

**E-Commerce:
Evaluation des Konsumentenschutzes in der Schweiz**

Anhang

Schlussbericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle

vom 13. Mai 2004

Das Wichtigste in Kürze

Der E-Commerce eröffnet sowohl für Verbraucher als auch für Anbieter ein weites Feld neuer Möglichkeiten. Obschon die Schweiz einen Spitzenplatz einnimmt, was die technologischen Infrastrukturen anbelangt, scheint der Schweizer Konsument noch nicht das nötige Vertrauen entwickelt zu haben. Dieses fehlende Vertrauen betrifft vor allem die vertraglichen Aspekte und den Datenschutz.

Die Schweiz verfügt im Bereich E-Commerce über kein spezifisches Gesetz. Es sind verschiedene Erlasse – Obligationenrecht (OR), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (KIG), Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) – die den Akteuren den Rückgriff auf dieses Institut erlauben.

Die Besonderheiten des E-Commerce erschweren den Schweizer Konsumenten allerdings eine freie, klare und überlegte Entscheidung. So fehlen Verpflichtungen im Bereich der vorvertraglichen Information, beispielsweise über die Identität des Anbieters; sanktioniert wird nur unlauteres Verhalten. Desgleichen fehlt ein Widerrufsrecht, und auch die Sachgewährleistung ist nicht angemessen geregelt.

Problematisch ist die Umsetzung der Rechte und Pflichten im Bereich Information. Zwar verlangt das KIG die Bekanntgabe der wesentlichen Produkteigenschaften, was in der Praxis jedoch toter Buchstabe geblieben ist. Das KIG bildet auch keine Grundlage für eine Kontrolle unlauterer Vertragsbestimmungen.

Schliesslich ist festzustellen, dass von der Möglichkeit, bei Streitigkeiten die Gerichte anzurufen, seit der Entwicklung des Internet in keinem einzigen Fall Gebrauch gemacht wurde. Dieser Umstand ist darauf zurückzuführen, dass der Nutzen den grossen Aufwand für den Konsumenten nicht rechtfertigt.

Der Datenschutz im E-Commerce stützt sich auf das abstrakt und technologieneutral formulierte DSG. Dieses enthält keine spezifischen Artikel für den Internet-Bereich. Für die konkrete Auslegung von einzelnen Artikeln und von Begriffen ist es auf Gerichtsentscheide angewiesen. Da bis jetzt keine solche Entscheide bestehen, führt dies zu Rechtsunsicherheiten.

Die Aufsicht über Bundesorgane und Privatpersonen bezüglich DSG obliegt dem eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB). Im Bereich E-Commerce als solchen hat dieser aber bisher noch keine Empfehlungen erlassen und somit seine Kompetenzen nicht ausgeschöpft. Der Datenschutz, der vor allem auch eine präventive Wirkung haben soll, würde von Empfehlungen und Gerichtsentscheiden profitieren.

Nicht einhalten können im E-Commerce-Bereich die Inhaber von Datensammlungen die Verpflichtung, die Daten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Die Anonymität des Internets lässt diese Überprüfung in einem zumutbaren Rahmen nicht zu. Das Auskunftsrecht wird relativ gut eingehalten. Auf Anfrage wird den Konsumenten meistens die gewünschte Information gegeben. Die Problematik besteht aber darin, dass der Konsument im Internet nicht immer seine Daten verfolgen kann und daher auch nicht weiss, welche Unternehmen seine Daten in einer Datenbank führen. Im

Weiteren kann der Konsument, als vorsorgliche Massnahme zum Schutz seiner Persönlichkeit, lediglich verlangen, dass seine Daten berichtigt, vernichtet und nicht an Dritte weitergegeben werden, aber er kann eine Bearbeitung der Daten nicht untersagen.

Andere Bestimmungen über das Register der Datensammlungen und über die organisatorischen Massnahmen weisen erhebliche Vollzugsprobleme im Bereich des E-Commerce auf.

Die Schweiz erlaubt die Bekanntgabe von Daten durch Unternehmen in Länder, welche einen der Schweiz gleichwertigen Datenschutz aufweisen. Im Gegensatz zur EU strebt die Schweiz bei Staaten ohne gleichwertigen Datenschutz zurzeit keine vertragliche Regelung an. Schweizer Unternehmen müssen mit jedem einzelnen Unternehmen in einem Staat ohne gleichwertigen Datenschutz Verträge aushandeln.

Hinsichtlich der grenzüberschreitenden Aspekte hängt der Schutz des Schweizer Konsumenten von seinen Optionen bezüglich der zuständigen Gerichte, von der Wahl des anwendbaren Rechts und vom Vollzug der richterlichen Anordnung ab. Die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht und die Konvention von Lugano werfen Probleme hinsichtlich Begriffsbestimmung und Anwendung auf. Im Allgemeinen hat der passive Schweizer Konsument die Möglichkeit einer Klage vor dem Gericht seines Wohnortes und untersteht dem Schweizer Recht. Dies hat zur Folge, dass er in zahlreichen Fällen weniger gut geschützt ist als ein europäischer Konsument.

Ein ausländischer Konsument, der sich auf eine Schweizer Website stützt, kann bei Streitigkeiten über unlauteren Wettbewerb eine Klage beim *seco* einreichen und auf dessen Dienste zurückgreifen, damit es für ihn eine Klage einreicht. Diese Möglichkeit steht dem Schweizer Konsumenten nicht zu.

Labels und Selbstregulationen können gesetzliche Bestimmungen sinnvoll ergänzen. In der Schweiz sind jedoch die drei Labels des E-Commerce kaum verbreitet, und die wenigen alternativen Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten werden von den Konsumenten nicht genutzt.

Auf Grund der oben beschriebenen gesetzlichen Lücken und den Vollzugsproblemen, bleibt das mangelhafte Vertrauen des Schweizer Konsumenten bestehen. Das wirtschaftliche Potenzial des E-Commerce kann zudem nicht vollständig ausgeschöpft werden.

Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze	4988
Abkürzungsverzeichnis	4992
1 Auftrag	4993
1.1 Grundsatzfrage	4993
1.2 Gliederung des Schlussberichtes	4993
1.3 Methodologie	4994
2 Rahmenbedingungen des E-Commerce	4995
2.1 Statistiken zum E-Commerce	4995
2.2 Die Rechtslage in der Schweiz	4999
2.2.1 Die internationalen Bestimmungen über den E-Commerce in Kürze	5000
2.3 Hauptakteure des E-Commerce in der Schweiz	5001
3 Vertragliche Aspekte	5003
3.1 Untersuchungsfragen	5003
3.2 Globale Problematik	5003
3.3 Der Vertrag	5004
3.3.1 Die vorvertragliche Phase	5005
3.3.2 Der Vertragsabschluss	5009
3.4 Das Widerrufsrecht	5012
3.5 Beschwerde und Sanktionen	5013
3.6 Information der Konsumenten	5014
3.7 Vielfalt der Bestimmungen	5015
3.8 Preisbekanntgabe	5015
3.9 Das Vertrauen der Konsumenten	5017
3.10 Die Rolle der Ämter bei der Umsetzung	5017
4 Datenschutz im E-Commerce	5018
4.1 Untersuchungsfragen	5019
4.2 Gesetzliche Grundlagen	5019
4.3 Staatliche Akteure	5021
4.3.1 Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte	5021
4.3.2 Die eidgenössische Datenschutzkommission	5022
4.4 Analyse des E-Commerce	5022
4.4.1 Dimension des Internet	5023
4.4.2 Fehlende Sensibilisierung und Kenntnisse	5023
4.4.3 Verhältnismässige Datensammlung	5024
4.4.4 Das DSG: Ein abstrakt formuliertes, umfassendes Gesetz	5026
4.4.5 Technologieneutralität versus Technologieorientierung	5026
4.4.6 Das Gleichwertigkeitsprinzip	5027
4.4.7 Information des Konsumenten	5028
4.4.8 Meldepflicht	5029
4.4.9 Richtigkeit der Daten	5029

4.4.10 Weiterleitung der Daten an Dritte	5030
4.4.11 Technischer und organisatorischer Datenschutz	5031
4.4.12 Schwache Stellung der Sanktionen	5033
4.4.13 Rolle des EDSB im Bereich E-Commerce	5034
4.4.14 Internationale Konventionen und Richtlinien	5036
5 Grenzüberschreitender E-Commerce	5037
5.1 Vertragliche Aspekte	5037
5.2 Datenschutz	5041
6 Selbstregulation im E-Commerce	5042
7 Schlussfolgerungen	5044
<i>Anhang:</i>	
Fragebogen «Konsumentenschutz im E-Commerce»	5051
Literaturverzeichnis	5053
Konsultierte Websites	5057
Liste der befragten Personen	5058

Abkürzungsverzeichnis

BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BfK	Büro für Konsumentenfragen
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
DSG	Datenschutzgesetz (SR 235.1)
EDSB	Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter
EDSK	Eidgenössische Datenschutzkommission
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
EU	Europäische Union
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVZ	Europäische Verbraucherzentren
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10)
FRC	Fédération Romande des Consommateurs
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats
GPK-S	Geschäftsprüfungskommission des Ständerats
HMG	Heilmittelgesetz (SR 812.21)
ICPEN	Internationales Netzwerk für Konsumentenschutz und Vollzug
IDA IG	Interdepartementaler Ausschuss Informationsgesellschaft
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
KIG	Konsumenteninformationsgesetz (SR 944.0)
KMU	Klein- und mittlere Unternehmen
MWST	Mehrwertsteuer
NCC	National Consumer Council
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OR	Obligationenrecht(SR 220)
PBV	Preisbekanntgabeverordnung (SR 942.211)
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
RK-S	Kommission für Rechtsfragen des Ständerats
StGB	Strafgesetzbuch (SR 311.0)
UNCTAD	Trade and Development Board of the United Nations Conference
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
ZGB	Zivilgesetzbuch (SR 210)

Bericht

1 Auftrag

Im Rahmen von Evaluationen des Konsumentenschutzes¹ hat die Subkommission EFD/EVD der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) am 8. Mai 2003 mit einer Studie über den E-Commerce beauftragt.

Die PVK hat am 16. Oktober 2003 einen Zwischenbericht vorgelegt, welcher sich mit vier Aspekten des E-Commerce befasst, nämlich mit den vertraglichen Aspekten, dem Datenschutz, den steuerlichen Aspekten und der Haftung für widerrechtlichen Inhalt. Was die beiden letzten Punkte anbelangt, hat die Subkommission die entsprechenden Teile des Zwischenberichts der PVK an den Bundesrat übermittelt. Die GPK-N beabsichtigt damit, den verantwortlichen Departementen im Hinblick auf die Prüfung von Korrekturmassnahmen so die Probleme direkt zur Kenntnis zu bringen. Mithin legt der vorliegende Schlussbericht das Schwergewicht auf die vertraglichen Aspekte und den Datenschutz im Bereich des E-Commerce.

1.1 Grundsatzfrage

Entsprechend dem Auftrag der Subkommission untersucht die PVK ausschliesslich die Probleme der Umsetzung der bestehenden Gesetzgebung im Bereich des E-Commerce. Dabei stellt sich folgende Hauptfrage:

Wird die geltende Gesetzgebung so umgesetzt, dass der Konsumentenschutz im Bereich E-Commerce gewährleistet ist?

Diese Grundsatzfrage ist, wie im Zwischenbericht vorgeschlagen, mit spezifischen Fragestellungen zu den beiden angegangenen Themen zu ergänzen; diese werden in den Ziffern 3.1, 4.1 und 6 behandelt und beleuchten schwergewichtig ebenfalls die Frage der politischen Ausgestaltung einschliesslich der gesetzlichen Lücken, sowie die Massnahmen der Selbstregulation.

1.2 Gliederung des Schlussberichtes

Der Schlussbericht ist in sechs Kapitel gegliedert. Das erste Kapitel enthält Daten über den E-Commerce, beschreibt die Akteure und fasst die gesetzlichen Grundlagen zusammen. Die zwei Hauptkapitel befassen sich in erster Linie mit den vertraglichen Aspekten, und in zweiter Linie mit dem Datenschutz im nationalen Rahmen, das heisst bezüglich Schweizer Konsumenten und Anbietern. Das vierte Kapitel untersucht die grenzüberschreitende Problematik des E-Commerce; das fünfte geht

¹ Die PVK hat am 26. Juni 2003 zu Handen der GPK-N einen Bericht mit dem Titel «Lebensmittelsicherheit: Evaluation des Vollzugs in der Schweiz» veröffentlicht.

die Selbstregulierung an. Die Schlussfolgerungen bilden das letzte Kapitel, wobei sie spezifisch auf die Untersuchungsfragen eingehen.

1.3 Methodologie

Im Bestreben auf gut fundierte Ergebnisse stützt die PVK ihre Untersuchung auf drei Pfeiler ab. Als Quellen dienten die Fachliteratur, Zweitanalysen von statistischen Erhebungen und Interviews mit Teilnehmern am E-Commerce.

Dabei ist insbesondere die reiche Fachliteratur eine wichtige Informationsquelle, ohne die das gesteckte Ziel nicht hätte erreicht werden können.

Um einen weiteren Gesichtspunkt einzubringen, hat die PVK auf Statistiken über andere Untersuchungen im Bereich der vertraglichen Aspekte und des Datenschutzes zurückgegriffen. Im März 2004 hat der Rat für den Schutz der Persönlichkeit die Ergebnisse einer Umfrage bei 1220 Schweizern zum Datenschutz veröffentlicht.² Eine andere Umfrage erfolgte im März 2003 von Schwager für den K-Tipp bei 30 schweizerischen Websites über 16 Aspekte im Lichte der Richtlinien der OECD betreffend den Konsumentenschutz beim E-Commerce.³ Ferner hat Gilding im Februar 2001 über die Ergebnisse des durch das seco durchgeführten «sweep day» berichtet, wonach 30 schweizerische Websites nach zehn Kriterien⁴ auf Übereinstimmung mit den vertraglichen Bestimmungen der OECD-Richtlinien untersucht wurden. Schliesslich hat Andersen die Ergebnisse einer Untersuchung aus dem Jahre 2001 über 100 schweizerische Websites aus verschiedenen Bereichen, darunter die vertraglichen Aspekte und den Datenschutz, veröffentlicht.⁵ Ebenfalls vorgelegt werden die Ergebnisse internationaler Untersuchungen, nämlich des National Consumer Council (NCC)⁶, des Consumers International (zwei Untersuchungen)⁷ und des Netzes der Europäischen Verbraucherzentren (EVZ-Netz)⁸, soweit sie zu Klärungen für die Schweiz beitragen können. Diese Berichte basieren auf Untersuchungen aus Grossbritannien aus dem Jahre 2000, aus 13 entwickelten Ländern aus dem Jahre 2001, sowie aus 14 Ländern der Europäischen Union (EU) aus dem Jahre 2003. Sie beziehen sich auf die Bestimmungen der OECD und der EU und umfassen in zwei Fällen sogar den Kauf von Gütern über das Internet.

Ferner hat die PVK 13 vertiefte und standardisierte Interviews⁹ mit Vertretern von Konsumentenschutzorganisationen, Verantwortlichen von E-Commerce-Websites, privaten Beratern und Experten in diesem Bereich sowie mit für Fragen des E-Commerce befassen Bundesbeamten geführt.¹⁰ Die PVK hat die E-Commerce-Websites gewählt, welche vorwiegend die über Internet gekauften Produkte betreffen und die bereichsbezogenen Probleme aufgezeigt. Sie bilden eine Mischung aus

² Rat für den Schutz der Persönlichkeit, 2004.

³ Schwager, 2003.

⁴ Gilding, 2001. An einem «sweep day» untersucht das Seco, ob eine Auswahl von schweizerischen Websites vordefinierte Kriterien über einen Aspekt des Internets befolgt. Dieser «sweep day» wird von den dafür zuständigen Ämtern in zahlreichen Ländern gleichzeitig durchgeführt.

⁵ Andersen, 2003.

⁶ National Consumer Council, 2000.

⁷ Consumers International, 2001a und Consumers International, 2001b.

⁸ EVZ-Netz, 2003.

⁹ Vgl. Anhang, S. 5051.

¹⁰ Vgl. die Liste der befragten Personen, S. 5058.

wichtigen, weniger bekannten, regionalen und internationalen Websites und wurden anhand der durch die Konsumenten genutzten Kapazitäten ausgewählt (Datenbanken auf den Websites, Presseberichte, Suchmaschinen und Empfehlungen). Diese Auswahlmethode liegt auch den statistischen Untersuchungen, auf welche sich die PVK stützt, zu Grunde. Zu beachten ist, dass die Auswahl vorwiegend Websites betrifft, welchen die Konsumenten bereits Vertrauen. Es ist schwierig, «unlautere» Websites zu finden, und es wäre im Übrigen kaum wahrscheinlich, dass sie den Fragen der PVK positiv gegenüber stünden. Das Schwergewicht liegt eher auf einer repräsentativen Auswahl der Käufe und der Besucher als auf den Risiken für die Konsumenten.

2 Rahmenbedingungen des E-Commerce

In diesem Bericht wird unter E-Commerce jede Transaktion und Kommunikation kommerzieller Art einschliesslich Verteilung, Werbung, Marketing und Verkauf von durch das Internet teilweise oder ganz erbrachten und erhaltenen Informationen, Waren oder Dienstleistungen¹¹ verstanden. Der Vertragsabschluss erfolgt ganz oder teilweise automatisch.¹²

Der Bericht befasst sich mit dem E-Commerce unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses zwischen Anbieter und Konsument (B2C, «business to consumer»). Unter «Konsument» wird eine natürliche Person verstanden, welche in einem Umfeld ausserhalb seiner Berufstätigkeit handelt. Nicht in diese Untersuchung miteinbezogen sind die auf dem Internet zwischen Unternehmen eingegangenen vertraglichen Bindungen (B2B, «business to business»), das Verhältnis zwischen Privatpersonen und Verwaltung (E-Government)¹³, die Websites mit Versteigerungen sowie die elektronische Signatur.¹⁴

Die Studie konzentriert sich auf die Sicht des Konsumenten; nicht im Detail behandelt werden der Schutz anderer Akteure (Anbieter, Angestellte, Inhaber von Datensammlungen).

Beizufügen ist, dass mehrere im Bericht behandelte Aspekte nicht ausschliesslich den E-Commerce, sondern sämtliche Verkaufsformen betreffen.

2.1 Statistiken zum E-Commerce

Die statistischen Untersuchungen zeigen, dass die Schweiz bezüglich technischer Infrastrukturen¹⁵ als Voraussetzung für den E-Commerce und der Nutzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien zu den Ländern an der Spitze

¹¹ Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen, 1999, S. 2.

¹² Züst, 2001, S. 18.

¹³ Nach einer Untersuchung von Cap Gemini Ernst&Young rangiert die Schweiz bei der Klassierung von 18 europäischen Cyberverwaltungen lediglich an 15. Stelle. Quelle: Hurlimann, 2004, S.9.

¹⁴ Das Bundesgesetz über die elektronische Signatur (BBl 2003 8221) wurde am 19. Dezember 2003 angenommen.

¹⁵ Mit der Lancierung des ersten Navigators von Netscape im Jahre 1994 erlaubte die Ausweitung auf alle Internetuser die Schaffung erster Websites im E-Commerce-Bereich.

gehört.¹⁶ Gemäss UNCTAD zählt die Schweiz am meisten Computer pro Einwohner. Eine Untersuchung des World Economic Forum¹⁷ platziert die Schweiz weltweit an siebter Stelle ihres Network Readiness Index, welcher misst, wie gut ein Land gerüstet ist, um an der Entwicklung neuer Technologien teilzuhaben und diese auch zu seinem Vorteil zu nutzen. Gemäss dem Economist Intelligence Unit¹⁸ steht die Schweiz bezüglich der Fähigkeit ihres Marktes, die Möglichkeiten des Internet zu nutzen, weltweit auf dem achten Platz. Gemäss der Statistik des Bundesamtes für Statistik (BFS) von Anfang 2003 hatten 63 Prozent der Schweizer das Internet wenigstens einmal im Laufe der letzten sechs Monate genutzt, gegenüber lediglich durchschnittlich 43 Prozent in der EU.¹⁹

Hingegen rangiert die Schweiz, wiederum gemäss Economist Intelligence Unit, beim E-Commerce lediglich auf Platz 15, worunter das Ausmass des tatsächlich ausgeübten elektronischen Handels, die Qualität des Systems und der Logistik sowie der Stand der Entwicklung des E-Commerce verstanden werden. Ferner tätigen gemäss BFS nur gerade 6,4 Prozent der Bevölkerung regelmässig Käufe über das Internet. Gemäss Andersen scheint der Schweizer Konsument im europäischen Vergleich vorsichtiger, ängstlicher und sicherheitsbewusster zu sein.²⁰ Verglichen mit Ländern mit ähnlichem Lebensstandard und Zugangsmöglichkeiten zum Internet, wie Dänemark, Schweden und die Niederlande²¹, sind die Schweizer Konsumenten weniger zahlreich. Es herrscht somit ein Missverhältnis zwischen den in der Schweiz vorhandenen Infrastrukturen in quantitativer und qualitativer Hinsicht und der tatsächlichen Nutzung des Internet durch die Schweizer Konsumenten zum Erwerb von Waren und Dienstleistungen. Vermutet wird, dass die schweizerische Gesetzgebung und ihre Anwendung das Konsumentenvertrauen nicht ausreichend stützen kann. Eine Vermutung, die durch die vorliegende Untersuchung bekräftigt wird. Die folgenden Untersuchungen zeigen das Verhalten der Konsumenten beim E-Commerce und heben einige Probleme im Zusammenhang mit dem Internet hervor.

Eine im Herbst 2002 für das BFS durchgeführte Erhebung zeigt auf, dass der E-Commerce bei den Unternehmen im Bereich Einkauf stärker entwickelt ist als beim Verkauf. Erschwert wird der Verkauf über das Internet vor allem durch ungeeignete Produkte und fehlendes Konsumentenvertrauen. Dieses Misstrauen beruht auf rechtlichen Lücken hinsichtlich Zahlungssicherheit, Datenschutz, Vertragssicherheit und Haftung.²² Diese Ergebnisse decken sich mit den Aussagen in der Untersuchung des National Consumer Council, wonach die Konsumenten Angst haben, ihre Kreditkartennummer anzugeben, nicht sicher sind, ob sie es mit einem ehrlichen Verkäufer zu tun haben und die Ware oder die Dienstleistung vor dem Kauf nicht prüfen können. So fühlen sich 78 Prozent der Konsumenten beim Onlineeinkauf weniger sicher als bei herkömmlichen Einkäufen. Nur eine Minderheit ist der Meinung, dass sie beim Handeln über das Internet die gleichen Rechte und den gleichen Schutz geniessen wie bei den anderen Vertriebskanälen.²³ Auch sind die

¹⁶ Hollenstein und Wörter, 2003, S. 42.

¹⁷ World Economic Forum, 2003 und www.ejic.org.

¹⁸ Economist Intelligence Unit, 2003 und www.ebusinessforum.com.

¹⁹ 67 % in Schweden, 64 % in den Niederlanden, aber nur 38 % in Deutschland, 34 % in Frankreich. Quelle: Eurobarometer, 2004, S. 10.

²⁰ Andersen, 2001, S. 5.

²¹ Eurobarometer, 2004, S. 3.

²² BFS, 2003, S. 2.

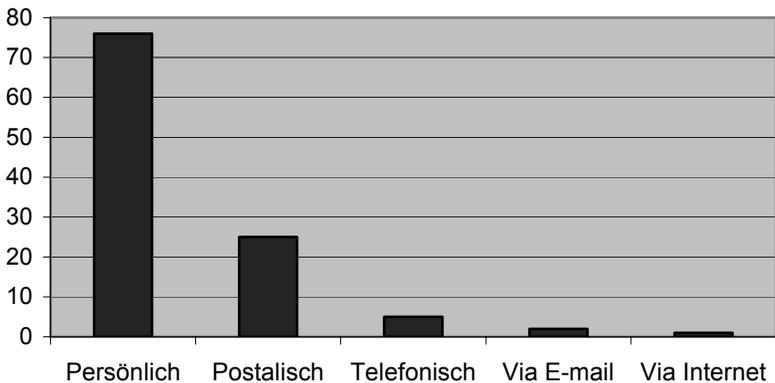
²³ OECD, 2003, S. 4.

Konsumenten stets skeptischer in Bezug auf ihren Schutz, wenn es um grenzüberschreitende und nicht um Käufe im eigenen Land geht.

Gemäss der vom Rat für Persönlichkeitsschutz durchgeführten Erhebung sind 57 Prozent der Schweizer der Meinung, dass sie sich gegen missbräuchliche Verwendung ihrer persönlichen Daten nicht schützen können, was Nachteile (70%), Übergriffe auf die Privatsphäre (62%), finanzielle Verluste (52%) oder sogar einen Angriff auf ihre Ehre (50%) zur Folge haben könnte. Die Daten, welche sie am wenigsten preisgeben, sind die Kreditkartennummer, das Vermögen, die Schulden und das Einkommen. Gerade das Internet hat denn auch den Ruf, in Bezug auf den Datenschutz am wenigsten Sicherheit zu gewähren, wie Abbildung 1 zeigt.

Abbildung 1

Von den Konsumenten bevorzugte Kommunikationsmittel für die Auskunftserteilung über ihre persönlichen Daten (in %)



Quelle: Rat für Persönlichkeitsschutz, 2004, S. 11.

Gemäss der Untersuchung von Rudolf und Löffler²⁴ haben 25 Prozent der Schweizer Bevölkerung bereits wenigstens einen Kauf über das Internet getätigt. Die Käufe betreffen vor allem Bücher, CDs, Computer-Zubehör, Videos/DVDs und Reisen.²⁵ Der durchschnittliche Wert dieser Käufe liegt bei 553 Franken. Diejenigen, welche noch keine Onlinekäufe getätigt haben, sind gegenüber dem E-Commerce skeptischer (Sicherheit, Datenschutz, Information, Widerrufsrecht) als diejenigen, die bereits elektronischen Handel praktiziert haben.

Die Untersuchung WEMF 2003²⁶ zeigt, dass Deutschschweizer E-Konsumenten vor allem auf Schweizer Websites einkaufen (86 %), dann aber auch auf Deutschen (31 %). Der internationale Charakter der Käufe auf dem Internet wird durch eine Untersuchung von Ernst&Young bestätigt, wonach 72 Prozent der Schweizer

²⁴ Rudolf und Löffler, 2002.

²⁵ Gleichlautend: Funk, 2001, S. 16 und WEMF, 2003, S. 7.

²⁶ WEMF, 2003, S. 6.

E-Konsumenten bereits auf ausländischen Websites eingekauft haben.²⁷ Ferner scheint sich das Misstrauen der Schweizer Konsumenten gegenüber der Nutzung der auf dem Internet verwendeten Zahlungsmittel zu bestätigen: Die Rechnung (72 %) kommt lange vor der Kreditkarte (37 %) und der Zahlung gegen Nachnahme (13 %). Ausgeprägt ist der Unterschied zu den europäischen Websites, wofür folgende Prozentsätze gelten: 52 Prozent, 71 Prozent und 44 Prozent.²⁸

Weltweit gesehen machte der Umsatz im E-Commerce im Jahre 2003 weniger als 2 Prozent aller Detailhandelsverkäufe aus. Allerdings sind erhebliche Zuwachsraten zu verzeichnen, selbst in den entwickelten Ländern.²⁹ 70 Prozent der amerikanischen Unternehmen auf dem Internet erzielen Gewinne³⁰, was noch bei wenigen europäischen Unternehmen der Fall ist. Tabelle 1 zeigt die Schätzungen einiger wichtiger Parameter des E-Commerce in 17 europäischen Ländern inklusive der Schweiz.

Tabelle 1

**Entwicklung des E-Commerce in Europa zwischen 2000 und 2008
(inklusive der Schweiz)**

Jahre	Käufer (in Millionen)	Warenkorb (in Euro)	Umsatz (in Milliarden Euro)
2000	32		8,4
2001	43		16,5
2002	52		22,4
2003	70,2	425	29,8
2004	85,6	479	40,1
2005	98,9	525	51,9
2006	110,2	591	65,1
2007	119,2	673	80,3
2008	126	776	97,8

Quelle: www.journaldunet.com/cc/04_ecommerce/ecom_marche_eu.shtml

Tabelle 1 verdeutlicht, dass die Zunahme des Umsatzes dem Zusammenspiel zweier Phänomene zu verdanken ist: Der Zunahme der Konsumenten (was wiederum die Folge einer Zunahme der mit dem Internet verbundenen Personen ist³¹) und der Zunahme des Durchschnittswertes der über das Internet getätigten Käufe. Der Umsatz müsste sich im Vergleich mit 2003 binnen dreier Jahre verdoppeln und binnen fünf Jahre verdreifachen.

²⁷ Walther, 2002, S. 198.

²⁸ EVZ-Netz, 2001, S. 24.

²⁹ + 56 % in Frankreich und + 72 % in Grossbritannien im Jahre 2003, gemäss www.journaldunet.com.

³⁰ UNCTAD, 2003, S. 1.

³¹ Gemäss Seydtaghia, 2003, surfen 70 % der Internetnutzer, welche Onlinekäufe tätigen, mindestens seit 3 Jahren. Gleiche Schätzungen gibt es auf www.journaldunet.com.

Für die Schweiz sind zum Umsatz oder zu den auf dem Internet erzielten Gewinnen keine umfassenden Statistiken verfügbar. Die vom Verband des Schweizerischen Versandhandels herausgegebenen Schätzungen, wonach 2003 die Onlinekäufe 10,3 Prozent des gesamten Versandhandels, das heisst 220 Millionen Schweizer Franken, ausmachen sollen³², sind fraglich, da die erfassten Bereiche nicht unbedingt repräsentativ sind. Als Alternative legt die PVK in Tabelle 2 Daten im Zusammenhang mit der Anzahl Besuche auf den E-Commerce-Websites vor. Amazon liegt an 7. Stelle aller 2003 in der Deutschschweiz besuchten Websites. Natürlich münden nicht alle diese Besuche in einen Kauf, nutzen doch die Konsumenten das Internet auch zur Information und zu Preisvergleichen.

Tabelle 2

Die gemäss den Kriterien des erweiterten Benutzerkreises 10 meistbesuchten E-Commerce-Websites³³ (in der Deutschschweiz, 2003)

Website	Nutzer	Website	Nutzer
Amazon.ch/amazon.de	622 000	Shop.coop.ch	376 000
Interdiscount.ch	493 000	Dell.ch	360 000
Ticketcorner.ch	471 000	Easyjet.com	358 000
Swiss.ch	464 000	Weltbild.ch	313 000
Exlibris.ch	431 000	Books.ch	312 000

Quelle: Basierend auf WEMF, 2003, S. 2–3.

2.2 Die Rechtslage in der Schweiz

In der Schweiz sieht Artikel 97 Bundesverfassung vor, dass der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumenten trifft. Es gibt kein besonderes Gesetz über den E-Commerce. Die Schweiz hält sich diesbezüglich an das klassische rechtliche Instrumentarium. Dies ist das Obligationenrecht (OR; SR 220), das die vertraglichen Beziehungen zwischen Konsumenten und Anbietern regelt. Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) will im Interesse aller Beteiligten einen lautereren und unverfälschten Wettbewerb gewährleisten. Das Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (KIG; SR 944.0) bezweckt eine objektive Information der Konsumenten. Schliesslich ist das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) auf den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden, gerichtet.

Im Januar 2001 wurde auf Grund von Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen und mehrerer parlamentarischer Vorstösse der Vorentwurf einer Revision von OR und UWG in die Vernehmlassung geschickt. Ziel dieser

³² Verband des Schweizerischen Versandhandels, 2004, S. 3.

³³ Der Kreis der erweiterten Nutzer ist die die Summe der Personen, welche die erwähnte Website mindestens einmal in den sechs vergangenen Monaten genutzt haben. Die Gesamtzahl der Nutzer beträgt 2'581'000 Personen. Die Untersuchung WEMF rezensiert alle Websites, während die obenstehende Tabelle diejenigen Websites aufnimmt, welche Dienstleistungen im Bereich des E-Commerce anbieten.

Revision war es sicherzustellen, dass die Teilnahme am E-Commerce den Konsumenten nicht zum Nachteil wird. Die Reaktionen waren eher gedämpft. Im Dezember 2002 nahm der Bundesrat von den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis und beauftragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement mit der Ausarbeitung einer Botschaft, welche in der zweiten Hälfte 2004 erscheinen sollte. Andererseits wurde im Februar 2003 auf Grund zweier Motionen eine Botschaft über die Teilrevision des DSG vorgelegt. Der Nationalrat wies den Entwurf im März 2004 an den Bundesrat zurück.³⁴ Schliesslich hat der Bundesrat am 7. April 2004 das EVD beauftragt, einen Expertenbericht über die Revision des KIG in die Vernehmlassung zu schicken.³⁵ Diese drei Entwürfe gehen einen Teil der in diesem Bericht behandelten Aspekte an.

2.2.1 Die internationalen Bestimmungen über den E-Commerce in Kürze

Im Dezember 1999 hat die OECD die «Leitlinien für den Verbraucherschutz im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr» erlassen. Dieses Dokument postuliert, dass der Konsumentenschutz transparent und wirksam sein muss, wie das andere Handelsformen auch kennen. Es dient als Referenz für eine grosse Anzahl nationaler Gesetzgebungen, für Konsumentenschutzorganisationen und Zertifizierungsgesellschaften.

Im Datenschutzbereich hat der Europarat die Übereinkunft zum Schutz personenbezogener Daten angenommen. Die OECD ihrerseits verabschiedete 1980 die «Richtlinien über den Schutz der Privatsphäre und den grenzüberschreitenden Fluss von personenbezogenen Daten».

Andere internationale Organisationen wie die Welthandelsorganisation oder die Weltorganisation für geistiges Eigentum haben ebenfalls Richtlinien über besondere Aspekte des E-Commerce erlassen. Selbst wenn diese Bestimmungen für die Schweiz kaum je zwingend sind, wird sie als Mitglied dieser Organisationen doch dadurch beeinflusst.

Schliesslich hat die EU in diesem Bereich folgende Richtlinien erlassen: Die Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, die Richtlinie 99/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, die Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienstleistungen der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), die Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, sowie die Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

³⁴ Vgl. Ziff. 4.2.

³⁵ BfK, 2004.

2.3

Hauptakteure des E-Commerce in der Schweiz

Die Hauptakteure des E-Commerce sind natürlich die Konsumenten und die Anbieter, welche weder bei den Verhandlungen, noch beim Vertragsabschluss physisch miteinander in Kontakt treten. Die Provider, die Zertifizierungsorganisationen, die Kreditkartenunternehmen und die Konsumentenschutzverbände runden das Bild der privaten Akteure ab.

In diesem Bericht wird der Konsument nicht auf den Kreis der Internetfanatiker beschränkt, sondern folgt der Definition des Eidgenössischen Versicherungsgerichts: Danach darf die Attraktivität und der Einfluss der Werbung auf den durchschnittlichen Konsumenten nicht unterschätzt und dessen Fähigkeit zu kritischer Einschätzung nicht überschätzt werden (BGE 129 III 426, 435).

In der Schweiz gibt es verschiedene öffentliche Akteure, die unter anderem mit der Thematik des E-Commerce beauftragt sind³⁶: Das Eidgenössische Büro für Konsumentenfragen (BfK), das Bundesamt für Justiz (BJ), das Seco, der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDSB), die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) und das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM).

Die Rolle des EDSB besteht in der Überwachung der Umsetzung des DSG. Darauf wird im Detail in Ziffer 4.4.13 zurückgekommen. Die Rollen der ESTV und des BAKOM berühren die angegangenen Themen nur am Rande und werden in der vorliegenden Evaluation somit nicht vertieft behandelt.

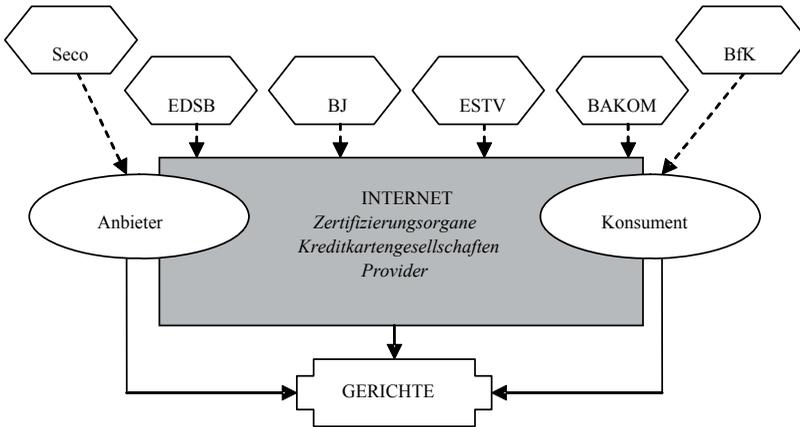
Das BfK ist beim Bund zuständig für die Konsumentenpolitik. Es wacht über die gemeinsamen Interessen der Konsumenten im Rahmen des allgemeinen Interesses. Es nimmt an der Ausarbeitung und der Umsetzung der Gesetze und Verordnungen im Konsumbereich einschliesslich des E-Commerce teil.

Das BJ befasst sich praktisch ausschliesslich mit den gesetzgeberischen Belangen hinsichtlich der vertraglichen Aspekte (national und international) und des unlauteren Wettbewerbs beim E-Commerce. Es erarbeitet somit vor allem Botschaften und antwortet auf parlamentarische Interpellationen.

Das Seco schliesslich zielt auf die Schaffung von politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, unter denen sich die Wirtschaft entwickeln kann, und trägt im Bereich des E-Commerce zu den Aspekten beim unlauteren Wettbewerb bei. Es übt die Oberaufsicht über die Preisbekanntgabe aus (Art. 20 UWG), während die anderen Kapitel des UWG dem Straf- und Zivilrechtsbereich zugehörig sind. Es wacht durch seine Teilnahme an internationalen Konferenzen und durch sein Recht, Klage einzureichen, um einen ausländischen Konsument gemäss Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe c UWG zu schützen, über den guten Ruf der Schweiz.

³⁶ In Frankreich wurde Ende 2000 das «Centre de surveillance du commerce électronique» geschaffen; es ist der für Wettbewerb, Konsum und Betrugsbekämpfung zuständigen Behörde angegliedert, und basiert auf ³⁷ «cyberenquêteurs». Vgl. <http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/>

Die Akteure im Bereich des E-Commerce



Quelle: PVK

Im Jahre 1996 setzte der Bundesrat eine «Groupe de réflexion» zur Informationsgesellschaft in der Schweiz ein. Auf der Grundlage ihres Expertenberichts³⁷ entwickelte er eine Strategie für die Entwicklung der Informationsgesellschaft, einschliesslich der Formulierung rechtlicher Rahmenbedingungen.³⁸ Bezüglich des E-Commerce verlangt diese Strategie die «für eine verlässliche Nutzung dieser Anwendung notwendigen, international abgestimmten Rahmenbedingungen zu schaffen, unter Einhaltung des Grundsatzes der Gleichstellung mit dem traditionellen Geschäftsverkehr». Das Finanzdepartement und das Volkswirtschaftsdepartement sind mit dieser Thematik beauftragt. Seit 1999 verfasst der Interdepartementale Ausschuss Informationsgesellschaft (IDA IG) einen Jahresbericht über die verschiedenen Aspekte der Informationsgesellschaft einschliesslich des E-Commerce.

Zur Rolle der öffentlichen Akteure sei auf Ziffer 3.10 verwiesen.

Die Gerichte werden tätig auf die Klage von Seiten eines Konsumenten oder eines Anbieters. Die Urteile und die Rechtsprechung dienen der Rechtsanwendung und –fortbildung. Die Rolle der Gerichte wird unter Ziffer 3.5 untersucht.

³⁷ <http://www.admin.ch/ch/d/egov/egov/kig/kig.html>.

³⁸ http://www.infosociety.ch/site/propos/references/details.asp?id_fiche=2867.

3 Vertragliche Aspekte

Diese Ziffer befasst sich mit den vertraglichen Aspekten beim Konsumentenschutz im E-Commerce in der Schweiz. Dabei geht es nicht nur um eine Evaluation im Lichte des eigentlichen Vertragsrechts gemäss OR, sondern weitergehend auch im Lichte der Bestimmungen von UWG und KIG, die Verträge betreffen. Die erste Ziffer präzisiert die Fragen, auf welche die PVK eine Antwort zu geben versucht. Die zweite Ziffer listet die wichtigsten Probleme auf, wie sie sich aus den durch die PVK geführten Interviews ergaben. In den nachfolgenden Abschnitten wird dann spezifischer auf diese Probleme eingegangen, und zwar in der Reihenfolge ihrer Bedeutung.

3.1 Untersuchungsfragen

An erster Stelle muss vorerst noch die Grundsatzfrage im Bereich der vertraglichen Aspekte auf dem Internet durch folgende Untersuchungsfragen ergänzt werden:

- *Welches sind, gemessen an anderen Vertragsformen und an den Besonderheiten des E-Commerce, die hauptsächlichsten Lücken und Widersprüche bei den vertraglichen Aspekten im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz im Bereich des E-Commerce?*
- *Wie werden die Rechte und Pflichten auf Information, die dem Konsumenten zustehen müssen damit er auf dem Internet seine Wahl treffen kann, umgesetzt?*
- *Schützt der Sanktionsmechanismus den Konsumenten angemessen?*

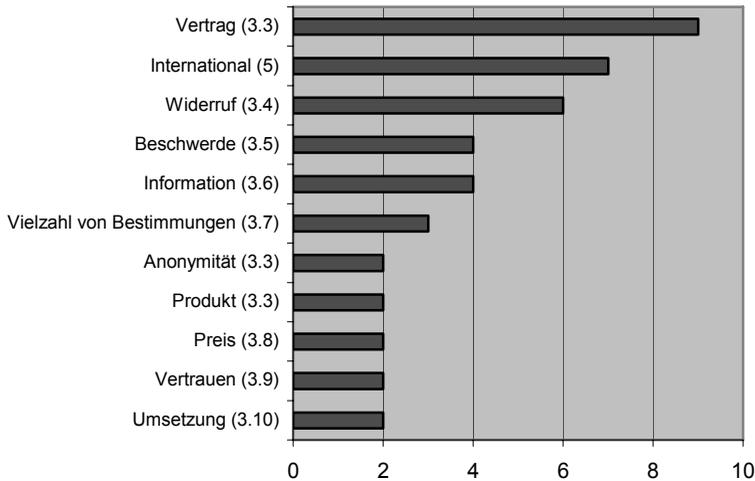
Es geht also darum zu untersuchen, ob die geltenden Bestimmungen einen wirksamen Schutz des Konsumenten in diesem Bereich erlauben, sowie insbesondere, zu klären, ob der Konsument in der Lage ist, eine freie und überlegte Entscheidung zu treffen. Die Antworten zu diesen Untersuchungsfragen werden in den Schlussfolgerungen dieser Evaluation zusammengefasst.

3.2 Globale Problematik

Die PVK führte 13 Interviews durch, um sich ein Urteil über die wichtigsten Probleme der vertraglichen Aspekte im E-Commerce in der Schweiz zu bilden.³⁹ Die befragten Personen gaben total 18 unterschiedliche Argumente an. Abbildung 3 klassiert die hauptsächlichsten Probleme nach Häufigkeit ihrer Nennung im Verlauf der 13 Interviews. Sie betreffen den Vertrag als solchen, die grenzüberschreitenden Aspekte, das Widerrufsrecht, die Beschwerdemöglichkeiten, die Konsumenteninformation im Bereich E-Commerce, usw.

³⁹ Vgl. Frage 1) des Fragebogens im Anhang, S. 5051.

Häufigkeit der Probleme bei den vertraglichen Aspekten im Bereich E-Commerce



Quelle: PVK

Bemerkung: die Angaben in Klammern beziehen sich auf die Nummern der Abschnitte, in denen die jeweiligen Probleme behandelt werden.

3.3 Der Vertrag

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich (Art. 1 OR). Der Vertragsabschluss umfasst mehrere Etappen. In der Phase vor dem eigentlichen Abschluss beeinflussen die Identität des Anbieters, die Eigenschaften der Ware oder der Dienstleistung, die allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Werbung die Wahl des Konsumenten. Der Vertrag selbst kann mehrere Formen annehmen, unter Anwesenden oder Abwesenden abgeschlossen werden, doch muss er immer eine Offerte enthalten, die zum Abschluss des Vertrags von der Gegenpartei angenommen werden muss. Die gesetzlichen Bestimmungen müssen eine freiwillige, klare und überlegte Einwilligung des Konsumenten ermöglichen und ein Minimum an Lauterkeit in den Vertragsklauseln gewährleisten.

Das von den befragten Personen angesprochen Hauptproblem betrifft den Vertrag, und zwar von der vorvertraglichen Phase bis zu seinem Abschluss. In dieser Ziffer werden auch die mit der Anonymität des Anbieters und den Produkteigenschaften verknüpften Probleme dargestellt.

3.3.1 Die vorvertragliche Phase

Die Pflicht, über die *Identität des Anbieters* zu informieren, gründet in Artikel 3 Buchstabe b UWG. Diese Bestimmung regelt allgemein das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken. Untersagt ist die Täuschung über die Identität, nicht verlangt wird hingegen, dass die Identität aufgedeckt wird. Diese Forderungen wurden für die Geschäftstätigkeit zwischen zwei anwesenden Parteien vorgesehen. Treten die Parteien physisch nicht in Kontakt, gewinnt die Verpflichtung, über die Identität des Anbieters und seiner Produkte zu informieren, an Bedeutung. So kommt es beispielsweise vor, dass Anbieter ihre Identität ändern und auf anderen Websites wieder auftauchen. Die Internet-Adresse entspricht nicht unbedingt dem gesetzlichen Namen des Unternehmens. Der Internet-Anbieter ist auf Grund der geltenden Bestimmungen nicht gehalten, seine Identität, wie sie im Handelsregister eingetragen ist, seinen Firmensitz oder seinen Wohnort preiszugeben⁴⁰; er kann sich hinter Phantasienamen verstecken (einen Vertrag mit dem Unternehmen Sunshine SA abzuschliessen genügt) und anonyme Postfächer benutzen. Dies ist eine grosse Lücke, welche sich zum Nachteil des Wirtschaftsstandortes Schweiz auswirkt.⁴¹ Selbst die Internet-Adressen, welche auf «.ch» enden, sind nicht ausschliesslich solche von in der Schweiz domizilierten Unternehmen.

Ferner besteht keine Kontrolle der Identität der Anbieter. Im Vertragsrecht gibt es keine staatliche Überwachung; es ist ein Recht, das zwischen zwei Privaten Anwendung findet. Die Regelung beschränkt die Handlungsfreiheit und bringt keine Aufsicht über den Anbieter oder seine Produkte. Täuscht der Anbieter den Konsumenten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe b UWG, begeht er einen Akt unlauteren Wettbewerbs, und auch die Verteidigungsmöglichkeiten richten sich nach dem UWG: Zivilklagen (Art. 9 und 10 UWG) und Strafantrag (Art. 23 UWG). Diese Mittel haben indessen keinen Einfluss auf den zwischen Anbietern und Konsumenten abgeschlossenen Vertrag.

Die Richtlinien der OECD, der auch die Schweiz angehört, verlangen, dass die Websites den gesetzlichen Namen sowie die geographische und telefonische oder die E-Mail Adresse enthält. Die E-Mail Adresse ist beispielsweise wichtig, um den Anbieter auf dem gleichen technischen Weg zu kontaktieren wie derjenige, welcher genutzt wird, um den Vertrag via Internet abzuschliessen.

Tabelle 3 zeigt auf, in welchem Umfang diese Angaben auf den durch verschiedene statistische Untersuchungen geprüften Websites fehlen.

⁴⁰ Stauder, 2001, S. 146.

⁴¹ Schweiz. Bundesrat, 2001, S. 27.

Fehlen bestimmter Angaben auf dem Internet

Untersuchungen	Schwager	Gilding	Andersen	EVZ	NCC
Untersuchte Länder	Schweiz (2003)	Schweiz (2001)	Schweiz (2001)	EU (2003)	Grossbrit. (2000)
Name der Firma	0 %		0 %		7 %
Physische Adresse	17 %	7 %	16 %	9 %	12 %
Telefon	7 %	7 %	4 %	6 %	4 %
E-Mail	0 %	10 %		5 %	3 %
Kontaktperson	40 %			81 %	

Quellen: Schwager, 2003, Gilding, 2001, Andersen, 2001, EVZ-Netz, 2003, NCC, 2000.

Nach Angaben der von der PVK befragten Personen gibt es somit in Bezug auf den Anbieter keinerlei Sicherheit: Dies ist das Risiko der Anonymität. Es gibt fachkundige Online-Käufer, welche versuchen, sich Informationen zu beschaffen.⁴² Der E-Commerce richtet sich jedoch an alle Konsumenten. So beginnen nun, nachdem sich vorerst die neuen und kleinen Anbieter auf dem Internet stark entwickelt haben, die ehemaligen Unternehmen mit einem physischen Laden das Internet zu dominieren. Die Neugründungen des E-Commerce müssen sich oft Marken anschliessen, welche physisch bekannt sind und vom Konsumenten geschätzt werden.

Auch hinsichtlich *der Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen* gebietet keine gesetzliche Verpflichtung, die Konsumenten objektiv und vollständig zu informieren.⁴³ Zwar verlangt Artikel 2 KIG, dass die wesentlichen Eigenschaften und der wesentliche Inhalt der zum Kauf angebotenen Waren und Dienstleistungen deklariert werden, doch ist dieses Gesetz nach Meinung gewisser Experten «ein zahlloser Papiertiger» geblieben.⁴⁴ Die Definition dieser wesentlichen Eigenschaften wurde den Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten überlassen. Sie bestimmen in privatrechtlichen Vereinbarungen Form und Inhalt der Deklarationen. Allerdings wurden solche Vereinbarungen nur selten getroffen. Kommt keine Vereinbarung zustande oder wird eine Vereinbarung unzureichend erfüllt, kann der Bundesrat eingreifen. Das war allerdings noch nie der Fall. Ferner hat der Bundesrat keine Liste mit den der Deklarationspflicht unterliegenden Dienstleistungen erstellt, was bedeutet, dass der Anbieter von Dienstleistungen mangels gesetzlicher Verpflichtung nicht zur Deklaration der wesentlichen Eigenschaften der angebotenen Dienstleistung angehalten werden kann.

Gemäss Artikel 3 Buchstabe b UWG handelt unlauter, wer über seine Ware oder seine Dienstleistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht. Bei Onlinekäufen kennt der Konsument die Ware erst, wenn sie geliefert wird. Dennoch ist der

⁴² Sie stützen sich beispielsweise auf Referenzwebsites ab, wie www.switch.ch, um sich zu vergewissern, dass Websites mit dem Domainnamen «.ch» tatsächlich existieren und lauter sind.

⁴³ Einige Spezialfälle, wie das Bundesgesetz über den Konsumkredit (SR **221.214.1**) und das Bundesgesetz über die Pauschalreisen (SR **944.3**), ausgenommen. Stauder, 2001, S. 145.

⁴⁴ Jörg, 2003, S. 53.

Verkäufer nach UWG nicht verpflichtet, den Konsumenten klar und umfassend über die wesentlichen Eigenschaften der Ware zu informieren.

Die Bekanntgabepflicht bezüglich des Preises der Ware oder der Dienstleistungen gemäss PBV wird in Ziffer 3.8 behandelt.

Nach der Untersuchung von Schwager beschreiben 10 Prozent der schweizerischen Websites die angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht, und nach der Untersuchung von Andersen informieren 14 Prozent dieser Websites nicht angemessen über die wesentlichen Eigenschaften der Waren und Dienstleistungen.

Auch die *Produktgarantie* kann einen Einfluss auf den Kauf des Konsumenten haben. In der Schweiz gibt es für den E-Commerce, wie überhaupt für sämtliche Handelsformen, keinen Anspruch auf Nachbesserungsrecht der mangelhaften Sache. Möglich sind unter dem Titel der Sachgewährleistung die Wandelung des Vertrages, die Minderung des Preises (Art. 205 OR) oder, andere Ware zu verlangen (Art. 206 OR). Die Frist für die Klage auf Sachgewährleistung beträgt ein Jahr (Art. 210 OR). Diese Ansprüche werden regelmässig und völlig legal durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen (Art. 199 OR). Diese Rechtslage untergräbt das Vertrauen der Konsumenten.

In der Schweiz werden die *allgemeinen Geschäftsbedingungen* nirgends besonders geregelt. Um diese Bedingungen zu akzeptieren, muss der Konsument davon Kenntnis nehmen, was nur möglich ist, wenn sie lesbar, verständlich⁴⁵ und vor Abschluss des Vertrages zugänglich sind. Eine schweizerische Website hat zum Beispiel allgemeine, speziell an ihre junge Kundschaft angepasste Geschäftsbedingungen entwickelt. Andere Websites setzten sie auf eine halbe A4-Seite oder fassen sie in elf Punkten zusammen. Dies in starkem Gegensatz zu gewissen anderen Websites, auf denen die allgemeinen Bedingungen nur im Kleingedruckten zu finden sind oder sich auf mehrere Seiten verteilen. Ein weiteres Problem ist die Sprache, sollten doch die Bedingungen für den Konsumenten verständlich formuliert sein.

Artikel 8 UWG bestimmt, dass unlauter handelt, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei sind, und wenn sie erheblich von der anwendbaren gesetzlichen Ordnung abweichen. In der Schweiz unterliegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen keiner Inhaltskontrolle.⁴⁶ So wird denn auch in der Literatur in überwiegender Masse die Meinung vertreten, dass das Fehlen einer wirksamen Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Verträgen mit den Konsumenten eine empfindliche Lücke darstellt.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nichtig, sofern sie gegen zwingendes Recht verstossen (Art. 19 und 20 OR). Doch kennt das OR im Rahmen des E-Commerce, wo es zur Hauptsache um Kaufverträge und Aufträge geht, praktisch kein zwingendes Recht. Das schweizerische Recht gewährleistet somit dem Konsumenten keine unveräusserlichen Ansprüche, wenn die Ware nicht vertragskonform ist oder verspätet geliefert wird.

Ein Vertrag, der einen *unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig* (Art. 20 OR). Ferner kann sich der Anbieter strafrechtlich haftbar machen. So muss er die Verbote über die Darstellung von Gewalt,

⁴⁵ Jaccard, 2000, S. 25.

⁴⁶ Langer, 2003, S. 415.

Pornographie und Rassendiskriminierung (Art. 135, 197 und 261^{bis} Strafgesetzbuch; SR 311.0) beachten. Auf der anderen Website fallen bestimmte Produkte unter Gesetzgebungen, welche ihre Werbung oder ihren Distanzkauf verbieten oder zumindest regeln können. Es handelt sich dabei unter anderem um das Bundesgesetz über den Verkehr mit Giften (SR 813.0), das Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (SR 817.0), das Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (SR 680) und das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG; SR 812.21).

Nach Meinung mehrerer von der PVK befragter Experten ist das Internet in der Tat problematisch, ist doch die Versuchung gross, sich im Ausland Produkte zu beschaffen, welche in der Schweiz reglementiert oder verboten sind. Sie geben an, dass die Gesetze, wenn es um verbotene Produkte geht, an sich klar sind, die Stellen, welche die Verbote durchsetzen sollten, diese Aufgabe jedoch nicht allzu ernst nehmen und sie nicht umsetzen. Die Ämter sind jedenfalls nicht proaktiv auf dem Internet. Die Kosten der Umsetzung dieser Verbote sind hoch und in Anbetracht der auf dem Internet noch umgesetzten Summen ist das Interesse minim.

Das HMG kennt bei den Medikamenten keine besonderen Vorschriften für den E-Commerce; Artikel 27 HMG über den Versandhandel wird durch extensive Auslegung angewendet. Swissmedic erinnert daran, dass in der Schweiz nur mit autorisierten Produkten gehandelt werden darf, während auf dem Internet hunderte von nicht autorisierten Produkten verfügbar sind. Umgekehrt ist der Import von nicht autorisierten Produkten zum persönlichen Gebrauch über das Internet erlaubt. Das von Swissmedic unterstützte Zollamt führt stichprobenweise Kontrollen durch. Swissmedic warnt die Schweizer Konsumenten vor diesen Produkten, indem sie ihre Informationspflicht wahrnimmt (Art. 67 HMG). Sind diese Produkte auf Schweizer Websites verfügbar, kann sie eingreifen, und es können Administrativ- und Strafmassnahmen verhängt werden.⁴⁷ Seit Januar 2002 hat sie die Stilllegung von drei Schweizer Websites angeordnet.

Die befragten Verantwortlichen der Websites sagen auch, dass sie das Alter ihrer Kunden nicht kontrollieren können, und dass sie sich auf die gegenseitige Ehrlichkeit verlassen. Ein solcher Sachverhalt hat die Untersuchung von Gilding bestätigt, wonach 90 Prozent der Schweizer Websites nicht auf das Erfordernis der elterlichen Zustimmung oder eines bestimmten Mindestalters als Voraussetzung für ein bestimmtes Geschäft hinweisen. Bekanntlich muss eine Person mündig und urteilsfähig sein, um einen Vertrag abzuschliessen zu können. Die Rechtsprechung hat die Frage der von Minderjährigen auf dem Internet abgeschlossenen Käufen noch nicht behandelt: Kann von einer generellen elterlichen Ermächtigung zum Surfen auf dem Internet und zum Kauf eines Gutes oder einer Dienstleistung ausgegangen werden, und müssen diese die Folgen daraus tragen?

Die *widerrechtliche Werbung* auf dem Internet ist im UWG, in sektoriellen Gesetzen sowie im Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10) geregelt, doch sie zieht nicht die Nichtigkeit des Vertrages nach sich. Ein oft erwähntes Problem ist dasjenige des Spamming. Sowohl die EU als auch die Vereinigten Staaten haben dazu gesetzliche Grundlagen geschaffen. Die Botschaft über die Revision des FMG sieht Änderungen im FMG und im UWG vor, um das schweizerische Recht dem europäischen Standard anzupassen. Das bedeutet, dass die Massenwerbung der Zustimmung des

⁴⁷ Seit Januar 2002 wurde im Bereich E-Commerce in 36 Fällen ein Verwaltungsverfahren eröffnet. Im Strafbereich erfolgten erste Eröffnungsverfügungen im März 2004.

Kunden bedarf, den Urheber korrekt erwähnen und die Möglichkeit einräumen muss, sich dieser Art von Werbung zu widersetzen.⁴⁸

Die Werbung über Medikamente wird ebenfalls im HMG geregelt. Swissmedic setzt die Werbung auf dem Internet derjenigen in Druckerzeugnissen gleich, was bedeutet, dass die Kontrollen – auf Grund von Anzeigen – somit nach dem Erscheinen dieser Werbung auf dem Internet erfolgen.⁴⁹ Wenn Reklame in der Schweiz die gesetzlichen Bestimmungen und das UWG schwer und wiederholt verletzt, kann Swissmedic den Anbieter während einer bestimmten Zeit verpflichten, ihr seine Reklameprojekte zur vorgängigen Kontrolle zu unterbreiten.⁵⁰

3.3.2 Der Vertragsabschluss

Der Vertrag via Internet kommt wie jeder andere Vertrag zustande: Es bedarf der *übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien* (Art. 1 OR). Diese Äusserung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Was zählt, ist, dass ein gültiger Antrag angenommen wird.⁵¹ Diese Annahme äussert sich im E-Commerce in der Regel in einem oder mehreren Tastenklicks oder durch Versenden einer E-Mail. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Käufer auf dem Internet ein Geschäft durch Betätigen einer falschen Taste versehentlich tätigt, ist deshalb entsprechend grösser.

Die befragten Personen bestätigten, dass der Ablauf des Vertragsabschlusses von Website zu Website unterschiedlich ist: Einmal umfasst der Abschluss drei Phasen, einmal fünf, einmal sogar zehn. Unterschiede gibt es auch zwischen dem ersten Kauf und einem vereinfachten Verfahren für die folgenden Käufe oder die wiederholten Käufe des gleichen Produkts.

Nach der Untersuchung von Schwager ist es in 13 Prozent der Fälle nicht klar, dass der letzte Klick der entscheidende ist, nämlich derjenige, mit dem die Bestellung definitiv aufgegeben wird. Nach Andersen sind sogar 39 Prozent der schweizerischen Websites beim Vorgehen für eine Bestellung zu wenig klar. Es kann deshalb vorkommen, dass ein Konsument überrascht wird und eine Bestellung in einem Zeitpunkt aufgibt, in welchem er dies nicht erwartet. Dies ist ein grosses Problem, welches das Konsumentenvertrauen in den E-Commerce untergräbt. Andererseits haben nach Consumers International 37 Prozent der Websites nicht umgehend und klar den Kauf bestätigt, was den Konsument oft dazu bewegt, seine Bestellung rückgängig zu machen.

In der Schweiz geht die Lehre im Allgemeinen davon aus, dass ein auf dem Internet abgeschlossener Vertrag als *unter Abwesenden* zustande gekommen gilt, da die beiden Parteien physisch nicht in Kontakt treten. In diesem Rahmen ist der Vertrag in dem Zeitpunkt und an dem Ort geschlossen, in welchem die Annahme dem Verkäufer zugeht. Es ist darauf hinzuweisen, dass wenn ein Widerruf des Antrags vor

⁴⁸ BBl 2003 7991.

⁴⁹ Bundesamt für Gesundheit, 2003, S. 14.

⁵⁰ Bundesamt für Gesundheit, 2003, S. 14.

⁵¹ Jaccard, 2000, S. 20.

oder gleichzeitig mit der Annahme beim Verkäufer eintritt, der Antrag als nicht geschehen zu betrachten ist (Art. 9 Abs. 1 OR).⁵²

Für die Verträge sieht das Obligationenrecht die *Formfreiheit* vor (Art. 11 Abs. 1 OR), was bedeutet, dass dem Vertragsschluss auf elektronischem Wege nichts entgegensteht.⁵³ Allerdings bedürfen gewisse Verträge einer besonderen Form gemäss Artikel 12 ff. OR (öffentliche Beurkundung, Erfordernis der Schriftlichkeit, vorbehaltene Form).

Nach Meinung der Doktrin sind die Anforderungen von Artikel 12 OR in Bezug auf die Schriftlichkeit im E-Commerce nicht erfüllt.⁵⁴ Verschiedene Experten nehmen an, dass die Rechtslehre nicht in der Lage ist, das Problem der Form der Verträge zu lösen, sondern dass ein neuer gesetzlicher Rahmen zu schaffen ist. Es ist möglich, dass die Einführung der digitalen Signatur⁵⁵ die Probleme der Identifizierung der Parteien und der Echtheit löst, doch auch sie ist nicht in der Lage, die Warnfunktion zu übernehmen.

Nach Meinung der von der PVK befragten Personen liegt eines der vertraglichen Probleme im E-Commerce darin, dass kein schriftlicher Vertrag und somit kein Beweis vorliegt. Einige halten dafür, dass das Fehlen eines schriftlichen Beweises nicht nur für den Konsumenten, sondern auch für den Verkäufer ein Nachteil ist. Die beiden Parteien sind einander gleich gestellt. Konkreter gesagt könnte sich der fehlende Beweis in einem Gerichtsverfahren nachteilig auswirken. Die Konsumentenschutzverbände empfehlen übrigens immer den Ausdruck der Auftragsseite. Von den Gerichten anerkannt werden könnte allenfalls die E-Mail Bestätigung.⁵⁶ Ausserdem hinterlassen die Geschäfte auf dem Internet oft mannigfache Spuren, welche in den Computern der Vertragsparteien wieder aufgefunden werden können.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind im Rahmen vertraglicher Regelungen nötig. Es handelt sich um vorformulierte Klauseln zu Gunsten der Lieferanten. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage der allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verträgen findet auch im Rahmen des E-Commerce Anwendung und gewährleistet ein echtes Einverständnis des Konsumenten. Zahlreiche Websites verlangen vom Konsumenten über einen Tastenklick ausdrücklich das Einverständnis mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Vertragsabschluss. Das heisst nicht, dass der Konsument sie auch wirklich gelesen hat; ein Verantwortlicher für Websites glaubt, dass sie lediglich von 10 Prozent der Kunden gelesen werden. Andere Websites verzichten auf ein ausdrückliches Einverständnis des Konsumenten mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen.

In der Schweiz sind die Verhältnisse somit sehr vielfältig: Die Untersuchung von Schwager zeigt, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen auf 8 der 30 Websites nicht zugänglich sind und diejenige von Andersen, dass 41 von 100 untersuchten Websites sich gar nicht auf solche Bedingungen beziehen. Ausserdem ist es nicht immer möglich, die Bedingungen zu drucken (59 %) oder zu speichern (9 %). Diese

⁵² Das Gleiche gilt, wenn der Widerruf beim Verkäufer eintritt, bevor dieser von der Annahme des Antrags Kenntnis genommen hat.

⁵³ Wharton und Zein, 2001, S. 57. Dies trifft insbesondere zu für den Fahrniskauf (Art. 184 ff. OR) und die Gewährung von Nutzungslizenzen.

⁵⁴ Wharton und Zein, 2001, S. 58.

⁵⁵ Das Bundesgesetz über die digitale Signatur wurde am 19. Dezember 2003 beschlossen (BB1 2003 8221).

⁵⁶ Offen bleibt die Frage, ob sich eine Sendung ohne digitale Signatur ebenfalls als Beweiswert eignet und ob ein solcher Vertrag als geschlossen gelten kann.

Situation ist nach Meinung zahlreicher von der PVK befragter Experten nicht befriedigend.

Das Angebot muss über wesentliche Eigenschaften wie Gegenstand, Menge und Preis Auskunft geben. Ferner muss klar daraus hervorgehen, dass das Geschäft getätigt ist, sobald der Käufer das Angebot annimmt.⁵⁷ Gemäss Artikel 7 Absatz 2 OR bedeutet der Versand von Tarifen, Preislisten usw. keinen Antrag, während gemäss Artikel 7 Absatz 3 OR die Auslage von Waren mit Preisangabe in der Regel als Antrag gilt.

Die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmungen auf den E-Commerce ist in der Literatur umstritten.⁵⁸ Einige Autoren gehen davon aus, dass der einzig durch die Annahme des Konsumenten abgeschlossene Vertrag dem Verkäufer keinen Handlungsspielraum gewährt. Dieser muss die Ware unabhängig von der Solvenz des Käufers liefern (es sei denn er hat keine mehr an Lager).⁵⁹ Es scheint, dass sich, je nachdem wie eine Website aufgebaut oder formuliert ist, beide Ansätze auf dem Internet finden lassen.

Dies wird von den von der PVK befragten Verantwortlichen der Websites bestätigt. Bei einigen Websites kommt das Angebot vom Konsumenten, und es kann dann vom Verkäufer angenommen oder abgelehnt werden. Im Allgemeinen sind sich die Konsumenten dieser Umkehrung des Vorgehens nicht bewusst. Meist ist es jedoch der Konsument, der den Vertrag abschliesst, indem er die Bestellung durch einen Tastenklick bestätigt.

Die Untersuchung von Consumers International, die sich auf 340 gekaufte Produkte bezieht, geht davon aus, dass 6 Prozent der bezahlten Artikel nicht geliefert wurden, und zwar oft, weil das Produkt nicht mehr am Lager war. Über dieses Problem ist der Konsument im Allgemeinen nicht unterrichtet.

Wichtig zu wissen ist der *Zeitpunkt* des Vertragsabschlusses, denn er ist massgebend für den Lauf gewisser Fristen, beispielsweise bezüglich Widerruf. Nach der in der Literatur vertretenen Auffassung kann sich der Schweizer Konsument nicht auf Vorschriften stützen, die zur Information über die Phasen des Vertragsabschlusses, die Möglichkeit der Speicherung des Vertragstextes, das Recht auf Datenkorrektur und die postalische Bestätigung des Vertragsabschlusses verpflichten.⁶⁰ Der Vertragsabschluss hängt auch von technischen Faktoren ab. Die Untersuchung des EVZ-Netzes zeigt, dass in 8 Prozent der übermittelten Bestellungen von Seiten des Verkäufers weder eine Reaktion, noch eine Information, eine Lieferung oder eine Rechnungsstellung erfolgte. Es stellt sich die Frage, ob es aus technischen Gründen nicht zur Bestellung kam. Der Konsument sollte darüber informiert werden, ob seine Bestellung berücksichtigt wurde oder nicht oder ob der Verkäufer ihm das Produkt nicht zu verkaufen wünscht.

Hinsichtlich der *Lieferfrist* kennt das schweizerische Recht keine gesetzlichen Vorschriften. Zwar kann der Konsument gemäss Artikel 75 OR die Erfüllung sofort verlangen, doch wird anerkannt, dass dem Verkäufer eine gewisse Zeit zu gewähren ist, um seine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen.

⁵⁷ Weber, 2001, S. 313.

⁵⁸ Züst, 2001, S. 20 und Weber, 2001, S. 314.

⁵⁹ Jaccard, 2000, S. 21.

⁶⁰ Langer, 2003, S. 105.

Gemäss Consumers International erfolgt die Lieferung des im Internet bestellten Produkts im Durchschnitt binnen zehn Tagen; für Lieferungen innerhalb eines Landes zählt man acht, für transnationale 13 Tage. Gemäss dem EVZ-Netz braucht die Lieferung eines transnationalen Produkts elf Tage. Die europäische Richtlinie setzt die Maximalfrist auf 30 Tage.

3.4 Das Widerrufsrecht

In der Schweiz gibt es in drei Bereichen ein Widerrufsrecht: beim Konsumkredit, bei der Heiratsvermittlung und bei den Haustürgeschäften.⁶¹ Einige Experten und Akteure des E-Commerce stellen die Frage, ob die in Artikel 40a und ff. OR umschriebenen Bedingungen direkt oder sinngemäss auf den E-Commerce anwendbar sind. Die Lehre sagt eher nein⁶², sind doch diese Bestimmungen auf Verträge unter Abwesenden nicht anwendbar und sehen Formerfordernisse vor, die auf das Internet nicht anwendbar sind (Art. 40d und 40e OR). Im Zeitpunkt, da der Konsument formell sein Einverständnis zum Abschluss eines Vertrages auf dem Internet gibt, ist dieses Einverständnis gleichwohl nicht ganz frei, klar und überlegt. Das schweizerische Recht hält also für das Risiko unbedachter Entscheidung als Folge eines raschen Vertragsabschlusses und des fehlenden direkten Kontakts mit der Ware – Probleme, die für den E-Commerce typisch sind⁶³ – keine Lösung bereit.

Nach Meinung der befragten Personen gewähren die meisten seriösen Websites ein Widerrufsrecht.⁶⁴ Dieser Anspruch beginnt in der Regel mit dem Versanddatum. Bereits sind die meisten transnationalen Websites verpflichtet, das Widerrufsrecht in Beachtung von Artikel 6 der EG-Richtlinie 97/7 einzuschliessen; diese Richtlinie sieht ein Widerrufsrecht von mindestens sieben Tagen vor. Die befragten Personen hoffen, dass die Schweizer Unternehmen die Schweizer Konsumenten nicht diskriminieren.

Auf Grund der statistischen Untersuchungen ist das Widerrufsrecht auf den Websites in der Schweiz nicht besonders verbreitet. Gemäss Andersen enthalten bloss 23 von 100 untersuchten Websites ein Widerrufsrecht. Nach der Untersuchung von Schwager erwähnten 47 Prozent der Websites überhaupt keine Widerrufsmöglichkeit oder die Möglichkeit der Rückgabe oder eines Tausches. Nach der Untersuchung von Gilding bieten 30 Prozent der Schweizer Websites kein Rückgabe-, Tausch- oder Widerrufsrecht an.

Zu erwähnen ist noch, dass der Konsument auf der Website des Anbieters auch über dieses Recht informiert werden muss, wie dies heute schon für Haustürgeschäfte in Artikel 40d OR vorgesehen ist.

⁶¹ In diesem Fall muss das Darlehen den Betrag von 100 Fr. überschreiten. Es ist vorgesehen, im Bereich des time-sharing ein Widerrufsrecht einzuführen. Es gibt bestimmte Produkte (Zeitungslieferdienst und entschlüsselte, individualisierte Bestellungen, Dienstleistungsverträge, die bereits vollzogen werden), auf welche dieses Recht nicht anwendbar ist.

⁶² Stauder, 2001, S. 146.

⁶³ Wharton et Zein, 2001, S. 61.

⁶⁴ Beispielsweise auf der Grundlage des Ehrenkodexes des Schweizerischen Versandhandels. Vgl. <http://www.vsv-versandhandel.ch/deutsch/ehrenkodex.htm>.

3.5

Beschwerde und Sanktionen

Das OR enthält eine Reihe von zivilrechtlichen Sanktionen für den Fall, dass der Vertrag nicht gültig zustande gekommen ist (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit usw.). Diese Massnahmen sind im Bereich des E-Commerce dieselben.

Die meisten von der PVK befragten Akteure erklären, dass die Möglichkeiten des Konsumenten zur Geltendmachung ihrer Rechte im Rahmen des Vertragsrechts rein theoretischer Natur sind.

Andererseits geben UWG und PBV dem Konsumenten oder dem Anbieter die Möglichkeit, Zivil- oder Strafklage einzureichen (Art. 9 ff. und Art. 23 und 24 LCD, sowie Art. 21 PBV). Den Experten fiel jedoch auf, dass es an eigentlichen Bestimmungen zum Schutz der Konsumenten und an wirksamen Instrumenten gegen missbräuchliche Klauseln fehlt.

Ferner sind die Strafmassnahmen gemäss KIG nicht anwendbar, weil Artikel 11 KIG verlangt, dass der Täter vorsätzlich gegen die Vorschriften über die Waren- und Dienstleistungsdeklaration verstossen hat. Es wurde aber keine Vorschrift erlassen.

Wohl gibt es im Strafrecht Bestimmungen (Art. 146 StGB über den Betrug), doch sind sie nicht ohne weiteres auf den Konsumbereich - und durch Auslegung - auf den E-Commerce anwendbar. Der Verkauf von gefälschten Produkten (beispielsweise auf dem Internet) wird strafrechtlich nicht verfolgt.

Schliesslich verlangt Artikel 97 Absatz 3 BV von den Kantonen für Streitigkeiten mit kleinem Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Gerichtsverfahren; solche Streitigkeiten sind gerade im Konsumbereich typisch. Diesen Verfahren scheint zurzeit indessen kein besonderes Gewicht zuzukommen. Das Beispiel des Schlichtungsamtes des Kantons Tessin illustriert das mangelnde Interesse von Konsumenten und Anbietern, hat doch das Amt im Jahre 2002 nicht einen einzigen Fall behandelt. Die Gründe für diese mangelnde Popularität sind Unkenntnis der Bevölkerung über das Bestehen dieses Amtes, die Verfahrensdauer und der Mangel an Wirkung.

Die PVK konnte feststellen, dass in keinem einzigen Bereich des E-Commerce eine Klage vor den Gerichten anhängig gemacht wurde. Das hat verschiedene Gründe.

So wäre es reiner Altruismus von Seiten des Konsumenten, bei einer Verletzung des UWG oder der PBV eine gerichtliche Klage präventiv einzureichen, obschon kein Vertrag unterzeichnet wurde und keinerlei finanzieller Schaden eingetreten ist.

Andererseits möchte der Konsument wenn immer möglich gar nicht die Gerichte anrufen. Er weiss oft auch nicht, an welche Instanz er sich im konkreten Fall wenden muss. Ferner sind die Anbieter nach schweizerischem Recht nicht gehalten, die Konsumenten über ihre Beschwerdemöglichkeiten zu informieren.

Weiter ist zu bedenken, dass der Konsument das Nutzen-Kosten-Verhältnis eines solchen Verfahrens schlecht abschätzen kann. Im Bereich des Zivilrechts gibt es trotz Artikel 97 Absatz 3 BV kein wirklich einfaches Verfahren zur Streiterledigung, und eine Klageerhebung bringt beträchtliche Kosten mit sich. Es braucht deshalb ein erhebliches finanzielles Interesse, um ein solches Verfahren in Gang zu setzen. Die Schätzungen gehen diesbezüglich von mehr als 2000 Franken aus, damit der Konsument bei Obsiegen keine finanzielle Einbusse erleidet. Ausserdem haben die Konsumentenschutzorganisationen nicht genügend Mittel, um an Stelle der Konsumenten zu handeln.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Funktion der Rechtsprechung für die überwiegende Mehrheit der befragten Akteure potentiell sehr wichtig ist, weil die Schweiz über keine gesetzlichen Grundlagen speziell zum E-Commerce verfügt. Die geltenden Gesetze müssen denn auch auf den E-Commerce angewendet werden, und es ist nötig, dass die Schweiz in diesem neuen Bereich eine gute Rechtsprechung entwickelt. Doch wo kein Kläger ist, ist kein Richter, und weitergehend, auch kein Medienecho als Beitrag zur Information von Konsumenten und Anbieter.

Einige Unternehmen haben gegenüber der PVK erklärt, dass sie sich über die Rechtsprechung in den Nachbarländern, besonders in Deutschland, auf dem Laufenden halten⁶⁵, dies als Ausgleich für den Mangel an Rechtsfortbildung in der Schweiz und um die gesetzlichen Besonderheiten in den betreffenden Ländern zu berücksichtigen.

Die Literatur sieht diesbezüglich ebenfalls ein erhebliches Problem für den Konsumentenschutz⁶⁶: So wurde im E-Commerce keine einzige Strafsache anhängig gemacht, besonders weil die Behörden die Mittel nicht haben, von den begangenen Verletzungen überhaupt Kenntnis zu nehmen und die unerlaubten Handlungen zu verfolgen.

Das Parlament hat es im Rahmen des Bundesgesetzes über die digitale Signatur im Übrigen abgelehnt, Strafbestimmungen einzuführen, weil es davon ausging, dass das Strafgesetzbuch diesbezüglich bereits ausreichend Massnahmen vorsehe.

3.6 Information der Konsumenten

Die Gesetze, welche in der Schweiz für die Konsumenteninformation zuständig sind, können in drei Gruppen unterteilt werden: das OR, das UWG und das KIG.

Das OR ist vom Gedanken getragen, dass die beiden an einem Vertrag beteiligten Parteien im Geschäftsleben gleichwertig sind und die erforderlichen Informationen erhalten können. Im Konsumbereich indessen gestaltet sich das Verhältnis nicht entsprechend zwei gleichberechtigten Partnern. Sollte deshalb der Anbieter dem Konsumenten die erforderlichen Informationen liefern müssen?

Der auf Artikel 3 UWG basierende schweizerische Ansatz geht davon aus, dass es genügt, keine unrichtigen oder irreführenden Angaben zu machen. Die Information spielt keine präventive Rolle und variiert von Fall zu Fall⁶⁷, und der Konsument muss selbst dafür sorgen, wie er zu sachbezogenen Informationen kommt. Die meisten Experten sind deshalb der Auffassung, dass ein solcher Ansatz – vereinfacht gesagt das Verbot zu lügen – nicht genügt, sondern erweitert werden muss mit der Forderung, die Wahrheit zu sagen: Der Lieferant muss dem Konsumenten sachbezogene Informationen über die wesentlichen Punkte des Vertrags zur Verfügung stellen.

Das KIG schliesslich schreibt bezüglich der wesentlichen Eigenschaften eines Produkts eine allgemeine Deklarationspflicht vor (Art. 2 KIG). Abgesehen von zwei Vereinbarungen ohne Bedeutung für den E-Commerce ist aber das KIG totor Buch-

⁶⁵ www.netlaw.de.

⁶⁶ Henzelin, 2002, S. 85.

⁶⁷ Langer, 2003, S. 116.

stabe geblieben.⁶⁸ Präventive Informationen wie Angaben über das Speichern des Vertragstextes, die Wahl der Sprache, die Dauer der Gültigkeit des Angebots und der Preise sind nicht vorgeschrieben.⁶⁹

3.7 Vielfalt der Bestimmungen

Wie bereits erwähnt gibt es in der Schweiz im Bereich des E-Commerce keine Spezialgesetze. Die Bestimmungen über die vorvertraglichen und vertraglichen Aspekte des E-Commerce sind im Obligationenrecht, im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, im Konsumenteninformationsgesetz und im Strafgesetzbuch verstreut. Dazu kommen alle weiteren Erlasse, die andere Aspekte des E-Commerce betreffen, wie z.B. die Steuerfrage, die Haftung für widerrechtlichen Inhalt, die Kommunikation usw. Im Bericht zum Vorentwurf der Revision des OR und des UWG vom 17. Januar 2001 ist der Bundesrat der Auffassung, dass die geltende Gesetzgebung auf den E-Commerce Anwendung finden kann.

Andererseits enthält das geltende Recht wenige spezifische Bestimmungen zum Schutz der Konsumenten. Besonders das OR basiert auf der Idee, dass zwei Personen den Vertrag auf der Grundlage der Gleichbehandlung aushandeln; Die Beziehungen im Konsumbereich, die durch ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den beiden Parteien charakterisiert sind, sind ihm unbekannt.

Schliesslich bezieht sich der Bundesrat auf Artikel 1 Absatz 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), wonach das Gericht die Möglichkeit hat, Lücken im Gesetz dann zu füllen, wenn Verhältnisse zu beurteilen sind, welche bei der Annahme des Vertragsrechts unbekannt oder fremd waren, wie dies beispielsweise gerade für den E-Commerce zutrifft. Die Herausforderung ist, unter Wahrung der Wirtschaftsfreiheit des Lieferanten, die Freiheit der Entscheidungen, welche die Gültigkeit der Verträge garantiert, zu schützen.

3.8 Preisbekanntgabe

Die PBV findet Anwendung auf Waren zum Kauf an Konsumenten und auf in einer Liste umschriebene, an Konsumenten gerichtete Dienstleistungen, sowie auf an Konsumenten gerichtete Werbung für sämtliche Waren und Dienstleistungen (Art. 2 PBV). Artikel 16 ff. UWG und Artikel 3 und 10 PBV verlangen, dass der effektiv für die dem Schweizer Konsumenten angebotenen Waren und Dienstleistungen zu bezahlende Preis in Schweizerfranken bekannt zu geben ist. Im effektiv zu bezahlenden Preis müssen unter anderem die MWST und Zollabgaben, aber auch die Transportkosten enthalten sein. Rechtlich und technologisch spricht nichts gegen die Anwendung von PBV und UWG auf die Bekanntgabe der Preise im E-Commerce.

Die verschiedenen statistischen Erhebungen weisen darauf hin, dass sich bei weitem nicht alle Websites an die Preisbekanntgabepflichtung halten. Gemäss Schwager geben 27 Prozent der Websites nicht an, ob die MWST im Preis inbegriffen ist. Demgegenüber schweigen sich nur 7 Prozent über Transport- und Lieferungskosten aus. Die Untersuchung von Gilding zeigt, dass 17 Prozent der Websites keine

⁶⁸ Brunner et al., 2003, S. 483.

⁶⁹ Langer, 2003, S. 102.

Details über die Kosten von Waren und Dienstleistungen preisgeben, während 100 Prozent angeben, dass das Geschäft in Schweizer Franken abgewickelt wird. Die Untersuchung von Andersen stellt fest, dass der Preis in 28 Prozent der Fälle nicht verständlich ist. Das gleiche Problem trat bei den Lieferkosten (58 %), der MWST (68 %) und vor allem bei den Zollgebühren (97 %) auf. Auf internationaler Ebene bieten nach Consumers International nur 15 Prozent der Websites mit grenzüberschreitenden Käufen die Möglichkeit einer Umrechnung der Kurse, damit der Konsument weiss, auf wie hoch sich die Kosten in seiner Landeswährung belaufen. Nicht zuletzt ist zu erwähnen, dass der Konsument in 9 Prozent der Fälle nicht den im Vertragszeitpunkt erwarteten Preis bezahlte. Gemäss dem EVZ-Netz unterschied sich der effektiv bezahlte vom bei der Bestellung angegebene Preis in 4 Prozent der Fälle.

Im Gegensatz zu diesen Statistiken ist die grosse Mehrheit der von der PVK befragten Personen der Meinung, dass die Preisbekanntgabe auf dem Internet gut respektiert wird und sie eher leicht umzusetzen ist. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die PBV die Preisanschrift auf der Ware bei der Lieferung nicht vorschreibt: Der Preis wird nur im Internet angeschrieben. Die Preise können so sehr rasch ändern und schneller als in den Katalogen korrigiert werden.

Einige befragte Personen haben jedoch auf mehrere Probleme hingewiesen. Die Erhebung von Einfuhrzöllen an der Grenze funktioniert nicht optimal, was den Kauf von grenzüberschreitenden Produkten über den E-Commerce begünstigt. Bei den Reisen sind die Preise oft in der Währung des Leistungslandes und nicht im Land des Konsumenten angegeben. So wird zum Beispiel einem Kunden in der Schweiz, der ein Flugbillet Berlin-Zürich bestellt, die Rechnung in Euro ausgestellt. Diese Praxis wäre gegen die PBV, da die ausländischen Websites mit Angeboten für Schweizer Kunden die Preise ihres Produktes in Schweizer Franken bekannt geben müssen.⁷⁰ Eine weitere Verletzung liegt nach Meinung der befragten Experten in der Praxis, verschiedenen Konsumenten für das gleiche Produkt im gleichen Zeitpunkt unterschiedliche Preise anzubieten. Die kundenbezogenen Aktionen auf den jeweils meist konsumierten Produkten zielen darauf ab, die Treue der Kunden zu belohnen. Doch die PBV verlangt, dass der effektiv zu bezahlende Produktpreis bekannt ist; er kann nicht für jeden Kunden wieder anders sein.

Diese Ausführungen beziehen sich darauf, was unter dem effektiv zu bezahlenden Preis zu verstehen ist. Zu dieser Frage gibt das *seco* Informationsblätter heraus, welche die richtige Praxis illustrieren. Sie sind allerdings rechtlich nicht verbindlich, und ein Anbieter, welcher sie nicht befolgt, wird nicht bestraft.

Zum Schluss weisen einige Experten daraufhin, dass Artikel 10 PBV eine Liste von Dienstleistungen enthält, welche unter die Verordnung fallen. Diese vom Bundesrat erstellte Liste ist indes nur beispielhaft und nicht abschliessend⁷¹, was bedeutet, dass die nicht erwähnten Dienstleistungen keiner gesetzlichen Preisbekanntgabepflicht unterliegen.

⁷⁰ Langer, 2003, S. 104.

⁷¹ Brunner et al., 2003, S. 483.

3.9

Das Vertrauen der Konsumenten

Für die von der PVK befragten Experten liegt der Schlüssel zur Entwicklung des E-Commerce darin, das Vertrauen des Konsumenten zu gewinnen. Die diesem Bericht zu Grunde liegenden Untersuchungen offenbaren die Gründe für deren fehlendes Vertrauen. Es sei unter anderem an das Ungleichgewicht bei der Information zwischen Konsumenten und Anbietern erinnert (vorvertragliche Information über den Anbieter und die Waren), an die allgemeinen Geschäftsbedingungen, an das Widerrufsrecht, die Beschwerdemöglichkeiten und die Strafen.

Als weiteres Problem haben die von der PVK befragten Personen die Hemmung der Konsumenten beim Gebrauch ihrer Kreditkarten auf dem Internet erwähnt, wo das Problem besonders stark auftritt, weil ihnen die Techniken der Verschlüsselung nicht vertraut sind. Zwar anerkennen die Experten durchaus die Gefahr betrügerischer Praktiken bei Kreditkarten auf dem Internet, doch sind sie sich darin einig, dass solche Gefahren dort nicht verbreiteter sind als bei anderen Arten von Geschäften. Die meisten Websites sind denn auch technisch abgesichert. Einige verlangen sogar vom Konsumenten die Bekanntgabe der Nummern auf der Rückseite der Kreditkarte.

Nach Auffassung des EVZ-Netz verlangt der Anbieter das Geld für die Bestellung in 24 Prozent der Fälle noch am gleichen Tag ein⁷², obschon der Konsument in diesem Moment noch gar nicht im Besitze seiner Ware sein kann, was bedeutet, dass für ihn eine Periode der Ungewissheit folgt.

3.10

Die Rolle der Ämter bei der Umsetzung

Auf die Rolle der vom E-Commerce betroffenen Ämter, das BJ, das seco und das BfK, wurde bereits in Ziffer 2.3 eingegangen.

Die von der PVK befragten Experten und Praktiker beurteilen die Rolle der Bundesämter im Bereich des E-Commerce einhellig als nebensächlich. Genauer gesagt, beurteilen lediglich zwei befragte Personen deren Bedeutung als immerhin durchschnittlich, während die anderen sieben Personen die Bedeutung als gering einschätzen. Dies gründet darin, dass dieser Bereich dem Privatrecht zugehörig ist. Ferner ist es nach den Leitbildern für die Tätigkeit des Bundes im E-Commerce nicht erwünscht, dass mehr als das absolute Minimum geregelt wird und der Bund so wenig wie möglich in die Mechanismen des Marktes eingreift, und dass die Selbstregulation der Reglementierung vorzuziehen ist.

Sieben der befragten Experten haben, wenn auch sehr kurze, Kontakte mit dem EDSB erwähnt. Die übrigen Ämter wurden nicht erwähnt, mit Ausnahme des Seco, das von einer Person für Fragen im Zusammenhang mit der PBV erwähnt wurde. Die Hauptkritiken der Bundesämter lauten auf Praxisferne, Unkenntnis der konkreten Probleme der Unternehmen und ungenügende Beratung; ferner wird der Vorwurf erhoben, sie nähmen die Gesuche und die Anfragen der involvierten Akteure nicht genug ernst. Die Ämter halten dem entgegen, dass die privaten Akteure sie oft kontaktieren, ohne vorher die gesetzlichen Bestimmungen zur Kenntnis genommen zu haben.

⁷² Der Anbieter wartet im Durchschnitt fünf Tage nach dem Datum der Bestellung um die Schuld zu tätigen.

4.1 Untersuchungsfragen

Das Bundesgesetz über den Datenschutz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Der Datenschutz untersagt nicht grundsätzlich das Bearbeiten von Personendaten und Persönlichkeitsprofilen, sondern er verlangt, dass beim Umgang mit sensiblen Daten die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzt werden darf (Art. 12 DSG). Beim Einsatz des Internet für Geschäftsabwicklungen hat jede elektronische Transaktion eine Datenspur mit Rechneradresse, Datum, Zeit, Aktion und Zugriffsobjekt zur Folge. Theoretisch können diese Daten so zusammengestellt werden, dass sie ein Profil über eine Person und ihre Aktivitäten im Internet ergeben. Zudem werden für die Geschäftsabwicklung persönliche Daten benötigt, auf deren korrekte Verwendung geachtet werden muss.

Die dieser Untersuchung zugrunde liegende Hauptfrage, ob die Gesetzgebung und ihre Umsetzung einen adäquaten Konsumentenschutz bieten, wurde in den vier folgenden Untersuchungsfragen konkretisiert:

- *Gibt es im Bundesgesetz über den Datenschutz bezüglich Konsumentenschutz im E-Commerce Mängel und Lücken?*
- *Welche Probleme existieren bei der Umsetzung des DSG bezüglich Konsumentenschutzes im E-Commerce?*
- *Wie gut werden die Informationspflichten eingehalten?*
- *Wie verläuft die Umsetzung von Empfehlungen des EDSB und die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen und welchen Stellenwert haben sie?*

Die folgenden Abschnitte beziehen sich auf diese Untersuchungsfragen. Die Antworten zu diesen vier Fragen werden jedoch in den Schlussfolgerungen dieser Evaluation zusammengefasst.

4.2 Gesetzliche Grundlagen

Im Bereich des Datenschutzes unterliegt der E-Commerce, wie alle andere Bereiche, in welchen mit Personendaten gearbeitet wird, dem Datenschutzgesetz. Neben dem DSG sind bezüglich des Datenschutzes zudem auf die Bundesverfassung (Art. 13 DSG), auf das Zivilgesetzbuch, auf das Fernmeldegesetz und auf das Strafgesetzbuch zu verweisen.

Der Zweck des Bundesgesetzes über den Datenschutz und der dazugehörigen Verordnung (VDSG; SR 235.11) ist es, dem Individuum die Möglichkeit zu verschaffen, die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu kontrollieren und wenn nötig verbieten zu lassen. Seine Rechtfertigung hat das DSG im verfassungsmässigen Grundrecht der persönlichen Freiheit auch im Artikel 13 Absatz 2 BV (Schutz der Privatsphäre) sowie im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz nach Artikel 27 ff. ZGB.

Datenschutz besteht nicht darin, jeden Informationsfluss zu unterbinden, sondern dem missbräuchlichen Umgang mit Daten und Informationen vorzubeugen. Wer legitime Interessen an Personendaten hat, soll nicht am Zugang und an der Bearbeitung von Daten behindert werden.⁷⁷ Nach dem DSGVO dürfen Personendaten rechtmässig, nach Treu und Glauben, und nur für den Zweck verwendet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde und der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen (Art. 4 DSGVO) ist. Nebst dem Zweck, Geltungsbereich und den Grundsätzen sind im Gesetz einzelne Begriffe definiert (Art. 3 DSGVO). So sind Personendaten im Sinne des DSGVO Angaben, die sich einer oder mehreren Personen zuordnen lassen. Dabei ist es unerheblich, in welcher Form diese Daten vorliegen und auf welcher Art von Datenträgern sie gespeichert sind. Die Datenbearbeitung wie die Datenweitergabe an Dritte und die Auskunftspflichten sind geregelt. Die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe zum Schutz der Persönlichkeit sind in Artikel 15 DSGVO festgehalten, das heisst, man kann eine mögliche Verletzung nach den Klagemöglichkeiten gemäss Artikel 28 ZGB verfolgen lassen. Ob eine Verletzung schon tatsächlich vorliegt oder erst droht, ist vom Gesetzeszweck her unerheblich, da dem DSGVO auch präventiver Charakter zukommt.⁷⁸ Das DSGVO kennt Strafbestimmungen, wenn Auskunfts-, Melde- und Mitwirkungsbestimmungen (Art. 34 DSGVO) oder die berufliche Schweigepflicht (Art. 35 DSGVO) verletzt werden. Diese Strafbestimmungen sind in den folgenden Artikeln des StGB geregelt: Artikel 143 (unbefugte Datenbeschaffung), Artikel 143^{bis} (unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem), Artikel 144^{bis} (Datenbeschädigung), Artikel 147 (betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage), Artikel 150 (Erschleichung einer Leistung) und Artikel 179^{novies} (unbefugtes Beschaffen von Personendaten).

Von den speziellen Umständen des E-Commerce, wie die elektronische und ortsunabhängige Be- und Verarbeitung von Daten, sind gewisse Artikel des DSGVO mehr betroffen als andere. Im Folgenden sollen diese Artikel kurz vorgestellt werden:

Artikel 5 Absatz 1 DSGVO verlangt, dass die Person, welche Personendaten bearbeitet, sich über deren Richtigkeit zu vergewissern hat. Nach Artikel 5 Absatz 2 DSGVO hat jede Person das Recht, dass unrichtige Daten berichtigt werden.

In Artikel 6 DSGVO ist geregelt, unter welchen Bestimmungen Personendaten von Inhabern von Datensammlungen ins Ausland weitergegeben werden dürfen. Im DSGVO ist das Gleichwertigkeitsprinzip enthalten, welches besagt, dass sich eine Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland nicht nachteilig auf die Rechtsposition des Betroffenen auswirken darf. Das bedeutet, dass die Schweiz nur einen Datenaustausch mit Staaten, die eine dem schweizerischen Recht gleichwertige Gesetzgebung haben, erlaubt.

Nach Artikel 7 DSGVO müssen Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden.

Mit Artikel 8 DSGVO haben die Konsumenten das Recht auf eine Auskunft des Anbieters, ob und gegebenenfalls welche Daten über sie in welchem Rahmen bearbeitet werden.

Die Registrierung von Datensammlungen ist in Artikel 11 DSGVO geregelt. Private Personen, die regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder Personendaten an Dritte weitergeben, müssen

⁷⁷ Spahr, 2003, S. 132.

⁷⁸ Andersen, 2001, S. 6.

Sammlungen beim EDSB anmelden, wenn es für das Bearbeiten keine gesetzliche Pflicht gibt, oder wenn die betroffenen Personen keine Kenntnis davon haben.

Der Bundesrat stellte in der Botschaft zur Änderung des DSG vom 19. Februar 2003 eine Teilrevision vor.⁷⁹ In erster Linie ging es um die verbesserte Information der Personen, deren Daten bearbeitet werden und um die Übernahme der Grundsätze des Zusatzprotokolls vom 8. November 2001 (Konvention des Europarats, Ziffer 4.4.14). Der Nationalrat beschloss am 10. März 2004 die Rückweisung der Botschaft an den Bundesrat mit dem Auftrag, die Revision strikt auf die Umsetzung der beiden Motionen 00.3000 und 98.3529 sowie des Zusatzprotokolls zu beschränken. Die Motion 98.3529 der GPK-S verlangt einen erhöhten Schutz für Personendaten bei sämtlichen Online-Verbindungen. Die Motion 00.3000 der RK-S fordert die Verpflichtung von Privatpersonen und Bundesorganen, bei der Erhebung von besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen die Betroffenen zu informieren.

4.3 Staatliche Akteure

Gemäss dem DSG haben sich in der Schweiz zwei staatliche Akteure mit den privatrechtlichen Aspekten des Datenschutzes zu beschäftigen: Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDSB) und die eidgenössische Datenschutzkommission (EDSK).

4.3.1 Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte

Die Institution des EDSB stützt sich auf Artikel 26-32 DSG. Ihr obliegt die Überwachung der Einhaltung des Datenschutzes in der Schweiz.⁸⁰ Im privatrechtlichen Bereich hat der EDSB folgende Aufgaben: Er berät private Personen in Fragen des Datenschutzes (Art. 28 DSG) und führt und veröffentlicht das Register der Datensammlung (Art. 11 DSG). Bei Konflikten versucht er Lösungsansätze zu finden. Im Bereich E-Commerce können die Auseinandersetzungen zwischen Anbietern und Konsumenten sein. Der EDSB kann von sich aus oder auf Meldung Dritter Sachverhalte näher abklären und aufgrund dieser Abklärungen Empfehlungen erlassen (Art. 29 DSG). Wird eine Empfehlung des EDSB nicht befolgt oder abgelehnt, so kann er die Angelegenheit der EDSK zum Entscheid vorlegen. In Fällen von allgemeinem Interesse kann er die Öffentlichkeit über seine Feststellungen und Empfehlungen informieren (Art. 30 Abs. 2 DSG). Der EDSB hat kein Sanktionsrecht. Im Weiteren ist es seine Aufgabe zu begutachten, inwieweit der Datenschutz im Ausland dem schweizerischen gleichwertig ist (Art. 31 Abs. 1d DSG).

Zurzeit hat der vom Bundesrat gewählte EDSB eine 50 Prozent-Stelle inne. Er wird von einem Büro mit 18,5 Stellen unterstützt.

⁷⁹ BBl 2003 2101.

⁸⁰ <http://www.edsb.ch>.

4.3.2 Die eidgenössische Datenschutzkommission

Die eidgenössische Datenschutzkommission ist eine Schieds- und Rekurskommission im Sinne von Artikel 71a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (SR 172.021). Neben ihrer Entscheidungsgewalt in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entscheidet sie in privatrechtlichen Bereichen über die Empfehlungen des EDSB, die ihr vorgelegt werden (Art. 33 Abs. 1a DSG). Die EDSK hat die Legitimation, Sanktionen auszusprechen. Nach Artikel 33 Absatz 2 DSG kann der EDSB zudem beim Präsidenten der Datenschutzkommission vorsorgliche Massnahmen beantragen, wenn er bei einer Sachverhaltsabklärung feststellt, dass den betroffenen Personen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die EDSK wird im privatrechtlichen Bereich nur in Fällen mit übergeordneter und weitreichender Bedeutung aktiv. Soweit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht oder an das Eidgenössische Versicherungsgericht unzulässig ist, sind die Entscheide der EDSK endgültig (Art. 27 Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen; SR 173.31). Die Entscheide der EDSK können u.a. auf der Website «Verwaltungspraxis der Bundesbehörden»⁸¹ der Bundeskanzlei eingesehen werden.

Die Kommission setzt sich aus sechs durch den Bundesrat gewählte Personen zusammen.⁸²

4.4 Analyse des E-Commerce

In den folgenden Abschnitten werden die wichtigsten Probleme erläutert, die sich aus dem Literaturstudium, der Analyse verschiedener in der Praxis durchgeführten Untersuchungen und aus elf⁸³ Tiefeninterviews zu den vier Untersuchungsfragen ergeben haben. Die Abschnitte zeigen auf, welche Auswirkungen die Gesetzgebung und das Behördenarrangement auf den Datenschutz im E-Commerce mit schweizerischen Anbietern und Kunden haben. Die ersten beiden behandelten Probleme beziehen sich auf das allgemeine Umfeld des Datenschutzes im E-Commerce, während die anderen Abschnitte sich mit spezifischen Problematiken beschäftigen.

Die folgenden Erläuterungen beziehen sich auf die privatrechtlichen Bereiche des DSG, die für den E-Commerce eine besondere Relevanz aufweisen. Wie sich in dieser Untersuchung gezeigt hat, sind viele Probleme des DSG nicht E-Commerce spezifisch, sondern betreffen alle Bereiche, in denen mit sensiblen Daten oder Persönlichkeitsprofilen gearbeitet wird. Zum Teil treten sie im Bereich E-Commerce bloss akzentuierter hervor.

⁸¹ http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/aut/aut_1.2.3.5.html.

⁸² http://www.admin.ch/ch/d/cf/ko/index_111.html.

⁸³ Von den insgesamt 13 Interviews der PVK nahmen 11 Stellung zum Bereich Datenschutz. Siehe Fragebogen S. 5051.

4.4.1 Dimension des Internet

Sowohl in verschiedenen Artikeln als auch in einigen Interviews der PVK wurde der Faktor «Dimension des Internet» angesprochen. Darunter fallen folgende vier Punkte:

- Die technischen Möglichkeiten, die Schnelligkeit und die Anonymität, bilden eine Welt, die in ihrer ganzen Dimension nur schwer zu erfassen ist. Die weitreichenden technischen Möglichkeiten des Internet haben verschiedene spezifische Problematiken zur Folge. So können Datenbanken ohne grossen Aufwand angelegt und Daten gesammelt werden. Anbieter besitzen zum Teil Datenbanken, von deren Existenz sie nichts wissen.
- Im Bereich Internet hat man viele verschiedene Akteure wie Anbieter, Konsumenten, Provider, Kreditkartengesellschaften (s. Abbildung 2, Ziff. 2.3).
- Das Internet ist ein relativ neues Gebiet. Seit etwa zehn Jahren haben so genannte Normalverbraucher Zugang. Vieles ist für sie noch unbekannt und mit Unsicherheit verbunden. In den von der PVK geführten Interviews wurde von fast allen Befragten betont, dass Vertrauenswürdigkeit ein sehr wichtiger Wert sei: Als seriöser Anbieter in der Schweiz könne man sich Imageprobleme nicht leisten. Förderlich für das Vertrauen sei, wenn die Anbieter den Konsumenten über die Unternehmenspolitik bezüglich ihres Web-Auftritts und ihrer Web-Tätigkeit informiere, ein Statement zum Umgang mit besonders schützenswerten Daten abgäbe (Privacy Statement) und eine Verschlüsselung beim Übermitteln von Kreditkartennummern benütze.
- Die weltweite Verknüpfung des Internet führt dazu, dass nationale Gesetze nur einen kleinen Teil des Internet erfassen können.

4.4.2 Fehlende Sensibilisierung und Kenntnisse

In allen elf Interviews wurde die fehlende Sensibilisierung der Konsumenten und Anbieter bezüglich des Datenschutzes erwähnt. In der Literatur wird geltend gemacht, dass der Datenschutz in der Schweiz bisher noch nicht völlig in das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung eingedrungen ist.⁸⁴ In weiten Kreisen fehlt ein Problembewusstsein hinsichtlich des Datenschutzes. Ein Experte war überzeugt, dass das DSG täglich verletzt werde; in vielen Fällen nicht aus böser Absicht, sondern aus Unwissenheit oder aus Nichtpraktikabilität.

Im Folgenden werden die wichtigsten Punkte zur fehlenden Sensibilisierung und zu den fehlenden Kenntnissen der Konsumenten und der Anbieter erläutert.

Konsumenten

Die Sensibilisierung seitens der Konsumenten fehlt zu einem grossen Teil. Sie hinterlassen grosszügig Datenspuren im Internet und informieren sich zu wenig über die Anbieter und deren Kundenpolitik. Zudem sind sich viele Konsumenten ihrer Rechte nicht bewusst. So wissen sie nicht, dass sie nur die für den Geschäftsvorgang erforderlichen Daten angeben müssen, dass sie ein Auskunftsrecht nach Artikel 8

⁸⁴ Züst, 2001, S. 34.

DSG besitzen und weitgehende Rechte haben, um die Bearbeitung und Weitergabe ihrer Daten von einem Unternehmen an Dritte zu untersagen.

Die fehlende Sensibilisierung und Kenntnisse sind auf ungenügende Information und auf mangelndes Interesse zurückzuführen. So besteht für die Broschüre zum Datenschutz von der Stiftung für Konsumentenschutz keine grosse Nachfrage. Die Konsumentenschutzorganisationen halten aber auch fest, dass das Aufkommen des Internet und des E-Commerce ein steigendes Interesse an der Thematik Datenschutz bewirkt hat.

Zum Teil fehlt auch die Beherrschung der Infrastrukturelemente. Es ist eine Frage der Zeit, in der der Umgang mit dem Internet immer selbstverständlicher wird. Das wachsende IT-Know-How führt zu einer besseren Beherrschung der PC-Anwendungen, jedoch nicht automatisch zu einem wachsenden Sicherheitsbewusstsein.

Anbieter

Das DSG wird von den Anbietern zu wenig wahrgenommen und daher auch nicht eingehalten. In den Gesprächen hat sich gezeigt, dass KMU oft nicht wissen, welche Vorschriften und Gesetze im Bereich Datenschutz zu beachten sind, gerade auch wenn sie von einem physischen Geschäftsbereich in den virtuellen E-Commerce einsteigen. Beispielsweise besitzt man bei einem herkömmlichen Geschäft oft keine Adressliste seiner Kunden. Verkauft man aber seine Ware oder seine Dienstleistung auch über das Internet, erfasst man die Adressen der Kunden. Dies verpflichtet zur Einhaltung des DSG.

Das fehlende Bewusstsein für den Datenschutz seitens der Anbieter kann zudem auch zur Entwicklung von nicht datenschutzgerechter Software oder IT-gestützten Betriebsabläufen führen. Werden Juristen und unternehmensinterne Datenschutzbeauftragte nicht von Anfang an in ein Projekt einbezogen, kann das zur Folge haben, dass zwar technisch eine gute Lösung gefunden wird, diese aber nicht den Anforderungen des gesetzlichen Datenschutzes entspricht.

4.4.3 Verhältnismässige Datensammlung

In der Botschaft zum DSG von 1988 hält der Bundesrat fest, dass Persönlichkeitsverletzungen vorkommen können, wenn Daten im Übermass bearbeitet werden, und wenn mehr Daten erhoben werden, als für die Abwicklung eines Vertrages notwendig sind.⁸⁵ Datenschutz bedeutet deshalb nicht nur, dass mit Daten seriös umgegangen wird, sondern auch, dass dieser präventiv auf eine verhältnismässige Datensammlungstätigkeit einwirkt. In Artikel 4 Absatz 3 DSG wird verlangt, dass Personendaten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Beschaffung angegeben wurde und aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Formulierung «bei der Beschaffung angegeben wurde» enthält einen Interpretationsspielraum, der das Sammeln von Daten in einem grosszügigen Ausmass zulässt. Dies entspricht aber nicht den in der Botschaft geäusserten Vorstellungen des Bundesrats von Datensammlung.

⁸⁵ BBl 1988 II 416

Gewisse Daten zu erfassen ist für Anbieter notwendig, damit sie überhaupt ihre Geschäftstätigkeit ausführen können. Aber oft werden schon von Besuchern einer Website Daten erfasst und nicht nur von Konsumenten. So ist in der Studie von Consumers International⁸⁶ festgestellt worden, dass bei 67 Prozent der untersuchten Websites der Besucher nach Informationen und Angaben gefragt worden ist.

Ein Anbieter kann bei seinen Konsumenten zusätzliche, für einen Vertragsabschluss nicht notwendige Daten unter dem Vorbehalt anfragen, dass diese Angaben freiwillig sind. So hat eine Untersuchung des K-Tipps⁸⁷ ergeben, dass die Migros auf ihrer Website unnötige Kundendaten erhebt, wie zum Beispiel die Frage nach der Anzahl Kinder und Haustieren oder der Berufstätigkeit. Ein Inhaber einer Datensammlung kann die Daten auch für einen anderen Zweck verwenden, wenn er den Konsumenten darüber informiert hat. Beispielsweise wird in dienstleistungsfremden Klauseln in Formularverträgen über die erweiterte Verwendung von Daten informiert. Sie weisen oft eine Intransparenz der vertraglichen Klauseln auf. Daher ist es für die Konsumenten nicht immer offensichtlich und verständlich, ob sie das Einverständnis für die erweiterte Benutzung ihrer Daten geben oder nicht. Ein Experte umfasste die Problematik mit folgenden Worten: «Das DSGVO wird eingehalten, die Datenbearbeitung jedoch ausgebaut. Datenschutzerklärungen auf Websites erlauben es Firmen meist, Daten umfassender zu bearbeiten».

Eine exzessive Datensammlung und -bearbeitung wird zudem dadurch begünstigt, dass Unternehmen mit Daten, die nicht personalisiert sind, machen können, was sie wollen. Das DSGVO schreibt vor, wie Personendaten bearbeitet werden dürfen (Art. 4 Abs. 3 DSGVO). Diese Regelung kann ein Betreiber einer Website aber relativ einfach umgehen, indem er Persönlichkeitsprofile vordergründig anonymisiert. Über ein Cookie⁸⁸ kann ein Anbieter einen Besucher sofort identifizieren, wenn dieser sich auf seiner Website einlinkt. Cookies werden von Anbietern beim ersten Besuch eines Kunden auf dessen Festplatte deponiert.⁸⁹ Die Personen, zu denen die anonymisierten Daten gehören, können nicht über die Verwendung ihrer Informationen bestimmen.

Ein weiteres Problem des exzessiven Datensammelns stellen jene Anbieter dar, welche Daten über Haushalte via Kinder sammeln. Kinder bewegen sich heute relativ gewandt im Internet und kennen sich mit der technischen Handhabung zum Teil besser aus als Erwachsene. Ihnen fehlt aber meistens das Bewusstsein für einen sensiblen Umgang mit ihren persönlichen Daten und mit den Angaben über ihre Eltern und den Haushalt, in dem sie leben.

⁸⁶ Consumers International, 2001a, S. 22.

⁸⁷ Schwager, 2003, S. 5.

⁸⁸ Ein Cookie dient nicht primär dazu, Personen oder Computer zu identifizieren. Doch lassen sich mit den Informationen, die es sammelt, letztendlich Benutzerprofile generieren. Denn wenn man die gesammelten Teilm Informationen des ausgewerteten Cookie miteinander kombiniert, lassen sich immer genauere Informationen über den Anwender und seinen Rechner erzielen bis hin zum «gläsernen User».

⁸⁹ Rosenthal, 2000, S. 238.

4.4.4

Das DSG: Ein abstrakt formuliertes, umfassendes Gesetz

Das DSG wurde als ein umfassendes Gesetz formuliert, damit alle Bereiche, in welchen Datenschutz berücksichtigt werden muss, eingeschlossen sind. Diese weitreichende Abdeckung führt dazu, dass das DSG zum Teil sehr abstrakt formuliert ist, und daher gewisse Lücken bezüglich greifbarer Anhaltspunkte bestehen. Ein Experte drückte es so aus, dass jemand, der irgendwelche Systeme implementieren möchte, anhand dieser allgemeinen Grundsätze nicht genügend Greifbares findet, um damit etwas anfangen zu können. So heisst es zum Beispiel in Artikel 4 Absatz 1–3 DSG: «Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden. Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein. Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist». Dieser Artikel stellt laut den interviewten Experten kein Problem für die Abdeckung des E-Commerce dar. Dieser Artikel jedoch ist nicht sehr hilfreich, wenn es um die konkrete Umsetzung geht, da er abstrakt und allgemein formuliert ist. Auch die Begriffsdefinitionen in Artikel 3 DSG sind zum Teil sehr allgemein gefasst und verlangen nach einer konkreten Interpretation. Wie Artikel und Begriffe genau auszulegen sind, fällt in den Kompetenzbereich der Gerichte. Bis anhin hat es im Bereich Datenschutz wenige Gerichtsentscheide gegeben und somit fehlt eine konkrete Auslegung, was zum Beispiel im E-Commerce sowohl bei den Konsumenten als auch bei den Anbietern zu Verunsicherungen führt.

4.4.5

Technologieneutralität versus Technologieorientierung

Laut der Botschaft zum DSG⁹⁰ muss ein allgemeines Datenschutzgesetz nicht alle denkbaren Ausprägungen der Datenbearbeitung berücksichtigen. Es müsse daher allgemeine, grundsätzliche Regeln enthalten, die es erlauben, die meisten Probleme wenigstens im Ansatz zu bewältigen, und daneben Raum für die Weiterentwicklung des Datenschutzes lassen. Das bedeutet, dass das DSG nicht alle nötigen bereichsspezifischen Regelungen vorwegnehmen kann. Entsprechend verzichtet es auf eine Unterscheidung zwischen manueller und automatisierter Datenbearbeitung. Das DSG stellt sich nicht auf konkrete technische Bedingungen ab, sondern bleibt gegenüber der Technik und ihrer Entwicklung möglichst neutral.

Diese Technologieneutralität des Gesetzes wird von gewissen Juristen hinterfragt. So sind Weber et al.⁹¹ Verfechter eines neuen verstärkt technologieorientierten Datenschutzkonzepts, welches ihrer Ansicht nach griffiger wäre. Sie vertreten die Meinung, dass die neuen technischen Möglichkeiten zur Bewirkung eines ausreichenden Datenschutz-Niveaus zu einem Konzept eines Systemdatenschutzes führen können, der sicherstellen soll, dass eine unzulässige Datenbearbeitung verhindert wird. Dieser Technologieorientierung widersprechen nebst dem EDSB verschiedene andere Juristen. Sie sehen in der heutigen Form des DSG eine umfassende Gesetzgebung, die auch neue Medien wie das Internet gut zu erfassen vermag.⁹² Auch das

⁹⁰ BBl 1988 II 417 f.

⁹¹ Weber et al., 2001, S. 485.

⁹² Rosenthal, 2000, S. 221.

BfK sieht den Handlungsbedarf weniger in der Ausrichtung des Gesetzes, sondern ortet einen Konkretisierungsbedarf im Vollzug.⁹³

Die Diskussion über Technologieneutralität versus Technologieorientierung ist auch eine Frage nach der Erfassung neuer technischer Möglichkeiten durch das Gesetz. Die Rechtsordnung hinkt stets der Technik nach, sie schafft erst Regeln, wenn die soziale Ordnung bereits fortgeschritten ist. Dies ist gerade auch im Bereich Internet und E-Commerce festzustellen.⁹⁴

4.4.6 Das Gleichwertigkeitsprinzip

In Artikel 6 DSG ist die Bekanntgabe von Daten ins Ausland durch Schweizer Inhaber von Datensammlungen geregelt. Nach Artikel 6 Absatz 1 DSG dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil ein Datenschutz fehlt, der dem schweizerischen gleichwertig ist. Es ist in der Verantwortung des Inhabers von Datensammlungen sicherzustellen, dass der Datenschutz im Empfängerstaat dem schweizerischen Recht gleichwertig ist. Wenn er sie für gleichwertig erachtet, ist es legal die Daten bekannt zu geben. Die Problematik der Regelung von Artikel 6 DSG liegt in der Feststellung der Gleichwertigkeit des ausländischen Datenschutzniveaus.⁹⁵ Der Vergleich zwingt zu einem wertenden Ermessensurteil, welches auf Abschätzungen und Abwägungen beruht und damit wenig Rechtssicherheit bietet. Als Hilfestellung und gemäss Artikel 31 DSG, hat der EDSB eine Liste⁹⁶ veröffentlicht, in der jene Staaten aufgeführt sind, die über einen dem schweizerischen Recht gleichwertigen Datenschutz verfügen.

Werden Daten in Staaten übermittelt, die keinen gleichwertigen Datenschutz ausweisen, soll der Inhaber der Datensammlung mit dem Datenempfänger eine Vereinbarung oder ein Vertag abschliessen, um so die Sicherstellung des Datenschutzes abzustützen.⁹⁷ Aus verschiedenen Gesprächen wurde ersichtlich, dass diese Praxis mit den Verträgen häufig von grossen multinationalen Unternehmen angewendet wird, damit sie Kundendaten von einem Land in ein anderes weitergeben können. Als Beispiel im Bereich E-Commerce können auf diese Weise Daten, die vom Konsumenten auf der Website XY.ch erfasst wurden zur Weiterverarbeitung an den Konzern, welcher u.a. auch unter der Website XY.com auftritt, in ein anderes Land weitergeleitet werden.

Im Gegensatz zu der EU befasst sich die Schweiz nicht mit den so genannten Datenschutzverträgen. Die Schweiz strebt nicht eine vertragliche Regelung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs mit Blick auf Drittstaaten, die über keine ausreichende Datenschutzgesetzgebung verfügen, an. Die einzelnen Unternehmen sind deshalb gezwungen mit jedem einzelnen Unternehmen eines Drittstaates ohne gleichwertigen Datenschutz Verträge abzuschliessen.⁹⁸ Im Zeitalter des grenzüberschreitenden

⁹³ BfK, 2001, S. 14.

⁹⁴ Züst, 2001, S. 17.

⁹⁵ Weber 2002, S. 10 f.

⁹⁶ http://www.edsb.ch/d/themen/ausland/liste_d.pdf. Aufgeführte Länder: EU-Staaten, Australien, Island, Kanada, Lettland, Litauen, Neuseeland, Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn.

⁹⁷ Guntern, 2002, S. 192.

⁹⁸ Weber 2002, S. 11.

E-Commerce ist dies zu bemängeln, gerade auch im Hinblick darauf, dass die USA als wichtiger Partner nicht einen gleichwertigen Datenschutz wie die Schweiz hat.

Seit dem 26. Juli 2000, anerkennt die EU das schweizerische DSG als ihren Richtlinien gleichwertiges Gesetz und die Schweiz führt die EU in ihrer Liste der Länder mit gleichwertigem Datenschutz. Die Anerkennung der Gleichwertigkeit ist nicht festgeschrieben, sondern wird periodisch überprüft. Die EU kennt zurzeit eine strengere Datenschutzgesetzgebung als die Schweiz. Es besteht das Risiko, dass die Gleichwertigkeit nicht mehr anerkannt wird.

4.4.7 Information des Konsumenten

Das Auskunftsrecht (Art. 8 DSG) nimmt eine Schlüsselstellung im Datenschutz ein. Jede Person hat das Recht, vom Inhaber einer Datensammlung jederzeit und im Grundsatz kostenlos Auskunft darüber zu verlangen, ob Personendaten bearbeitet werden oder nicht. Der Dateninhaber muss den Zweck, die Rechtsgrundlage, die Kategorien, die an der Datensammlung beteiligten Personen und die Datenempfänger angeben. Die Auskunft hat in der Regel schriftlich zu erfolgen. Nach Artikel 8 DSG ist man bei ausdrücklicher Anfrage zur Auskunft verpflichtet.

Es gibt nur wenige Anbieter, die als Kundenservice dem Konsument die Dateneinsicht ohne Nachfrage gewähren. Andersen zeigt auf, dass von 100 Schweizer Websites 27 dem Kunden direkt die Möglichkeit geben, die persönlichen Daten, die über ihn gesammelt wurden, durchzusehen.⁹⁹ Bei den restlichen 73 Websites muss der Kunde aktiv sein Auskunftsrecht einfordern.

Das Einfordern des Auskunftsrechts ist häufig ein Zeichen des Misstrauens des Konsumenten gegenüber dem Anbieter: Man möchte wissen, wie ehrlich und transparent ein Unternehmen ist. Ein Anbieter hat auch festgestellt, dass in jüngster Zeit das Auskunftsrecht mehr eingefordert wird. Meistens fordern die Konsumenten ihr Auskunftsrecht dann ein, wenn sie eine Verletzung ihrer Privatsphäre vermuten. Das heisst, das Auskunftsrecht wirkt nicht mehr präventiv, sondern dient dazu den Schaden in Grenzen zu halten.

Die eigentliche Durchsetzung des Auskunftsrechts ist weniger problematisch als die Kenntnis darüber, wer überhaupt als Auskunftsgeber in Frage kommt.¹⁰⁰ Wenn einzelne Nutzer von elektronischen Geschäftsmöglichkeiten über die Datenerhebung nichts wissen, kommen sie auch nicht auf die Idee, einen Auskunftsverpflichtenden zu eruiieren und bei ihm tatsächlich Auskunft zu verlangen. Deswegen halten einzelne interviewte Experten die Informationspflicht nach DSG nicht für ausreichend.

Die Erfahrung hat gezeigt, dass, wenn die Justiz eingreift, die Verletzung der Privatsphäre häufig bereits erfolgt ist und nicht mehr verhindert werden kann. Im E-Commerce-Bereich würde eine aktive Informationspflicht seitens des Anbieters den Konsumenten besser schützen. Die an die Datenerhebung geknüpfte aktive Informationspflicht ist aber nur dann sinnvoll, wenn sie für die betroffene Person mit der Möglichkeit verbunden ist, sich der Datenbearbeitung wirksam zu widersetzen. Nach dem DSG ist dies nicht möglich. Gemäss Artikel 15 Absatz 1 DSG kann eine klagende Person, als vorsorgliche Massnahme zum Schutz seiner Persönlichkeit,

⁹⁹ Andersen, 2001, S. 22.

¹⁰⁰ Weber et al., 2001, S. 482.

verlangen, dass die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden oder dass ihre Bekanntgabe an Dritte gesperrt wird. Sie kann aber nicht die Bearbeitung der Daten untersagen, was zu einem unvollständigen Schutz des Klägers führt.

Ein Experte sprach zudem die Problematik an, dass die Inhaber von Datensammlungen zwar die Auskunft geben können, ob und welche Daten sie führen, zum Teil aber nur ein ungenügendes Wissen über die Herkunft der Daten haben.

4.4.8 Meldepflicht

Nach Artikel 11 Absatz 3 DSG müssen private Personen, die regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder Personendaten an Dritte bekannt geben, Sammlungen beim EDSB anmelden, wenn für das Bearbeiten keine gesetzliche Pflicht besteht und die betroffenen Personen davon keine Kenntnis haben. Dieselbe Meldepflicht besteht auch für die Bekanntgabe von Daten ins Ausland (Art. 6 Abs. 2 DSG). Dieses Register der Datensammlungen ist beim EDSB einsehbar (Ziffer 4.4.13).

Es ist schwierig, dem Datenbearbeiter die Anlegung einer Datensammlung konkret nachzuweisen. Deshalb führt der Artikel mithin zu erheblichen Vollzugsproblemen.

4.4.9 Richtigkeit der Daten

Als problematisch stellt sich Artikel 5 DSG für Anbieter im E-Commerce-Bereich dar. Nach diesem Artikel ist es die Aufgabe des Inhabers einer Datensammlung, sich über die Richtigkeit der Daten zu informieren. Dazu gehört, dass er seine Datensammlung nachführt und unrichtige Informationen von sich aus oder auf Begehren der betroffenen Person hin berichtigt. Es soll verhindert werden, dass durch das Abstützen von Entscheidungen auf veraltete oder falsche Daten der Schutz der Persönlichkeit und die Grundrechte von betroffenen Personen verletzt werden. Eine vollständige Überprüfung von Daten in einem zumutbaren Rahmen ist aber im elektronischen Geschäftsverkehr nicht umzusetzen. Gemäss eines interviewten Experten ist der Artikel folgendermassen zu interpretieren: «Der Gesetzgeber will verhindern, dass ein Inhaber einer Datensammlung Daten bewusst verfälscht». Diese Auslegung wird auch durch den Artikel 8 VDSG gestützt: Eine Privatperson, die Personendaten bearbeitet oder ein Datenkommunikationsnetz zur Verfügung stellt, sorgt für die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Richtigkeit der Daten, um einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten. Insbesondere schützt sie die Systeme gegen unbefugte oder zufällige Vernichtung, zufälligen Verlust, technische Fehler, Fälschung, Diebstahl oder widerrechtliche Verwendung und gegen unbefugtes Ändern, Kopieren, Zugreifen oder andere unbefugte Bearbeitungen.

Bei einer strikten Auslegung des Gesetzes verletzen aber auch Anbieter das Gesetz, die nicht alle Daten überprüfen. Artikel 5 DSG ist deswegen eine Bestimmung, die seit dem Aufkommen des E-Commerce häufig verletzt wird aber aufgrund der Untersuchungsergebnisse nicht den Ansprüchen der Realität entspricht. Für die Anbieter, die nur in der Schweiz tätig sind, ist es noch möglich, die Postadressen der Konsumenten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Wenn die Adresse existiert, hat der Anbieter seine Pflicht erfüllt, auch wenn damit noch nicht bewiesen ist, dass

auch wirklich diese Person am Computer die Daten eingegeben hat. Diese Situation zeigt das Anonymitätsproblem des Internet auf.

4.4.10 Weiterleitung der Daten an Dritte

Nach Artikel 12 DSGVO dürfen besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile nicht ohne Rechtfertigungsgrund an Dritte bekannt gegeben werden. Rechtfertigungsgründe sind gegeben, wenn ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse besteht oder durch das Gesetz die Weitergabe berechtigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Artikel 14 DSGVO regelt die Bearbeitung durch Dritte. Sie ist erlaubt, wenn der Auftraggeber dafür sorgt, dass die Daten nur so bearbeitet werden, wie er es selbst tun dürfte, und keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht es verbietet.

In der vernetzten Welt des Internets gehört die Weiterleitung von persönlichen Daten und Persönlichkeitsprofile an Dritte zum Alltag. So müssen zum Beispiel die Kreditkartendaten, die Rechnungsadresse und die Angaben zum gekauften Produkt oder Dienstleistung bei einem E-Commerce-Kauf weitergegeben werden, damit die Zahlung erfolgen kann. Viele Unternehmen haben Geschäftsvorgänge an Dritte ausgelagert, welche mit den notwendigen Daten ausgestattet werden müssen, um ihre Aufgaben ausführen zu können. Zum Schutz der Konsumenten muss der Umgang und die Weitergabe von Daten sorgfältig vorgenommen werden. Nach Weber muss ein Hauptaugenmerk des Datenschutzrechts stärker auf die Aspekte der Datensicherheit gelegt werden, das heisst auf die Verhinderung einer Weiterleitung von Daten an nicht beteiligte Dritte.¹⁰¹ Die Studie vom EVZ-Netz hat aufgezeigt, dass über die Hälfte der Websites die Konsumenten anfragt, ob die Daten an Dritte weitergegeben werden dürfen¹⁰², obwohl vermutlich die Weitergabe der Daten nicht in allen Fällen notwendig wäre. Die Studie von Andersen¹⁰³ hat ergeben, dass von 100 untersuchten Schweizer Websites 59 ein Privacy Statement abgeben. Davon machen 35 Angaben über die Weitergabe von Daten an Dritte: 12 geben die Daten weiter. 23 geben die Daten nicht weiter, ausser es sei aus rechtlicher Sicht oder für die Abwicklung der Geschäftstätigkeit erforderlich oder die Daten werden in anonymisierter Form weitergegeben. 41 Websites machen keine Angaben über ihre Privacy Policy. Ein beachtlicher Teil von Websites legen somit keinen Schwerpunkt auf die Information des Kunden bezüglich ihres Umgangs mit Daten.

Von den 12 Websites, die Daten weitergeben, gibt keine dem Benutzer die Möglichkeit zum «Opt-in» (Abbildung 4). «Opt-in» bedeutet, dass die Daten nur weitergegeben werden dürfen, wenn der Kunde sich in eine Liste einträgt. Neun gewähren die Opt-out-Möglichkeit. Das heisst, der Benutzer kann sich in eine Liste eintragen, so dass seine Daten nicht an Dritte weitergeleitet werden dürfen. Zwei Websites geben an, dass sie eine Zusage des Benutzers verlangen bzw. ihm die Wahl geben, wie die Daten weiter verwendet werden sollen.¹⁰⁴

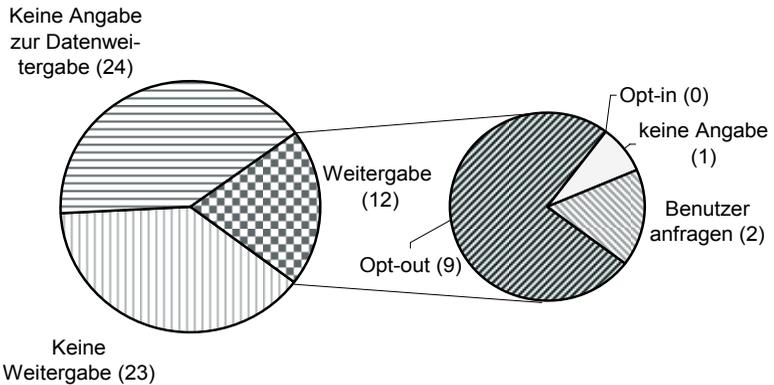
¹⁰¹ Weber et al., 2001, S. 467.

¹⁰² EVZ-Netz, 2003, S. 28.

¹⁰³ Andersen, 2001, S. 21.

¹⁰⁴ Andersen, 2001, S. 21.

Information in Privacy Statements zur Weitergabe der Daten an Dritte (Anzahl Websites)



Quelle: Andersen, 2001, S. 21.

Diese Studienergebnisse zeigen auf, dass bei der Weitergabe von Daten an Dritte nicht alle Anbieter mit einem angemessenen Verhalten vorgehen. Über ein Drittel der Websites mit Privacy Statements machen keine Angaben zur Weitergabe von Daten an Dritte. Möchte der Konsument mehr wissen, muss er sein Auskunftsrecht einfordern. Von 100 Websites geben gerade einmal 12 an, dass sie Daten an Dritte weitergeben. Von diesen 12 Sites lassen sich mindestens neun, bevor ein direkter Bedarf besteht, von den Kunden die Erlaubnis geben, dass sie ihre Daten weitergeben dürfen. Gemäss dem DSGVO ist dies erlaubt, entspricht aber laut der Botschaft von 1988 nicht dem Sinne des Bundesrats.¹⁰⁵

4.4.11 Technischer und organisatorischer Datenschutz

In Artikel 7 DSGVO wird verlangt, dass besonders schützenswerte Daten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen zu schützen sind. Weltweit betrachtet, wird pro Woche mindestens ein grösseres Sicherheitsleck in Software entdeckt.¹⁰⁶ Information ist verwundbar, sobald sie online gesammelt und in Online-Datenbanken benutzt wird. Die Untersuchung der PVK hat ergeben, dass zum Schutz der Information technisch sehr viel machbar ist, dass aber diese technischen Umsetzungen und Anwendungen nicht immer wirtschaftlich tragbar und gerade für KMU mit grossem Aufwand verbunden sind.

¹⁰⁵ BBl 1988 II 416.

¹⁰⁶ Consumers International, 2001a, S. 13.

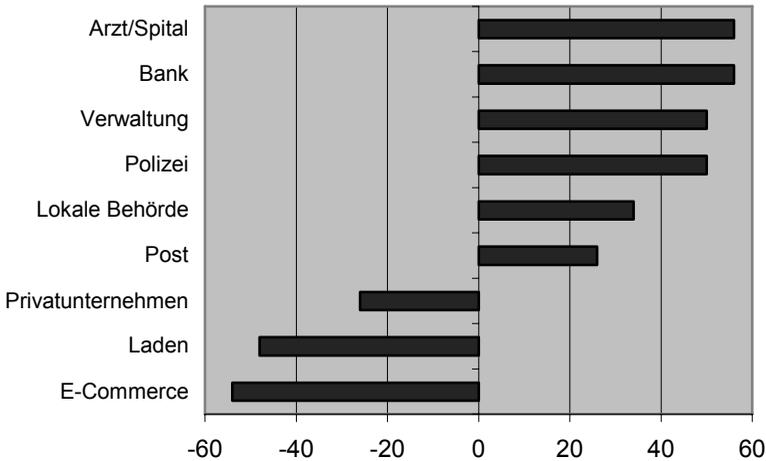
Zur Frage nach der Wirksamkeit des Artikel 7 DSGVO antwortete ein Experte: «Die organisatorischen Aspekte sind massiv unterbewertet, während die technischen Lösungen so ziemlich für alles bereits existieren, da gibt es eigentlich kein wirkliches Problem».

Einem Anbieter kann schon zum Vorwurf gemacht werden, dass er für den konkreten Datentransfer den unsicheren Weg übers Internet gewählt und dadurch die Sicherheit der Daten vor unbefugtem Zugriff vernachlässigt hat. Deshalb ist es sinnvoll, wenn man fremde Personendaten, die man auf dem Internet transferiert, vor dem Senden verschlüsselt.¹⁰⁷ Die von der PVK befragten Experten sehen in diesem Punkt wenig Handlungsbedarf, da die Verschlüsselung der Daten beim Transferieren fast immer vorgenommen wird. Vernachlässigt behandelt wird laut einem Experten die Datenaufbewahrung: «Es geht eher darum, am Anfang und am Ende für Sicherheit zu sorgen, und nicht primär unterwegs». Andersen¹⁰⁸ zeigt, dass von 100 Websites nur gerade 18 Angaben machen, wie die Daten auch nach der Übermittlung geschützt werden, zum Beispiel durch Einschränkung der zugriffsberechtigten Benutzergruppe oder einen speziell gesicherten Server.

Wie auch immer, die grosse Mehrheit der Schweizer geht davon aus, dass das Internet es nicht erlaubt, die Personendaten sicher aufzubewahren, wie diese Abbildung 5 zeigt.

Abbildung 5

Nettorate der Sicherheit der Schweizer Konsumenten in Bezug auf verschiedene Organisationen, welche ihre Daten aufbewahren (in %)



Quelle: PVK, gestützt auf den Rat für Persönlichkeitsschutz, 2004, S.7.

¹⁰⁷ Spahr, 2003, S. 139.

¹⁰⁸ Andersen, 2001, S. 22.

Bemerkung: Die Nettorate der Sicherheit zeigt die Differenz zwischen den Personen, die sich ganz sicher oder ziemlich sicher wähnen, und denjenigen, die sich nicht wirklich in Sicherheit oder überhaupt nicht in Sicherheit wähnen.

4.4.12 Schwache Stellung der Sanktionen

Gemäss Artikel 15 DSG kann jede Person ihre Klagen zum Schutz ihrer Privatsphäre selbständig vor dem Zivilrichter vertreten. Findet eine Verletzung der Privatsphäre statt, kann die betroffene Person nach Artikel 34 DSG (Verstoss gegen Auskunft-, Melde- und Mitwirkungspflichten) und Artikel 35 DSG (Verstoss gegen die berufliche Schweigepflicht) strafrechtlich gegen den Dateninhaber vorgehen. Laut vier interviewten Experten ist die schwache Stellung der Sanktionen ein grosses Problem einer durchgreifenden Umsetzung des DSG. Das DSG wurde auch als Gesetz ohne Zähne bezeichnet.

Klagen nach Artikel 15 DSG finden wenig statt, da es relativ schwierig ist, eine bestehende Gefahr der Verletzung der Privatsphäre zu erkennen und zu belegen. Die Verletzung der Privatsphäre kommt zwar häufig vor, aber in der Regel in einem geringen Ausmass. Für die betroffene Person entsteht meistens keinen pekuniären Schaden. Deswegen wird oft auf eine Klage nach Artikel 34–35 DSG verzichtet. Zudem wird der potenzielle Aufwand für eine Klage von den interviewten Experten und den Vertretern der Konsumentenschutzorganisationen als sehr gross und der Ausgang des Verfahrens als sehr ungewiss bezeichnet. Die Konsumentenschutzorganisationen in der Schweiz führen meistens nicht Klage, sondern versuchen zu vermitteln und Vergleiche zu erreichen, die schneller und billiger abzuhandeln sind.

Im Zusammenhang mit der schwachen Stellung der Sanktionen wurde von mehreren Interviewten angefügt, dass es ein Schwachpunkt sei, dass der EDSB nur Empfehlungen und keine Sanktionen aussprechen könne. Es gibt bis jetzt noch keine Empfehlung vom EDSB in diesem Bereich und somit auch keine Entscheide der EDSK.¹⁰⁹

Gerichtsentscheide und die Entscheide der EDSK würden dem Bereich Datenschutz zu mehr Öffentlichkeit verhelfen. Sie könnten als Reverenz dienen und ein grössere mediales Echo erreichen. Die Entscheide der EDSK werden zurzeit auf der Website¹¹⁰ der Bundeskanzlei veröffentlicht, ohne dass die Publizierung durch eine Pressemitteilung bekannt gemacht würde. Mit wenig Aufwand könnten für diese Entscheide mehr Publizität geschaffen werden.

In der Schweiz gibt es im Bereich E-Commerce als solche keine Rechtsentscheide zum Thema Datenschutz. Dies hat verschiedene Gründe: Erstens sind die Thematik Datenschutz und das Datenschutzgesetz relativ junge Themen, in denen Erfahrungswerte zum Teil noch fehlen. Zweitens ist die Schweiz ein kleiner Rechtsraum mit niedrigerer Kollisions- und Entscheidendichte als zum Beispiel in Deutschland und Frankreich. Drittens spielen internationale Elemente hinein, bei welchen fraglich ist, ob Schweizer Gerichte angerufen werden können bzw. ob diese zuständig sind.¹¹¹

¹⁰⁹ Der EDSB hat zwei Empfehlungen erlassen betreffend spamming und Vaterschaftstests. Keine dieser Empfehlungen betrifft den E-Commerce als solchen.

¹¹⁰ http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/aut/aut_1.2.3.5.html.

¹¹¹ Züst, 2001, S. 18.

Die Auswertung der Interviews hat ergeben, dass die fehlende Rechtsprechung sich auf die konkrete Auslegung abstrakt formulierter Artikel und Begriffe auswirkt. Der Gesetzgeber hat für die Auslegung der Artikel des DSGVO die Gerichte vorgesehen. Wenn aber nie ein Gericht entscheiden muss, gibt es keine klare Auslegung. Dies bezieht sich nicht nur auf Artikel sondern auch auf einzelne Begriffe, die unklar oder nicht bestimmt sind.

Bei der Formulierung des DSGVO war man sich der Schwierigkeit unterschiedlicher Begriffsauffassungen bewusst. Deshalb hat man in Artikel 3 DSGVO die wichtigsten und immer wieder vorkommenden Begriffe (Personendaten, besonders schützenswerte Daten, Persönlichkeitsprofile, Bearbeiten und Inhaber einer Datensammlung) definiert. Um alle Eventualitäten zu beinhalten, wurden aber die Definitionen so weit gefasst, dass sie Interpretationsspielräume offenlassen. So ist gemäss den interviewten Experten nicht geklärt, was genau ein Persönlichkeitsprofil beinhaltet und was man unter Verhältnismässigkeit zu verstehen hat. In einem Experteninterview wurde die Ansicht vertreten, dass in Bezug auf die Kernproblematik «Zweckdefinition» «Zweckbindung» und «Verhältnismässigkeit» nur eine Minderheit der Anbieter wirklich alles korrekt macht.

Da keine Klagen geführt werden, können die Gerichte auch nicht gestaltend eingreifen. In der Schweiz fehlen die Gerichtsentscheide, die eine Auslegung einzelner Artikel und damit eine Behebung von gewissen Rechtsunsicherheiten bringen würden. Die Konstellation von nicht präzisen Grundlagen und fehlenden Gerichtsentscheiden ist unbefriedigend und schafft Unsicherheiten.

4.4.13 Rolle des EDSB im Bereich E-Commerce

Der EDSB hat, wie in Ziffer 4.3.1 aufgezeigt, verschiedene Aufgaben im Bereich des privatrechtlichen Raums, welcher auch den elektronischen Geschäftsverkehr umfasst.

Im 20-köpfigen Team des EDSB ist nicht eine Person allein für den Bereich E-Commerce zuständig. Die Triage findet fall- oder mindestens umgebungsbezogen statt, denn Medikamente übers Internet zu vertreiben, ist nicht dasselbe wie Bücher oder Musik zu verkaufen.

Die Zweckmässigkeit des Datenschutzes hängt stark von den Kontrollmöglichkeiten und der Durchsetzbarkeit der Regelungen ab. Das Internet stellt diesbezüglich neue Herausforderungen an die nationalen Datenschutzbeauftragten. Es ist beinahe unmöglich, die vielen Unternehmen zu überwachen und allfällige Verstösse gegen den Datenschutz zu sanktionieren.¹¹²

Diesen Unwegsamkeiten ist sich auch der EDSB bewusst. So hat er 1999 in einem Artikel geschrieben, dass verschiedene flankierende Massnahmen die gesetzlichen Bestimmungen begleiten müssen, um den Schutz der Privatsphäre im Zeitalter der weltweiten Datennetze gewährleisten zu können¹¹³:

- Sensibilisierung der Bevölkerung: Anbieter müssen die Benutzer über das neue Umfeld und potenzielle Gefahren informieren. Mittelfristig sollte die

¹¹² Minsch und Moser, 2001, S. 217.

¹¹³ <http://www.edsb.ch/d/doku/fachpresse/elektronischen-geschaeftsverkehr-d.pdf>.

Sensibilisierung auf dem Wege der Aus- und Weiterbildung vorangetrieben werden.

- Transparenz der Datenbearbeitungen: Anbieter im elektronischen Geschäftsverkehr sind gefordert, die Benutzer zu informieren, insbesondere darüber welche Personendaten sie für welche Zwecke bearbeiten oder bearbeiten möchten.
- Wahlmöglichkeiten: Dem Benutzer soll die Möglichkeit geboten werden, dass er die Verwendung seiner Daten für andere Zwecke ohne jegliche Begründung verweigern kann.
- Einsatz von Sicherheitstechnologien: Datenschutzfreundliche Technologien sind im elektronischen Geschäftsverkehr einzusetzen und den Benutzern zur Verfügung zu stellen.

Von den interviewten Personen wird der EDSB unterschiedlich wahrgenommen. Zum einen wird seine Arbeit sehr geschätzt, man stützt sich auf seinen Rat. Unternehmen, die einen Ruf zu verlieren haben, achten auf seine Empfehlungen und Publikationen. Eine interviewte Person findet, dass die blossе Existenz der Institution EDSB dafür sorgt, dass ein grösseres Bewusstsein für Datenschutz entsteht.

Zum anderen gibt es aber auch kritische Stimmen. Als Mangel des DSG wurde von zwei Experten die schwache Position des EDSB genannt. So werden die Leitfäden und Aufforderungen des EDSB nur von einem Teil der Unternehmen in ihre Datenschutzpolitik aufgenommen. Beispielsweise wird die flankierende Massnahme «Transparenz der Datenbearbeitung» von über einem Drittel der von Andersen¹¹⁴ untersuchten Unternehmen ignoriert. Der EDSB hat aber keine Möglichkeit, dagegen etwas zu unternehmen. Gemäss den zwei Experten sollte der EDSB stärker und schneller einschreiten können.

Drei Experten sind der Ansicht, dass der EDSB angesichts der Flut des zu untersuchenden und zu publizierenden Materials überlastet ist. Die Aktionen des Datenschutzbeauftragten würden kaum Wirkung zeigen. Einige Interviewte beobachten, dass der EDSB eine Extremposition vertreten muss, damit er einen kleinen Teil davon erreicht. Sie beurteilen dies kritisch: Es führe dazu, dass der EDSB polarisiere und nur um der Aufmerksamkeit willen gewisse Themen in die Medien bringe.

Seinen Auftrag private Personen zu beraten (Art. 28 DSG), nimmt der EDSB u.a. durch Publikationen wahr. Auf seiner Website hat er einige nützliche Hinweise zusammengestellt, die dem Benutzer des Internets helfen sollen, allfällige Gefahren zu erkennen und Vorsichtsmassnahmen zu treffen.¹¹⁵ In Fachzeitschriften schreibt er auch Artikel zu verschiedenen Bereichen des Datenschutzes. Im Februar 2000 hat er das Dokument «Datenschutz und E-Commerce: Umsetzungshilfe und Konkretisierungsvorschläge»¹¹⁶ veröffentlicht, welches als Hauptziel die Stärkung des Vertrauens der Benutzer in den elektronischen Geschäftsverkehr hat. In dem Dokument hat der EDSB datenschutzrechtliche Konkretisierungsvorschläge formuliert, welche den Unternehmen bei der Umsetzung einer kundenfreundlichen, transparenten und gesetzeskonformen Datenbearbeitungspolitik behilflich sein können. Weiter hat der

¹¹⁴ Andersen, 2001, S. 21.

¹¹⁵ <http://www.edsb.ch/d/themen/sicherheit/tipps/index.htm>.

¹¹⁶ http://www.edsb.ch/d/themen/e-commerce/ecom_d.pdf.

EDSB verschiedene Leitfäden¹¹⁷ publiziert, die sowohl an die Unternehmen als auch an die Konsumenten gerichtet sind und in einer verständlichen Sprache die wichtigsten Punkte zum Datenschutz wiedergeben. Seit 1998 nimmt der EDSB in seinen Tätigkeitsberichten¹¹⁸ auch immer wieder zu detaillierten Fragen und Problemen im Bereich Internet bzw. E-Commerce Stellung.¹¹⁹

Die Einsicht ins Datenregister zu Artikel 11 DSGVO ist auch gewährleistet. Bei Fragen und Problemen können sich die Bürger sowohl telefonisch, elektronisch als auch schriftlich an den EDSB wenden. Bei der Information sollte es aber nicht nur um die Aufklärung über die Rechte gehen, sondern auch um das Aufzeigen, welche Daten unter das DSGVO fallen. Dieser Punkt wird bisher vernachlässigt.

Einige interviewte Personen bedauern es, dass der EDSB keine Sanktionsmöglichkeiten hat und nur Empfehlungen aussprechen kann. Da es im Bereich E-Commerce als solche keine Empfehlungen gibt, kann die PVK deren Auswirkung nicht beurteilen. Nach Artikel 29 DSGVO kann der EDSB nicht nur auf Meldung Dritter sondern auch von sich aus Abklärungen vornehmen und Empfehlungen erlassen. Hinsichtlich Empfehlungen ist der EDSB bisher nicht aktiv geworden. Dies ist der erforderlichen Gewichtung des Themas Datenschutz im E-Commerce abträglich.

Die Begrenzung des Wirkens des EDSB liegt in der Unmöglichkeit eines vollständigen Überwachens des E-Commerces. So kann er nur jene Datensammlungen nach Artikel 11 DSGVO und nach Artikel 6 DSGVO registrieren, die ihm gemeldet werden. Er kann nur stichprobenweise einzelne E-Commerce-Anbieter überprüfen, ob sie ihre Verpflichtungen wahrnehmen.

4.4.14 Internationale Konventionen und Richtlinien

Angesichts des transnationalen Informationsflusses drängt sich eine internationale Zusammenarbeit auf, um ein möglichst hohes Datenschutzniveau bei gleichzeitiger Gewährleistung des freien grenzüberschreitenden Informationsaustausches sicherzustellen. Der Export von Schweizer Kundendaten ist seit dem Aufkommen des E-Commerce mehr ins Zentrum gerückt. Der Europarat und die OECD vertreten die Ansicht, dass der Weg der möglichst weitgehenden inhaltlichen Angleichung der einzelstaatlichen Datenschutzrechte als der richtige Weg zu gelten hat¹²⁰:

- Der Europarat hat die Konvention Nr. 108 zum Schutze des Menschen bei der automatischen Datenbearbeitung personenbezogener Daten erlassen. Zweck des Übereinkommens ist es, im privaten und im öffentlichen Sektor den Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der automatischen Verarbeitung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten zu verstärken. In allen Mitgliedsstaaten soll ein Minimum an Persönlichkeitsschutz bei der Verarbeitung von Personendaten und eine gewisse Harmonisierung des Schutzsystems sichergestellt werden; andererseits gewährleistet das Übereinkommen den internationalen Datenverkehr dadurch, dass keine Vertragspartei den Transfer von Informationen an eine andere Vertragspartei, welche den

¹¹⁷ <http://www.edsb.ch/d/doku/leitfaeden/index.htm>.

¹¹⁸ <http://www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/index.htm>.

¹¹⁹ z.B. EDSB, 2000/01 (siehe Kap. 3.1) od. EDSB 2001/02 (siehe Kap. 2.1.1).

¹²⁰ Weber et al., 2001, S. 479.

vom Übereinkommen vorgesehen Mindestschutz gewährleistet, untersagen darf.¹²¹

Die Schweiz ist als Mitglied des Europarats verpflichtet die Konvention in ihr nationales Gesetz zu übernehmen. In der vom Nationalrat zurückgewiesenen Teilrevision DSG war auch die Ratifizierung dieser Konvention enthalten. Durch die Zurückweisung schiebt sich die Übernahme der Konvention ins schweizerische Gesetz auf.

- Die OECD-Leitlinie¹²² für den Schutz des Persönlichkeitsbereiches und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten Nr. 15–18 gehen vom Grundsatz des freien Datenverkehrs aus und fordern unter Vorbehalt besonderer Ausnahmen die Mitgliedsstaaten auf, die angemessenen Massnahmen zu treffen, damit dieser Verkehr ohne Störungen abläuft.

Die Schweiz hält sich formal an die OECD-Leitlinie. Diese ist sehr allgemein gefasst und lässt einen grossen Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung der nationalen Gesetzgebungen.

5 Grenzüberschreitender E-Commerce

Um die Studie der PVK zu vervollständigen, soll die Problematik der Schweizer Konsumenten gegenüber den ausländischen Anbietern im Bereich transnationalen E-Commerce aufgezeigt werden. Das internationale Privatrecht findet dann Anwendung, wenn die Akteure in verschiedenen Ländern domiziliert sind, was für den E-Commerce oft zutrifft. Die Grundsatzfragen betreffen die Bestimmung des zuständigen Gerichts, die Wahl des anwendbaren Rechts und der Vollzug des Gerichtsurteils.

Die statistischen Untersuchungen zeigen, dass die grenzüberschreitenden Käufe öfter Probleme verursachen: Gemäss des EVZ-Netz wurden 34 Prozent der grenzüberschreitenden Bestellungen nicht entschädigt.

5.1 Vertragliche Aspekte

Für die Schweiz sind die Konvention von Lugano (SR 0.275.11) und das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) auf die internationalen Aspekte des E-Commerce anwendbar. Die Konvention von Lugano regelt die rechtliche Zuständigkeit und den Vollzug der Urteile zwischen den europäischen Signatarstaaten, während das IPRG auf das Verhältnis mit anderen Ländern Anwendung findet, darunter die Vereinigten Staaten. Das IPRG bestimmt das auf die vertraglichen Verpflichtungen aus einem Geschäft des E-Commerce anwendbare Recht.

Diese gesetzlichen Grundlagen unterscheiden zwischen einem «aktiven» Konsumenten, der von sich aus die Initiative zum Vertragsabschluss ergreift, und einem «passiven» Konsumenten, der in seinem Land von einer Aufforderung betroffen war.¹²³

¹²¹ BBl 2003 2113

¹²² www.oecd.org/document/57/0,2340,fr_2649_34255_1815225_1_1_1_1,00.html.

¹²³ So hat ein Schweizer Konsument auf Reisen im Ausland, der ein Produkt über das Internet bestellt, keinen Zugang zu einem schweizerischen Gericht. Langer, 2003, S. 453.

Tabelle 4 fasst die dem «aktiven» oder «passiven» Schweizer Konsumenten als Kläger oder Beklagter gemäss den Bestimmungen der Konvention von Lugano und des IPRG offen stehenden Optionen bezüglich des zuständigen Gerichts und des anwendbaren Rechts zusammen.

So kann ein «aktiver» Konsument mit dem Anbieter eine Gerichtsstandsklausel vereinbaren (Art. 17 der Konvention von Lugano, Art. 114 IPRG). In der Praxis auferlegt der Anbieter in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Konsumenten eine Gerichtsstandsklausel für das Gericht im eigenen Land.¹²⁴ Der «passive», der Konvention von Lugano unterliegende Konsument seinerseits hat als Kläger die Wahl zwischen den Gerichten seines Landes und denjenigen seines Anbieters, während ihm als Beklagtem nur die Gerichte seines Landes offen stehen. Ein «passiver» Konsument kann eine Gerichtsstandsklausel nicht gültig vereinbaren (Art. 15 Bst. a Konvention von Lugano).

Tabelle 4

Für Schweizer Konsumenten zuständige Gerichte und anwendbares Recht gemäss der Konvention von Lugano und dem IPRG

Gesetzliche Grundlage	Konsument		Zuständiges Gericht		Anwendbares Recht	
			Schweiz	Ausland	Schweiz	Ausland
Lugano 0.275.11	Aktiv	Kläger		Art. 17		
		Beklagter		Art. 17		
	Passiv	Kläger	Art. 14	Art. 14		
		Beklagter	Art. 14			
IPRG 291	Aktiv	Kläger		Art. 114		Art. 117
		Beklagter		Art. 114		Art. 117
	Passiv	Kläger	Art. 114	Art. 114	Art. 120	
		Beklagter	Art. 112	Art. 113	Art. 120	

Quelle: PVK, gestützt auf Stauder, 2002b.

Artikel 120 IPRG bestimmt zwingend, dass auf einen Vertrag zwischen einem Anbieter und einem «passiven» Konsumenten das Recht seines Wohnorts Anwendung findet. Der Konsument kommt somit in den Genuss seines eigenen materiellen Rechts. Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen. Bei einem «aktiven» Konsumenten sind die allgemeinen Bestimmungen anwendbar (Art. 117 IPRG). In der Praxis sehen die Rechtswahlklauseln des Anbieters die Anwendung von dessen Recht vor.

Die Konvention von Lugano und das IPRG stammen aus einer Zeit, in welcher der E-Commerce noch nicht entwickelt war. Insofern stellen sich nach der Literatur einige Probleme für die Anwendung dieser beiden gesetzlichen Erlasse. Die hauptsächlichsten Schwierigkeiten bestehen in der Feststellung der Identität und vor allem des Wohnorts der Akteure. Auf dem Internet ist es für einen Anbieter leicht, seinen Wohnsitz zu wechseln oder die Ware aus einem anderen Land als demjenigen, in

¹²⁴ Spahr, 2002, S. 72.

dem er seinen Sitz hat, zu liefern. Wie bereits in Ziffer 3.3 erwähnt, verlangt das schweizerische Recht vom Anbieter nicht, dass er seine wahre Identität und seine wirkliche Adresse preisgibt.

Probleme im Rahmen des E-Commerce wirft schliesslich die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Konsumenten auf. Für einen als passiv qualifizierten Konsument muss dem Vertragsabschluss eine besonders gezielte Werbung in seinem Wohnortsstaat vorausgegangen sein, und es ist erforderlich, dass der Konsument in seinem Land die für den Vertragsabschluss erforderlichen Handlungen vorgenommen hat¹²⁵ (Art. 13 Konvention von Lugano, Art. 114 Abs. 1 IPRG). Doch der Anbieter nutzt seine Website in der Regel gleichzeitig als Werbeinstrument und als Website zum Vertragsabschluss. Seine Aktivitäten sind nicht besonders auf das Land des Konsumenten ausgerichtet, sondern auf die ganze Welt.¹²⁶ Andererseits könnte der Konsument, der auf dem Internet surft, diese nach ihm genehmen Angebote durchsuchen, wie wenn er sich physisch ins Ausland begeben würde, um Einkäufe zu tätigen. Ferner könnte sich die Gestaltung der Website ebenfalls auf die Qualifikation des Konsumenten auswirken. In Anbetracht fehlender Rechtsprechung qualifiziert die schweizerische Doktrin den Konsumenten auf dem Internet als passiv.¹²⁷

Insofern ist, was das anwendbare Recht betrifft, der schweizerische passive Konsument gemäss Artikel 120 IPRG ausschliesslich schweizerischem Recht unterworfen. Nun ist das schweizerische Recht für die Konsumenten nicht dasjenige mit dem besten Schutz.¹²⁸ Die EU anerkennt mehr Rechte, wie das Widerrufsrecht, bessere Informationsrechte, das Recht auf Rückgabe der Sache und längere Garantiefrieten. Dies kann zu folgender paradoxen Situation führen: Der Schweizer Konsument hätte eigentlich ein Interesse, auf die Bestimmungen zu seinem Schutz zu verzichten, in der Hoffnung, dass der Richter das auf den ausländischen Lieferanten anwendbare Rechte anwendet.¹²⁹

Der letzte Punkt betrifft den Vollzug der Urteile. Nach der Literatur werden die Urteile in den einzelnen europäischen Signatarstaaten anerkannt und vollstreckt, wobei Artikel 26 der Konvention von Lugano eine grosse Hilfe ist, weil die europäischen Behörden die schweizerische Entscheidung anwenden, als wäre sie ein europäisches Urteil. Viel schwieriger gestaltet sich der Vollzug im Verhältnis mit den Vereinigten Staaten oder den asiatischen Ländern.¹³⁰

¹²⁵ Stauder, 2002b, S. 683.

¹²⁶ Der Anbieter hat jedoch die Möglichkeit, geographische Grenzen zu setzen. Das Reglement von Brüssel, welches auf den internen europäischen Markt anwendbar ist, schützt den Konsumenten, wenn der Anbieter seine Tätigkeit «mit allen Mitteln» auf den Mitgliedstaat, in dem der Konsument seinen Wohnsitz hat, oder auf mehrere Staaten, darunter der Mitgliedstaat, in dem der Konsument seinen Wohnsitz hat, richtet (Art. 15 des Reglements von Brüssel).

¹²⁷ Stauder, 2002b, S. 684.

¹²⁸ Knoepfler, 2002, S. 154.

¹²⁹ Langer, 2003, S. 507.

¹³⁰ Stauder, 2002a, S. 132 und Knoepfler, 2002, S. 155.

Die Mehrheit der von der PVK befragten Personen hat die Komplexität der bestehenden Bestimmungen betont und zahlreiche bereits erwähnte Probleme bestätigt. Dazu seien einige Beispiele erwähnt. Artikel 120 Absatz 2 IPRG, wonach der Schweizer Konsument daran gehindert wird, in den Genuss des besser schützenden europäischen Rechts zu kommen, wird als «fehlerhaft» bezeichnet. Die Bestimmung geht davon aus, dass das schweizerische Recht besser ist. Aber ein ausländischer Konsument, der auf einer schweizerischen Website kauft, ist besser geschützt als ein Schweizer Konsument, der das gleiche Geschäft getätigt hat.

Eine Schweizer Website hat ihre Angebote auf in den EU-Ländern wohnende Kunden beschränkt. Diese Einschränkung liegt im Umstand, dass das Unternehmen sonst zu viele unterschiedliche nationale Gesetzgebungen hätte berücksichtigen müssen. So ist die Website technisch so konzipiert, dass aussereuropäische Einwohner gar keine Bestellung aufgeben können. Andere Anbieter müssen bereits heute die in den Zielländern anwendbare Gesetzgebung und Rechtsprechung berücksichtigen.

Die Konsumenten sehen sich ebenfalls einem Informationsdefizit ausgesetzt. Die Untersuchung von Consumers International zeigt, dass nur ein Viertel der Websites, auf welchen grenzüberschreitende Käufe getätigt wurden, das auf diesen Kauf im Falle einer Streitigkeit anwendbare Recht erwähnen. Liegt eine Angabe vor, sind Ort und Verfahren in aller Regel zu Gunsten des Anbieters geregelt.¹³¹ In einigen Fällen wird angegeben, dass die im Vertrag vorgesehene Wahl nur dann gültig ist, wenn andere «lokale» Gesetze sie erlauben.

Was die internationalen Streitigkeiten im Bereich des unlauteren Wettbewerbs anbelangt, ist die Schweiz seit 1991 Mitglied des International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN), welches 31 Mitgliedsländer zählt. Diese Zusammenarbeit hat zum Ziel, im grenzüberschreitenden Bereich gegen unlautere Handels- und Werbemethoden vorzugehen. Wichtigste Tätigkeiten des ICPEN sind die «sweep days» auf dem Internet, die Bereitstellung der Website www.econsumer.gov, welche die Klagen von Konsumenten bezüglich des grenzüberschreitenden E-Commerce aufnimmt, und die Weiterleitung dieser Klagen an die betroffenen Staaten. Für die Schweiz bedeutet das konkret, dass das *sec* zum guten Ruf des Landes beiträgt, indem es das Recht hat, gemäss Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe c UWG eine Klage zum Schutz eines ausländischen Konsumenten einzureichen. Diese Bestimmungen finden auf den Schweizer Konsumenten für Streitigkeiten in der Schweiz keine Anwendung.

Wie Tabelle 5 zeigt, haben ausländische Konsumenten zwischen April 2001 und Juni 2003 annähernd 200 Klagen gegen schweizerische Unternehmen eingereicht, woraus hervorgeht, dass die Schweiz bezüglich eingereicherter Klagen überproportional vertreten ist.

¹³¹ Jeanneret, 2001, S. 12–15.

In den aufgeführten Ländern eingereichte Klagen

	April 2001–Januar 2003	Januar 2003–Juni 2003
Vereinigte Staaten	935	577
Grossbritannien	276	145
Kanada	202	94
Spanien		83
Niederlande		39
Australien	92	35
Deutschland		31
Schweiz	167	30
Belgien	9	
Schweden	16	

Quelle: Sutter, 2003, S. 45 und www.econsumer.gov.

Das seco setzt sich dann jeweils für eine Bereinigung ein, indem es zuerst direkt Kontakt mit dem betreffenden Unternehmen aufnimmt. Allerdings gehen die Massnahmen bis zu Sanktionen der schweizerischen Gerichte. Diese Klagen betreffen unter anderem Fragen wie fehlende Lieferung von zum voraus bezahlten Waren, der Verkauf von pseudo-medizinischen Produkten und der Versand von Angeboten, die wie Rechnungen aussehen.

5.2 **Datenschutz**

Das IPRG enthält auch spezifische Bestimmungen über den Datenschutz auf transnationaler Ebene, in der Schweizer Konsumenten und ausländische Anbieter agieren. Artikel 129 und 130 Absatz 3 IPRG über das zuständige Gericht lassen die Wahl zwischen den schweizerischen Gerichten, dem Gericht am Wohnsitz des Konsumenten oder dem Gericht am Ort, an welchen die Datensammlung geführt oder verwendet wird.

Das anwendbare Recht ergibt sich aus Artikel 139 Absatz 3 IPRG. Diese Bestimmung regelt die Persönlichkeitsverletzungen durch das Bearbeiten von Personendaten sowie durch Beeinträchtigung des Rechts auf Auskunft über Personendaten. Der Konsument hat die Wahl: Er kann sich auf das Recht seines Aufenthaltsstaates, des Staates, in dem der Urheber der Schädigung seine Niederlassung hat, oder auf das Recht des Staates, in dem der Erfolg der verletzenden Handlung eintritt, stützen. Der Schweizer Konsument hat in zahlreichen Fällen ein Interesse daran, das europäische Recht, welche ihn besser schützt, anzurufen, namentlich im Bereich der Weiterleitung von Daten an Dritte.

Die von der PVK befragten Experten hatten keine Kenntnis von internationalen Streitsachen über den Datenschutz im E-Commerce, die Schweizer Konsumenten betroffen hätten.

Im Schlusskapitel dieses Berichts antwortet die PVK auf die letzte zu untersuchende Frage, nämlich die Frage der Selbstregulation in den Bereichen vertragliche Aspekte und Datenschutz. Die Schweizer Unternehmen können aus eigener Initiative zusätzliche Massnahmen treffen, um das Vertrauen der Konsumenten in den Schutz ihrer Daten zu erhöhen oder um ihnen bessere Vertragsbedingungen zu unterbreiten, was den Unternehmen einen Konkurrenzvorteil verschaffen sollte. Die in dieser Ziffer diesbezüglich beschriebenen Massnahmen umfassen allerdings nicht nur die Schaffung und die Einhaltung von Regeln, sondern auch die Kontrolle ihrer Anwendung.

Wie wirken sich die Formen von Selbstregulierung im Bereich des E-Commerce aus?

Die Formen der Selbstregulierung im Bereich des E-Commerce beruhen im Wesentlichen auf Labels sowie alternativen Streiterledigungsverfahren.

In der Schweiz gibt es drei speziell auf dem Internet entwickelte Labels: E-com-trust¹³², Qweb¹³³ und Webtrader¹³⁴. Die Unternehmen mit einem Label verpflichten sich, ein Pflichtenheft einzuhalten¹³⁵, dessen Umsetzung durch aussenstehende Firmen kontrolliert wird, beispielsweise in Form von Audits. Diese Labels haben jedoch die Schweizer Unternehmen nicht überzeugt, haben doch zum Beispiel nur vier Websites das Label Webtrader gewählt.

Nach der Untersuchung von Andersen haben nur 3 Prozent der schweizerischen Websites ein Label aus dem Bereich Datenschutz gewählt. Gemäss der Untersuchung des EVZ-Netzes verwenden lediglich 13 Prozent der untersuchten Websites ein Label. Dieser Prozentsatz ist allerdings zu hoch, weil die Wahl der untersuchten Websites ebenfalls auf Angaben der Unternehmen, die diese Labels entwickeln, basierte. Die Umfrage von National Consumer Council zeigt ihrerseits, dass Konsumenten Labels im Bereich des E-Commerce ignorieren, was durch Eurobarometer bestätigt wird, wonach nur 10 Prozent der europäischen Konsumenten ein solches Label kennen.¹³⁶

Die von der PVK befragten Akteure haben zum überwiegenden Teil erklärt, dass es auf dem Internet zu viele Labels gibt¹³⁷, die den Konsumenten nicht bekannt und inhaltlich zu wenig umfassend sowie zu wenig international sind; dies hat zur Folge, dass sie für den Konsumenten kaum einen Mehrwert haben. Einige der Befragten betonen auch den traditionellen Interessenkonflikt der Zertifizierungsagenturen, die Labels herausgeben und sie Jahr für Jahr verkaufen und die Erträge einkassieren wollen. Andere zweifeln an der Glaubwürdigkeit der Labels, besonders weil ihr Sanktionssystem wirkungslos ist. Insofern verlassen sich Internet-Anbieter eher auf das Hören-Sagen, die Erfahrung der Konsumenten oder die Glaubwürdigkeit ihrer festen Verkaufsstelle, um das Vertrauen der Konsumenten zu gewinnen.

¹³² Labels von Economiesuisse, Konsumentenforum, Swiss ICT und Schweizerischer Normenvereinigung: <http://www.e-comtrust.com/>. Vgl. auch Fässler, 2001, S.116 f.

¹³³ Label von SQS. http://www.sqs.ch/fr/449_1.pdf.

¹³⁴ Label der FRC. <http://web-trader.ch/>.

¹³⁵ Für eine Analyse des Inhalts verschiedener Label, vgl. Hertz-Pompe, 2003, S. 57 f.

¹³⁶ Eurobarometer, 2004, S. 20.

¹³⁷ Weltweit gibt es mehr als 600 Labels. Hertz-Pompe, 2003, S. 15.

Einige Experten haben jedoch auch Vorteile dieser Labels hervorgehoben, so beispielsweise die Kontrolle der internen Verfahren in den Unternehmen und die Berücksichtigung von Problemen mit dem Datenschutz. Eine Website nutzt das Label als direkten Bezug zu den Konsumentenschutzorganisationen, aber sie bemerkt, dass sie von Seiten der Kunden nie eine Bemerkung zum gewählten Label erhalten habe.

Die alternativen Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten umfassen die Mediation, die virtuellen Schiedsgerichte und die Zertifizierungswebsite. Nach der Literatur ist die Onlineregulierung von Streitigkeiten rascher, weniger teuer und wahrscheinlich für beide Seiten effizienter als die Rechtsverfahren. Nachteilig ist, dass Unabhängigkeit sowie auch Erfahrung und Professionalität nicht gewährleistet sind, und noch weniger, ob die Entscheidung überhaupt Anwendung findet.¹³⁸ In diesem Bereich braucht es ebenfalls minimale Garantien, damit das Vertrauen der Konsumenten gewonnen werden kann¹³⁹, vor allem wenn man weiss, dass 11 von 24 im Jahre 2000 von der UNCTAD registrierte Organisationen, die alternative Streitilegungsverfahren vorschlagen, drei Jahre später bereits wieder Konkurs gemacht hatten.¹⁴⁰ Die europäischen Konsumenten können sich auf Artikel 17 der Richtlinie über den E-Commerce stützen (2000/31/EG), die bei Streitigkeiten den Rückgriff auf aussergerichtlichen Regelungsmechanismus empfiehlt. Die Europäische Kommission hat ausserdem eine Empfehlung (98/257/EG) betreffend die Grundsätze (Unabhängigkeit, Transparenz, Effizienz, Beachtung des Rechts) für Einrichtungen, die für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind, erlassen. Auf europäischer Ebene besteht ein aussergerichtliches Netz¹⁴¹ als Ergänzung für die nationalen Regelungsmechanismen. Ferner wurde ein europäisches Formular zur Geltendmachung von Mängeln durch den Konsumenten entwickelt.

In der Schweiz sind die aussergerichtlichen Organe für die Beilegung von Konsumentenstreitigkeiten sehr sektoriell.¹⁴² Sie haben in erster Linie beratende Funktion und treffen keine für die Beteiligten zwingenden Entscheidungen. Die Konsumentenschutzorganisationen können zu Gunsten der Konsumenten eingreifen (Schiedsgericht und Mediation), doch schätzt die FRC die Anfragen betreffend E-Commerce auf Grund ihres Bereitschaftsdienstes auf weniger als 1 Prozent. Sie führt für diesen Bereich denn auch kein Dossier.

Im Bereich der Werbung hat ein Konsument das Recht, bei der Schweizerischen Lauterkeitskommission, dem Organ der Selbstkontrolle, eine Werbung, die ihm unlauter erscheint, anzuzeigen. Das Rekursverfahren vor der Kommission ist unentgeltlich, aber sie hat nicht die Kompetenzen eines Gerichts.¹⁴³ Nach Auffassung der befragten Experten respektieren die seriösen Websites die Entscheide der Kommission, weil ihr Ruf für ihren Markt sehr wichtig ist, doch viele andere Websites lassen sich durch diese Vorschriften nicht beeindrucken. Im Zusammenhang mit Werbung auf dem Internet sind ihr im Übrigen sehr wenige Fälle bekannt. Zwar nehmen die bei der Kommission eingereichten Klagen bezüglich des Internet regelmässig auf

¹³⁸ Walther, 2002, S. 202.

¹³⁹ Walther, 2002, S. 209. Auch: BfK, 2000, S. 10.

¹⁴⁰ UNCTAD, 2003, S.181.

¹⁴¹ www.eejnet.org.

¹⁴² Für eine Liste der zuständigen Organe sei auf die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen verwiesen, 2001, S.3.

¹⁴³ Brunner, 2002, S.185.

13 Prozent im Jahre 2002 zu¹⁴⁴, doch betreffen sie praktisch ausschliesslich Streitigkeiten über die Urheberrechte und das Namensrecht.

Die alternativen Streiterledigungsverfahren werden von den durch die PVK befragten Personen begrüsst, soweit sie der rascheren und für die Betroffenen günstigeren Lösungsfindung dienen. Die heutigen Verfahren sind in der Regel aber nicht mit angemessenen Garantien ausgestattet und sie auferlegen insbesondere nur selten Sanktionen. Die Selbstregulation bleibt für Unternehmen attraktiv, die befürchten, das Vertrauen der Konsumenten zu verlieren. Aber die schwarzen Schafe auf dem Internet werden die Gesetzeslücken und den Mangel an seriösen Systemen der Selbstregulation nutzen, um Missbrauch zu betreiben.¹⁴⁵

Die Labels und diese Mechanismen sind deshalb bloss als Ergänzung zu den Gerichtsverfahren zu betrachten, und nicht als eine Alternative. Dies auch deshalb, weil einerseits gemäss Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272) der Konsument nicht zum Voraus auf ein Gericht verzichten und andererseits die Beschwerde an staatliche Gerichte durch Vertragsklauseln nicht ausgeschlossen werden kann.

7 Schlussfolgerungen

Der E-Commerce eröffnet grosse Möglichkeiten sowohl für den Konsumenten als auch für den Lieferanten. Der Konsument hat zu mehr Waren und Dienstleistungen Zugang, kann Informationen vergleichen und kommt in den Genuss eines einfachen und raschen Kaufabschlusses. Der Anbieter nutzt ein effizientes und günstiges Marketinginstrument, und das Internet kann ihm helfen, seine Kosten zu reduzieren, sein Einkommen zu vermehren und seine Produktivität zu erhöhen. Kurz gesagt: Die beiden hauptsächlichen Partner haben ein gegenseitiges Interesse an einer Entwicklung des E-Commerce.

Die Ausweitung des E-Commerce hängt ab von den der Bevölkerung zur Verfügung stehenden Infrastrukturen, dem gesetzlichen Umfeld, der Führungskultur der Unternehmen und vom Verhalten der Konsumenten. Die Schweiz verfügt über eine sehr gute Infrastruktur an neuen Technologien; sie ist das Land mit der höchsten Computerdichte pro Einwohner. Das gesetzliche Umfeld basiert auf den allgemeinen Bestimmungen wie das OR, das UWG, das KIG, die PBV und das DSG. Dem Schweizer Konsument scheint es jedoch an Vertrauen zu fehlen, besonders im Zusammenhang mit den vertraglichen Aspekten und dem Datenschutz.

Vertragliche Aspekte

Welches sind, gemessen an anderen Vertragsformen und an den Besonderheiten des E-Commerce, die hauptsächlichsten Lücken und Widersprüche bei den vertraglichen Aspekten im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz im Bereich des E-Commerce?

In der Schweiz gibt es kein spezifisches Gesetz über den E-Commerce. Doktrin und befragte Experten vertreten überwiegend die Auffassung, dass die schweizerische Gesetzgebung den Wirtschaftsakteuren erlaubt, sich dieses neuen Kommunika-

¹⁴⁴ www.lauterkeit.ch.

¹⁴⁵ Rosenthal, 2000, S. 244.

tionsmittels zu bedienen. Verschiedene Probleme stellen sich allerdings auf Grund der Besonderheiten des E-Commerce. Vor allem erlaubt die heutige Gesetzgebung dem Konsumenten kaum, dem Internet beim Kaufgeschäft voll zu vertrauen.

Heute verpflichtet die Gesetzgebung den Anbieter nicht, dem Konsumenten die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Auf dem Internet fällt die Feststellung der wahren Identität des Anbieters ungleich schwerer als in den anderen Vertragsverhältnissen, findet zwischen den Parteien doch kein direkter Kontakt statt. Es gibt Anbieter, welche die Tatsache, dass das schweizerische Recht keine Verpflichtung zu vorvertraglicher Information wie Firmennamen, geographische Adresse, Möglichkeit den Anbieter zu kontaktieren, vorsieht, zu ihren Gunsten ausnutzen. Die Verantwortung wird dem Konsumenten überbunden; er muss sich vergewissern, ob die Daten auf der Website, auf welcher er einen Kauf tätigen will, richtig sind. Gesetzliche Bestimmungen in diesem Bereich haben Präventivfunktion und verbessern das Konsumentenvertrauen.

Das Widerrufsrecht fehlt ebenfalls. Es kann passieren, dass der Konsument auf dem Internet zu rasch entscheidet, beispielsweise weil die Website nicht klar aufzeigt, wie bis zur Bestellung vorzugehen ist, insbesondere welcher Klick endgültig ist; ferner weiss er über die Eigenschaften des bestellten Produkts erst Bescheid, wenn er es erhält. Der Konsument kann versuchen, seine Bestellung zu annullieren, indem er dem Lieferanten seine Meinungsänderung binnen kurzer Frist zukommen lässt, doch ist es nicht obligatorisch, dass Möglichkeiten, den Lieferanten zu kontaktieren, aus seiner Website ersichtlich sind. Ausserdem kann der Lieferant bei Fehlen eines Rückgaberechts die Annulation der Bestellung ablehnen.

Es sind weitere Lücken entdeckt worden, wie zum Beispiel die Tatsache, dass die Liste der der PBV unterstellten Dienstleistungen nicht abschliessend gehalten ist; die neuen Dienstleistungen, welche sich auf dem Internet rasch verbreiten, sind darin nicht automatisch eingeschlossen und somit den gesetzlichen Anforderungen im Bereich der Preisbekanntgabe nicht unterstellt. Die Lieferfrist ist nicht geregelt, was den Konsumenten, viel stärker als beim traditionellen oder Distanzkauf, vor wesentlich mehr Problemen stellen kann. Sieht der Kunde nicht, ob seine Internetbestellung angekommen ist, weiss er auch nicht, ob der Vertrag überhaupt zu Stande gekommen ist, oder er ist, wenn der Lieferant mangels Vorrat nicht liefern kann, versucht, seine Bestellung zu wiederholen. Schliesslich garantiert das schweizerische Recht dem Konsumenten nicht, dass er im Fall einer nicht konformen oder fehlerhaften Ware Ansprüche geltend machen kann. Das Gesetz duldet nämlich die Möglichkeit der Wegbedingung der Haftung von Seiten des Lieferanten zu Lasten des Konsumenten.

Wie werden die Rechte und Pflichten auf Information, die dem Konsumenten zustehen müssen damit er auf dem Internet seine Wahl treffen kann, umgesetzt?

KIG, UWG und PBV enthalten einige Regeln zu Rechten und Pflichten im Informationsbereich. So verlangt zum Beispiel das KIG, dass die wesentlichen Eigenschaften der Produkte bekannt gegeben werden müssen, was aber in der Praxis totus Buchstabe geblieben ist, weil die Definition dieser wesentlichen Eigenschaften den sozioökonomischen Organisationen überlassen wurde. Diese haben nur wenige privatrechtliche Vereinbarungen abgeschlossen, und der Bundesrat gleicht dieses Defizit nicht aus. Der Konsument hat deshalb aus Mangel an Vorschriften über die Bekanntgabe der Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen keine Gewähr, dass das bestellte Produkt auch wirklich die verlangte Qualität aufweist.

Hinsichtlich der Preisbekanntgabe auf den Websites lassen die von der PBV umschriebenen Anforderungen Spielraum offen: Es reicht, dass der Warenpreis auf dem Bildschirm erscheint; nicht unbedingt nötig ist hingegen, dass er bei der Lieferung auf dem Produkt steht. Demgegenüber sind die Preise in der Tourismusbranche im Allgemeinen in der Währung des Leistungslandes angegeben, was den Schweizer Konsumenten, der normalerweise ein Angebot in Schweizer Franken erhalten muss, verwirren kann. Ferner enthalten bestimmte Websites Spezialangebote, um die Kunden an sich zu binden, und die für andere Konsumenten nicht gelten, was dem Begriff des tatsächlich zu bezahlenden Preises gemäss PBV entgegensteht.

Ein anderes Beispiel betrifft die allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche übrigens nicht auf jeder Website zugänglich sind, was nicht den vom Bundesgericht festgelegten Bedingungen entspricht. In Anbetracht der Internationalisierung des Internet ist es oft nötig, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Sprache des Konsumenten vorliegen, was viele Websites nicht beachten. Schliesslich prüfen die Gerichte auch nicht die Lauterkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, und zwar weder anlässlich einer zwischen einem Lieferanten und einem Konsumenten hängigen Streitsache, noch auf Klage einer Konsumentenschutzorganisation. Artikel 8 UWG bleibt toter Buchstabe.

Schützt der Sanktionsmechanismus den Konsumenten angemessen?

Das Konsumentenrecht basiert auf privatrechtlichen Bestimmungen. Treten Probleme auf, müssen Konsumenten oder Lieferanten vor den Zivilgerichten klagen. Die Verwaltung hat keine Kontroll- oder Überwachungsfunktion.

Der Aufwand an Zeit und Geld für ein Gerichtsverfahren steht in keinem Verhältnis zum Nutzen. Ausserdem wäre ein Konsument schon sehr altruistisch, wenn er eine Klage rein präventiv anhängig machen würde, ohne dass er finanzielle Einbussen in Kauf nehmen musste, nur weil gewisse gesetzliche Regeln nicht eingehalten wurden.

In der Schweiz hat sich im Bereich des E-Commerce bislang keine Rechtsprechung etabliert. Dieser Mangel an juristischer Klärung führt oft zu Verunsicherung. Einige Autoren folgen deshalb der Rechtsprechung der Nachbarländer. Andere Akteure sind der Meinung, dass konsequente Werbung im Anschluss an gerichtliche Klagen das Vertrauen der Konsumenten stärken könnte, einerseits was die Anwendung der vertraglichen Bestimmungen an die Besonderheiten des E-Commerce anbelangt, andererseits bezüglich des Umstands, dass eine Klage zu konkreten Ergebnissen führen kann.

Datenschutz

Hat es im Bundesgesetz über den Datenschutz bezüglich Konsumentenschutz im E-Commerce Mängel und Lücken?

Das DSG ist ein abstrakt und technologieneutral formuliertes Gesetz, welches sich auf alle Bereiche, in denen mit besonders schützenswerten Daten gearbeitet wird, bezieht. Es enthält keine spezifischen Artikel für den Internet-Bereich. Die Konkretisierung der einzelnen Artikel muss im Vollzug von Gerichten vorgenommen werden. Dies hat sich in dieser Untersuchung als Mangel herausgestellt. Rechtsunsicherheiten bleiben bestehen, wenn es keine Klagen und somit auch keine Gerichtsentscheide gibt.

Eine grosszügige Datensammlungstätigkeit und Datenbearbeitung kann das DSG nicht verhindern, wenn man nicht die Interessen und Tätigkeiten der Anbieter bedeutend einschränken will. Einzelne Artikel des DSG enthalten einen grossen Interpretationsspielraum, welcher eine übermässige Datenbearbeitung zulässt. So kann ein Inhaber einer Datensammlung die Daten auch für einen anderen Zweck verwenden, wenn er den Konsumenten darüber informiert hat. Der Bundesrat hat sich 1988 in der Botschaft aber ausdrücklich für eine verhältnismässige Datensammlung, d.h. für eine Sammlung von nur notwendigen Daten, ausgesprochen.

Der Schutz des Klägers ist unvollständig, weil er, als vorsorgliche Massnahme zum Schutz seiner Persönlichkeit, lediglich verlangen kann, dass seine Daten berichtigt, vernichtet und nicht an Dritte weitergegeben werden, aber er kann eine Bearbeitung der Daten nicht untersagen.

Die Studie von Andersen zeigt, dass 41 der 100 untersuchten Schweizer Websites keine Angaben über ihre Privacy Policy machen. Rechtlich gesehen sind die Anbieter nicht gezwungen die Konsumenten zu informieren. Diese Lücke führt zu einem fehlenden Vertrauen auf Seiten der Konsumenten.

Festzuhalten ist, dass der unvermeidbar grenzüberschreitende Datenverkehr die Wirksamkeit einzelstaatlicher Datenschutzregulierungen grundsätzlich einschränkt, und internationale Konventionen und Abkommen notwendig sind. Die Schweiz hat der Konvention Nr. 108 des Europarats zugestimmt, sie aber noch nicht in die nationale Gesetzgebung übernommen.

Welche Probleme existieren bei der Umsetzung des DSG bezüglich Konsumentenschutz im E-Commerce?

Der EDSB übernimmt verschiedene Aufgaben im Bereich E-Commerce. Er kann nicht nur auf Meldung Dritter sondern auch von sich aus Abklärungen vornehmen und Empfehlungen erlassen. Diese Empfehlungen sind nicht zwingend, werden sie aber nicht befolgt, kann die EDSK Sanktionen aussprechen. Bisher hat der EDSB im Bereich E-Commerce als solchen keine Empfehlungen erlassen.

Der EDSB hat im Internet Leitfäden und Broschüren zum Thema Datenschutz zusammengestellt. Bei Feststellungen die von allgemeinem Interesse sind, informiert der EDSB die Öffentlichkeit. Diese Informationen erhalten jedoch zuwenig Publizität und sind somit bei den Konsumenten und Anbietern nicht oder kaum bekannt.

Dem EDSB stehen nicht genügend Ressourcen zur Verfügung, um seine Aufgaben im Bereich E-Commerce systematisch wahrzunehmen (Bekanntgabe ins Ausland, Register der Datensammlung). Zudem schöpft er in diesem Bereich seinen Handlungsspielraum nicht aus.

Bei der Umsetzung einzelner Artikel des DSG ergeben sich Probleme. So kann zum Beispiel Artikel 5 DSG (Richtigkeit der Daten) im Bereich E-Commerce nicht vollzogen werden. Für einen Anbieter ist es nicht machbar, alle Daten zu überprüfen. Er kann höchstens eine Adresse überprüfen, was aber noch nicht bedeutet, dass die Person auf die die Adresse lautet, auch am Computer gesessen hat.

Die in Artikel 7 DSG geforderten technischen Massnahmen werden von den Anbietern im zumutbaren Rahmen umgesetzt. Bei den organisatorischen Massnahmen besteht Handlungsbedarf. Bei neuen Projekten in Unternehmen sollten datenschutzrechtliche Aspekte von Beginn weg miteinbezogen werden. Die unternehmensinternen Prozesse sollten auf den Datenschutz nach DSG ausgerichtet werden.

Die Untersuchung der Umsetzung von Artikel 11 DSGVO (Register der Datensammlungen) zeigt auf, dass es für den EDSB mit seinen Ressourcen und Kompetenzen schwierig ist, dem Datenbearbeitenden die Anlegung einer Datensammlung konkret nachzuweisen. Deshalb hinterlässt dieser Artikel mithin erhebliche Vollzugsprobleme.

Wie gut werden die Informationspflichten eingehalten?

Das Auskunftsrecht wird relativ gut eingehalten. Auf Anfrage wird den Konsumenten meistens die gewünschte Information gegeben. Die Initiative für die Auskunft muss der Konsument ergreifen. Dies ist ein Nachteil für den Schutz des Konsumenten, da keine aktive Informationspflicht seitens der Inhaber von Datensammlungen besteht. Der Konsument kann im Internet nicht immer seine Daten verfolgen und weiss daher auch nicht, welche Unternehmen seine Daten in einer Datenbank führen.

Private Personen, die regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder Personendaten an Dritte weitergeben, müssen Sammlungen beim EDSB anmelden, wenn es für das Bearbeiten keine gesetzliche Pflicht gibt, oder wenn die betroffenen Personen keine Kenntnis davon haben. Im Bereich E-Commerce ist es einfacher die Kunden zu informieren als die Datensammlung beim EDSB anzumelden und eventuell auf Verlangen des EDSB weitere Auskünfte zu geben. Für den EDSB ist es zudem nicht möglich zu überwachen, ob alle Datensammlungen bei ihm gemeldet werden. Bei diesen Vollzugsproblemen erreicht Artikel 11 DSGVO im privatrechtlichen Bereich nicht die beabsichtigte Wirkung.

Bei der Bekanntgabe von Daten ins Ausland (Art. 6 DSGVO) ist zwischen zwei Gruppen von Ländern zu unterscheiden. Das DSGVO erlaubt eine Weitergabe von Daten in Länder mit einer der Schweiz gleichwertigen Datenschutzgesetzgebung. Die Anerkennung der Gleichwertigkeit ist aber nicht festgeschrieben und wird sowohl von der Schweiz wie auch von den anderen Staaten periodisch überprüft. Für die Schweiz bedeutet es ein Risiko, wenn ihre Gesetzgebung zu stark von anderen Staaten abweicht. Mit Staaten, die nicht einen gleichwertigen Datenschutz haben, strebt die Schweiz keine vertragliche Regelung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs an. Die einzelnen Unternehmen sind somit gezwungen mit jedem einzelnen Unternehmen eines Drittstaates ohne gleichwertigen Datenschutz Verträge abzuschliessen. Da das Internet ein grenzüberschreitendes Medium ist und gerade auch im Hinblick darauf, dass die USA als wichtiger Partner nicht einen gleichwertigen Datenschutz wie die Schweiz hat, stellen diese fehlenden Datenschutzverträge eine Schwächung der Stellung der Schweiz im internationalen Wettbewerb dar.

Wie verläuft die Umsetzung von Empfehlungen des EDSB und die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen und welchen Stellenwert haben sie?

Im Bereich Datenschutz im E-Commerce als solchen gibt es bisher keine Empfehlungen des EDSB, keine Sanktionen der EDSK und keine Gerichtsentscheide. Es existiert demzufolge ein fehlender Vollzug bezüglich Empfehlungen und Sanktionen, was zu Rechtsunsicherheiten führt.

Die Untersuchung hat ergeben, dass einerseits die Sanktionsmöglichkeiten des DSGVO relativ schwach sind, andererseits ist die Führung einer Klage mit grossen Aufwänden und einem ungewissen Ausgang verbunden. Dies sind Hauptgründe, warum bisher keine Klagen geführt wurden.

Hinsichtlich Empfehlungen ist der EDSB nicht aktiv geworden. Dies ist der erforderlichen Gewichtung des Themas Datenschutz im E-Commerce abträglich. Empfehlungen und ausgesprochene Sanktionen könnten für die Thematik Datenschutz mehr Öffentlichkeit schaffen. Dies würde zu mehr präventiver Wirkung und zu einer grösseren Sensibilisierung führen.

E-Commerce: grenzüberschreitende Problematik

Ein grosser Teil des E-Commerce betrifft grenzüberschreitende Käufe. Dies wirft für den Schweizer Konsumenten Fragen bezüglich des zuständigen Gerichts, des anwendbaren Rechts und des Vollzugs der Gerichtsurteile auf. Die Konvention von Lugano und das IPRG definieren die Regeln. Der Konsument wird auf den Websites selten über seine Rechte informiert, insbesondere wenn es sich um grenzüberschreitende Verträge handelt.

Die Anwendung dieser Bestimmungen stellt einige Probleme im Zusammenhang mit dem E-Commerce. Der Wohnort des Anbieters ist oft schwierig festzustellen, kann doch ein Unternehmen sehr rasch seinen Sitz wechseln. Die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Konsument ist auf dem Internet nicht klar, selbst wenn die schweizerische Literatur ihn eher als passiv qualifiziert.

Im Allgemeinen hat der passive Konsument die Möglichkeit, an ein Gericht an seinem Wohnort zu gelangen. Bezüglich des anwendbaren Rechts unterstellt das IPRG den passiven Konsumenten ausschliesslich dem schweizerischen Recht, denn es geht von der Idee aus, dass das schweizerische Recht dem Konsumenten den besten Schutz gibt. Dies ist indessen bei weitem nicht immer der Fall. Ausserdem ist es stossend, feststellen zu müssen, dass ein europäischer Konsument, der auf einer Schweizer Website ein Produkt bestellt, besser geschützt ist als ein Schweizer Kunde, der die gleiche Bestellung aufgibt.

Schliesslich wird eine schweizerische Entscheidung ohne weiteres in anderen europäischen Ländern, welche die Konvention ratifiziert haben, anerkannt und vollzogen. Dies im Gegensatz zu anderen Ländern, in denen die Urteile viel schwieriger zu vollstrecken sind.

Was die internationalen Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem unlauteren Wettbewerb anbelangt, können die ausländischen Konsumenten, welche auf einer Schweizer Website kaufen, beim seco eine Klage einreichen und auf seine Dienstleistungen zurückgreifen, damit es eine Klage zu ihren Gunsten anstrengt. Diese Option mit dem Ziel, den Ruf der Schweiz im Ausland zu schützen, wird dem Schweizer Konsumenten nicht zugestanden.

Hinsichtlich Datenschutz finden sich die anwendbaren Gesetzesbestimmungen im IPRG. Die Wahl der besten Bestimmung bestimmt sich wahrscheinlich von Fall zu Fall, doch wurde bislang kein Verfahren erwähnt.

Wie wirken sich die Formen von Selbstregulierung im Bereich des E-Commerce aus?

In Anbetracht der Komplexität der Rechtsregeln und der Zurückhaltung der Schweizer Konsumenten, die Gerichte anzurufen, könnten die Verfahren der Selbstregulation im Bereich des E-Commerce eine interessante Alternative sein.

In der Schweiz gibt es drei Labels des E-Commerce, doch sind sie kaum verbreitet und bei den Konsumenten nicht populär. Sie tragen auch nicht dazu bei, den Unternehmen, die sie gewählt haben, einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.

Die alternativen Streiterledigungsverfahren können eine raschere und günstigere Streiterledigung erlauben. In der Schweiz machen die Konsumenten kaum davon Gebrauch. Gründe sind die fehlenden Kenntnisse dieser Möglichkeiten, das Misstrauen der Konsumenten in die Selbstregulation, und das Fehlen einer Regelung dieser Verfahren.

Den Schweizer Konsumenten fehlt das nötige Vertrauen, um Käufe im Internet zu tätigen. Bezüglich der vertraglichen Aspekte, des Datenschutzes und des grenzüberschreitenden Einkaufs, verhindern die Probleme auf Gesetzesebene und im Vollzugsbereich den Vormarsch des E-Commerce. Von einem solchen aber würden alle profitieren, sowohl die Konsumenten als auch die Anbieter.

Fragebogen «Konsumentenschutz im E-Commerce»

1. Teil: Vertragliche Aspekte

Allgemeine Fragen

1. Welches sind Ihrer Ansicht nach die Probleme im Bereich vertragliche Aspekte bezüglich Konsumentenschutz im E-Commerce?
2. Listen Sie folgende Gesetze nach Ihrer Wichtigkeit in einer Rangliste auf: IPRG, UWG, KIG, StGB, OR, Preisbekanntgabeverordnung, DSGVO.
3. Welche Rolle nehmen Ihrer Meinung nach die Bundesämter in diesem Bereich ein?
4. Welches sind die rechtlichen und umsetzungsbezogenen Differenzen zwischen dem B2C und B2B?
5. Als wie wichtig erachten Sie die Richtlinien der OECD und der WTO für die Schweiz?

Vertragsrecht

6. Wie werden die Anbieter und ihre Produkte überprüft?
7. Welches sind die Schwierigkeiten für einen Anbieter, um die verlangten Angaben zum Preis einzuhalten?
8. Wie werden die Allgemeinen Vertragsbedingungen kontrolliert?
9. Wie wird mit der Problematik bezüglich verbotener Produkte oder verbotener Werbung von Produkten umgegangen?
10. Kennt man eine Rückgabefrist?
11. Ist beim E-Commerce eine Produktgarantie gegeben?
12. Hat der Konsument Nachteile aufgrund der Tatsache, dass man beim E-Commerce keinen schriftlichen Vertrag hat?
13. Wie wählen die Akteure auf internationaler Ebene bei rechtlichen Streitigkeiten die zuständige Gerichtsbarkeit, Ort der Gerichtsbarkeit?
14. Wo können für den Konsumenten im Ablaufprozess eines Einkaufs im Internet Probleme auftreten?
15. Funktionieren die Sicherheitsvorkehrungen beim Transfer von Daten?
16. Hält die Werbung im E-Commerce sich an die Regeln der Lauterkeitskommission?

Reklamationen/Sanktionen/Selbstregulierung

17. Genügen die Beschwerdemöglichkeiten für den Konsumenten, um seinen Schutz zu gewährleisten?
18. Welches sind die Vorteile und Nachteile der Selbstregulierung und der Labels?
19. Welchen Stellenwert nehmen die Gerichte und die Rechtsprechung ein?

2. Teil: Datenschutz

Allgemeine Fragen

20. Hat es im Bundesgesetz über den Datenschutz bezüglich Konsumentenschutz im E-Commerce Mängel und Lücken?
21. Wo sehen Sie die Probleme bei der Umsetzung des DSG?
22. Als wie wichtig erachten Sie die Richtlinien der OECD für die Schweiz?

Fragen zu einzelnen Artikeln

23. Decken Ihrer Ansicht nach die materiell-rechtlichen Datenbearbeitungsregeln (Art. 4 DSG) auch den Bereich des E-Commerce ab?
24. Wie gut können Anbieter und Konsumenten im Bereich des E-Commerce die Richtigkeit der Daten überprüfen, wie es nach Artikel 5 DSG verlangt wird?
25. Wie häufig werden Daten ins Ausland weitergegeben (Art. 6 DSG)? Gibt es Ihrer Ansicht nach Probleme bezüglich Artikel 6 DSG, der u.a. besagt, dass Daten nur in jene Staaten weitergegeben werden dürfen, die einen der Schweiz gleichwertigen Datenschutz haben?
26. Inwieweit ist es möglich Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen, wie in Artikel 7 DSG verlangt, im E-Commerce zu schützen?
27. Wie gut wird Ihrer Ansicht nach das Auskunftsrecht (Art. 8 DSG) der Konsumenten eingehalten? Ist es umfassend genug?
28. Wie viel zum Konsumentenschutz im E-Commerce trägt Ihrer Meinung nach der Artikel 11 DSG bei, der besagt, dass private Personen, die regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder Personendaten an Dritte bekannt geben, diese Sammlungen dem EDSB melden müssen, wenn für das Bearbeiten keine gesetzliche Pflicht besteht und die betroffene Personen davon keine Kenntnis haben?
29. Wie beurteilen Sie Arbeit des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) (Art. 26–32 DSG) und der Eidgenössischen Datenschutzkommission (Art. 33 DSG) und die Zusammenarbeit zwischen den beiden Institutionen?

Sanktionen/Empfehlungen/Selbstregulierung

30. Welchen Stellenwert haben die Sanktionen, die aufgrund des DSG ausgesprochen werden? Wie gut funktioniert ihr Vollzug?
31. Als wie wichtig beurteilen Sie die Rechtsprechung?
32. Was halten Sie von Selbstregulierung bezüglich Datenschutz im E-Commerce?

Literaturverzeichnis

Verwaltungsdokumentation

- 00.3000 Motion RK-S: Erhöhte Transparenz bei der Erhebung von Personendaten.
- 00.3714 Motion Pfisterer: Netzwerkkriminalität. Änderung der rechtlichen Bestimmungen.
- 01.3517 Postulat Menétrey-Savary: Nebeneffekte neuer Informations- und Kommunikationstechnologien.
- 02.3332 Motion Leutenegger Oberholzer: OR-Revision. Stärkere Rechte für Verbraucher.
- 98.3529 Motion GPK-S: Erhöhter Schutz für Personendaten bei On-line-Verbindungen.

BfK, 2000: Quelques aspects du droit de la consommation – Résolution extrajudiciaire des conflits de consommation.

BfK, 2001: Erste Bilanz über das Verhalten der Schweizer Konsumenten und Konsumentinnen im E-Commerce.

BfK, 2004: Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Information und den Schutz der Konsumenten (KISG). Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

BFS, 2003: Pressemitteilung, Nr. 15.

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101 ff.

Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 2003b, BBl 2003 7951 ff.

Bundesamt für Gesundheit, 2003: Heilmittelverordnungspaket II.

EDSB, mehrere Jahrgänge: Tätigkeitsbericht.

IDA IG, mehrere Jahrgänge: Jahresbericht.

Kommission für Konsumentenfragen, 1999: Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen über den elektronischen Handel.

Kommission für Konsumentenfragen, 2001: Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen betreffend die aussergerichtliche Streitbeilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten.

Schweizerischer Bundesrat, 1998: Strategie für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz.

Schweizerischer Bundesrat, 2001: Entwurf – Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr.

Fachliteratur

Andersen Arthur, 2001: Internet-privacy und eCommerce-practices in der Schweiz. Andersen Arthur: Zürich.

Arter Oliver und Jörg Florian, 2001: Internet-Recht und Electronic Commerce Law. Dike: Lachen.

Brunner Alexander, 2002: Aktuelle Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission. In: Meier-Schatz, Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis. Haupt: Bern.

Brunner Alexander, et. al., 2003: Annuaire de droit suisse de la consommation 2002. Stämpfli: Bern.

Consumers International, 2001a: Privacy@net. An international comparative study of consumer privacy on the internet. Consumers International: London.

Consumers International, 2001b: Should I buy? Consumers International: London.

Economist Intelligence Unit, 2003: The 2003 e-readiness rankings.

Ernst & Young LLP, 2003: Global Information Security Survey 2003.

Eurobarometer, 2004: Issues relating to business and consumer e-commerce. European Commission: Bruxelles.

EVZ-Netz, 2003: Réalités du cybermarché européen. EVZ-Netz: Bruxelles.

Fässler Lukas, 2002: Datenschutz durch Selbstregulierung und Qualitätskontrolle. In: Fellmann et Poledna, Aktuelle Anwaltspraxis 2001. Stämpfli: Bern.

Forrester, 2000: Growing Privacy Labyrinth Hinders eBusiness. Forrester Brief, 1.

Funk Patricia, 2001: Die Bedeutung des Internet für den Wirtschaftsstandort Schweiz. Helbing&Lichtenhahn: Basel.

Gasser Urs, 2001: E-Commerce: Innovation im (Vertrags-)Recht? In: Schweizerische Juristen-Zeitung, 18.

Gilding Stuart, 2001: Results of Internet Sweep Day 14-15 February 2001.

Guntern Odilo, 2002: E-Banking und Datenschutz. In: von Wiegand Wolfgang, E-Banking. Rechtliche Grundlagen. Stämpfli: Bern.

Henzelin Marc, 2002: La protection pénale du commerce électronique du point de vue des consommateurs. In: Koller und Muralt Müller, Tagung für Informatik und Recht. Stämpfli: Bern.

Hertz-Pompe Nicolas, 2003: La crédibilité des labels pour les sites Internet d'E-Commerce. Mémoire: Université catholique de Louvain.

Hollenstein Heinz und Wörter Martin, 2003: L'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans l'économie suisse. In: La Vie Economique, 09-2003.

Hurlimann Gaël, 2004: La cyberadministration suisse fait figure de mauvais élève en Europe. In: Le Temps, 27-03.

Jaccard Michel, 2000: Droit européen et comparé de l'Internet – Rapport national Suisse.

Jeanneret Vincent, 2001: Aspects juridiques du commerce électronique. Séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires. Schulthess: Zürich.

- Jörg Florian, 2003: Informationspflichten im E-Commerce. In: Jörg und Arter, Internet-Recht und Electronic Commerce Law. Stämpfli: Bern.
- Knoepfler François, 2002: L'arbitrage on line: une vraie solution pour les conflits entre fournisseurs et consommateurs. In: Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit. Librairie Droz: Genf.
- Koller Thomas und Hanna Muralt Müller (Eds.), 2002 b: Nationale und internationale Bezüge des E-Commerce. Auswirkungen von E-Democracy auf den Rechtsstaat. Stämpfli: Bern.
- Koller Thomas und Muralt Müller Hanna (Eds.), 2002 a: Tagung für Informatik Recht. Stämpfli: Bern.
- Langer Dirk, 2003: Verträge mit Privatkunden im Internet. Schulthess: Zürich.
- Minsch Ruedi und Moser Peter, 2001: Der Schutz der Privatsphäre im E-Commerce. Eine ökonomische Analyse der Datenschutzstrategien in Europa und in den USA. In: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik.
- National Consumer Council, 2000: e-commerce and consumer protection.
- Nielsen/Netratings, 2004: News Internetforschung.
- OCDE, 2000: Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique.
- OCDE, 2003: Les consommateurs sur le marché en ligne: les lignes directrices de l'OCDE trois ans après.
- OSEC, 2003: E-business: rechtliche Rahmenbedingungen in der EU und in der Schweiz.
- Pichonnaz Pascal, 2004: Avant-projet de Loi fédérale sur l'information et la protection des consommateurs. Rapport explicatif.
- Protz Christoph und Krohmann Klaus, 2001: Datenschutz in der Schweiz – Noch viel zu tun! In: Der Schweizer Treuhänder, Nr. 12.
- Protz Christoph und Krohmann Klaus, 2002: E-Commerce-Praxis in der Schweiz. In: Der Schweizer Treuhänder, Nr. 6.
- Rat für Persönlichkeitsschutz, 2004: Les droits individuels battus en brèche? Kummer Public Affairs: Berne.
- Rosenthal David, 2000: Konsumentenschutz im Internet: Bedürfnisse und Erfahrungen. In: Weber et al, Geschäftsplattform Internet. Schulthess: Zürich.
- Rosenthal David, 2002: Lauterkeitsrecht im Internet. In: Meier-Schatz Christian: Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis. Haupt: Bern.
- Rudolf Thomas und Löffler Claudia, 2002: Internetnutzung Schweiz 2002. Eine Studie des Gottlieb Duttweiler Lehrstuhls für Internationales Handelsmanagement. Universität St. Gallen.
- Schnyder Anton, 2001: Internationalprivatrechtliche Aspekte des E-Commerce. In: Trüeb, Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce. Schulthess: Zürich.
- Schöbi Felix, 2000: Vertragsschluss auf elektronischem Weg: Schweizer Recht heute und morgen. In: Weber et al, Geschäftsplattform Internet. Schulthess: Zürich.

- Schöbi Felix, 2001: Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?. In: Trüeb, Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce. Schulthess: Zürich.
- Schwager Gery, 2003: Online-Shops: Oft zählt nur die Kasse. K-Tipp, No. 5.
- Seydtaghia Anouch, 2003: Anémique, le e-commerce de détail en Suisse décollera-t-il enfin en 2003? In: Le Temps, 18-01.
- Sieber Ulrich, 2000: «Code as code»? Lässt das Internet die nationalen Strafsysteme ins Leere laufen? In: NZZ, 29-05.
- Spahr Christoph, 2003: Internet und Recht. Verlag Hochschule ETHZ: Zürich.
- Stauder Bernd, 2001: Der Schutz der Konsumenten im E-Commerce. In: Trüeb, Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce. Schulthess: Zürich.
- Stauder Bernd, 2002a: Contrats transfrontières de consommation conclus via Internet. In: Koller et Muralt Müller, Tagung für Informatik Recht. Stämpfli: Bern.
- Stauder Bernd, 2002b: La protection des consommateurs et le commerce électronique. In: Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé. Schulthess: Zürich.
- Sutter Guido, 2003: Le RICPC: un réseau de lutte contre les pratiques commerciales déloyales à l'échelle internationale. In: La vie économique, Nr. 5.
- UNCTAD, 2003: E-Commerce and development report 2003. United Nations: Genf.
- Verband des Schweizerischen Versandhandels, 2004: Der Schweizer Versandhandel im Jahr 2003.
- Walter Tonio, 2002: Internet-Detailhandel legt zu. NZZ am Sonntag: 26-05.
- Walther Fridolin, 2002: Online Dispute Resolution. In: Koller Thomas und Muralt Müller Hanna (Eds.): Tagung für Informatik Recht 2001. Stämpfli: Bern.
- Weber Daniel, 2004: Revolution mit Pizza. In: NZZ Folio, Nr. 2.
- Weber Rolf et al, 2002: Geschäftsplattform Internet III. Schulthess: Zürich.
- Weber Rolf, 2001: E-Commerce und Recht. Schulthess: Zürich.
- Weber Rolf, 2002: Datenschutz im E-Commerce.
- WEMF, 2002: Report – MA Comis 2002. WEMF: Zürich.
- WEMF, 2003: Report – MA Comis 2003. WEMF: Zürich.
- Wharton Nathalie und Bassem Zein, 2001: Le défi du commerce électronique et de la cyberadministration pour le législateur. In: Koller und Muralt Müller, Tagung für Informatik Recht. Stämpfli: Bern.
- Wharton Nathalie, 2002: Le remboursement de la prestation du consommateur dans le commerce électronique. In: Défaillance de paiement Fribourg.
- World Economic Forum, 2003: Global Information Technology Report 2003–2004. Oxford University Press: Genf.
- Züst Markus, 2001: E-Commerce im Schweizer Recht – die einzelnen Vertragsarten/Datenschutz/Strafrecht. In: Rechtsprobleme des Commerce. Schulthess: Zürich.
- Zwipf Andreas, 2001: Die europäische Rechtsetzung zum E-Commerce; Verbraucherschutz contra E-Commerce-Förderung ? In: Rechtsprobleme des Commerce. Schulthess: Zürich.

Konsultierte Websites

www.admin.ch
www.consoommation.ch
www.econsumer.gov
www.edsb.ch
www.seco.ch
www.ebusinessforum.com
www.eejnet.org
www.europa.eu.int
www.journaldunet.com
www.lauterkeit.ch
www.netlaw.de
www.netzwoche.ch
www.oecd.org
www.wemf.ch
www.switch.ch
www.unctad.org
www.weforum.org

Liste der befragten Personen

Balmer Nicolas, Verantwortlicher e-Business SBB Division Personenverkehr/Informatik, SBB, Bern

Beeler Alex, Pressesprecher, Ticketcorner, Rümlang

Bertschinger Marc, Verantwortlicher Onlineverkauf B2C Division Personenverkehr/Fernverkehr, SBB, Bern

Crevoisier Philippe, Finanzdirektor, LeShop.ch, Chavannes-de-Bogis

Grossholz Pia, Pressesprecherin, Konsumentenforum, Zürich

Liechti Samy, Geschäftsführer, blacksocks.com, Zürich

Rosenthal David, Konsulent Informations- und Telekommunikationsrecht, Homburger, Zürich

Schaad Marie-Françoise, StV. Leiterin Rechtsdienst Division Personenverkehr Datenschutzbeauftragte Division Personenverkehr, SBB, Bern

Schnyder Michael, wissenschaftlicher Mitarbeiter, EDSB, Bern

Schöbi Felix, Stv. Chef der Abteilung für Gesetzgebungsprojekte, BJ, Bern

Sieber Pascal, Dr. Pascal Sieber & Partners AG, Bern

Sutter Guido, Stv. Leiter der Sektion Recht, Seco, Bern

Uttinger Ursula, Präsidentin, Datenschutz-Forum, Zürich

Vignon Philippe, Marketingmanager, easyJet, Genf

Zbornik Stefan, Unternehmensberater, Kreuzlingen

Zein Bassem, wissenschaftlicher Mitarbeiter, BJ, Bern

In der Vorbereitungsphase befragte Personen

Chatagny Régine, Volkswirtin, FRC, Lausanne

Matthey Véronique, Juristin, FRC, Lausanne

Nast Matthias, Projektleiter, Stiftung für Konsumentenschutz, Bern

Pichonnaz Oggier Monique, Leiterin, BfK, Bern

Durchführung der Untersuchung:

Jérôme Duperrut	Projektleiter, PVK
Barbara Koch	Mitarbeiterin, PVK
Hedwig Heinis	Sekretariat, PVK
Bernd Stauder	Rechtsberatung (vertraglichen Aspekte), Université de Genève

Die PVK dank allen von ihr befragten Personen für ihre Bereitschaft zur Auskunftserteilung und Beratung bei der Erstellung des vorliegenden Berichts. Ein ganz besonderer Dank gebührt Frau Ursula Uttinger für ihre Mithilfe in Ziffer Datenschutz. Schliesslich sei auch Bernd Stauder für seine äusserst wertvolle Rechtsberatung zur Frage der vertraglichen Aspekte herzlich gedankt.

Originalsprache des Schlussberichts: Französisch (Ziff. 4: deutsch).

