch keine Pflicht, nur richtige Daten zu bearbeiten. Die konkrete Ausgestaltung dieser Vergewisserungspflicht ist abhängig von den Rahmenbedingungen der Datenbearbeitung im Einzelfall. Welchen Aufwand ein Datenbearbeiter betreiben muss, um seiner Verpflichtung zu genügen, beurteilt sich jeweils nach der Zweckbestimmung der Datensammlung, nach der Sensitivität der Daten und danach, ob er die Daten an Dritte bekannt geben will.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ferner auf Artikel 5 Buchstabe d des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Übereinkommen STE 108, SR 0.235.1). Diese Bestimmung hält fest, dass personenbezogene Daten, die automatisch verarbeitet werden, sachlich richtig und wenn nötig auf den neuesten Stand gebracht sein müssen.

Wenn sich Daten, die im Zeitpunkt der Beschaffung richtig waren, nachträglich ändern, beispielsweise weil eine Kundin oder ein Kunde umzieht und eine neue Adresse hat, besteht eine Pflicht zur Nachführung grundsätzlich nur dann, wenn diese Daten zu einem anderen Zweck weiterverwendet werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Datenbearbeiter die Daten von Kundinnen oder Kunden auch nach der Geschäftsabwicklung weiter für Marketingzwecke nutzen oder an Dritte weitergeben will.

Denkbar bleibt, Artikel 5 Absatz 1 DSG neu zu fassen, um auf diese Weise die Verpflichtungen der Datenbearbeiter klarer zum Ausdruck zu bringen und Abstufungen mit Blick auf die Sensitivität der bearbeiteten Daten vorzunehmen. Dabei könnte man sich beispielsweise an Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d der EU-Datenschutzrichtlinie³ orientieren. Eine solche Änderung von Artikel 5 Absatz 1 DSG kann vom Parlament bereits im Rahmen der laufenden Teilrevision des DSG geprüft werden oder allenfalls in eine spätere Revision dieses Gesetzes Eingang finden.

Wichtig ist, dass sich die ins Auge gefasste Flexibilisierung des Grundsatzes der Datenrichtigkeit nicht auf die für die Datenübermittlung und -bearbeitung verwendete Technologie bezieht. Sollten die Anforderungen, welche die Datenbearbeiter bezüglich Sicherstellung der Datenrichtigkeit zu erfüllen haben, relativiert werden,

³ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. Nr. L 281 vom 23.11.95, S. 31 ff.

so wäre vielmehr am Risiko anzuknüpfen, welches eine bestimmte Datenbearbeitung für die betroffenen Personen mit sich bringt.

3.7 Empfehlung 7

Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte wird eingeladen, die Instrumente von Artikel 29 DSGVO im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs zu nutzen.

Der Bundesrat hat die Empfehlung 7 dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) zur Stellungnahme unterbreitet. Dieser äussert sich wie folgt: Der EDSB hat nichts gegen die Empfehlung einzuwenden, die Instrumente des Artikels 29 DSGVO im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs zu nutzen. Sie stimmt exakt überein mit der Reorganisation des Sekretariats des EDSB. Diese hat zum Ziel, die Aufsichts- und Kontrolltätigkeiten des EDSB zu vermehren. Dies vorausgeschickt, bleibt die Umsetzung der Empfehlung auf dem Gebiet des elektronischen Geschäftsverkehrs immer von den Ressourcen und Prioritäten auf dem Gebiet der Aufsicht abhängig.

3.8 Empfehlung 8

Der Bundesrat wird aufgefordert, in der Beratung der KMU im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs einen Schwerpunkt zu setzen. Insbesondere sollte der technischen Umsetzung vertragsrechtlicher Aspekte, aber auch des Datenschutzes besondere Beachtung geschenkt werden.

In der Schweiz gibt es rund 270 000 KMU mit bis zu 9 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. In diesen Kleinunternehmen fehlt, wegen der grossen Auslastung mit dem täglichen Geschäft, naheliegenderweise häufig das Wissen und die Zeit, sich allen Aspekten des elektronischen Geschäftsverkehrs zu widmen. Im Rahmen des Aktionsprogramms soft(net) hat sich der Bund zusammen mit den Fachhochschulen um den Aufbau eines Kompetenznetzwerks EBusiness und Informatikrecht (Digitale Signatur, Internationales Vertragsrecht, Domainnamen und Markenschutz, Urheberrecht) bemüht. Dieses Programm ist Ende 2003 ausgelaufen. Heute bieten die Internetportale KMUinfo und KMUadmin eine gewisse Information.

Der Bundesrat ist mit der GPK-N einverstanden, dass dies für eine wirkungsvolle Unterstützung der KMU nicht ausreicht. Eine zusätzliche Unterstützung der KMU mag so als wünschenswert erscheinen; sie lässt sich angesichts der angespannten Finanzlage des Bundes aber nicht als zusätzliche Aufgabe verwirklichen. Die Aufgabe des Bundes konnte und kann nur sein, gewisse Initiativen anzustossen, über das Internet umfassend zu informieren und im Übrigen für gute rechtliche Rahmenbedingungen für KMU zu sorgen.

Der elektronische Geschäftsverkehr stellt nicht nur für die Wirtschaft, sondern auch für den Gesetzgeber eine grosse Herausforderung dar. Die bisherige Erfahrung lehrt, dass die schweizerische Rechtsordnung darauf – erfreulicherweise – gut vorbereitet ist. So zeichnen sich namentlich das OR und das DSG durch einen weitgehend technikneutralen Regelungsansatz aus. Es spielt daher keine Rolle, ob Informationen auf Papier oder in digitalisierter Form aufgezeichnet oder übermittelt werden. Der Preis dieser offenen und sehr allgemein gehaltenen Gesetzgebung besteht unzweifelhaft darin, dass viele Fragen, die der elektronische Geschäftsverkehr aufwirft, zuerst durch Lehre und Rechtsprechung beantwortet werden müssen. Nichts deutet darauf hin, dass sie dazu nicht in der Lage wären.