

Die Entwicklung zur Informationsgesellschaft und ihre Auswirkungen auf die Rechtsordnung¹

ANDRÁS A. GUROVITS

1. Rechtstatsächliche Grundlagen

1.1 Historisches

Aufgrund der enormen technologischen Entwicklungen der letzten Jahre sind heute Stichworte wie Informationsgesellschaft, Internet, elektronische Märkte und grenzüberschreitende Datenübermittlung in aller Munde. Im Rahmen dieses Beitrages wird deshalb versucht, anhand zweier konkreter Beispiele einige Auswirkungen dieser Entwicklungen auf die Rechtspraxis aufzuzeigen. Bevor aber auf diese Beispiele eingegangen wird, sei einleitend ein kurzer Blick in die Vergangenheit geworfen und die Entwicklung hin zur Informationsgesellschaft bzw. hin zu den modernen Erscheinungen der grenzüberschreitenden Datenübermittlung und der elektronischen Märkte aufgezeigt.

Dabei ist als erstes festzustellen, dass grenzüberschreitende Datenübermittlung keine neue Erscheinung unserer Zeit ist. Vielmehr sind Daten, Nachrichten und Informationen schon seit jeher über grosse Entfernungen übermittelt worden. So steht etwa bei Aischylos in seiner aus dem fünften Jahrhundert vor Christi stammenden Tragödie Agamemnon zu lesen, dass der siegreiche Feldherr Agamemnon seiner Gattin Klytämnestra die Nachricht über die Eroberung Trojas mittels einer mehrere

¹ Dieser Beitrag basiert auf einem Referat, das am 10. Mai 1996 im Rahmen der Wissenschaftlichen Tagung der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung gehalten wurde; der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

hundert Kilometer langen "Feuertelegrafenlinie" in den Palast von Mykene senden liess.²

Gut zweitausend Jahre später fanden Ende des 17. Jahrhunderts in Frankreich erste Versuche mit einer optischen Telegrafenlinie statt. Das Konzept einer solchen Linie bestand darin, an bestimmten Stellen Leute zu postieren, die, sobald sie mit Ferngläsern Zeichen des vorhergehenden Postens erkannten, diese dem nachfolgenden übermittelten, bis schliesslich die Nachricht am Ziel ankam. Allmählich entstand hieraus ein Zeichenübermittlungsnetz, bestehend aus Stationen, die mit schwenkbaren Signalarmen ausgerüstet waren und Zeichen übermittelten.

Auch wenn der optische Telegraf noch kein ausgereiftes Nachrichtenmedium war und insbesondere bei Regen, Nebel und Nacht unter Unterbrechungen litt, kann der optische Telegraf rückblickend als für die modernen Kommunikationssysteme wegleitend betrachtet werden. Erstens gewährleistete nämlich das Netz von optischen Telegrafen eine rasche Daten- bzw. Nachrichtenübermittlung über weite Strecken hinweg. Zweitens wurde das Fernmeldenetz zu einer dauerhaften Einrichtung. Drittens wurde das System durch eigens ausgebildete Techniker betrieben und viertens schliesslich war es möglich, anhand ausgefeilter Chiffriersysteme verschlüsselte Nachrichten zu übertragen. Darüber hinaus konnten bestimmte, vom Inhalt der Nachricht unabhängige Steuerungssignale für Beginn, Ende und Unterbrechung einer Übermittlung den übermittelten Daten beigefügt werden. Genau auf diesem Prinzip basiert auch heute noch die Übertragung von Daten bzw. Datenpaketen in modernen Datenübermittlungssystemen.

Mit der Erfindung des elektrischen Telegrafen in den dreissiger Jahren des 19. Jahrhunderts wurde dann der entscheidende Schritt in Richtung eines von Tages- und Nachtzeiten sowie vom Wetter unabhängigen Übermittlungsnetzes gemacht. Die Nachfrage der vermehrt arbeitsteilig organisierten Wirtschaft nach einem schnellen und zuverlässigen Kommunikationssystem führte alsbald zur Entwicklung eines umfassenden Netzes, welches die Kontinente untereinander verband. 1850 folgte z.B. schon eine erste Ärmelkanalverbindung zwischen Dover und Calais,

² AISCHYLOS, S. 13 f. sowie ELLGER, S. 54 (die Literaturangaben sind im Literaturverzeichnis am Schluss dieses Beitrags aufgeschlüsselt).

worauf 1866 das erste dauerhafte transatlantische Seekabel verlegt wurde. Im Jahre 1876 folgte dann die Anmeldung des Patentes für das Telefon durch Alexander Graham Bell, und Ende des 19. Jahrhunderts wurde die drahtlose Telegrafie - also der Funk - entwickelt.

Nach der Erfindung der modernen Computersysteme in den USA Mitte der vierziger Jahre und der Einführung von Mikroprozessoren auf den Märkten anfangs der siebziger Jahre begann man auch Daten auf den bestehenden Telekommunikationsnetzen zu übermitteln. Erfolgte diese Datenübermittlung zunächst noch in analoger Form, konnten Daten alsdann auch in digitalen Datensätzen übertragen werden. Im heutigen digitalen Zeitalter verblässen nun die Unterschiede zwischen Texten, Bildern, Tönen und herkömmlichen Computerdaten. Vielmehr gilt nun, dass sämtliche dieser Typen nichts anderes als eine Ansammlung von Bits darstellen.³

1.2 Die Entwicklung zur Informationsgesellschaft

Diese Innovationen im technischen Sektor führten zum Aufbau von eigentlichen elektronischen Märkten und zur Entwicklung einer Gesellschaft, in welcher die Information zu einem immer wichtigeren Wirtschaftsgut wird. Gute und ohne weiteres zugängliche Informationen sowie die Möglichkeit des raschen Informationsaustausches sind heute wesentliche Voraussetzungen für den wirtschaftlichen Erfolg vieler Unternehmen - deshalb auch die Bezeichnung "Informationsgesellschaft". Allgemein wird angenommen, dass die Nachfrage nach Information werde auch in Zukunft kräftig steigt; so bestehen Schätzungen, wonach in der EU in den nächsten sechs bis zehn Jahren rund 150 Milliarden ECU allein in die Informationsinfrastruktur investiert werden.⁴

Die Grenzen zwischen den ursprünglichen drei Sektoren der Informatik-industrie - Informationsinhalte, Informationsvermittlung und Informati-

³ Vgl. zum Ganzen FLICHY, S. 21 ff, S. 58, S. 71, S. 137, S. 163 ff.

⁴ Vgl. Bericht der Kommission [...] über wichtige Ereignisse und Entwicklungen auf dem Informationsmarkt im Zeitraum 1993 - 1994, Programm IMPACT, vom 24.10.1995, KOM (95) 492 endg. (nachfolgend "IMPACT"), S. 19.

onsverarbeitung - beginnen sich mehr und mehr zu vermischen. Anbieter der ursprünglichen Telekommunikation - also die Netzbetreiber -, die Computerhersteller, die Medien, aber auch die Unterhaltselektronik beginnen zu einer einheitlichen Informationsindustrie zusammenzuwachsen. Zeuge dieser Entwicklung ist die wachsende Anzahl von sektorübergreifenden Unternehmenszusammenschlüssen, -übernahmen und Allianzen. Allein in der europäischen Informationsindustrie sollen 1994 Unternehmenszusammenschlüsse und -übernahmen mit einem Volumen von rund 12 Mrd. ECU stattgefunden haben.⁵

1.3 Eingrenzen des Themas

Ein wichtiges Element in der Informationsgesellschaft sind die elektronischen Märkte. Diese Bezeichnung sei nachfolgend als Oberbegriff für einen Markt verwendet, in dem Produkte und Dienstleistungen unter Inanspruchnahme der Mittel des Sektors der Informationslieferung, mit anderen Worten als elektronisch bzw. digital, bestellt und vertrieben werden. Unter dieser Prämisse lassen sich etwa folgende Leistungen den elektronischen Märkten zuordnen:

- Online-Datenbankdienstleistungen
- Electronic Shopping
- Electronic Banking
- Electronic share trading
- Video on demand
- Electronic Mail.

Zwei Beispiele hieraus werden in diesem Beitrag behandelt: die Online-Datenbankdienstleistungen und das Teleshopping.

⁵ Vgl. IMPACT, S. 48.

1.3.1 Online-Datenbankdienstleistungen

Online-Datenbankdienstleistungen zeichnen sich dadurch aus, dass ein Benutzer die Möglichkeit hat, aus fremden Datenbanken bestimmte, in den Datenbanken gespeicherte Informationen auf elektronischem Weg abzurufen bzw. zu bestellen und dass die Informationen auf eben solchem Weg geliefert werden. Online-Datenbankdienstleistungen werden herkömmlich über die öffentlichen Datennetze in Anspruch genommen, indem sich der Benutzer online in das System des Anbieters einwählt und die entsprechenden Informationen abrufen. Durch das starke Aufkommen des Internet ist aber zu erwarten, dass viele Anbieter dazu übergehen werden, zusätzlich auch von dieser Netztechnologie Gebrauch zu machen.⁶

Im Jahre 1993 sollen von den europäischen Online-Anbietern ca. 3,6 Milliarden ECU erwirtschaftet worden sein, während es in den USA rund 7,6 Milliarden ECU waren.⁷ Auf der gesamten Welt gab es Ende 1993 bereits knapp 8'000 professionelle Online-Datenbanken.⁸ Gegenwärtig prognostizieren die Marktforscher für 1996 ein Nachlassen der Euphorie im On-Line Markt, und sie gehen davon aus, dass sich rund 20 Prozent der 500 grössten Online-Anbieter vom Markt zurückziehen werden. Dennoch ist zu erwarten, dass sich der Markt insbesondere anwenderseitig stark weiterentwickeln wird. So soll etwa die Benutzerzahl bis in das Jahr 2001 auf über 200 Millionen ansteigen.⁹

Bei der Inanspruchnahme von Online-Datenbankdienstleistungen sind regelmässig mehrere Parteien beteiligt. In bezug auf den Inhalt, also die Information selbst, sind grundsätzlich drei Beteiligte auseinanderzuhalten: der Hersteller der Information, der Vertreiber der Information (der Host) und der Benutzer. Vertragliche Vereinbarungen bestehen in diesen Fällen zwischen dem Informationshersteller und dem Host sowie zwischen dem Host und dem Benutzer.

⁶ IMPACT, S. 93.

⁷ IMPACT, S. 94/95.

⁸ IMPACT, S. 98.

⁹ *Computerworld* 1996, Nr. 1/2, S. 1.

Weitere Beteiligte sind die Anbieter der Informationsvermittlungsdienste sowie die Hersteller der notwendigen Hard- und Softwareprodukte. Nachfolgend wird nur die Vertragsbeziehung zwischen Host und Benutzer geprüft.

1.3.2 Teleshopping

Beim Teleshopping geht es darum, dass eine Ware elektronisch bestellt und auf eben diesem Weg auch geliefert wird. Als Hauptanwendungsfall von Teleshopping ist der Kauf von Software zu betrachten. Marktdaten über den elektronischen Vertrieb von Software sind dem Verfasser nicht bekannt.

2. Urheber- bzw. schutzrechtliche Aspekte

2.1 Teleshopping

In bezug auf urheber- bzw. schutzrechtliche Aspekte ist zunächst von Bedeutung, dass Computersoftware nach dem Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) als Werk im Sinne des Gesetzes gilt.¹⁰ Die vom URG verlangte Individualität hat jedes Programm, das neu und nicht banal bzw. alltäglich ist.¹¹ Der entsprechende Rechtsschutz kommt den Programmen zu, und zwar ohne Rücksicht auf die Art der Verbreitung, also unabhängig davon, ob das Programm auf einer Diskette zur Verfügung gestellt oder online übermittelt wird.

Für Software, die im Rahmen des Teleshopping, also online, erworben wird, besteht somit kein unmittelbarer Regelungsbedarf seitens des Gesetzgebers.

¹⁰ Art. 2 Abs. 3 URG.

¹¹ BARRELET / EGLOFF, N 25 zu Art. 2 URG.

2.2 Online-Datenbankdienstleistungen

In bezug auf Online-Datenbanken ist zunächst zu beachten, dass Sammlungen nach Artikel 4 URG einen urheberrechtlichen Schutz geniessen können, falls die Sammlung bezüglich Auswahl oder Anordnung eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter darstellt. Ein solches Sammelwerk ist wohl jede Datenbank, deren Zusammenstellung von Werken oder anderen Beiträgen selbst wieder eine individuelle geistige Schöpfung darstellt. Bei VON BÜREN¹² findet sich etwa der Hinweis, dass ein Werk im Sinne des URG gegeben ist bei einer Zusammenstellung statistisch signifikanter Personengruppen für repräsentative Marktumfragen, nicht jedoch bei einer Auflistung sämtlicher Personen mit einer bestimmten Einkommenshöhe in einem bestimmten geografischen Bereich.

Kein Sammelwerk im Sinne des URG bildet also mit anderen Worten eine Datenbank, die eine blossе Zusammenstellung von Informationen darstellt und deren Zusammenstellung nicht nach einer besonderen Zusammenstellungsіdee mit Werkcharakter erfolgte.¹³

Nun ist es aber so, dass der Hersteller einer Datenbank u.U. auch dann, wenn die Datenbank als solche kein Werk im Sinne des URG darstellt, für die Beschaffung und das Sammeln des Inhalts enorme Investitionen getätigt haben kann, so zum Beispiel beim Aufbau von Kreditinformationssystemen von Kreditauskunfteien. Hier ist der urheberrechtliche Werkcharakter wohl eher zu verneinen. Dass der Aufbau einer solchen Datenbank aber regelmässig mit enormen Aufwendungen verbunden ist, ist ebenso offensichtlich. Nach geltender Rechtsordnung hätte nun aber der Hersteller einer solchen Datenbank unter urheberrechtlichen Aspekten keine Möglichkeit, die unerlaubte Entnahme und/oder Weiterverwendung der Gesamtheit oder wesentlicher Teile des Inhalts der Datenbank zu unterbinden.

Nicht zuletzt um diese stossende Rechtslage zu beseitigen, ist auf europäischer Ebene nach langen Vorarbeiten am 11. März 1996 eine Richtli-

¹² VON BÜREN, S. 124.

¹³ BARRELET / EGLOFF, N 5 zu Art. 4 URG.

nie zum Schutz von Datenbanken erlassen worden.¹⁴ Die Datenbank-Richtlinie sieht zum einen vor, dass - wie im URG - Datenbanken urheberrechtlichen Schutz geniessen, wenn sie eine eigenständige schöpferische Leistung darstellen.¹⁵ Daneben, und das ist das Besondere an der Datenbank-Richtlinie, sieht sie ein neues sogenanntes "Schutzrecht sui generis" vor.¹⁶ Dieses Recht gibt dem Hersteller der Datenbank die Befugnis, die Entnahme bzw. Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils der Datenbank zu untersagen, falls er bei der Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine wesentliche Investition getätigt hat. Dieses Recht dauert 15 Jahre ab Herstellung oder ab einer wesentlichen Änderung der Datenbank und besteht unabhängig davon, ob die Datenbank als solche bzw. deren Inhalt schutzfähig ist.

Angesichts der eingangs erwähnten enormen wirtschaftlichen Bedeutung von Online-Datenbanken, angesichts der unter Umständen enormen Investitionen für den Aufbau einer Datenbank und angesichts der grossen Bedeutung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs ist für die Schweiz die in Artikel 11 Absatz 3 der Datenbank-Richtlinie enthaltene Regel von Relevanz. Danach kann der Rat auf Vorschlag der Kommission Vereinbarungen über die Erstreckung des Rechtes sui generis auf in Drittländern hergestellte Datenbanken abschliessen. Voraussetzung für eine solche Vereinbarung ist aber, dass das Drittland einen vergleichbaren Schutz für Datenbanken bietet.

2.3 Ausblick

Für die Schweiz stellt sich nun die Frage, ob in bezug auf das Recht sui iuris ein vergleichbarer Schutz schon heute gewährleistet werden kann. Nur so wäre der obige Gegenrechtsvorbehalt der Datenbank-Richtlinie erfüllt. Wie dargelegt, würde hierzu das URG nicht ausreichen. In Frage hierfür käme wohl nur noch Artikel 5 Buchstabe c des Bundesgesetzes

¹⁴ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. Nr. L 77/20 vom 27. März 1996, nachfolgend "Datenbank-Richtlinie".

¹⁵ Art. 3 Datenbank-Richtlinie.

¹⁶ Art. 7 ff. Datenbank-Richtlinie.

vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG). Nach dieser Bestimmung handelt unlauter insbesondere, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Falls eine solche unlautere Verwertung einer fremden Leistung vorliegt, hat der Geschädigte ein Klagerecht auf Untersagung, Beseitigung oder Feststellung sowie gegebenenfalls auf Schadenersatz und Genugtuung.

Artikel 5 Buchstabe c UWG setzt die folgenden drei Anspruchsgrundlagen voraus, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- das Vorliegen eines marktreifen Arbeitsergebnisses
- die Übernahme desselben ohne angemessenen eigenen Aufwand; und
- die Übernahme durch ein technisches Reproduktionsverfahren.¹⁷

Nach Ansicht des Verfassers reicht diese Bestimmung aber nicht, um einen mit der Richtlinie vergleichbaren Schutz zu erzeugen, und zwar aus folgenden Überlegungen:

Artikel 5 Buchstabe c UWG verlangt Übernahme und Verwertung ohne angemessenen eigenen Aufwand durch ein technisches Reproduktionsverfahren. Wer also den Inhalt der Datenbank auf seinem Bildschirm visualisiert oder - falls erlaubt - ausdrückt und danach selber durch manuelles Eintippen erfasst, verletzt Artikel 5 Buchstabe c UWG nicht. Zwar kann ein solches Vorgehen ebenfalls zeitraubend sein, dürfte aber vom Aufwand her immer noch weit inter dem liegen, was für das Recherchieren sowie die Zusammenstellung und den Aufbau einer Datenbank durch den Datenbankhersteller aufgewendet werden musste. Zudem könnte die derartig erstellte neue Sammlung beliebig weiterveräussert werden. Entsprechend ist wohl davon auszugehen, dass Artikel 5 Buchstabe c UWG nicht in allen Fällen einen von der Datenbank-Richtlinie gewährten Schutz gewährleistet. Entsprechend ist es auch in der Schweiz sinnvoll, der Datenbank-Richtlinie entsprechende neue Gesetzesbestimmungen für Datenbanken, die kein Werk im Sinne des URG darstellen, zu erlassen.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen GUYET, S. 185 ff.

Im Zusammenhang mit der Richtlinie ist im übrigen noch speziell erwähnenswert, dass der Erschöpfungsgrundsatz bei einer Online-Übermittlung nicht zum Tragen kommt - und zwar weder beim urheberrechtlichen Schutz noch beim Schutzrecht sui generis. Der Benutzer darf also nach der Richtlinie ohne Zustimmung des Berechtigten weder die online übermittelte Informationen weiter übermitteln, noch ein vertragsgemäss erstelltes Vervielfältigungsstück weiter veräussern.¹⁸

3. Vertragsrechtliche Aspekte

3.1 Schweizer Recht

3.1.1 Online-Verträge

Unter vertragsrechtlichen Aspekten der elektronischen Märkte wird zunächst auf die Online-Datenbankinformationen eingegangen. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf jene Fälle, in denen zwischen dem Benutzer und dem Host eine separate, auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossene Grundvereinbarung besteht, in deren Rahmen die einzelnen Informationsabrufe erfolgen können. Bei dieser Spielart, die etwa bei Swisslex anzutreffen ist, werden regelmässig eine pauschale Gebühr sowie benutzungsabhängige Entgelte geschuldet.

Dass ein solcher Vertrag als Ganzes keinem Vertragstyp des Obligationenrechts (OR) zugeordnet werden kann, liegt auf der Hand. Die blosser Feststellung, dass es sich um einen Innominatvertrag handelt, würde aber bei der Rechtsanwendung nicht viel weiter helfen, weshalb nachfolgend versucht wird, die Frage zu beantworten, ob auf die charakteristischen Merkmale des Online-Vertrages bestimmte Regeln des Nominatvertragsrechtes des OR anwendbar sind.

Bei diesem Vorhaben ist zunächst von Bedeutung, ob bei der Erteilung der Information eine Liefer- oder Arbeitsleistungspflicht im Vordergrund steht. Davon ausgehend, dass es sich bei den abrufbaren Informationen

¹⁸ Vgl. Datenbank-Richtlinie, Erwägungsgrund 33, 43, 44.

regelmässig um bereits bestehende, vorgefertigte Informationseinheiten, gewissermassen also um "informationelle Serienprodukte", handelt, scheint der kaufvertragliche Aspekt der Sachlieferung gegeben, weshalb eine - zumindest analoge - Anwendung der kaufvertraglichen Regeln wohl sachgerecht ist.

Diese Qualifikation müsste grundsätzlich immer gelten, also auch in jenen Fällen, in denen nicht reine Fakten, also objektiv überprüfbare Informationen, sondern konkrete Ratschläge oder andere sich einer objektiven Überprüfbarkeit entziehende Informationen geliefert werden. Im Rahmen von Online-Verträgen stellen nämlich auch diese Informationen regelmässig vorgefertigte Serienprodukte dar, weshalb auch hier eine - zumindest analoge - Anwendung des Kaufvertragsrechtes angemessen erscheint.¹⁹ Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Kaufvertragsrechtes wäre in solchen Fällen wohl einzig im Hinblick auf die Haftung für den Inhalt der Information zu machen, für den eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung mangels objektiver Überprüfbarkeit wohl ausscheidet. Hier wäre wohl in Analogie zu den Verträgen zur Erteilung von Rat die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht bzw. -haftung angemessen.²⁰

Über den kaufvertraglichen Kern hinaus sind beim Online-Vertrag auch noch Elemente eines Gebrauchsüberlassungsvertrages gegeben, so nämlich das Recht des Benutzers, die Hardware sowie die Datenbanken und die Retrievalsoftware des Host zu nutzen. In bezug auf den Gebrauch der Hardware wäre deshalb wohl von einem Miet²¹, in bezug auf die Software von einem Lizenzvertrag auszugehen.²²

¹⁹ Vgl. zum Ganzen auch DRUEY S. 154 ff.; MEIER-HAYOZ S. 192 ff.

²⁰ Vgl. BGE 112 II 352; mit gleicher Meinung wohl SCHNEIDER, S. 827, 836.

²¹ Eine Nähe zum Mietvertrag bejaht auch HACKEMANN, S. 662, geht aber dennoch von einem Vertrag sui generis aus. SIEBER, *Computer und Recht*, S. 523, spricht von einem Typenkombinationsvertrag mit pachtrechtlichen Komponenten.

²² Gleicher Meinung wohl SIEBER, S. 523. Vgl. auch: ZÜST, S. 74; GUHL, S. 376; GUROVITS, S. 33.

Werkvertragliche Elemente sind hingegen, trotz anzutreffender gegenteiliger Lehrmeinungen²³, nicht gegeben. Dies aus den folgenden Überlegungen:

Zwar trifft es zu, dass in etlichen Fällen der Benutzer durch die Verwendung der Selektionskriterien, die ihm die Retrievalsoftware zur Verfügung stellt, sowie durch die Eingabe von Selektionsmerkmalen eine gewisse Individualisierung der Information auf seine eigenen Wünsche hin bewirken kann. Doch ist letztlich von Bedeutung, dass sowohl die Selektionskriterien wie auch die abgerufenen bzw. selektierten Informationseinheiten in standardisierter bzw. in seriell vorgefertigter Form bereits vorhanden sind - und zwar für die Gesamtheit aller Benutzer. Die in bezug auf die Lieferung der Informationen bedeutendsten Arbeitsleistungen, nämlich die Sammlung bzw. die Nachführung der Informationen sowie die Programmierung der Retrievalsoftware, sind schon im Vorfeld der konkreten Abfrage gemacht worden. Bei der Abfrage selbst geht es "nur" noch um die Benutzung einer für eine Vielzahl von Benutzern zur Verfügung stehenden, mithin also standardisierten Software zum Abruf von ebenfalls für alle Benutzer in der stets gleichen Form zur Verfügung stehenden Informationseinheiten. Kommt hinzu, dass durch das im Zeitpunkt der Abfrage feststehende Angebot an Informationen sowie durch die bekannten Selektionskriterien das gesamte Informationsangebot bereits vordefiniert ist. Auch wenn es unter Umständen eine Unmenge von Kombinationsmöglichkeiten geben kann, ist deren Anzahl und damit auch die Anzahl der möglichen Kombinationen zur Selektion endlich und somit bestimmt bzw. bestimmbar. Wenn der Benutzer seine Selektionsmerkmale eingibt, wählt er aus dem gegebenenfalls riesigen, aber letztlich doch bekannten bzw. bestimmbaren Informationsangebot die ihn interessierende Information bzw. Kombination von Informationseinheiten aus. Die gleiche Selektion könnte auch von jedem anderen Benutzer eingegeben werden. Hergestellt wird durch einen solchen Vorgang somit kein Werk; vielmehr wird dadurch lediglich die zu liefernde Information spezifiziert.

Aus diesen Überlegungen folgt m.E. zwangsläufig, dass der Sach- bzw. Informationslieferungsaspekt im Vordergrund steht und das Vorliegen eines Werkvertrages verneint werden muss.

²³ Vgl. KÜNZLE, S. 366 ff; TELLIS, S. 291.

3.1.2 Teleshopping

Beim Teleshopping führt die vertragstypologische Zuordnung der Verträge zu keinem anderen Ergebnis als jene der entsprechenden Verträge, die auf nicht-elektronischem Weg, also z.B. durch die Lieferung einer Diskette mit den entsprechenden Programmen, erfüllt werden; dies aus den folgenden Überlegungen:

- Im Rahmen der vorliegend untersuchten Spielart des Teleshopping wird regelmässig Standardsoftware bezogen.
- Falls der Benutzer am Werkexemplar ein unbeschränktes, also gewissermassen ein Vollrecht, erhält, ist wohl Kauf anzunehmen.²⁴ Falls dem Benutzer hingegen ein auf eine bestimmte Zeit ausgerichtetes Recht eingeräumt wird, liegt wohl ein Lizenzvertrag vor, auf welchen die Regeln des Pacht- bzw. Mietvertragsrechtes anzuwenden sind.²⁵

3.2 Internationales Recht

Unter einer internationalen Optik, die im Rahmen der Informationsgesellschaft bzw. auf den elektronischen Märkten immer wichtiger wird, ist auch von Bedeutung, ob überstaatliche Normen bestehen, die die Rechtsanwendung transparenter machen bzw. vereinheitlichen. Unter einer solchen Optik verdient zunächst das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf²⁶ besondere Erwähnung.

Davon ausgehend, dass der Begriff "Ware" nach Artikel 1 Absatz 1 CISG alle Wirtschaftsgüter umfasst, die beweglich und hinreichend als individuelle Vertragsgegenstände bestimmbar sind und an denen Eigentum übertragen werden kann, wird Computersoftware in der Lehre als vom Wiener Kaufrecht erfasst angesehen, und zwar unabhängig davon, ob die Software auf einem physischen Datenträger oder online übermittelt

²⁴ Vgl. HONSELL, S. 316.

²⁵ Vgl. etwa ZÜST, S. 6 f.; GUHL, S. 376; GUROVITS, S. 33.

²⁶ Nachfolgend "Wiener Kaufrecht" oder "CISG".

wird.²⁷ Für die vorliegend behandelten Fälle des Teleshopping scheint eine Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts somit grundsätzlich gegeben zu sein.

In bezug auf die Lieferung von Online-Datenbankinformationen ist hingegen die Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechtes fraglich, wird doch die Meinung vertreten, der Verkauf von Know-How, ohne dass die geistige Leistung Bestandteil eines körperlichen Mediums ist, falle nicht unter den Begriff der Ware nach Artikel 1 Absatz 1 CISG.²⁸ Allerdings scheint dieser Schluss nicht zwingend zu sein. Wenn nämlich davon ausgegangen wird, dass der Begriff der "Ware" jedes Wirtschaftsgut umfasst, das hinreichend als individueller Vertragsgegenstand bestimmbar ist und an dem Eigentum übertragen werden kann, scheint vielmehr eine Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf den Erwerb von Informationen gegeben zu sein.

Es ist somit zu folgern, dass der Bezug von Online-Datenbankinformationen und das Teleshopping mit der heute geltenden Rechtsordnung recht gut einer befriedigenden Regelung zugeführt werden können, und zwar auf nationaler Ebene wie auch im grenzüberschreitenden Bereich (zumindest, soweit es sich um Leistungen in bzw. von Signatarstaaten des Wiener Kaufrechts handelt).

3.3 Ausblick

Dringender Handlungsbedarf ist im Bereiche des Vertragsrechtes im Lichte der obigen Ausführungen also nicht gegeben. Im Rahmen eines Ausblicks sei aber noch auf drei obligationenrechtliche Bereiche hingewiesen, in denen sich mittel- bis langfristig Revisionen abzeichnen könnten.

²⁷ DIEDRICH, S. 452; v. CAEMMERER / SCHLECHTRIEM, N 21 zu Art. 1 CISG; ebenso OLG Köln, Urteil vom 16.10.1992 = RIW 9/1993, S. 758.

²⁸ V. CAEMMERER / SCHLECHTRIEM, N 21a zu Art. 1 CISG mit Verweisen.

3.3.1 Abschluss von Verträgen

Der erste Bereich betrifft den Online-Abschluss von Verträgen. Sowohl beim Teleshopping wie auch bei den Online-Verträgen wurde in den bisherigen Ausführungen stillschweigend vorausgesetzt, dass Verträge auch online abgeschlossen werden können. Dies ist wohl nicht zu beanstanden, denn in bezug auf Vereinbarungen, die gemäss OR an keine bestimmte Form gebunden sind, gilt, dass auch elektronisch übermittelte Willenserklärungen rechtlich wirksam sein können.²⁹ Bei Verträgen mit gesetzlich vorgeschriebenem Formerfordernis ist ein Online-Vertragsabschluss hingegen (noch) nicht möglich, weil die Unterschrift eigenhändig gesetzt werden muss. Solches ist bei Online-Übermittlungen nicht möglich.

Nun ist aber der Ruf, insbesondere seitens der Wirtschaft, nach Abhilfe in dieser Beziehung immer lauter geworden. Abhilfe schaffen soll hier die sog. elektronische Unterschrift. In Deutschland liegt bereits ein Vorschlag für ein Gesetz über die sog. digitale Signatur vor.³⁰ Meines Wissens ist in der Schweiz das Bundesamt für Justiz beauftragt worden, eine Stellungnahme im Hinblick auf den Erlass einer gesetzlichen Regelung von elektronischen Unterschriften auszuarbeiten.

3.3.2 Aufbewahrungsvorschriften

Etwas weiter gediehen sind die Vorarbeiten in der Schweiz für eine Revision in einem verwandten Gebiet, bei den Aufbewahrungsvorschriften des OR. Hier bestehen Bestrebungen für eine Änderung von Artikel 962 OR. Danach sollen inskünftig die Bilanz und die Betriebsrechnung unterzeichnet (also nicht, wie es heute heisst: im Original) aufbewahrt werden müssen. Die übrigen Unterlagen sollen auf Bild oder Datenträgern auf-

²⁹ Vgl. etwa BERNATH, S. 11 ff. ; ATIA-OFF, S. 59 ff.; AG Ansbach, Urteil vom 29.4.1994 = OR 5/1995, S. 278 f.

³⁰ Vgl. hierzu ausführlich ERBER-FALLER, S. 375 ff.

bewahrt werden können.³¹ In diesem Bereich geht ein Änderungsentwurf des Bundesamtes für Informatik in Kürze in die Ämterkonsultation.

3.3.3 Vertragsabschlüsse im Fernabsatz

Schliesslich scheint ein Handlungsbedarf des schweizerischen Gesetzgebers noch in einem dritten Bereich als möglich: Am 29. Juni 1995 ist auf europäischer Ebene ein gemeinsamer Standpunkt im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz festgelegt worden.³² Es ist nicht auszuschliessen, dass die Fernabsatz-Richtlinie noch in diesem Jahr erlassen wird. Danach werden die EU-Staaten drei Jahre Zeit haben, um die Fernabsatz-Richtlinie ins Landesrecht umzusetzen.³³

Gegenstand der Fernabsatz-Richtlinie ist der Vertragsabschluss im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten. Vertragsabschluss im Fernabsatz bedeutet jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher³⁴ geschlossenen, eine Ware oder eine Dienstleistung betreffenden Vertrag, zu dessen Abschluss ausschliesslich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet werden.³⁵

Die Fernabsatz-Richtlinie stellt Regeln zum Schutz des Verbrauchers auf. Einer der Kernpunkte ist, dass der Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss eines Vertrages im Fernabsatz über den Vertragsgegenstand und den Vertragspartner ausreichend informiert werden muss. Deshalb muss der Verbraucher vor Abschluss des Vertrages die folgenden Informationen erhalten:

³¹ Demgegenüber dürfen heute noch einige Typen von Dokumenten nicht auf Datenträgern aufbewahrt werden; vgl. Art. 962 Abs. 2 OR.

³² ABl. Nr. C 288/1 vom 30 Oktober 1995; nachfolgend "Fernabsatz-Richtlinie".

³³ Art. 15 Abs. 1 Fernabsatz-Richtlinie.

³⁴ Dieser muss notwendigerweise eine natürliche Person sein; vgl. Art. 2 Ziff. 2 Fernabsatz-Richtlinie.

³⁵ Art. 2 Ziff. 1 Fernabsatz-Richtlinie.

- Identität des Lieferers
- wesentliche Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung
- Preis der Ware oder Dienstleistung
- Lieferfristen
- Bestehen eines Widerrufsrechtes
- Kosten für den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln.³⁶

Ein weiterer Kernpunkt ist, dass der Verbraucher jeden Vertragsabschluss im Fernabsatz innerhalb von sieben Tagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen kann.³⁷ In bezug auf das Teleshopping würde allerdings die Einschränkung gelten, dass das Widerrufsrecht nicht zur Anwendung gelangen kann bei Verträgen zur Lieferung von Software.³⁸

Die Richtlinie wird wohl - mit wenigen Ausnahmen (Widerrufsrecht) - sowohl für die Inanspruchnahme von Online-Datenbankdienstleistungen wie auch für das Teleshopping anwendbar sein. Besonders zu erwähnen ist, dass die EU-Staaten dafür zu sorgen haben, dass der Verbraucher den durch die Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlandes (also etwa der Schweiz) als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde, obwohl der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten aufweist.³⁹ Mit Blick auf die Schweiz ist hierbei vor allem auch folgendes von Bedeutung:

Nach Artikel 120 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) unterstehen Verträge zwischen Konsumenten und Anbietern in aller Regel dem Recht am Wohnsitz des

³⁶ Art. 4 Abs. 1 Fernabsatz-Richtlinie.

³⁷ Art. 6 Abs. 1 Fernabsatz-Richtlinie. Dieses Recht gleicht dem Widerrufsrecht von privaten Kunden im Rahmen von Haustürgeschäften gemäss Art. 40a ff. OR. Allerdings sind die Art. 40a ff. OR auf das Teleshopping und den Bezug von Informationen aus Online-Datenbanken nicht anwendbar; vgl. BBl 1986 II, 388.

³⁸ Art. 6 Abs. 3 Fernabsatz-Richtlinie.

³⁹ Art. 12 Abs. 2 Fernabsatz-Richtlinie.

Konsumenten (bzw. Verbrauchers). Eine Rechtswahl ist ausdrücklich ausgeschlossen. Hieraus folgt, dass die schweizerischen Gerichte am Sitz eines schweizerischen Anbieters eine Klage eines Verbrauchers, der seinen Sitz in einem Staat der EU hat, das Recht des betreffenden EU-Staates, der die Fernabsatz-Richtlinie ins Landesrecht umgesetzt hat, anwenden müssen. Für Schweizer Konsumenten hingegen, die aufgrund von Artikel 114 Absatz 1 Buchstabe a IPRG den ausländischen Anbieter am (Schweizer) Wohnsitz des Konsumenten einklagen, käme die Richtlinie - mithin also vor allem das Widerrufsrecht - aufgrund von Artikel 120 IPRG nicht zum Zug, weil schweizerisches Recht anwendbar wäre. Wenn der Schweizer Konsument hingegen den Anbieter an dessen Sitz im EU-Raum belangt, was durch Artikel 114 Absatz 2 Buchstabe a IPRG nicht ausgeschlossen ist, kämen die in Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie erlassenen Normen des betreffenden EU-Staates zur Anwendung. Eine allfällige Rechtswahl - z.B. für das Schweizer Recht - dürfte dann von den entsprechenden Gerichten des EU-Staates aufgrund der Richtlinie nicht beachtet werden.

Um diese Unterschiede auszugleichen, aber auch, um eine Harmonisierung mit den umliegenden EU-Staaten zu erreichen, scheint der Erlass einer dem Inhalt der Fernabsatz-Richtlinie adäquaten Regelung auch im Schweizer Recht als zumindest prüfenswert.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hinweisen, dass das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nach Artikel 40a ff. OR nicht dem in der Fernabsatz-Richtlinie vorgesehenen Widerrufsrecht entspricht. Wenn man nur den Wortlaut von Artikel 40b OR liest, könnte man zwar zunächst zum gegenteiligen Schluss kommen. Diese Bestimmung hält nämlich fest, dass der Kunde seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung u.a. dann widerrufen kann, wenn ihm das Angebot in seinen Wohnräumen gemacht wurde. Dies liesse den Schluss zu, die Voraussetzung von Artikel 40b OR sei erfüllt, schliesst doch ein privater Kunde Online-Verträge häufig in seinen Wohnräumen ab, weil sein PC dort installiert ist. Ein Blick in die Botschaft⁴⁰ zeigt nun aber, dass die Artikel 40a ff. OR nicht gelten sollen für Mitteilungen, die dem Kunden durch Radio, Fernsehen, Bildschirmkommunikation usw. - also auch online - zukommen.

⁴⁰ BBl 1986 II, 388.

4. Ausservertragliche Haftung

4.1 Rechtslage

Fragen der ausservertraglichen Haftung für Online-Datenbankinformationen und für im Rahmen des Teleshopping vertriebene Produkte stellen sich bei den Online-Datenbankdienstleistungen vor allem im Verhältnis zwischen Benutzer und Informationshersteller, können aber auch im Verhältnis zwischen dem Benutzer und dem Host von Bedeutung sein, weil im schweizerischen Recht die Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung nebeneinander bestehen.⁴¹

4.1.1 Haftungsgrundsätze nach Deliktsrecht des Obligationenrechtes

Die Haftung nach Artikel 41 ff. OR setzt voraus⁴²: Die Existenz eines Schadens, die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Schädigers, einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schaden sowie ein Verschulden des Schädigers.

Der Schaden nach Artikel 41 OR lässt sich allgemein als ungewollte Verschlechterung des Reinvermögens bezeichnen.⁴³ Er stellt die Differenz dar zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und demjenigen, der bestünde, wäre das schädigende Ereignis nicht erfolgt.⁴⁴ Er umfasst sowohl Personen- und Sachschäden wie auch den sonstigen Schaden, wie etwa einen entgangenen Gewinn. Im Gegensatz zum Schadenbegriff nach dem Produkthaftungspflichtgesetz sieht Artikel 41 OR keine Einschränkung auf bestimmte Schadensarten oder einen Selbstbehalt vor.

Der Begriff der Widerrechtlichkeit nach Artikel 41 OR setzt voraus, dass gegen Normen verstossen wird, die dem Schutz des verletzten Rechtsgu-

⁴¹ Vgl. BGE 64 II 259; FELLMANN / VON BÜREN - VON MOOS, S. 137.

⁴² Vgl. etwa OFTINGER, S. 233 ff.; BREHM, N 32 ff. zu Art. 41 OR.

⁴³ GAUCH / SCHLUEP, N 2624.

⁴⁴ Pr 51 (1962), Nr. 29, S. 86.

tes dienen⁴⁵, oder dass das schädigende Verhalten ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt. Die Artikel 41 ff. OR kommen deshalb nicht zur Anwendung, wenn nur ein Vermögensschaden verursacht wird, weil das Vermögen als solches kein absolut geschütztes Rechtsgut darstellt.⁴⁶ Eine allfällige Vertragsverletzung würde keine Verletzung einer Rechtsnorm darstellen, die den Schutz des geschädigten Benutzers bezweckt.

Eine Haftung nach Artikel 41 ff. OR ist vor allem bei wissenschaftlichen oder sonstigen Fachdatenbanken denkbar. Solche Datenbanken können durchaus (auch) zu Sach- oder Personenschäden führen, wenn die darin enthaltenen Informationen - z.B. ber den Giftgehalt bzw. die (Un)Giffigkeit von Pilzen - falsch sind. Eine Haftbarkeit aus Artikel 41 ff. OR für im Rahmen des Teleshopping bestellte Software hingegen scheint aus obgenannten Gründen wenig wahrscheinlich zu sein, kann aber nicht ausgeschlossen werden.

4.1.2 Geschaftsherrenhaftung

Da Informationen für Datenbanken regelmässig von Unternehmen aufbereitet bzw. vermittelt werden und da Software ebenso regelmässig durch Unternehmen entwickelt bzw. vertrieben wird, ist im Falle einer deliktischen Haftung insbesondere Artikel 55 OR und die dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu beachten. Die Geschaftsherrenhaftung bedeutet im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgericht eine Kausalhaftung des Unternehmers ohne Befreiungsmöglichkeit.⁴⁷ Der Befreiungsbeweis im Sinne von Artikel 55 OR setzt danach nämlich nicht nur eine cura in eligendo, instruendo und custodiendo voraus. Vielmehr ist auch verlangt, dass der Hersteller, der seine Produkte nicht selber fabriziert, sondern sie durch Hilfspersonen herstellen lässt, nachweisen kann, dass er seinen Betrieb zweckmässig organisiert und nötigenfalls für eine Endkontrolle der Produkte sorgt, wenn dadurch eine Schädigung

⁴⁵ BGE 64 II 259.

⁴⁶ BGE 115 II 19; FELLMANN, ZSR, S. 300.

⁴⁷ Vgl. BREHM, N 83 zu Art. 55 OR; OR-SCHNYDER, N 16 zu Art. 55 OR.

Dritter verhindert werden kann.⁴⁸ Zudem ist der Hersteller verpflichtet, wenn eine zweckmässige und vom Aufwand her zumutbare und technisch realisierbare Endprüfung nicht möglich ist, eine sichere Konstruktion zu wählen.⁴⁹

Diese strenge Haftung gilt offenbar auch für den Nicht-Hersteller, welcher die Produkte vertreibt.⁵⁰ Das Bundesgericht hat nämlich in einem unveröffentlichten Entscheid aus dem Jahre 1986⁵¹ entschieden, dass ein Importeur und Wiederverkäufer sich widerrechtlich verhielt, weil er es unterliess, das Verkaufsobjekt einer gründlichen Prüfung zu unterziehen.⁵² Da die Geschäftsherrenhaftung auch im Falle von fehlerhaften Dienstleistungen zur Anwendung gelangen kann⁵³, ist gemäss derzeitigem Stand der Rechtsprechung⁵⁴ somit nicht auszuschliessen, dass die vom Bundesgericht angewendeten strengen Massstäbe auch im Rahmen des Teleshopping und im Verhältnis zwischen Benutzer und Datenbankproduzent bzw. Host zur Anwendung gelangen können. Im Verhältnis zu Letzterem gar auch dann, wenn er die Informationen nicht selber erarbeitet hat.⁵⁵

48 BGE 110 II 464; sog. "Schachtrahmen-Fall".

49 BGE 110 II 465.

50 FELLMANN / VON BÜREN-VON MOOS, S. 160; OR-SCHNYDER, N 16 zu Art. 55 OR; BREHM, N 81 zu Art. 55 OR; BÜHLER, S. 94.

51 Sog. "Klappstuhl-Fall".

52 Vgl. ausführlich WIDMER, S. 51.

53 Vgl. BÜHLER, S. 99.

54 Die von der Lehre zwar überwiegend als eine Überdehnung von Art. 55 OR betrachtet, aber dennoch begrüsst wird. Vgl. WIDMER, s. 56; FELLMANN / VON BÜREN-VON MOOS, S. 161; wohl auch BREHM, N 87 zu Art. 55 OR.

55 Allerdings sollte m.E. von den Host in bezug auf die Prüfung der von ihnen vermittelten Informationen nichts Unmögliches erwartet werden. So hat denn auch das Bundesgericht im Klappstuhl-Fall festgestellt, dass sich die Prüfungspflicht nach der Natur des Geschäftes und nach der Ausbildung des Verkäufers zu richten hat; vgl. WIDMER, S. 52.

4.1.3 Haftung nach Produkthaftungspflichtgesetz

Eine Haftung nach Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz, PrHG) setzt zunächst voraus, dass ein fehlerhaftes Produkt im Sinne dieses Gesetzes dazu führt, dass eine Person getötet oder verletzt bzw. dass eine Sache beschädigt oder zerstört wird.⁵⁶ Fraglich ist, ob die vorliegend interessierenden Objekte - Informationen aus Online-Datenbanken bzw. im Rahmen des Teleshopping erworbene Software - unter den Begriff des Produktes nach Artikel 3 PrHG - Sache (oder Elektrizität) - fallen oder nicht.

In der Schweiz scheint die Tendenz bezüglich Informationen offenbar dahin zu gehen, dass sie Produkte im Sinne des Gesetzes darstellen, falls sie eine gewisse Körperlichkeit angenommen haben, weshalb etwa Bücher und Zeitungen als Produkte gelten.⁵⁷

In bezug auf Software wird teilweise unterschieden, ob es sich um integrierte oder isolierte Software handelt; nur bei ersterer soll die Produkteeigenschaft gegeben sein.⁵⁸ Eine andere Meinung hält dafür, dass diese Unterscheidung nicht ausschlaggebend sei⁵⁹, und bejaht durchwegs die Produkteeigenschaft von Software, während eine dritte Meinung schliesslich dahin geht, dass entscheidend sei, ob die Software auf einem Träger gespeichert ist oder nicht.⁶⁰

Für vorliegenden Sachverhalt ist zunächst von Bedeutung, dass die aus den Datenbanken abgerufenen Informationen und die im Rahmen des Teleshopping bestellte Software regelmässig von professionellen Anbietern hergestellte Serienprodukte darstellen. Da das schweizerische PrHG auch nach Ablehnung des EWR-Vertrages EG-konform, das heisst entsprechend der Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung

⁵⁶ Art. 1 Abs. 1 PrHG.

⁵⁷ HESS, N 41 ff. zu Art. 3 PrHG; FELLMANN / VON BÜREN-VON MOOS, S. 150.

⁵⁸ BÜHLER, S. 96 ff.

⁵⁹ HESS, N 49 zu Art. 3 PrHG.

⁶⁰ FELLMANN / VON BÜREN-VON MOOS, S. 67. Diese Ansicht aber wohl aufgegeben: vgl. FELLMANN Begriff, S. 44 f.

der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte⁶¹, ausgestaltet wurde⁶², ist davon auszugehen, dass das PrHG sich nur auf bewegliche Sachen bzw. Elektrizität im Sinne der EG-Produktheftungs-Richtlinie erstreckt, die industriell hergestellt wurden.⁶³ Das Erfordernis der industriellen Herstellung ist vorliegend wohl gegeben.

Ob hingegen Sachen im Sinne des Gesetzes vorliegen, ist zweifelhaft, denn bei den vorliegend interessierenden Produkten - Software und Informationen - ist die geistige Leistung als solche von entscheidender Bedeutung. Diese mutiert auch dann nicht in eine Sache, wenn sie auf einem körperlichen Träger, wie etwa einem Buch oder einer Diskette, gespeichert ist. Bei diesen Fällen ist die Produkteigenschaft wohl nur in Bezug auf die Datenträger als solche zu bejahen; der Inhalt dagegen ist immer noch geistiger Natur^{64, 65, 66}. Eine Ausnahme hiervon scheint mir nur dann gerechtfertigt, falls die Software als Teil einer Maschine⁶⁷ integriert wird^{68, 69}. Da sich integrierte Software aber im Rahmen des Tele-

61 ABl. EG Nr. L 210 vom 7.8.1985; nachfolgend "Produktheftungs-Richtlinie".

62 Vgl. BBl 1993 V, 884, FELLMANN / VON BÜREN-VON MOOS, S. 25.

63 Vgl. Produktheftungs-Richtlinie, Erwägungsgrund 3.

64 Gl.M. SIEBER, S. 525.

65 Dass Software und Informationen Gegenstand eines Kaufvertrages im Sinne eines Fahrniskaufes bilden können, weil sie definierbare Wirtschaftseinheiten darstellen, scheint m.E. nicht den Schluss zuzulassen, diese Objekte bildeten zwangsläufig Produkte im Sinne von Art. 3 PrHG. Der Begriff des Produktes gemäss PrHG umfasst nur bewegliche Sachen und Elektrizität, während Art. 184 Abs. 1 OR vom "Kaufgegenstand" spricht und Art. 187 Abs. 1 OR festhält, als Fahrniskauf sei jeder Kauf anzusehen, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat.

66 Ob es - wie von FELLMANN Begriff, S. 79, ausgeführt - herrschender Lehre entspricht, Software als Produkte im Sinne des PrHG zu betrachten, ist m.E. fraglich; vgl. etwa MORITZ, S. 263 mit Verweisen; FANGMANN, S. 188.

67 So z.B. als Steuerungssoftware für Real-Time Verarbeitungen.

68 Deshalb ist der Ansicht von BÜHLER zu folgen, der die Qualifikation offenbar davon abhängig macht, ob es sich um integrierte oder isolierte Software handelt; vgl. BÜHLER, S. 97.

69 A.M. HESS, N 49 zu Art. 3 PrHG.

shopping kaum elektronisch übermitteln lässt, kommt das PrHG wohl weder für im Rahmen des Teleshopping bezogene Software, noch für Online-Datenbankinformationen zur Anwendung. Die ausservertragliche Haftung hat sich deshalb allein nach den Grundsätzen von Artikel 41 ff. bzw. 55 OR zu beurteilen.

In bezug auf die Rechtsanwendung betreffend ausservertragliche Haftung für Online-Datenbankinformationen und für das Teleshopping verbleibt also eine gewisse Unsicherheit. Diese Unsicherheit klärt sich allenfalls durch eine entsprechende Judikatur.

4.2 Ausblick

Die Unsicherheit liesse sich allerdings auch klären durch spezifische Rechtsnormen für eine Haftung für Dienstleistungen. Auf europäischer Ebene bestehen denn auch Bestrebungen, eine entsprechende Richtlinie⁷⁰ zu erlassen. Nach der Dienstleistungs-Richtlinie haftet der Dienstleistende für den Schaden, der durch sein Verschulden bei der Erbringung der Dienstleistung an Gesundheit und körperlicher Unversehrtheit der Person sowie an der Unversehrtheit von Sachen verursacht worden ist, wobei es dem Dienstleistenden obliegt, sein Nichtverschulden zu beweisen. Der Begriff der Dienstleistung wird dabei weit gefasst, und als Dienstleistung soll jede im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Dienstes in unabhängiger Weise erbrachte entgeltliche oder unentgeltliche Leistung gelten, die nicht unmittelbar und ausschliesslich der Herstellung von Gütern dient. Aufgrund der weiten Fassung des Dienstleistungs-Richtlinien-Entwurfes kann somit davon ausgegangen werden, dass die vorliegend interessierenden Objekte unter den Anwendungsbereich der Dienstleistungs-Richtlinie fallen würden.

Anzufügen bleibt aber, dass die Dienstleistungs-Richtlinie erhebliche negative Reaktionen zeitigte, weshalb die Kommission den Entwurf am

⁷⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung für Dienstleistungen, KOM (90) 482 endg., ABl. Nr. C 12/8 vom 18. Januar 1991; nachfolgend "Dienstleistungs-Richtlinie".

23. Juni 1994 zurückzog.⁷¹ Allerdings nicht ohne zu versichern, dass der Rückzug keinen Verzicht auf die Gewährleistung der Sicherheit für Dienstleistungen bedeute. Es gehe aber nun darum, gestützt auf angemessene Konsultationen die optimale Lösung zur Erreichung dieses Zieles zu finden. Es darf also davon ausgegangen werden, dass in Zukunft ein neuer Vorschlag präsentiert wird. Da nicht absehbar ist, wann solches erfolgt, wäre es aber nicht sinnvoll, wenn der Schweizer Gesetzgeber hier vorprellen würde. Dringender Handlungsbedarf besteht ohnehin nicht.

5. Literaturverzeichnis

- AISCHYLOS, Agamemnon, in: *Die Orestie*, Stuttgart 1987.
- ATIA-OFF K., Videotex - Zivilrechtliche Aspekte, Bern 1988.
- BARRELET D., EGLOFF W., Das neue Urheberrecht, Bern 1994.
- BERNATH F.A., Rechtliche Aspekte neuer Informations- und Kommunikationstechnologien, in: *Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, Zürich 1994, S. 3 ff.
- BREHM R., Berner Kommentar, Bd. VI/1, 3. Teilband: Art. 41 - 61 OR, Bern 1990.
- BÜHLER R., Produkthaftung für Software, in: *Software-Schutz Software-Haftung*, Zürich 1992, S. 91 ff.
- VON BÜREN R., Der Werkbegriff, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. II/1, Basel 1995.
- v. CAEMMERER E., SCHLECHTRIEM P., Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl., München 1994.
- DIEDRICH F., Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechtes auf Softwareüberlassungsverträge, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 6/1993, S. 441 ff.
- DRUEY J.N., Verträge auf Informationsleistung, in: *Festschrift Schlupe*, Zürich 1988, S. 147 ff.
- ELLGER R., Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr, Baden-Baden 1990.

⁷¹ KOM (94) 260 endg., 23. Juni 1994.

- ERBER-FALLER S., Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, in: *Computer und Recht* 6/1996, S. 375 ff.
- FANGMANN H., Rechtliche Konsequenzen des Einsatzes von ISDN, Opladen 1993.
- FELLMANN W., Der Produkte- und Fehlerbegriff, in: *Produktheftpflicht im europäischen Umfeld*, Zürich 1994, S. 31 ff; zitiert als FELLMANN Begriff.
- FELLMANN W.; Produzentenhaftung in der Schweiz, in: *ZSR* 107 (1988), 1. Halbbd., S. 275 ff., zitiert als FELLMANN ZSR.
- FELLMANN W., VON BÜREN-VON MOOS G.; Grundriss der Produktheftpflicht, Bern 1993.
- FLYCHY P., Tele. Geschichte der modernen Kommunikation, Frankfurt/Main 1994.
- GAUCH P., SCHLUEP W., Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995.
- GUHL T., Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991: GUHL T., MERZ, H., KOLLER A., §§ 1 - 48; GUHL T., MERZ H., DRUEY N., §§ 49, 56 - 58; GUHL T., KUMMER M., DRUEY N., §§ 50 - 55, 59 - 110; allesamt zitiert als GUHL.
- GUYET J., Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG), in: *Schweizerisches Immaterialgüterrecht*, Bd. V/1, Basel 1994.
- GUROVITS A., EDV-Beratungsverträge, Zürich 1993.
- HACKEMANN M., Fragen des Austauschverhältnisses beim Online-Vertrag, in: *Computer und Recht* 10/1987, S. 660 ff.
- HESS H.-J., Kommentar zum Produktheftpflichtgesetz (PrHG), 2. Aufl., Bern 1996.
- HONSELL H., Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, in: *Festschrift Pedrazzini*, Bern 1990.
- HONSELL H., VOGT N.P., WIEGAND W., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I, Basel 1992.
- KÜNZLE H.R., Schweizerisches Bibliotheks- und Dokumentationsrecht, Zürich 1992.
- MEIER - HAYOZ A., Zum Informationsvermittlungsvertrag, in: *Festschrift Schluep*, Zürich 1988, S. 191 ff.
- MORITZ H.-W., Überlassung von Programmkopien - Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis? in: *Computer und Recht* 5/1994, S. 257 ff.

OFTINGER K., Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich 1973.

SCHNEIDER J., Praxis des EDV-Rechts, Köln 1990.

SIEBER U., Haftung für Online-Datenbanken, in: *Computer und Recht* 9/1992, S. 518 ff.

TELLIS N., Haftet juris für fehlerhafte Online-Information?, in: *Computer und Recht* 4/1990, S. 290 ff.

WIDMER P., Urteilsanmerkungen Zivilrecht, in: *recht* 2/1986, S. 50 ff.

ZÜST M., Vertragshaftung für Software, in: *Software-Schutz Software-Haftung*, Zürich 1992, S. 91 ff.