

### C. Fazit

So liess es die fünfte Kammer des Gerichtshofs bei der Verletzung des Artikel 8 der Konvention bewenden und verurteilte die Schweiz einstimmig, dem Beschwerdeführer eine Genugtuungssumme von 15 000 EUR und weitere 5 000 EUR für Kosten und Auslagen zu entrichten. (Siehe zu den Ausführungen zu Artikel 41 [gerechte Entschädigung] die Paragraphen 116–129 des Urteils).

### V. Schlussbemerkungen

Es kann im vorliegenden Fall ohne weiteres zwischen einer familienrechtlichen und einer völkerrechtlichen Ebene unterschieden werden. Was die erstere anbelangt, so stellt der Fall *Bianchi gegen Schweiz* die Fortsetzung einer Reihe von tragischen Kindesentführungen mit grenzüberschreitendem Charakter dar. In sehr enger Anlehnung an das Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 konnte der Gerichtshof wohl im Ergebnis nur zu dem Schluss gelangen, dass die Verfahren besonders vor dem erstinstanzlichen Luzerner Gericht den relativ hohen Anforderungen jenes Vertragstextes nicht gerecht wurden. An keiner Stelle jedoch wirft der Gerichtshof den hiesigen Behörden eine einseitige Parteinahme für die Kindesmutter vor; ganz im Gegenteil, die Verurteilung der Schweiz erfolgt nach einer sachgerechten Abwägung aller fallrelevanten Umstände und Interessen.

Die enge Anlehnung an das Haager Übereinkommen ist auch das markanteste Element der völkerrechtlichen Komponente des Falles *Bianchi gegen Schweiz*. Überhaupt fällt auf, wie sehr der Gerichtshof bemüht war, die Auslegung des Artikel 8 EMRK im Lichte des Haager Textes – ganz im Sinne eines systematischen oder kontextuellen Vorgehens – zu rechtfertigen. Aber auch wenn er sich anderer Begriffe und Elemente der völkerrechtlichen Vertragsauslegung bediente, insbesondere des Normzweckes, geschah das immer auf dem Weg über das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge. Ganz plausibel erklärte der Gerichtshof auch, warum sich die Wiener Prinzipien auf den vorliegenden Fall anwenden liessen, nämlich erstens, weil die Schweiz auch diesen Vertrag ratifiziert hat, und zweitens, weil deren Artikeln 31–33 heute auch völkergewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt.

Durch den transparenten Auslegungsvorgang entkräftete der Gerichtshof aber auch selbst in überzeugender Weise die These einiger Autoren, wonach die EMRK – und überhaupt die Menschenrechtsverträge allgemein – nicht den Regeln des allgemeinen Völkerrechts unterworfen seien, da es sich um Verträge *sui generis* handeln würde. (Von jenen Autoren wird insbesondere ins Feld geführt, dass es sich bei Menschenrechtsverträgen um Texte mit integralen Pflichten handle, und dass das Reziprozitätselement, das dem klassischen völkerrechtlichen Vertrag zu Grunde liegt, in den Hintergrund tritt. Siehe allgemein zur Frage des Verhältnisses zwischen Menschenrechtsverträgen und dem allgemeinen Völkerrecht J. A. FROWEIN, Probleme des allgemeinen Völkerrechts vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte, in: Festschrift für Hans-Jürgen Schloch-

auer, Berlin 1981, 289–300; G. COHEN-JONATHAN, *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général* [2000], *Annuaire français de droit international* [AFDI], tome XLVI, 2000, 614–642; G. COHEN-JONATHAN/J.-F. FLAUSS, *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général* [2001], AFDI, tome XLVII, 2001, 423–457; DIESELBEN, *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général* [2002], AFDI, tome XLVIII, 2002, 675–693; J. G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, 69–97 und 177–228.)

Das will aber auf der anderen Seite nicht heissen, dass die Gewichtung der verschiedenen Elemente im Auslegungsprozess im Rahmen von Menschenrechtsverträgen dieselbe sein muss wie in klassischeren Bereichen des Völkerrechts. Die Analyse im Fall *Bianchi gegen Schweiz* hat gezeigt, dass im Menschenrechtsbereich wohl eine Verschiebung zugunsten einer teleologischen Auslegung – d.h. unter besonderer Berücksichtigung des Normzwecks i.S. insbesondere der Präambeln – angezeigt ist. Auch der Begriff des "effet utile" erhält im Menschenrechtsbereich eine ganz eigene Prägung und grosse Bedeutung. Dazu passt die vom Gerichtshof häufig angerufene dynamische Auslegung der Konvention, die den offensichtlichen Vorteil hat, dass der Gerichtshof, durch geschmeidiges Anpassen des Anwendungsbereiches der anwendbaren Garantien flexibel auf neue Entwicklungen und Tendenzen reagieren kann.

Alles in allem stellt *Bianchi gegen Schweiz*, obschon in der Sache selbst ein tragischer Fall, ein für am Völkerrecht – und insbesondere an der Schnittstelle zwischen Völkerrecht und nationalem Recht – Interessierte gelungenes Anschauungsmaterial dar.

## 12. Informatik und Recht / Informatique et droit

### 12.3. Informatikrecht / Droit de l'informatique

#### 12.3.1. e-Commerce

#### (8) Kenntnisverschaffung von AGB im Internet.

Deutscher Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. Juni 2006 (I ZR 75/03, OLG Düsseldorf; LG Mönchengladbach)

Mit Bemerkungen von  
lic. iur. HSG OLIVER ARTER, Rechtsanwalt, Zürich



und Dr. iur. HSG FLORIAN S. JÖRG,  
M.C.J., Rechtsanwalt, Zürich



*Auszug aus dem Sachverhalt:*

Der Kläger erteilte der Beklagten, die einen Paketschnelldienst betreibt, am 6. Dezember 2000 per Internet den Auf-

trag, ein Paket bei ihm abzuholen und zu dem Empfänger in Rodenbach zu befördern. Die Internet-Seite der Beklagten lautet auszugsweise wie folgt:

*Ihr Auftrag*

An dieser Stelle haben Sie die Möglichkeit, uns einen Versandauftrag online zu erteilen. Dazu benötigen wir von Ihnen Angaben zur Abholadresse, zum Empfänger, zur Anzahl und Art der Sendungen und zum Abholtermin.

Ihren Versandauftrag erteilen Sie nach den AGB's der H GmbH & Co. KG.

Am nächsten Werktag oder Ihrem Wunschtermin kommen wir zu Ihnen. Bitte achten Sie darauf, dass Ihr Auftrag mindestens einen Werktag vorher bei uns eingeht.

*Angaben für Ihren Auftrag*

Darunter befinden sich Felder, die für die Erteilung des Versandauftrags ausgefüllt werden müssen. Durch Anklicken des unterstrichenen Worts "AGB's" können die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten aufgerufen und ausgedruckt werden. (...)

Ein Mitarbeiter der Beklagten holte das Paket am 7. Dezember 2000 bei dem Kläger ab. Das Paket geriet bei der Beklagten in Verlust. Daraufhin zahlte die Beklagte unter Berufung auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen an den Kläger einen Betrag von 1000 DM.

Der Kläger hat behauptet, in dem Paket hätten sich Schmuckstücke im Gesamtwert von 9316.76 EUR (= 18 222 DM) befunden.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung in Höhe von 8805.47 EUR (= 17 222 DM) nebst Zinsen verurteilt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten hin abgewiesen.

Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Erwägungen:*

Das Gericht hat festgehalten, dass die Revision des Klägers Erfolg hat. (...) Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Interessant sind insbesondere die Ausführungen zur Frage des Einbezugs der AGB:

"Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass zwischen den Parteien ein Frachtvertrag konkludent zustande gekommen ist, dass ein Mitarbeiter der Beklagten das Paket am 7. Dezember 2000 beim Kläger abgeholt hat.

Diese Feststellung des Berufungsgerichts steht im Einklang mit der Regelung in Nr. 3 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, die, wie das Berufungsgericht gleichfalls rechtsfehlerfrei angenommen hat, in den Vertrag einbezogen worden sind. Entgegen der Auffassung der Revision hat die Beklagte dem Kläger dadurch die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von dem Inhalt ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG), dass diese durch Anklicken des unterstrichenen Wortes "AGB's" auf der Bestellseite aufge-

rufen und ausgedruckt werden konnten. Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass die Verwendung von Links und deren Darstellung durch Unterstreichen zu den in dem Medium Internet üblichen Gepflogenheiten gehören und Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen daher davon ausgehen können, dass Verbraucher, die sich für ihre Bestellung des Internets bedienen, mit solchen Links ohne Weiteres umgehen können. Für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) genügt es daher, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie im vorliegenden Fall über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren Link aufgerufen und ausgedruckt werden können (vgl. OLG Hamburg WM 2003, 581, 583; OLG Hamm ZIP 2001, 291, 292; Münch-Komm. BGB/BASEDOW, 4. A., § 305 Rdn. 65; jurisPK-BGB/LAPP, 2. A., § 305 Rdn. 44; PALANDT/HEINRICHS, BGB, 65. A., § 305 Rdn. 38; ERNST, VuR 1997, 259, 261; WALDENBERGER, BB 1996, 2365, 2368 f.). (...)"

*Bemerkungen:*

Mangels spezieller Gesetzgebung haben in der Schweiz Lehre und Rechtsprechung die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt. Die Überprüfung besteht aus der Geltungs-, Auslegungs- und (beschränkten) Inhaltskontrolle.

Für die Übernahme von AGB in elektronischen Verträgen gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie bei herkömmlichen Vertragsschlüssen. Dabei erweisen sich jedoch insbesondere die Fragen der Geltungskontrolle als problematisch, während die Fragen der Auslegung und des zulässigen Inhaltes im Wesentlichen nicht anders zu bewerten als bei herkömmlichen Vertragsschlüssen sind.

Vorliegend ist insbesondere die Geltungskontrolle von Interesse, d.h. ob AGB gesamthaft oder teilweise zum Vertragsinhalt erhoben wurden. Notwendig ist dazu die Kenntnisnahme der AGB sowie die Zustimmung zu deren Aufnahme als Vertragsbestandteil.

Betreffend Kenntnisnahme kommt es prinzipiell in der Schweiz nicht darauf an, ob die AGB gelesen wurden oder nicht (BGE 108 II 418; 109 II 456 E. 4; 119 II 445 E. 1a). Auch müssen AGB der Vertragspartei nicht ausgehändigt werden – ausreichend ist vielmehr, dass der Kunde anderweitig in zumutbarer Weise Einsicht nehmen kann (BGE 100 II 209 f.). Allgemein wird gefordert, dass AGB übersichtlich gestaltet, gut lesbar und kurz abgefasst werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1140a).

Minimalerfordernis der Übernahme von AGB ist, dass der Kunde auf dem Bildschirm auf diese aufmerksam gemacht wird. Auf einer Website erfolgt dies regelmässig mittels Hyperlink. Die Website ist dabei so zu gestalten, dass vor Abgabe der Bestellung klar und unübersehbar auf die AGB hingewiesen wird. Die Platzierung ist so vorzunehmen, dass ein Durchschnittskunde den Hinweis selbst bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher Aufmerksamkeit nicht übersehen kann, beispielsweise unmittelbar vor der Bestell-Ikone oder an prominenter Stelle in die Bestellmaske integriert. Eine Platzierung des Hinweises

unterhalb des Bestell-Icons, nach Vertragsschluss oder nur im Hauptmenü auf der Homepage ist ungenügend. Eine Ausnahme gilt höchstens für individuelle Angebote, welche vom Nachfrager zu studieren sind, so dass auch der Hinweis auf die AGB irgendwo im Angebot zur Kenntnis zu nehmen ist.

Betreffend Zustimmung zur Übernahme ist festzuhalten, dass diese grundsätzlich explizit oder stillschweigend erteilt werden kann. Unter dem Stichwort der Geltungs- und Konsensproblematik hat die Gerichtspraxis die Ungewöhnlichkeitsregel entwickelt, mittels welcher bei der Globalübernahme von AGB Klauseln unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr überprüft werden. Die Rechtsprechung hat festgehalten, dass eine Übernahme nicht anzunehmen ist, wenn die global zustimmende Partei keine Möglichkeit hatte, den Inhalt der AGB zur Kenntnis zu nehmen (BGE 100 II 209 f.) oder es sich um ungewöhnliche Klauseln handelt (BGE 119 II 446; BGE 109 II 217 f.; BGE 109 II 456 ff.). Dagegen ist eine zwingende Bestellführung, das heisst eine Programmierung, welche den Kunden zwingt, den AGB explizit zuzustimmen, ansonsten er den Bestellvorgang nicht zu Ende führen kann, nicht notwendig. Allerdings kann dies Beweiszwcken dienlich sein.

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass der Sachverhalt betreffend die Frage der Übernahme der AGB in der Schweiz zum selben Resultat führen würde.