

# Der virtuelle Laden als rechtliche Sache?

Ralph Wyss

Dr. iur., Fürsprecher, St. Gallen

## I. Die E-Mall: Das Shopping-Center im Internet

Im Gegensatz zum traditionellen Shopping-Center, das erhebliche Grundstücksflächen für Läden und Parkplätze beansprucht, besteht die E-Mall nur virtuell. Im Grunde genommen ist sie nichts anderes als eine Ansammlung von Anbieter-Websites («Electronic Shops» oder «E-Shops») hinter einer gemeinsamen Homepage (der E-Mall). Dem Kunden der E-Mall wird in der Regel ein virtueller Einkaufskorb zur Verfügung gestellt, in welchen seine Bestellungen bei den verschiedenen E-Shops abgelegt werden<sup>1</sup>.

Ist der Einkauf einmal abgeschlossen, hat der Kunde die Möglichkeit, alles auf einmal zu bezahlen. Dabei stehen ihm vielfältige Zahlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Neben Zahlung gegen Rechnung oder unverschlüsselter Übermittlung der Kreditkartendaten sind heute «ecash»<sup>2</sup> und «SET»<sup>3</sup> als moderne und sehr sichere Zahlungsmittel im Vormarsch. Als schweizerische Variante bietet der «Blue Shop» der Swisscom mit dem Produkt

«Commerce Maker»<sup>4</sup> auch die Zahlung über die Swisscom-Telefonrechnung an.

Ebenfalls unter den Begriff E-Mall subsumiert werden können Homepages mit lediglich einem Anbieter. Soweit in diesen Fällen E-Mall und E-Shop dem selben Rechtsträger gehören, sind sie aber für die vorliegende Untersuchung nicht weiter erheblich<sup>5</sup>.

## II. Vertragsverhältnis zwischen E-Mall und E-Shop nach traditioneller Auslegung

Aus eigener Erfahrung weiss der Autor, dass der Aufbau einer E-Mall heute noch oft ohne besondere rechtliche Abklärungen vonstatten geht. Der E-Mall-Betreiber ist in erster Linie beschäftigt mit der Programmierung seiner Homepage und der E-Shops sowie mit der Akquisition von neuen E-Shops. Hinzu tritt die Einrichtung und Abwicklung der Zahlungsmodalitäten gemeinsam mit Banken und Kreditkartenorganisationen. Zur klaren Regelung der Rechtslage zwischen E-Mall und E-Shop bleibt damit gezwungenermassen wenig Zeit.

Mit Blick auf diese Entwicklung soll nachfolgend untersucht werden, welcher Vertragstypus zwischen diesen beiden Rechtsträgern, nämlich E-Mall-Betreiber und E-Shop-Betreiber, bei traditioneller Auslegung des schweizerischen Rechts zur Anwendung kommt.

**Résumé:** *D'après le droit en vigueur, le contrat entre l'exploitant d'un centre commercial électronique (e-mall) et l'exploitant d'un magasin électronique (e-shop) situé dans ce centre est à qualifier en principe comme contrat d'agence. Cependant, si on accepte l'internet en tant qu'espace virtuel et l'e-shop en tant qu'objet virtuel, on pourrait aussi considérer l'application, au moins par analogie, du droit du bail, d'autant plus que l'application de ce droit produit des résultats assez valables.*

- 1 Willkürlich ausgewählte Beispiele für E-Malls mit verschiedenen Anbietern sind: Electronic Mall Bodensee (emb.net), Internet Mall Zürich (www.izh.ch).
- 2 «ecash» (für «Electronic Cash») ist eine Art elektronisches Portemonnaie auf der Festplatte. Das Geld wird mittels Einzahlung oder Banküberweisung (z.B. via Internet-Banking) auf ein spezielles «ecash»-Konto gebucht, von wo es über das Internet auf die Festplatte des eigenen PC geladen werden kann. Von da wird es beim Einkauf schliesslich abgebucht. (Für Einzelheiten vgl. www.swissnetpay.ch).
- 3 «SET» (für «Secure Electronic Transaction») ist eine hochverschlüsselte Standardprozedur zur Bezahlung mittels Kreditkarte. (Für Einzelheiten vgl. www.set.com).

4 Für Einzelheiten vgl. [www.bluewin.ch/services/index\\_d.html](http://www.bluewin.ch/services/index_d.html)

5 Willkürlich ausgewählte Beispiele für E-Malls mit lediglich einem Anbieter sind: Migros ([www.migros-shop.ch](http://www.migros-shop.ch)) und Le Shop ([www.leshop.ch](http://www.leshop.ch)).

**Zusammenfassung:** *Der Vertrag zwischen dem Betreiber einer E-Mall und dem Betreiber eines darin angesiedelten E-Shops ist nach geltendem Recht überwiegend als Agenturvertrag zu qualifizieren. Akzeptiert man jedoch das Internet als virtuellen Raum und den E-Shop als virtuelle Sache, so kann auch über eine mindestens analoge Anwendung des Mietrechts nachgedacht werden, zumal die Anwendung des Mietrechts recht brauchbare Ergebnisse liefert.*

## 1. Ein typischer Sachverhalt

### A. Wesentliche Vereinbarungen

Der E-Mall-Betreiber verpflichtet sich gegenüber dem E-Shop-Betreiber im wesentlichen, den E-Shop in vereinbarter Weise im Rahmen der E-Mall dauernd, also möglichst unterbruchsfrei, zu publizieren und Besuchern dieses E-Shops die Möglichkeit zu geben, Bestellungen für dessen Produkte abzugeben und in vereinbarter Form dafür zu bezahlen. Der E-Mall-Betreiber ist somit in der Regel auch der Vertragspartner der Kreditkartenorganisation, obwohl er selbst nicht Partei des Kaufvertrages zwischen Internet-Kunde und E-Shop-Betreiber wird.

Im Gegenzug hat der E-Mall-Betreiber das Recht, Gebühren und Provisionen zu erheben. Diese basieren teilweise auf festen Sätzen, teilweise sind sie aber auch umsatzabhängig definiert. In jedem Fall wird der E-Mall-Betreiber anfallende Zahlungsgebühren für Kreditkarten oder «ecash» verrechnen wollen.

Neben diesen eher funktionalen Vertrags-elementen erfordert die Interessenslage der Parteien meist weitere Vereinbarungen. So legt der E-Shop-Betreiber wert auf längere Kündigungsfristen, da mit zunehmenden Umsatz auf seiner Website auch der finanzielle Goodwill seiner Internetadresse steigt. E-Mall- und E-Shop-Betreiber gemeinsam haben ein Interesse, die Grenzen der zulässigen Produktpalette zu definieren, da die E-Mall ein bestimmtes Bild haben bzw. ein bestimmtes nicht haben sollte und der E-Shop-Betreiber wiederum den Goodwill seiner Internetadresse durch ein allenfalls schlechtes Image einer Nachbaradresse innerhalb der E-Mall beeinträchtigt sehen kann. Schliesslich ist der E-Shop-Betreiber oftmals an den detaillierten Kundendaten auch der anderen E-Shops innerhalb der E-Mall interessiert, welche dem E-Mall-Betreiber technisch problemlos zur Verfügung stehen<sup>6</sup>.

### B. Ein typischer Vertragsschluss mit dem Kunden

Ist der E-Shop einmal in der E-Mall etabliert, so können Internet-Kunden die Produkte im entsprechenden E-Shop begutachten und per Knopfdruck in den Einkaufskorb legen. Haben die Kunden die Auswahl abgeschlossen, zeigt ihnen die E-Mall eine Liste mit allen im Einkaufskorb befindlichen Waren sowie den Einzel- und Totalpreisen an und fragt bspw., ob die Bestellung so abgesendet werden soll. Anschliessend wird der Internet-Kunde aufgefordert, aus den verfügbaren Zahlungsmitteln das gewünschte auszuwählen und - falls «ecash» oder Kreditkarte gewählt werden - sofort zu bezahlen. Der E-Mall-Betreiber leitet die Bestellung und bei Vorauszahlung auch das Geld (abzüglich Provisionen und Gebühren) weiter an den E-Shop-Betreiber, welcher die Ware dem Kunden schliesslich zustellt.

## 2. Rechtliche Subsumtion

### A. Exkurs: Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Wann genau in diesem Ablauf der Vertrag zwischen Kunde und E-Shop zustandekommt, ist in der Lehre noch nicht ausreichend geklärt. Klar ist, dass die Beantwortung der Frage davon abhängt, ob das Angebot im E-Shop als verbindlich oder freibleibend zu verstehen ist. Nach der einleuchtenden Überlegung von ROSENTHAL<sup>7</sup> ist ein Angebot eines E-Shops in der Regel dann eine verbindliche Offerte, wenn die Ware direkt abgerufen werden kann (vergleichbar der ausgestellten und mit Preis versehenen Ware in einem Schaufenster), was bei Software sicher der Fall ist. Demgegenüber ist ein Angebot von Produkten, die im E-Shop lediglich abgebildet, jedoch nicht direkt abrufbar sind, wie bspw. ein Buch, in der Regel lediglich eine Einladung an den Internet-Kunden zur Offertstellung. Fraglich ist allerdings, ob diese Überlegung auch dann noch Gültigkeit hat, wenn der Internet-Kunde - wie bei den neuen Zah-

6 Auf die datenschutzrechtlichen Aspekte dieser in der Praxis üblichen Auswertungen soll hier nicht näher eingegangen werden.

7 DAVID ROSENTHAL, Projekt Internet, Zürich 1997, S. 323f.

lungsmitteln im Internet üblich - gleichzeitig mit der Bestellung auch gleich zu Erfüllungshandlungen, namentlich zur Zahlung angehalten wird.

### B. Qualifikation als Agenturvertrag

Bei traditioneller Betrachtungsweise der vertraglichen Vereinbarungen drängt sich der Vertragstyp des Agenturvertrages (Art. 418a ff. OR) auf. Der E-Mall-Betreiber übernimmt die Verpflichtung, mit seinen technischen Einrichtungen im Auftrag des E-Shop-Betreibers dessen Produkte den Kunden anzubieten und - je nach Art der Produkte bzw. der Präsentation - einen Vertrag im Namen und auf Rechnung des E-Shop-Betreibers zu schliessen (Abschlussagent) oder ihm lediglich die Möglichkeit zum Vertragsabschluss zu geben (Vermittlungsagent). Diese Verpflichtung des E-Mall-Betreibers ist in der Regel auf eine gewisse Dauer angelegt, wodurch sich die Vertragsbeziehung von einem Mäklervertrag oder einer Kommission abhebt.

### C. Konsequenzen

Bei Anwendung der Regeln des Agenturvertrages auf die Rechtsbeziehung zwischen E-Mall-Betreiber und E-Shop-Betreiber ergeben sich einige Aspekte, welche in der Praxis insbesondere dem E-Shop-Betreiber als recht nachteilig erscheinen dürften. Dies rührt grundsätzlich daher, dass das Gesetz von einer gewissen Schutzbedürftigkeit des Agenten gegenüber seinem Auftraggeber ausgeht, wogegen bei der Vertragsbeziehung zwischen E-Mall-Betreiber und E-Shop-Betreiber die Machtverhältnisse in der Regel genau umgekehrt liegen. Nachfolgend sollen einige Beispiele für solche Regeln aufgezeigt werden.

#### a. Ausschliesslichkeit des Gebiets oder Kundenkreises

Nach Art. 418f Abs. 3 OR ist der Agent, dem ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen ist, in diesem Bereich ausschliesslich beauftragt. Andere Vereinbarungen müssen schriftlich erfolgen.

Es liegt nahe, die Internet-Kunden als bestimmter Kundenkreis oder zumindest

das Internet als ein bestimmtes Gebiet, einen bestimmten Markt zu definieren. Anders wäre m.E. nur zu entscheiden, wenn eine E-Mall sich ausschliesslich auf eine bestimmte Region beschränkt oder der E-Shop sich ausdrücklich an einen irgendwie beschränkten Kundenkreis (bspw. «Wohnsitz Schweiz») richtet. In aller Regel ist dies jedoch nicht der Fall, womit ein E-Shop-Betreiber zumindest nach schweizerischem Recht gegenüber dem E-Mall-Betreiber vertragsbrüchig wird, wenn er in einer anderen E-Mall ebenfalls einen E-Shop einrichtet.

#### b. Gebiets- oder Kundenkreisprovision

Nach Art. 418g Abs. 2 OR hat der Agent auch dann Anspruch auf eine Provision, wenn innerhalb seines Kundenkreises bzw. seines Gebietes Geschäfte abgeschlossen werden, die nicht direkt durch ihn vermittelt wurden. In Anlehnung an die Überlegungen unter Titel a. gleich vorstehend bedeutet dies, dass der E-Mall-Betreiber auch Provisionsansprüche erheben kann, wenn ein ehemaliger E-Mall-Kunde neu direkt beim E-Shop-Betreiber bestellt.

Um diese Probleme zu vermeiden muss definiert werden, ob ein Internet-Kunde nur dann ein solcher ist, wenn er im Internet Einkäufe tätigt oder ob z.B. generell alle Personen als Internet-Kunden zu gelten haben, die mindestens einmal beim E-Shop-Betreiber einen Einkauf getätigt haben. So oder anders dürfte in der Regel der E-Shop-Betreiber, wenn er sich des Problems bewusst wird, Gebiets- oder Kundenkreisprovisionen generell wegbedingen wollen. Nach Erfahrung des Schreibenden werden sie in der Praxis vom E-Mall-Betreiber auch nicht beansprucht. Die Gefahr latenter Provisionschulden ist damit jedoch für den E-Shop-Betreiber für die Dauer der Verjährungsfrist nicht gebannt.

#### c. Kündigungsfrist

Das unterjährige Agenturverhältnis kann, mangels anderslautender schriftlicher Vereinbarung, innert Monatsfrist per Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Nach einer Vertragsdauer von einem Jahr besteht eine Mindest-

kündigungsfrist von zwei Monaten per Ende eines Kalenderquartals, wobei der Endtermin abweichend vereinbart werden kann (Art. 418q OR).

Die bei den schnellebigen Internetanbietern beliebten 30 Tage Kündigungsfrist finden auch hier eine gewisse Schranke.

#### d. Entschädigung für die Kundschaft

Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert und ihm damit nachhaltige wirtschaftliche Vorteile beschert, so hat er bei Auflösung des Vertrages in der Regel Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, nach oben begrenzt in Höhe eines Nettojahresverdienstes (Art. 418u OR).

Diese Regel wird den Rechtswirklichkeiten im Internet in keiner Weise gerecht. Besonders hart erscheint sie in Fällen, wo ein E-Shop-Betreiber ausschliesslich auf einer E-Mall basiert und somit die Dienstleistungen des E-Mall-Betreibers tatsächlich zu einer wesentlichen, nämlich zur praktisch ausschliesslichen Erweiterung des Kundenkreises beigetragen haben. Wechselt nun ein E-Shop-Betreiber aus irgendwelchen Gründen die E-Mall, so hat er nicht nur den Umsatzeinbruch bis zum Aufbau der neuen Adresse zu verkraften, er hat vielmehr auch noch dem E-Mall-Betreiber eine «angemessene Entschädigung» zu bezahlen. Es ist zu hoffen, dass der Ermessensspielraum, den der Gesetzgeber hier einräumt, tatsächlich auch entsprechend angemessen ausgeübt wird. Bedauerlich bleibt, dass selbst bei völlig rechts- und vertragskonformem Verhalten überhaupt eine solche Unsicherheit für die Parteien entstehen kann.

### III. Vertragsverhältnis zwischen E-Mall und E-Shop bei virtueller Betrachtungsweise

#### 1. Ausgangslage

Obwohl das Internet in der Rechtslehre heute konsequent als reines Medium verstanden wird, mithin in erster Linie ähnliche Fragestellungen aufwirft wie damals bei seiner Erfindung der Telefax, darf ob dieser nüchtern betrachtet richtigen Auslegung nicht vergessen werden,

dass hinter diesem Medium ein ungleich höheres Potential steckt, als dies beim Telefax der Fall ist. Das Internet ist ein Medium, welches in Verbindung mit digitalen Endgeräten zum Einsatz gelangt, deren Entwicklung theoretisch unbegrenzt ist. Das Internet eröffnet dem Benutzer eine virtuelle Erlebniswelt, deren Inhalte erst im Aufbau begriffen sind.

Erste Anzeichen dieser Erlebniswelt bringt bspw. das Übertragungsprotokoll «VRML» in seiner Version 2.0<sup>8</sup>. VRML ermöglicht die Darstellung dreidimensionaler, bewegter Bilder am Bildschirm, wobei der Betrachter den Standpunkt frei wählen kann. Ein Blick auf Demonstrationssseiten dieser Technik zeigt rasch die grösste Schwäche: Die benötigten Datenmengen sind so gross, dass der Internet-Benutzer sich gerne auf die Betrachtung von kleinen Einzelsequenzen beschränkt. Andernfalls sind die Wartezeiten zu gross. Wer sich unabhängig vom (noch) langsamen Internet grössere Sequenzen moderner 3D-Darstellung ansehen will, kann dies bekanntlich am besten im Rahmen von Spielprogrammen ab CD-ROM tun. Es ist eine Frage der Zeit, bis der Heimcomputerspieler sich im VR-Anzug nahezu lebensecht in seinen Spielwelten bewegt. Was aber ab CD-ROM möglich ist, kann zweifellos auch ab Internet geboten werden, sofern die Geschwindigkeit stimmt.

Nachdem also das schwergewichtige Problem für die Darstellung virtueller Realität im Internet bei der Geschwindigkeit der Datenübertragung liegt, stellt sich die Frage, in welchem Zeithorizont hier mit Abhilfe zu rechnen ist. Dazu mögen zwei Tatsachen weiterhelfen: Erstens befindet sich zurzeit das sogenannte «Internet2» im Aufbau, ein von über 100 Universitäten getragenes Projekt zum Bau eines das «alte» Internet überlagernden, viel leistungsfähigeren Computernetzes<sup>9</sup>. Schätzungen sprechen von gewaltigen 2,4 GBit/s maximaler Übertragungsgeschwindigkeit als Zielgrösse im Jahr 2000. Zweitens sorgt in der Schweiz

<sup>8</sup> Willkürlich ausgewählte Beispiele für die Betrachtung von VRML-Bildern sind: [www.vruniverse.com](http://www.vruniverse.com) und [www.microsoft.com/vrml](http://www.microsoft.com/vrml).

<sup>9</sup> Vgl. zu Internet2: [www.internet2.edu](http://www.internet2.edu)

bspw. der Kabelnetzanbieter Cablecom zurzeit dafür, dass in einer Vielzahl von Haushalten ganz einfach über den Kabelfernseheranschluss der Internetzugriff erheblich schneller wird, als dies mit herkömmlichen Analogmodems über die Telefonleitung möglich war. Überdies besteht bereits heute die Möglichkeit für private Haushalte, ihre Telefonanschlüsse auf das digitale ISDN umzustellen, womit die Zugriffsgeschwindigkeit im Internet ebenfalls bereits erheblich erhöht wird. Wir sprechen mithin betreffend Behebung des Geschwindigkeitsproblems im heutigen Ausmass über einen Horizont von wenigen Jahren.

Das Internet, welches wir dann erleben werden, hat mit einem Telefax endgültig nichts mehr gemein. Es wird sich zunehmend in einen dreidimensionalen Raum verwandeln, in welchem wir unsere Einkäufe schliesslich nicht mehr durch Mausclick, sondern - wie im realen Shopping-Center - durch Zugriff unserer Hände tätigen. Wir werden die Produkte drehen und von allen Seiten ansehen können, und - befragt nach unserem Gefühl - diese nicht mehr als zweidimensionale Abbildungen, sondern zunehmend als dreidimensionale, greifbare und bewegliche Sachen erleben.

Wir werden schliesslich nicht mehr die Angebotsseite des Agenten «E-Mall» betrachten, um uns anschliessend einen Vertrag mit dem Verkäufer «E-Shop» vermitteln zu lassen, sondern ganz einfach die E-Mall betreten, anschliessend in verschiedenen E-Shops Waren in unseren Einkaufskorb legen und diese schliesslich an der Kasse bezahlen. Und befragt nach unserem Rechtsempfinden betreffend den Vertrag zwischen E-Mall und E-Shop werden wir von einer Geschäftsmiete sprechen. Es erstaunt den Internet-erfahrenen Leser sicherlich nicht, dass der Autor dieses Rechtsempfinden schon heute bei E-Mall- und E-Shop-Betreibern antrifft. Die E-Mall ist emotional ein virtuelles Shopping-Center, das man betritt, und nicht das Büro eines Agenten, von

welchem man per Telefax einen Prospekt abrufen kann.

## 2. Der E-Shop als Sache im rechtlichen Sinn?

### A. Das Fehlen einer Legaldefinition

Vor diesen Überlegungen muss man sich die Frage stellen, ob denn der virtuelle E-Shop nach geltendem Recht überhaupt eine Sache sein kann. Um eine Geschäftsmiete darüber begründen zu können, muss ihm nach der Legaldefinition des Art. 253 OR mindestens dinglicher Charakter zukommen.

Gleich zum vornherein ausgeschlossen werden muss die rechtliche Qualifikation eines E-Shops als Grundstück. Die Legaldefinition in Art. 655 ZGB sowie Art. 3 Abs. 2 GrundbuchV lässt keinen Raum für virtuelle Gebilde.

Die Legaldefinition der Fahrnissache ist hingegen wesentlich weiter gefasst. Auf die Aufnahme einer eigentlichen Begriffsbestimmung wurde nämlich seitens des Gesetzgebers bewusst verzichtet. Man wollte diese heikle Aufgabe nicht gesetzgeberisch lösen, sondern der Wissenschaft überlassen<sup>10</sup>. Immerhin lässt sich aus Art. 713 ZGB schliessen, dass Naturkräfte keine Sachen sind, und dass nur bewegliche körperliche Sachen Gegenstand des Fahrniseigentums sein können.

Den Stand der Lehre zu dieser Frage gibt MEIER-HAYOZ<sup>11</sup> wie folgt wieder: «Sachen sind unpersönliche, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können. [...] Dieser Sachbegriff im Rechtssinne ist (was ab und zu übersehen wird) funktioneller Natur. Ob etwas als Sache zu betrachten sei oder nicht, hängt nicht allein von der physikalischen Beschaffenheit, sondern vor allem von der wirtschaftlichen Funktion, von der Verkehrsanschauung und von ethischen Gesichtspunkten ab. Teleologische Erwägungen geben den Ausschlag darüber, ob die Rechtsordnung etwas als Sache anerkennen will oder nicht.»

Untersuchen wir deshalb kurz, ob ein E-Shop die Anforderungen dieser funktionalen Definition erfüllt.

10 ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (1981), Syst. Teil N 114 zu Art. 641-654 ZGB m.w.N.

11 ARTHUR MEIER-HAYOZ, op.cit., Syst. Teil N 115 f. zu Art. 641-654 ZGB m.w.N.

## B. Die funktionale Betrachtungsweise

Eine detaillierte Untersuchung des E-Shops unter den aufgezeigten Kriterien der Unpersönlichkeit, Körperlichkeit, Beherrschbarkeit und weiteren wäre mühsig. Tatsache ist, dass der E-Shop naturwissenschaftlich betrachtet nichts anderes ist, als eine Programmsequenz, welche der Internet-Kunde über das Medium Internet auf seinen persönlichen PC herunterlädt, und woraus der lokale Browser schliesslich (mehr oder weniger) die programmierten Texte und Bilder generiert und auf dem lokalen Bildschirm darstellt. Nur wenn wir von den technischen Vorgängen abstrahieren und bezüglich der Qualifikation als Sache auf die Funktionalität und das menschliche Erleben abstellen, können wir das so geartete Ergebnis überhaupt als Sache akzeptieren. Diesfalls sind aber auch die eingangs erwähnten Kriterien mühelos erfüllt.

Damit dreht sich letztlich alles um die Frage, ob wir die virtuelle Wirklichkeit, welche über das Medium Internet zunehmend zu einer neuen menschlichen Erlebnis- und Kontaktwelt wird, als rechtliche Wirklichkeit anerkennen wollen oder nicht. Diese Frage wird nicht die Lehre, sondern die Verkehrsauffassung der Rechtsanwender beantworten. Und diese wiederum wird stark von der Geschwindigkeit der technischen Entwicklung abhängen. Nach Ansicht des Schreibenden steht fest, dass bei Vorliegen einer entsprechenden Verkehrsauffassung schon das geltende Recht die Qualifikation einer virtuellen Sache als Sache im Rechtssinne zuliesse. Gleichzeitig ist klar, dass diese Verkehrsauffassung im heutigen Zeitpunkt noch nicht etabliert ist.

## 3. Qualifikation als Miete

### A. Analoge Anwendbarkeit der Miete

Damit bleibt die Frage, ob die Bestimmungen des Mietrechts allenfalls analog auf die Vertragsbeziehung zwischen E-Mall-Betreiber und E-Shop-Betreiber Anwendung finden sollen.

Gründe dafür liegen vor allem im systematischen Bereich. So ist die Interessenlage eines E-Shop-Betreibers viel näher an derjenigen eines Ladenmieters in ei-

nem Einkaufszentrum als an derjenigen eines Auftraggebers gegenüber seinem Agenten. Der E-Shop-Betreiber richtet letztlich in der E-Mall - zumindest emotional - seinen eigenen Laden ein, er begrüsst mit seinen Slogans oder gar einer Photographie seiner selbst den Kunden und er macht schliesslich das Geschäft mit ihm. Besonders deutlich wird dies in den häufigen Fällen, wo der E-Shop-Betreiber selbst die Möglichkeit hat, den E-Shop online umzugestalten, Produkte neu einzureihen, Preise zu ändern, dahinterliegende Datenbanken umzustellen usw.

Aufgrund des Drangs des modernen Gesetzgebers zu hoher Regelungsdichte lassen sich aber andererseits etliche Normen des Mietrechts ausmachen, welche für eine analoge Anwendung in vorliegender Konstellation untauglich sind. So basieren die Normen über den «Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen» (Art. 269 ff. OR) auf dem Grundmodell der Miete einer vom Eigentümer teilweise fremdfinanzierten Baute, was mit einer E-Mall wenig gemein hat. Ähnliches gilt für die Kündigungs- und Kündigungsschutzbestimmungen (Art. 271 ff. OR). Die gesetzgeberische Vorstellung einer mit Hausrat und finanziellen Nöten belasteten Familie oder eines Warenlagers, welches beim Umzug verlegt werden müsste, tragen der hohen Beweglichkeit digitaler Information nicht Rechnung. Entsprechend würde auch die Zustellung des bekannten amtlichen Formulars bei Erhöhung des Mietzinses (Art. 269d OR) oder Kündigung (Art. 266l OR) wenig zur Rechtsklarheit unter den Parteien beitragen.

### B. Konsequenzen

Es verbleiben zur analogen Anwendung somit sinnvollerweise lediglich die allgemeinen Normen des Mietrechts unter Ausschluss der Sonderbestimmungen über Wohn- und Geschäftsräume. Hier lassen sich nun endlich einige Lichtblicke für die E-Mall-Parteien ausmachen.

#### a. Mängel während der Mietdauer

Ein häufiges Problem des E-Shop-Betreibers ist, dass der E-Mall-Betreiber laufende Weiterentwicklungen vornimmt, wel-

che letztlich regelmässig die Funktionalität oder Erreichbarkeit des E-Shops beeinträchtigen. Hier passen die Bestimmungen von Art. 259 ff. OR (unter Ausschluss der Bestimmungen über die Miete von unbeweglichen Sachen) als dispositives Recht sehr gut, indem sie ein der Schwere der Beeinträchtigung angepasstes, stufenweises Vorgehen beschreiben, welches sich in der Praxis direkt umsetzen lässt.

#### b. Erneuerungen und Änderungen

Im Gegenzug werden durch Art. 260 OR auch die Interessen des E-Mall-Betreibers an regelmässigen Upgrades seiner E-Mall angemessen gewahrt, indem solche Anpassungen nicht verboten sind, jedoch für den Mieter zumutbar bleiben müssen.

#### c. Kündigung

Auch bei der Kündigungsfrist dürfen konsequenterweise nicht die Bestimmungen über die Geschäftsmiete zur Anwendung kommen. Damit liegt die Kündigungsfrist in Anwendung von Art. 266f OR bei drei Tagen auf einen beliebigen Zeitpunkt. Längere Fristen können selbstverständlich vereinbart werden. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass zumindest in der Anfangsphase von E-Malls auf beiden Seiten kein besonderes Bedürfnis an hohen Kündigungsfristen besteht. Bei erfolg-

reicher Etablierung des E-Shops auf der E-Mall können längere Kündigungsfristen vereinbart werden. Als dispositive Norm ist damit auch diese Bestimmung bestens geeignet.

#### d. Gerichtsstand

Nur um Verwirrung zu vermeiden sei schliesslich erwähnt, dass in konsequenter Auslegung nach der hier vertretenen Auffassung nicht etwa die Schlichtungsbehörde am Ort der gelegenen Sache, sondern der ordentliche Richter am Ort des Beklagten zuständig ist (Art. 274b Abs. 1 lit. b OR).

#### 4. Handlungsbedarf de lege ferenda?

Die vorstehenden Ergebnisse zeigen, dass insbesondere der ältere Bereich unserer Kodifikationen ZGB und OR die notwendige Offenheit zeigen, um neuen Erscheinungen wie E-Malls und E-Shops angemessene Regeln zu bieten. Problematischer wird die Anwendung neuerer, vermeintlich konsumentenfreundlicher Regelungen, da diese einen hohen Detailgrad und damit wenig Flexibilität aufweisen. Im Hinblick auf die rasche Entwicklung des virtuellen Raumes Internet wäre es deshalb zu begrüssen, wenn unsere Gesetze wieder einen etwas höheren Abstraktionsgrad annehmen würden. Es bestünde dann Hoffnung, dass uns Geschöpfe wie bspw. ein «Bundesgesetz über die teilweise analoge Anwendbarkeit des Zivilgesetzbuches auf virtuelle Sachen» erspart bleiben. ■