

E-Business Recht

1. Welches Recht gilt im E-Business

- E-Business ist international -> immer beachten von wo aus man klagt. Klassisch: Wohnsitz, Sitz oder Aufenthaltsort einer beteiligten Person, Ort der Niederlassung, Handlungsort, Erfolgsort, Ort der Auswirkung im Markt. Im Internet: Abrufbarkeit der Website im Land, Server im Land
 - ⇒ Typische Anknüpfungspunkte: Ist ein Angebot auf ein Publikum im Land ausgerichtet? Hat ein Angebot Auswirkungen in einem Land? Serverstandort ist oft irrelevant (sonst könnte man einfach den Serverstandort geschickt wählen)
- Jeder Staat bestimmt den Anwendungsbereich seines Rechts und die Zuständigkeit seiner Gerichte und Behörden. Es gibt kein grundsätzliches Weltrecht.
- Wie wird das anwendbare Recht ermittelt?
 - Schritt 1: Örtlich zuständige Behörde ermitteln
 - Schritt 2: Die Behörde bestimmt das anwendbare Recht (IPRG Art. 133) nach eigenen Recht. CH Zivilgerichte wenden etwaige int. Abkommen an sowie das IPRG.Falls mehrere Behörden zuständig -> wählen wo es für mich am besten ist zu klagen.
- Konsumenten -> spezieller Schutz, dürfen idR am Wohnsitz klagen (Deutscher Kunde eines Schweizer Online Shops kann in DE klagen)
- Bei unerlaubten Handlungen (zB Hacking): Klagen kann man am Ort des Beklagten oder am Handlungs- / Erfolgsort (IPRG Art. 129)
- Persönlichkeitsschutz: Geschädigte Person hat ein Wahlrecht (Art. 139 IPRG). Gilt für Persönlichkeitsverletzungen durch Medien sowie im Falle von Datenschutzverstößen.
- Aufsichtsrecht: Es gilt das "Territorialitätsprinzip", d.h. Bestimmungen gelten in räumlicher Hinsicht nur für Sachverhalte, die sich in der Schweiz zutragen. Zum Territorialitätsprinzip gehört das "Auswirkungsprinzip", wenn Handeln im Ausland in ausreichendem Mass auf dem Territorium der Schweiz wirkt.
- Bei Angaben von Personen auf Websites -> Firma darf sich auf Korrektheit verlassen
- In der Praxis: Ländersites, Geofiltering (falls jemand ein VPN benutzt ist er selber verantwortlich), nur lokale Sprache/ Währung/ Domain, Beschränkung auf Kunden mit inländischen Adressen/ Kreditkarten
- Bei B2B: Wahl des Gerichtsstand, Serverstandort, Wahl des Providers, etc

2. Verwendung fremder und Schutz eigener Inhalte

- Frage: Wem gehört ein Bild/ Video/ etc.? -> Urheberrecht
- Urheberrecht: Erlaubt es dem Urheber, über die Verwendung seiner schöpferischen, kreativen Leistung zu bestimmen. Erlaubt die kommerzielle Verwertung solcher Leistungen, indem es ein "geistiges" Eigentum an Kreativwerken schafft und dieses staatlich schützt.

- Schutz von Ideen/ Gedanken -> Patentrecht
- Urheberrecht greift bei der Umsetzung, Formulierung einer Idee
- CH Urheberrecht gilt so ähnlich in allen zivilisierten Ländern. International gleich: Nutzer sollen Werke nutzen können (Hören, Sehen, etc.)
- Territorialität gilt (Schutzlandprinzip). Dort wo die Urheberrechtsverletzung begangen wurde, dieses Recht gilt.



- Urheberrecht schützt alles mit einem schöpferischen Aspekt (Sprachwerke, Videos, Bilder, Fotos, Computerprogramme, Darstellung wissenschaftlichen oder technischen Inhalts, ...), Werke müssen weder einen Wert haben, noch verkauft werden oder fertig sein
- Urheberrecht entsteht automatisch (keine Anmeldung oder ©) -> immer sofort geschützt
- Urheberrecht gilt unter 2 Bedingungen:
 - **1. Geistige Schöpfung:** Gestaltungswille muss erkennbar sein
Nicht: Messreihen, automatische Fotos, reine Zufallsergebnisse
 - Bsp: Kind macht Fettfleck weil es kleckert -> keine geistige Schöpfung. Künstler macht Fettfleck als Kunstwerk -> geistige Schöpfung
 - Nur Menschen bekommen Urheberrecht (nicht Tiere oder Computer)
 - **2. Individueller Charakter:** Individualität muss im Werk selbst erkennbar sein
Werk muss sich vom allgemein Üblichen abheben.
Nicht: Reine Fleissarbeiten, rein handwerksmässige Arbeit (Bsp. Spielpläne im Fussball). Nicht: Abstrakte Idee (doch was genau der zum Schutz erforderliche Grad der Konkretisierung ist [Bsp. literarische Figur] kann niemand sagen ...)
Beliebter Test der Individualität: Ist das Werk statistisch einmalig?
 - Was sich nicht vom allg. Üblichen abhebt, gilt nicht als statistisch einmalig (Bsp: Standard Werbetext, auch wenn theoretisch stat. Einmalig, ist nicht urheberrechtlich geschützt, weil kein indiv. Charakter vorliegt.
 - Statistische Einmaligkeit meint die Einmaligkeit der Gestaltung des Werks, nicht des Vorhandenseins eines Ereignisses oder einer Sache
- Ist ein Werk kopiert -> ist der individuelle Charakter übernommen worden?
- Bsp: BGE 130 III 714* -> Foto von Wachmann -> banale Komposition und Pose, kein besonderes Bild -> nicht urheberrechtlich geschützt
- Bsp: BGE 130 III 168 -> Foto von Bob Marley am Singen -> spezielle Komposition, Momentaufnahme -> urheberrechtlich geschützt
- Karten: falls von Hand gezeichnet urheberrechtlich geschützt. Satellitenbilder sind nicht urheberrechtlich geschützt.
- Sammelwerke sind selbständig geschützt, sofern "bezüglich Auswahl oder Anordnung" geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter. Folge: Datenbanken sind nicht per se geschützt (zB wenn ein Suchroboter einfach Daten minet. Spotify Playlist kann aber durchaus urheberrechtlich geschützt sein) (URG Art. 4).
- Urheberrecht schützt auch Werke zweiter Hand (zB Übersetzungen, Bearbeitungen, ...) Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung -> "Verblassensformel": Ist die Individualität des Übernommenen angesichts der Individualität des neuen Werks verblasst? Bsp: Übersetzungen -> bei Übersetzung haben zwei Leute Urheberrechtsanspruch, der Author und der Übersetzer.

- Verwertungsrechte des Urhebers: Urheber allein darf bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet und geändert wird (URG Art. 10 und 11) (Recht zur Publikation, Vervielfältigungsrecht, Verbreitungsrecht, Recht zur Vornahme von Änderungen (-> Softwarewartung), ...).
ABER: Geniessen eines Werks (hören, sehen, ...) darüber kann Künstler nicht verfügen. In CH: Framing (zB youtube videos) fallen auch darunter. In EU zB nicht so.
Vermutung der Urheberschaft bei jenen, die auf den Werkexemplaren mit dem eigenen Namen, Pseudonym oder Kennzeichen genannt sind
- Urheberrechtsverletzungen passieren schnell -> zB Upload eines Bildes aus Google Search welches einem nicht gehört -> urheberrechtlich relevante Handlung. Theoretisch sind alle Bilder bei Google Search urheberrechtlich geschützte Werke.
- BGH vom 17.7.2003: Hyperlinks sind keine Vervielfältigung (Ändern Quantität, nicht Qualität der Nutzung) -> Deep Links auf andere Websites (neuer Tab/Fenster geht auf) sind erlaubt. Das Einbetten von Artikeln hingegen ist nicht erlaubt.
- Weitere Rechte des Urhebers: Urheberpersönlichkeitsrechte (Art. 9, Art. 11 URG)
Anerkennung der Urheberschaft, Recht über Erstveröffentlichung zu entscheiden, Änderungs- und Bearbeitungsrecht, Schutz vor Entstellung oder Beeinträchtigungen des Werkes (z.B. Musik als Klingelton, nachträgliche Änderung von Bauwerken)
- Schutzdauer: 70 Jahre über Tod (Programme: 50 Jahre)
- Beschaffung von Rechten:
 - Lizenzierung: Befugnis, gewisse Tätigkeiten auszuüben, die im Herrschaftsbereich des Rechteinhabers stehen. Kann beliebig ausgestaltet werden (z.B. Exklusivlizenz). Rechteinhaber behält seine Rechte am Werk. Lizenz kann mehreren Parteien erteilt werden. Lizenz kann zurückgezogen werden.
 - Übertragung von Rechten (Art. 16): Rechte gehen komplett an eine andere Partei über. Der Schöpfer hat dann keine Rechte mehr. Urheberrecht ist fast in unendlich viele Teilrechte zerlegbar.
- Beschaffung von Rechten:
Ein Kunde der einen Schöpfer beauftragt, erhält nicht zwingend alle Urheberrechte (Ausnahme: bei gewissen Computerprogrammen, siehe Art. 17). Wenn klar ist, das Auftraggeber Werk Nutzen darf, aber nicht wie -> Vertraglich regeln. Grundsatz: Falls etwas nicht geregelt ist, steht der Auftragnehmer (Schöpfer) besser da als der Auftraggeber.
- Heutzutage: Viele praktische Tätigkeiten sind theoretisch Urheberrechtsverletzungen. ZB Autoindexierung von Bildern auf Google, oder die Cache Funktion von Webseiten auf Google. Oder: Wenn jemand auf Youtube Lied nachspielt -> dieser ist nun zwar der Interpret, der Komponist bleibt aber -> Urheberrechtsverletzung
- Digital Rights Management: **Elektronische Informationen für die Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten dürfen nicht entfernt oder geändert werden** (Art. 39c).
- Gewisse urheberrechtliche Verwendungen sind erlaubt: Zitatrecht, Parodien, Veräusserung von Werkexemplaren ("Erschöpfung"), Archivierungs- und Sicherungsexemplare (1 Kopie), Berichterstattung über aktuelle Ereignisse, "Eigengebrauch" gegen gesetzlich geregelte Abgeltung.
Beispiel: Pingu macht Party -> Parodie (Zudem wurde Verwertung des Ursprungswerks nicht eingeschränkt)

- Zitatrecht (URG Art. 25): «Veröffentlichte Werke dürfen zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist». Quellen müssen immer erwähnt werden. **Zitat nur zulässig, wenn es "eine innere Verbindung zwischen der zitierten Stelle und eigenen Gedanken des Zitierenden hergestellt (Zitat muss in der Verwendung relevant sein).** -> Quellenangabe allein erlaubt Nutzung von Inhalten aus dem Internet noch nicht.
Trick den Zeitungen anwenden: Zeitung hat Recht an Bild nicht. Zeitung berichtet dann einfach darüber, wie eine andere Zeitung über dieses Bild berichtet und beruft sich auf Zitatrecht).
- Beispiel: Rosenthal hielt Vortrag über Drohnenfotografie und zeigte ein Bild (mit Quellenangabe). Fotograf wollte von ihm dann 300.- für Verwendung. Wieso hat Rosenthal korrekt gehandelt und musste nichts zahlen?
 - Bild ist relevant für Vortrag und fällt somit unter Zitatrecht.
 - Foto ist gar nicht erst urheberrechtlich geschützt, denn das Foto ist banal und somit kein kreatives Werk (jeder der dort drüber fliegt, würde in etwa dieses Foto machen). Das Argument, dass fast niemand über dieses Haus fliegt mit Drohne ist nichtrelevant. Ebenso nichtrelevant ist das Argument, dass die Fotografie Ausrüstung teuer ist.
- Berichterstattung (Art. 28)
 - Abs. 1: Zur Berichterstattung dürfen gewisse urheberrechtlich geschützte Werke verwendet werden.
 - Abs. 2: Zum Zweck der Information dürfen kurze Ausschnitte aus Artikel, Radio- / Fernsehberichten vervielfältigt, verbreitet und gesendet oder weitergesendet werden.

⇒ Einbetten von Videos hingegen ist problematisch
Bsp: Google Kurznews: Kurzer Artikelausschnitt ist oke, Thumbnail dagegen ist problematisch.
- **Erschöpfung (Art. 12): Wurde der Veräußerung eines Werkexemplars zugestimmt, so darf dieses Werkexemplar auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers weiterveräußert werden.**
 - Bsp: Second-Hand Buchladen. Jemand hat das Buch ursprünglich gekauft und will es nun nicht mehr -> weiterverkaufen ist legal (Kopieren hingegen wäre illegal)
 - Rechte der Weiterverbreitung fallen weg beim Verkauf eines konkreten Exemplars des Buchs (international nicht überall so)
 - Ausnahme: audiovisuelle Werke, die noch im Kino laufen (falls zB Film in den USA schon auf DVD ist, bei uns aber noch im Kino -> Import ist illegal, sonst würden Leute nicht mehr ins Kino gehen)

Computerprogramme: Hier besteht zusätzlich ein Gebrauchsrecht. Erschöpfung gilt auch für Online-Kopien (also auch für nicht-physische Datenträger). Erschöpfung gilt hingegen nicht bei Software auf Zeit (zB Adobe CC)

- Eigengebrauch (Art. 19): Veröffentlichte Werke dürfen im Rahmen von Eigengebrauch kopiert und gebraucht werden (gilt nicht für Computerprogramme). Erlaubter Eigengebrauch ist jede Werksverwendung im persönlichen Bereich, im engen Kreis von Personen, für Lehrpersonen im Unterricht, in Betrieben für die interne Information und Dokumentation. Keine Einschränkung bei Digitalkopien.
⇒ Raubkopien von Filmen, Songs etc. sind deshalb in CH legal solange ich nicht uploade und die Kopie nur unter Freunden teile

Ebenfalls erlaubt im Eigengebrauch: Kopien durch Dritte (zB Zattoo zeichnet Film für mich auf). Aber: keine Kopien auf Vorrat oder für unbestimmte Anzahl Abnehmer. Gilt nicht für "vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare"

- Internet Tauschbörsen: Reiner Download ist legal (Eigengebrauch Art. 19), das Uploaden und Anbieten/ Zugänglich machen von urheberrechtlich geschützten Inhalten ist dagegen illegal (Art. 10, Art. 67 Abs. 1). Das Bereithalten von Hash-Links ist ebenfalls illegal -> Seiten wie kino.to sind deshalb auch illegal obwohl sie keine Filme selber hosten. Das Nutzen von kino.to ist dagegen legal, da man selber nichts uploadet.
Deshalb ist das Torrenten von urheberrechtlich geschützten Inhalten illegal (weil Upload), der Download von Filehostern hingegen ist legal.
- Zivilrecht vs Strafrecht:
 - Zivilrechtliche Haftung:
 - Schadenersatz: Verletzung muss fahrlässig verursacht worden sein, Rechteinhaber muss Schaden nachweisen (er kann nicht einfach grundsätzlich irgendeinen Betrag einklagen, muss Schaden zeigen)
 1. Firmen, die gezielt nach Urheberrechtsverletzungen suchen, stellen oft horrenden Forderungen -> nicht haltbar, Schaden muss zuerst gezeigt werden. Vorgehen: Auf Brief nicht antworten und Bild/ Video sofort runternehmen (sonst ev strafrechtliche Folgen)
 - Gewinnherausgabeanspruch
 - Unterlassung (Angebot wegnehmen, ...)
 - Strafbarkeit (trifft mich persönlich):
 - Verletzungshandlungen gemäss Art. 67 ff. URG. Auch das Unterlassen von Quellenangaben ist strafbar.
 - Vorsätzliches Handeln ist erforderlich. Dies tut jedoch auch, wer Tatbestandsverwirklichung zwar nicht wünscht aber damit rechnet und sie in Kauf nimmt, d.h. sich damit abfindet (sog. Eventualvorsatz). Vorsatz: Wortlaute wie «nahmen sie in Kauf...», «billigten sie...»
 - Bestraft (aber milder) wird auch der Gehilfe
- Und ausser dem Urheberrecht? -> Nicht alle Internet-Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Aber: Übernahme kann andere Rechte verletzen (Verwandte Schutzrechten, Markenrecht, Lauterkeitsrecht, Datenschutzrecht, ...)
- Lauterkeitsrecht: Faires Verhalten im Markt
 - Bsp: Comparis hat einfach Immobilienangebote von imm Scout, homegate, etc. übernommen und bei sich verwendet -> Immobilienanzeigen sind nicht kreativ, immer etwa gleich, Urheberrechtsverletzung konnte nicht geltend gemacht werden. Seiten wie homegate, imm Scout wollen dies nicht -> haben dann Markenlogo auf Bilder eingefügt (wäre bei Kopie Verletzung des Markenrechts) -> Comparis liess dann einfach Logo von Firma im Ausland entfernen.
Urteil: Comparis handelt nicht unlauter, Übernahme von Daten ist grundsätzlich erlaubt. **«Unlauter handelt nur, "wer das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet"»** (Art. 5 Bst. C UWG).
Comparis musste genügend Aufwand betreiben, um diese Angebote zu kopieren -> Webscrapper, Benotungssystem, etc.

Erlaubt: Suchmaschinen, die Inserate-Daten fremder Websites verwerten (BGE 131 III 384). Es genügt, wenn bei Übernahme oder Verwertung ein angemessener eigener Aufwand betrieben wird

- Strafrecht: wenn ich vorsätzlich handle, kann man strafrechtlich belangt werden.
- Nutzungsbedingungen auf Website: Nur durch reine Nutzung einer Website (ohne Anmeldung) stimmt man den Nutzungsbedingungen nicht zu (wenn es ein Login wäre schon) -> deshalb waren Nutzungsbedingungen von immoscout für comparis irrelevant.
- **Nutzungsbedingungen: Gelten nur, wenn eine Vertragsbeziehung mit dem Besucher der Website besteht** -> Kaum bei unentgeltlichem Informationserwerb. Bei Logins/ Anmelde Seiten kommen Nutzungsbedingungen schon eher zum Zug.

3. Haftung im E-Business

- Datendiebstahl (Hacking) Datendiebstahl nur wenn:
 - Daten gegen einen "unbefugten Zugriff besonders gesichert" waren (Security, nicht Safety, Passwortschutz, Kryptographie, Täter muss Zugangssperrung erkennen)
 - Daten "beschafft" wurden. Täter muss die Daten gebrauchen können (Port-Scan genügt i.d.R. nicht)

Auch das milder bestrafte Hacking setzt ein besonders gesichertes System voraus, in welches der Täter eindringt. (siehe StGB Art. 143)

Bsp: WEF SQL Datenbank hatte Standardpasswort beibehalten, jemand hat sich Zutritt verschafft -> wurde freigesprochen, weil Datenbank nicht besonders gesichert war. DSG wurde hier nun erweitert -> Personendaten müssen angemessen gesichert sein -> sonst macht sich Betreiber der Datenbank strafbar.

- Rechtsfolgen von Rechtsverletzungen:
 - Zivilrecht («Recht unter uns (nicht zu Staat/ Polizei)»). Im Zivilrecht kommen Dinge wie Schadenersatz, Abwehransprüche, Vertragsfolgen, Vertragsauflösung zur Anwendung. Im Zivilrecht mach Polizei nichts, ich muss Beweise zusammentragen.
➔ Nicht alles was verboten ist, ist strafbar!
 - Strafrecht (Hier hat der Staat Interesse, mich zu bestrafen). Hier kommen Strafuntersuchungen, Bussen und Freiheitsstrafen für Verantwortliche zum Zug. Das nicht befolgen eines zivilrechtlichen Urteils ist strafbar.
 - Verwaltungsrecht (Bereiche mit besonderen Regulierungen, zB Banken, Versicherungen, ...). Verwaltungsuntersuchungen, Bewilligungsentzug, Bussen auch für Unternehmen.
- Schadenersatz:
 - Haften = Pflicht, für den entstandenen Schaden aufzukommen (praxisrelevant)
 - Vertragliche Haftung: Schaden wegen einer Vertragsverletzung
 - Ausservertragliche Haftung: Schaden wegen unerlaubter Handlung
 - Haftung für "unerlaubte Handlung" (Art. 41 ff. OR): 4 Punkte zu erfüllen
 - Schaden
 - Rechtswidrig verursacht Verletzung eines absoluten Rechtsguts (z.B. Personen- und Sachschäden, nicht aber Vermögensschäden)
 - Verursachung muss «adäquat» sein (Schädigendes Ereignis muss typischerweise geeignet sein, solche Schäden zu verursachen)
 - Schaden muss **absichtlich oder mind. fahrlässig verursacht** worden sein

- Fahrlässigkeit: «Jemand der vernünftig/ normal ist, was würde dieser tun. Wenn ich dies nicht beachte -> fahrlässig». Nächste Stufe: vorsätzlich, dann absichtlich.
Bsp: Ich gebe Website in Auftrag und Designer verwendet raubkopiert Bilder -> ich muss nicht annehmen, dass er dies tut -> nicht fahrlässig wenn ich nicht frage. Wenn ich aber frage und nichts mache -> vorsätzlich (ich weiss es und akzeptiere es).
- Haftung für Vertragsverletzung (Art. 97 ff. OR)
 - Schaden
 - Durch Vertragsverletzung verursacht
 - Verursachung muss «adäquat» sein
 - Schaden muss absichtlich oder mind. fahrlässig verursacht worden sein (Schädiger muss zeigen, dass ihn kein Verschulden trifft)

Wichtiger Unterschied: Ausservertragliche Ansprüche verjähren i.d.R. nach 1 Jahr (Art. 60), vertragliche i.d.R. erst nach 5 bzw. 10 Jahren (Art. 127 ff. OR).

- Wen einklagen?
 - Haben mehrere Personen verschuldet -> haften dem Geschädigten kollektiv (Art. 50). Wer denn Schadenersatz bezahlt, kann ggf. intern Rückgriff nehmen (Strategie: die vermögendste Person verklagen)
 - Primäres Ziel: Unternehmen einklagen (haftet für sich und seine Mitarbeiter (OR Art. 101)). Wenn die Firma aber alles klar überwacht und organisiert hat -> Mitarbeiter kann verklagt werden (sekundäres Ziel)
 - Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber für diesem absichtlich oder fahrlässig zugefügte oder trotz entsprechender Pflicht nicht verhinderte Schäden (Art. 321e Abs. 1 OR). (Bsp: WEF Fall -> IT Verantwortlicher ist haftbar gegenüber WEF)
 - Rückgriff auf Arbeitnehmer: **Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber falls er absichtlich oder fahrlässig einen Schaden verursacht hat.** ABER: Nicht für jeden Arbeitnehmer gilt derselbe Sorgfaltsmassstab. **Wenn ich eine Arbeit mache, von der ich weiss, dass ich sie nicht kann und ich ein Fehler mache -> ich bin haftbar.**
Widerrechtliche oder unsittliche Weisungen muss und darf der Arbeitnehmer nicht befolgen (wenn ich solch eine Weisung bekomme -> immer zuerst bei Chef/ Leiter nachfragen, ob man es tun soll (schriftlich) oder Chef spez. Darauf hinweisen, dass die Weisung verboten ist)
- Strafbarkeit: **Strafbar sind i.d.R. nur natürliche Personen, nicht die Unternehmen selbst. Strafbarkeit erfordert oft (aber nicht immer, zB fahrlässige Tötung) Vorsatz.** Aber: Wer eine Tatbestandsverwirklichung zwar nicht wünscht aber damit rechnet und sie in Kauf nimmt, handelt bereits "vorsätzlich". Anstiftung und Helferschaft ist ebenfalls strafbar.
 - ⇒ Bei Zivilrecht geht es primär im Geld. Bei Strafrecht geht es um mich persönlich.
 - Beispiel: UPC hatte Datenleck. Welche Verantwortlichkeiten?
 1. Zivilrechtliche Haftung: Fahrlässiges Verhalten von UPC würde hier genügen. ABER: Welcher Schaden ist bei den Kunden entstanden... Eher kein wirklicher Schaden -> Zivilrechtlich keine Folgen
 2. Strafrechtliche Sanktionen: Art. 321ter StGB bestraft Verletzung des Fernmeldegeheimnisses. ABER: kein Vorsatz vorhanden (kaum hat jemand das Leck extra eingebaut) -> keine strafrechtlichen Sanktionen
 3. Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Kommen hier zum Zug (Verletzung des Fernmeldegeheimnisses). Geht gegen ganzes Unternehmen)

- Enthftung per Klausel: Haftungsbeschränkung bzw. Haftungsausschluss erfordert i.d.R. einen Vertrag. ABER: alle Haftungsklauseln in Verträgen gelten nur bei leicht fahrlässigem Verhalten. Bei grobfahrlässigem Verhalten entfallen diese (leicht fahrlässig: «kann mal passieren, sollte aber nicht», grob fahrlässig: «das darf nicht passieren») (OR Art.100). Klare, transparente Information kann Haftung vorbeugen (Dritte wissen auf was sie sich einlassen) -> kleingedrucktes auf Websites nur beschränkt rechtlich wirksam. Ebenfalls: Email Disclaimers -> gelten nicht enthaftend, da gar kein Vertrag zustande kommt.
- Links auf illegale Inhalte: Man macht sich bei Verlinkung auf illegale Inhalte nicht pauschal strafbar, man muss die Umstände betrachten.
- Website AGBs: Durch die reine Benutzung einer Website gehe ich keinen Vertrag ein und somit sind die jeweiligen AGBs nicht wirksam. Auch ein «Accept»-Button gilt nicht als Vertragsschluss. Bei Login/Anmeldungssites: dies wird generell als Vertragsschluss gesehen.
- Haftung der Provider:
 - Problem im Internet: man findet nicht immer einen klaren Schuldigen, man kann nicht immer jemanden belangen. Wer aber immer belangt werden kann: ISPs.
 - Man argumentierte, ISPs stellen Zugang zu illegalen Inhalten her und verdienen daran -> sollten auch verantwortlich sein. Diese wollten aber nicht alles Filtern und Internetpolizei spielen. Meist werden illegale Inhalte erst gar nicht von Usern des jeweiligen ISPs hochgeladen.
 - Seitensperrungen von ISPs sind wirksam aber sehr aufwändig -> wollten dies nicht
 - Heute: eher wenig geregelt, man versucht mit bestehenden Gesetzen zu argumentieren.
 - Früher: illegale Inhalte betrafen meist Rassismus, Gewalt, illegale Pornografie, etc. Heute geht es eher um Urheberrecht, Markenrecht und Persönlichkeitsrecht.
 - Provider können als «Gehilfe» oder «Mitwirkende» angeklagt werden -> geht sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht. Aber: Heutzutage sind so viele Daten auf Server, Provider können unmöglich wissen, was alles bei ihnen auf Servern ist (es besteht auch keine Prüfpflicht). Wenn man aber einem Provider schreibt, er solle etwas runternehmen und er macht es nicht -> Vorsatz -> strafbar. Damit etwas heruntergenommen wird, braucht es aber oft auch ein offizielles schreiben, Provider nehmen nicht einfach alles runter.
Im Zivilrecht braucht es Fahrlässigkeit -> dies ist aber schwierig zu zeigen, da keine Prüfpflicht.
 - Wenn eine Takedown-Notice an einen Hosting-Provider geht -> diese müssen agieren.
 - Weniger klar bei Access-Providern -> diese stellen Zugang her, hosten selber aber keine Inhalte. Grundsätzliche Meinung heute: Access-provider sind grundsätzlich nicht mitschuldig.
- Urheberrechtlich geschützte Inhalte sind heute in der Schweiz relativ sicher.
 - Downloader können nicht belangt werden. Uploader schon.
 - Wenn man eine Takedown-Notice an eine Seite schickt (zB megaupload) nimmt dieser einfach den spezifischen Link runter. Die ganze Website zu verbieten erfordert, dass man zeigt, dass das Konzept der Website im Prinzip illegal ist -> schwierig.

- **Wie geht man beim Finden von illegalen Inhalten vor?** Betreiber der Seiten können oft nur schwer gefunden werden (oft im Ausland) -> primärer Ansprechpartner sind die ISPs.
 - 1. Schritt: Sachlage ermitteln
 - Dokumentation der Inhalte und Websites
 - Identifikation der Beteiligten zB via whois.nic.ch (Haupttäter, Hosting-Provider, Name-Server-Provider, Domain-Name-Registrar (Firma die Domain verkauft), Domain-Name-Registry (zentrales Verzeichnis der Domains), DNS Betreiber (Link zwischen Registrar und Registry), ...)
-> Verklagen der Domain-Name-Provider oft effektiver als Hosting-Provider. Falls Hoster Inhalte löscht -> Betreiber siedelt Site einfach um zu neuem Hoster. Falls Domain-Name gelöscht wird, verliert Betreiber sein Markenname.
 - Falls Hosting-Provider gefunden -> schaue einmal dessen AGBs an -> oft kann man so relativ einfach aussergerichtlich Inhalte löschen lassen.
 - ABER: manchmal ist es schwierig die Hosting-Provider zu belangen (sind zB in problematischen Ländern oder sind spezialisiert auf das Hosten von illegalen Inhalten)
 - 2. Schritt: Strategie festlegen
 - Variante 1: Offizieller Rechtsweg, entweder in der Schweiz (einfacher) oder im Ausland (schwieriger). Vorgehen gegen den Haupttäter (Auffinden zB durch IP Logs von ISPs, Google, etc. -> 6 Monate Aufbewahrungsfrist). Falls Haupttäter bekannt -> Zivilrecht oder Strafrecht. Falls unbekannt -> Strafrecht. Oder Vorgehen gegen Provider. In CH: bei Missbrauch einer Domain (Phishing, Malware, ...) sofortige Sperrung möglich (ohne Anklage). Man kann aufgrund diverser Rechtslagen klagen: Persönlichkeitsverletzung, Ehrverletzung, Nötigung, Drohung, Erpressung, Geheimnisverrat, Urheberrechtsverletzung, Unlauterkeit, Markenverletzung, Betrug, etc. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche stehen oftmals im Vordergrund.
 - Variante 2: Inoffizieller Weg (in Praxis häufig erfolgreicher und einfacher) Behördliche Kontaktaufnahme mit Providern (Behörden: KOBik (CH) oder SECO (Ausland)). Private Kontaktaufnahme zu Providern (Abmahn schreiben oder Bitschreiben).
Ausnahme: USA, dort ist der inoffizielle Weg viel schwieriger, da die USA in gewissen Bereichen (Ehrverletzung, Hasspredigt, etc.) viel liberaler sind.
 - 3. Schritt: Kontaktaufnahme.
 - Brief an Provider von Anwalt (Darlegung der rechtlichen Situation), in der Sprache des Providers, Verweis auf Verletzung der AGB und des Schweizer Rechts, Belege für Behauptungen, Erklären was der Provider tun soll.
 - Nachfassen
 - Betrachte auch Fälle in den Folien
- Weitere Aspekte:
 - Die verdeckte Aufzeichnung von IP-Adressen durch private zwecks Einleitung von Straf- und Zivilverfahren selbst bei offenkundigen Rechtsverletzungen für unzulässig erkannt worden.
 - Hausdurchsuchung beim mutmasslichen Haupttäter (inkl. Einziehen von Computern)

4. Domain-Namen

- Domain-Namen spielen eine sehr wichtige Rolle -> sind Identifikation im Internet. Unternehmen wollen ihre Marke registrieren.
- **Domain-Namen sind kein Eigentum, sondern Dienstleistung!** Ein Domain-Name ist wie ein Abo -> kann auch gekündigt werden. Kein staatliches Schutzrecht. Vergabe durch private Stellen (Registrierstellen), die global den Regeln einer privaten Regulierungsorganisation (www.icann.org) folgen; teilweise national geregelt. In der Schweiz dagegen gibt der Staat die Regeln vor, beauftragt aber switch mit der Umsetzung.
- Grundsätzlich: First-come, first-served (mit Ausnahmen), denn zwei können nicht denselben Domain-Namen haben (mit gleicher Toplevel Domain).
- Streit um Domain-Namen: Domain-Namen bezeichnen Websites, aber auch Personen/Firmen, die dahinterstehen. Domain-Namen müssen daher gegenüber diesen gesetzlich geschützten Kennzeichen "den gebotenen Abstand" einhalten, um Verwechslungen zu vermeiden. Domain-Namen unterstehen auch dem Lauterkeitsrecht (man soll sich fair im Markt verhalten).
- Namensschutz (Art. 29 Abs. 2 ZGB):
 - Schutz vor Namensanmassung und -bestreitung
 - Natürliche und juristische Personen, Gemeinden
 - Gilt auch für Pseudonyme, nicht aber Produktnamen

Namensschutz haben wir alle automatisch (da wir alle einen Namen haben). Der Staat schützt mich vor Leuten, die meinen Namen schlecht benutzen (auch für Pseudonyme). Bei nicht namensgebenden Domains (zB tomate.ch) gilt first come, first serve (ABER: Seiten dürfen nicht irreführend sein (whitehouse.com))

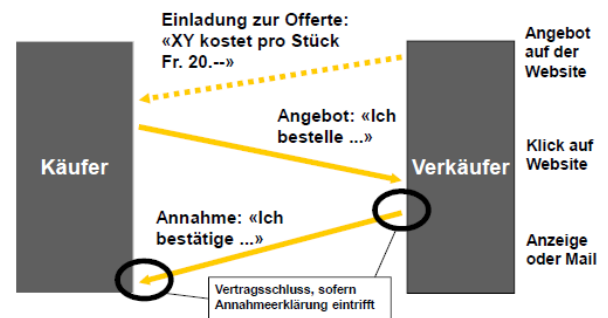
- Markenschutz (MSchG): Schutz für unterschiedlichste Kennzeichenformen (Wörter, Bilder, Wortbild-Marken, Tonfolgen, 3D-Zeichen, ...). Hat ä
 - Markenschutz setzt idR eine Anmeldung voraus (und Erneuerung)
 - Nicht alles kann geschützt werden (Art. 2): Nicht geschützt werden kann
 - Gemeingut (zB beschreibende Zeichen -> Marke apple kann nicht generell geschützt werden, nur zB als Marke für Computer)
 - Irreführende, illegale, unsittliche Angaben
 - Man kann Wörter, Bilder, etc. einzeln schützen, aber auch Kombinationen davon
 - Bei Nichtgebrauch kann Markenschutz verfallen
 - Es geht um Kennzeichenmässige Nutzung -> das reine Zeigen einer Marke ist keine kennzeichenmässige Nutzung.
 - Ältere Markeninhaber können sich wehren gegen ... (Art. 3, 13)
 - Identische/ ähnliche Zeichen für gleiche/ gleichartige Waren oder Dienstleistungen (falls sich bei ähnlich/ gleichartig eine Verwechslungsgefahr ergibt). Ähnliche Zeichen muss man auf mehreren Ebenen vergleichen. (Aussehen, Aussprache, Bedeutung, ...)
 - Inhaber berühmter Marken können sich auch gegen Zeichen für nicht gleichartige Waren oder Dienstleistungen wehren (Art. 15)
 - Umfang des Markenschutzes hängt immer auch von der Spezifität der Marke ab (Tommy Hilfiger ist viel spezifischer als zB eine Marke Naturessse). Für spezifische Marken -> Markenrecht geht oft weiter.
 - Im Markenrecht kann man auch Lizenzen vergeben

- Lauterkeitsrecht (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)): Man kann gegen jeden vorgehen, der unfaires Verhalten im Markt zeigt. Es braucht dazu auch keine böse Absicht oder ein Konkurrenzverhältnis.
 - Typische UWG-Tatbestände in Domain-Streitfällen: Schaffen einer Verwechslungsgefahr (Art. 3), Behinderung (mit Absicht) (Art. 2), Irreführung (Art. 3), ...
- Alternative Rechtsdurchsetzung:
 - Staatliche Gerichte
 - Private Streitschlichtungsverfahren:
 - für .com, .org, etc. -> Verfahren gemäss "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy" (UDRP)
-> UDRP: Nur für Fälle der Domain-Name-Piraterie. Beschwerdeführer hat ein Marktrecht, Domain ist gleich oder verwechselbar ähnlich, Domain wurde registriert und benutzt, sowohl Registrierung als auch Benutzung waren bösgläubig.
 - Summarisches, günstiges und rasches Verfahren, da keine staatlichen Institutionen involviert sind
 - Dadurch wurde Domain-Name Piraterie praktisch vollständig unterbunden
- Grundsätze für Domain-Streitfälle:
 - Schafft die Verwendung eines Domain-Namens eine Verwechslungsgefahr mit dem Namen eines Dritten oder einer geschützten älteren Marke? (Bsp. Hotmail.ch) Eine Markenverletzung verlangt ferner gleiche oder gleichartige Waren/ Dienstleistungen (blosse Registrierung verletzt Markenrecht noch nicht).
 - Kann sich der Domain-Namen-Inhaber auf eigene Namens- oder Markenrechte berufen? Bei Kollision von verschiedenen Rechten müssen Interessen abgewogen werden (Namensrecht und Markenrecht sind gleich stark). Schnellverfahren werden hier nicht mehr angewandt -> Gerichtliche Lösung:
 - Ähnliche Interessenslage: First come, first served (Bsp: riesen.ch -> Riesen Schokolade nicht sonderlich bekannt hier -> Herr Riesen kann Domain behalten)
 - Aber: Berühmte, ältere Marken erhalten eher Vorrang
 - "Erwartung des durchschnittlichen Internet-Benutzers" (Bsp: maggi.ch -> Öffentlichkeit hat grösseres Interesse daran, dass maggi.ch für Maggi von Nestle steht anstatt persönliche Seite von Herr Maggi)
- Spezialfall: Beschreibende Begriffe
 - Fall A: Verwendung eines beschreibenden Begriffs, der aber zugleich auch ein fremdes Kennzeichen darstellt
 - Kennzeichenmässiger Gebrauch? (sonst kein Markenschutz)
 - Verwechslungsgefahr?
 - Fall B: Verwendung reiner Sachbezeichnung. Grundsätzlich zulässig, wo keine Irreführung bzw. Täuschung oder sonst Schaffung einer Verwechslungsgefahr
 - Aber: Systematisches Registrieren aller Sachbezeichnungen eines Marktsektors kann unlauter sein gem. BezG Hinwil ("barcodedrucker.ch")
- Bsp: Klägerin hielt pneus-online.com, Beklagte registrierte pneusonline.ch. Markenrecht konnte nicht geltend gemacht werden da pneus und online eine banale Kombination von verbreiteten Wörtern ist. Aber: Verwendung der Domain ist unlauter, da die Domains sehr ähnlich sind und die Beklagte der Klägerin klar Kunden will wegnehmen. Zudem hätte Namensrecht geltend gemacht werden können, da sich eine Marke bei regelmässigem Gebrauch zu einem Namen entwickeln kann.

- Bsp: natelinfo.ch -> Natel ist Markenname von Swisscom. Swisscom wehrte sich gegen diese Seite bekam aber nicht Recht. Gericht argumentierte, dass Natel zu einem geläufigen Begriff für Handy wurde.
- Falls eine Marke so bekannt ist, dass sie zum Überbegriff für ein Produkt degeneriert (zB Kleenex), so kann man je nachdem kein Namensanspruch mehr erheben.
- BGer schützt Gemeinden vor Nicht-Namensträgern bei Verwechslungsgefahr (Bsp: winterthur.ch -> Stadt und Versicherung wollen Domain -> Zwischenlösung gefunden)

5. Verträge, Signaturen

- Regeln: Angebot und Annahme
 - Vertragsschluss im Internet: Es gelten die allgemeinen Regeln des OR. Ein Vertrag kommt nicht nur durch Unterschrift zustande -> mündlicher Vertrag, ... gilt auch. Aber man sollte Vertragsschluss möglichst beweisen können.
 - Ein Vertrag ist grundsätzlich ein Austausch von Willenserklärungen (Art. 1 OR). Decken sich Angebot und Annahme, so liegt ein Vertrag vor. Erklärungen können ausdrücklich oder konkludent sein. Einsatz von Softwareagenten ist möglich.
 - Bsp. Angebotserklärung:
 - E-Mail, in welcher ein Vertragsschluss angeboten wird und alle wesentlichen Vertragspunkte definiert sind
 - Klick auf einen Bestellknopf auf einer Website -> das Klicken des Knopfs ist ein Angebot!
 - Bsp. Annahmeerklärung:
 - Anzeige auf Website, Bestätigungsmail (ausdrückliche Zustimmung)
 - Lieferung, Kartenbelastung (konkludente Zustimmung, d.h. Zustimmung zum Vertrag ergibt sich nur indirekt aus dem Verhalten) -> stillschweigende Annahme (OR Art. 6). Schweigen gilt grundsätzlich nicht als Vertragsschluss. Ist aber wegen der Natur des Geschäfts keine ausdrückliche Annahme erwartet, so gilt der Vertrag als geschlossen, wenn er nicht innert einer Frist abgelehnt wird.
 - OR Art. 7:
 - Versendung von Tarifen, Preislisten u dgl. Bedeutet an sich kein Antrag! -> Websites/ Bestellbutton noch kein Vertragsschluss
 - Die Auslage von Waren ist ein Antrag -> zB Online Downloads können hier drunter fallen (oder zB digitec begrenzte Stückzahlen im Onlineshop)
 - Bei Dienstleistungen ist das ganze genau gleich
 - Bei Onlineshops: Preise auf Website sind für physische Produkte grundsätzlich unverbindlich. Verbindlich ist das, was in der Bestätigungsmail steht.
 - Wenn der Verkäufer lange nicht reagiert (zB keine Bestätigungsmail), länger als der Käufer zu erwarten hat, so kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten.
- Ich werde nicht davor geschützt, schlechte Verträge abzuschliessen -> in der CH hat man relativ grosse Vertragsfreiheit -> man kann viel im Vertrag vereinbaren.
- Sonderfall Internet-Auktionen (rechtlich gesehen sind dies keine klassischen Auktionen)
 - Mehrere Parteien, mehrere Verträge (Plattform, Verkäufer, Käufer). Alle Parteien haben untereinander Verträge.
 - Kaufvertrag kommt gem. den AGB normalerweise durch Zeitablauf zustande.



- Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB):
 - Viele Unternehmen haben ihr "Kleingedrucktes". Wäre nicht zwingend; das OR enthält genügend Regeln für Online-Geschäfte. Unternehmen nutzen AGB, um Haftung, Gewährleistung (= Regeln im Falle von Mängeln), Kosten, Datenschutz und anderes für sie günstig zu regeln.
 - AGBs müssen nicht gelesen werden, damit sie gültig sind, aber...
 - Der Kunde muss vor dem Vertragsschluss darauf hingewiesen worden sein, dass sie Vertragsbestandteil werden (Accept Knopf ist nicht nötig)
-> Bsp: Media Markt AGBs auf Kassenzettel -> nicht gültig, da ich diese erst nach Vertragsschluss erhalten habe.
 - Der Kunde muss sie in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen können.
Position? Format? Druckbarkeit? Sprache? Länge?
 - Aber: Nicht alles, was in AGBs drinsteht, ist so auch gültig
 - Auf ungewöhnliche Klauseln muss speziell hingewiesen worden sein
 - Individuelle Vereinbarungen gehen AGB immer vor. Ich kann also eine Klausel aus AGB herausstreichen. Falls die Firma akzeptiert, so gilt für mich diese Klausel nicht.
 - Unklarheiten gehen zu Lasten der Verwenderin der AGB
 - UWG Art. 8: AGBs, die sehr unfair gegenüber Konsumenten sind und ein erhebliches Missverhältnis vorsehen, sind unlauter. (Bsp: Fitnessstudio mit automatischer Vertragsverlängerung). In der EU sind diese Regeln noch strenger.
- Informationspflichten (CH): Schweiz hat generell eher wenig Pflichten gegenüber dem Onlinehandel (ganz im Gegensatz zu Deutschland)
 - UWG Art. 3 Abs. 1: Unlauter handelt, wer es im Onlinehandel unterlässt:
 - klare und vollständige Angaben über seine Identität zu machen
 - auf einzelnen techn. Schritte, die zum Vertragsabschluss führen, hinzuweisen
 - techn. Mittel verwendet, um Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung zu erkennen
 - die Bestellung unverzüglich auf elektr. Weg zu bestätigen

-> Firma, die dies nicht einhält, kann gebüßt werden (auch Konkurrenten können klagen). ABER: ein Vertrag wird dadurch nicht unbedingt ungültig.
 - Vorsätzliche Nichtbefolgung kann zu Freiheitsstrafen und Bussen führen
 - Informationspflicht ergänzt andere Regelungen, wie Produkte angeboten werden dürfen (Werbe- und Verkaufsvorschriften, Allgemeines Lauterkeitsrecht, Preisbekanntgabeverordnung)
- Schweiz: Kein Widerrufsrecht im Online-Handel
- Willensmängel: Ist ein Vertrag aufgrund übereinstimmender Willenserklärung ("Konsens") erst einmal zustande gekommen und ist er nicht gesetzes- oder sittenwidrig, so muss er normalerweise eingehalten werden. Allerdings kann der Vertrag wegen Willensmängel angefochten werden:
 - Erklärungsirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3)
 - Irrtum über notwendige Vertragsgrundlage (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4)
 - Furchterregung (Art. 29|30)

- Absichtliche Täuschung (Art. 28)
 - Auch wenn durch Drittpersonen, falls Vertragspartner des Getäuschten davon wusste oder wissen musste
 - Beispiel "Internet-Kostenfallen" (etwas wird als gratis beworben, im Kleingedruckten steht aber, das man ein Abo löst)
- Beweis:
 - Eine behauptete Tatsache muss beweisen, wer einen Rechtsanspruch daraus ableitet (Art. 8 ZGB), z.B. Mangel eines Geräts bei Gewährleistungsansprüchen
 - Bewiesen werden muss nicht nur der Vertragsschluss, sondern auch der Inhalt des Vertragsinhalts (und ggf. die Partei)
 - Schlussendliches Ziel: Den Richter überzeugen
 - Beweis durch Emails, Log-Daten bei Websites, Servern, etc.
- Formvorschriften: In der Schweiz relativ wenig. Wo keine Form vorgeschrieben ist, ist ein Rechtsgeschäft formlos möglich, d.h. auch mündlich, online, per Knopfdruck am Automat oder in einer App, etc. Es gibt Formvorschriften:
 - Vertragliche Formvorschriften (Art. 16 OR) (zB Verträge mit Schriftlichkeitsvorbehalt)
 - Gesetzliche oder halbstaatliche Formvorschriften (zB bei gewissen Rechtsgeschäften)

Schriftlich?

- Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben (OR Art. 14)
- Schriftlichkeit ist online grundsätzlich nicht möglich. Gibt aber gewisse Ausnahmen (gesetzlich anerkannte digitale Signaturen, Maschinell fabrizierte Unterschriften)

6. Kundendaten, Spam

- Datenschutz, Kundendaten, etc. -> relativ komplex. Trend zu immer mehr Regulierungen. Datenschutz hat viel mit Gefühl zu tun, es ist etwas Persönliches.
- **Datenschutz ist informatielle Selbstbestimmung.** Zwei Meinungen:
 - Wenn jemand mit dem Teilen seiner Daten einverstanden ist, so soll es legal sein.
 - Leute wissen nicht was sie tun, müssen geschützt werden.
- Datenschutz: Datenschutzgesetz (DSG) regelt seit 1993 (fast) jeden Umgang mit Personendaten -> relativ alt, Gesetz ist Technologieneutral. Gilt für Privatpersonen und Bundesbehörden (wenige Ausnahmen, kantonale Behörden haben idR eigene Gesetze)
 - Personendaten = alle Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbare Personen beziehen.
 - Bestimmte Person: Eindeutige Zuweisbare Daten
 - Bestimmbare Person: wenn man aus vorhandenen Daten und mir zu Verfügung stehenden Zusatzquellen die Person identifiziert werden kann -> indirekte Verweise sind auch Personendaten
 - Kundendaten, Logs, E-Mails, Profile, Fotos, Personalakten, etc.
 - Identifizierung muss objektiv möglich sein und der Bearbeiter ist bereit, den Aufwand auf sich zu nehmen (d.h. es kommt auf den an, der die Daten hat)

Bsp: CH Bank gibt Emails an USA weiter und schwärzt Name, Adresse, etc. und Emailname. ABER: Bank muss auch @gmail.com schwärzen, denn sonst wüsste USA, dass die Person bei Google ist, könnte zu Google gehen und die Daten verlangen -> Person wäre bestimmbar. Wenn die Daten aber an eine Privatperson weitergegeben würden -> Daten wären nicht bestimmbar, da eine Privatperson nicht zu Google gehen kann und Daten verlangen.

- Schweizer Datenschutz gilt auch für ausländische Firmen, falls ein gewisser Bezug zur Schweiz besteht.
- Anonymisierung vs. Pseudonymisierung:
 - Anonymisierte Daten = keine Personendaten = DSG nicht anwendbar
 - Pseudonymisierte Daten = Kreis der Leute, die Rückschlüsse ziehen können, ist eingeschränkt. (Bsp: Notenliste mit Matrikelnummern -> Pseudonymisierte Daten. Liste die nur angibt, wie viele Leute welche Noten hatten -> anonymisierte Daten)
 - Das "Big Data"-Problem: Steigendes Risiko einer **Re-Identifikation** -> wenn die Datenmenge so gross ist, dass man aus anonymisierten Daten die Person rekonstruieren kann (Handy GPS Logs, Google Searches, ...)
 - Genetische Daten -> sind theoretisch überhaupt nicht anonymisierte, eindeutig zuweisbar. Aber Forscher sind nicht an Person hinter den Daten interessiert, wollen einfach forschen -> CH: genetische Daten sind nicht per se Personendaten.
 - Heute: Firmen sind eher an Eigenschaften von Personen interessiert (zB Geschlecht, welchen Browser sie nutzen, ...) und nicht an spezifischen Daten -> wollen gezielte Werbung schalten. Heute in CH: DSG kommt bei solchen Eigenschaften nicht zum Zug.
- Grundsätze:
 - **Bearbeitungsgrundsätze** definieren, wie Daten zu bearbeiten sind (Art. 4 DSG):
 - **Bearbeitung muss rechtmässig sein** (problematisch wenn man einfach einmal alle Daten sammelt (IoT) aber noch nicht weiss, für was man sie braucht)
 - Bearbeitung nur nach Treu und Glauben
 - **Bearbeitung muss transparent sein**
 - Bearbeitung nur zum angegebenen oder ersichtlichen Zweck
 - Bearbeitung muss verhältnismässig sein, d.h. nötig, geeignet und zumutbar (im Mietvertrag darf ich nach Haustieren fragen, aber nicht nach sexueller Orientierung)
 - Bearbeitung nur im Hinblick auf den Zweck richtiger Daten

Werden diese nicht eingehalten, ist die Persönlichkeit verletzt. (DSG Art. 12). Jedoch in der Regel keine Verletzung, wenn die betroffene Person die Daten zuvor öffentlich gemacht hat und der Nutzung nicht widersprochen hat
 - Weitere Grundsätze (Art. 12 DSG)
 - **Bearbeitung nicht gegen den ausdrücklichen Willen einer Person** (wenn ich plötzlich will, dass eine Firma meine Daten löscht, obwohl ich in der Vergangenheit zugestimmt habe, müssen sie meine Daten löschen)
 - Keine Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten
 - Diese Grundsätze kann man bis zu einem gewissen Grad in den Datenschutzerklärungen einschränken. Aber wie bei AGBs: es darf nichts drinstehen, was man nicht erwarten kann.
 - Transparenz: wenn man im Voraus transparent ist und genau sagt, für was man die Daten braucht, hat man sehr wenig Probleme (ausser vielleicht bei Dienstleistungen wo man fast «gezwungen» ist, diese zu nutzen).
Ich darf die Daten dann aber auch nur für das verwenden, wofür ich in den Datenschutzerklärungen auch etwas angegeben habe. Umnutzung der Daten kann man nicht einfach so machen.
 - "Besonders schützenswerte" Personendaten: Daten über Gesundheit, Intimsphäre, Vorstrafen, Sozialhilfe, etc.

- Persönlichkeitsprofile: Zusammenstellungen von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlauben
- Eine Persönlichkeitsverletzung kann durch Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder Gesetz gerechtfertigt sein (Art. 13)
 Bsp: Ladenbesitzer installiert Kameras, weil er vermutet, gewisse Angestellte klauen
 -> überwiegendes privates Interesse -> Persönlichkeitsverletzung ist gerechtfertigt
 Eine Einwilligung ist nicht per se erforderlich; es gilt das Primat des "opt-out"
- Gültige Einwilligung?
 Nur, wenn sie "nach angemessener Information freiwillig erfolgt" ist (Art. 4 DSGVO)
 Person soll Konsequenzen/ Risiken ihrer Handlung/ Einwilligung kennen -> sollte eine überlegte Entscheidung treffen können.
 - Einwilligung ist formfrei
 - In EU: Bundling von Einwilligungen, die nichts mit dem urspr. Vertrag zu tun haben, ist nicht erlaubt
- Bsp: Google Streetview
 - Eidg. Datenschützer hat Google Streetview angegriffen. Man erkennt nicht sofort, dass das Auto eine Kamera hat und nicht 100% der Gesichter werden geblurt (unmöglich) -> Recht am eigenen Bild verletzt -> Persönlichkeitsverletzung
 - ABER: man kann Google kontaktieren und verlangen, sie sollen mein Gesicht blurren (wird auch gemacht). Zudem ist die Persönlichkeitsverletzung nicht so gravierend und es besteht ein überwiegendes privates und öffentliches Interesse an Streetview -> bleibt erlaubt.
 - Zudem gab es bereits einen ähnlichen Schweizer Service, der erlaubt war.
- Bsp: Taxiunternehmen hat Taxipreller öffentlich angeprangert -> Persönlichkeitsverletzung. Schwarze Listen sind grundsätzlich oke, dürfen aber nicht öffentlich gemacht werden.
- Bekanntgabe ins Ausland:
 - Personendaten dürfen nur ins Ausland bekanntgeben werden, wenn dort entweder von Gesetzes wegen ein angemessener Datenschutz besteht oder einer der sieben aufgezählten Rechtfertigungsfälle vorliegt (Art. 6 DSGVO). Bekanntgeben umfasst auch Fernzugriff, nicht aber die Online-Publikation.
 - Alternativ: Datenschutzverträge
- Weitere Vorgaben:
 - Personendaten sind durch **angemessene technische und organisatorische Massnahmen** vor unbefugter Bearbeitung zu schützen (Art. 7 DSGVO)
 -> Firewalls, Verschlüsselung, Zugangscodes, Mitarbeiterschulung, etc.
 Bei Missachtung dieser Vorgaben liegt auch eine Persönlichkeitsverletzung vor.
 - Andere dürfen mit der Bearbeitung von Personendaten beauftragt werden, sofern sie (i) die Daten nur für die Zwecke des Auftraggebers bearbeiten, (ii) nur tun, was auch der Auftraggeber tun darf und (iii) die Datensicherheit wahren.
 -> IT Outsourcing, sehr häufig heutzutage
 - Der Inhaber einer Datensammlung muss jedem Auskunftersuchenden **kostenlos mitteilen, ob und welche Daten über ihn bearbeitet werden (Art. 8 DSGVO)** (dies wird oft in Rechtsfällen verwendet, falls man wissen will, was die Gegenpartei für Informationen über mich hat). Auskunft kann nur in einigen wenigen Fällen verweigert, verzögert oder eingeschränkt werden, z.B. überwiegende Interessen Dritter (Art. 9 DSGVO).
 - Cookies: bei personenbezogenen Cookies muss ein Hinweis auf Website erscheinen.

- Spamverbot
 - UWG Art. 3 Abs. 1 Bst.
 - Massenwerbung: Äusserungen (im gewerblichen Bereich) mit dem Ziel, den Absatz von Waren und Dienstleistungen zu fördern. Automatisierte Werbung. Nicht erfasst ist Werbung, die Teil angeforderter Inhalte ist (zB Newsletter mit Anmeldung)
 - E-Mail, Fax, SMS, nicht aber manuelle Telefonanrufe
 - Korrekte Absenderangabe
 - Problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit (plus Info)
 - z.B. Hotline, vorprogrammierter Link zum direkten Abmelden
 - **Variante 1** [Hauptfall] (= "Opt-in")
 - Einwilligung der betroffenen Person in den Erhalt von Werbung z.B. durch AGB oder Hinweis auf Formular
 - Ein "Double-Opt-in" ist rechtlich nicht erforderlich, wird von manchen Providern aber inzwischen verlangt (Kunde meldet sich an und gibt Einwilligung und muss dann noch einmal Einwilligung geben -> Bestätigungsmail)
 - **Variante 2** [Sonderfall] (= "Opt-out")
 - Werbung nur an bisherige Kunden (d.h. Vertragspartner)
 - Kunden beim Vertrag über Ablehnungsmöglichkeit informiert
 - Werbung nur für eigene ähnliche Waren oder Leistungen erlaubt
- Sterneintrag im Telefonbuch?
 - Art. 3 Abs. 1 Bst. u UWG: Wer den Sterneintrag im Telefonbuch nicht beachtet und ein Dritter im Bezug zum Kunde ist, handelt unlauter.
 - Erfasst jedoch nach h.L. nicht Werbung an die Postadresse im Telefonbuch
 - Keine "Dritten" sind jene:
 - denen Kunde eine Einwilligung in die Zustellung von Werbung gegeben hat
 - jene, die mit dem Kunden eine Kundenbeziehung haben
- Sanktionen?
 - Ungerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung = "unerlaubte Handlung"
 - > Klage auf Schadenersatz und Genugtuung, Gewinnherausgabe, Beseitigung und Unterlassung, gerichtliche Feststellung und öffentliche Bekanntmachung
 - Aber: Im DSG gibt es praktisch keine strafrechtlichen Folgen (Ausnahme bei Informationspflicht gem. Art. 14 DSG, Geheimnisverrat, Abhören und UWG)
 - > man muss zivilrechtlich klagen -> Eigener Aufwand, Risiko Kosten selber tragen zu müssen und Reputationsschaden
 - Heute: DSG Klagen kommen meist von Behörden, nicht von Privatpersonen (insbesondere durch den Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB, der aber nicht wirklich sanktionieren kann) EDÖB kann aber zB Namen aller klagen.

7. Verträge mit E-Business-Providern

- Verträge im IT-Geschäft:
 - Diverses Vertragsthemen:
 - Beratung
 - Support-Dienste
 - Betrieb von IT-Infrastrukturen und -Systemen (Outsourcing, "Software-as-a Service", Cloud Computing) -> heute sehr häufig, IT-Abteilung wird ausgelagert -> rechtlich gesehen einfach ein klassisches Outsourcing

- Mischformen, Kombinationen -> sehr häufig heute.
- Dies alles macht IT-Verträge sehr kompliziert -> in CH relativ flexibles Recht, Verträge können gutgeschrieben werden. Verträge sind dadurch auch viel kürzer. In der EU oder USA viel mühsamer.
- Das Recht bietet viel Spielraum...
 - Verträge in der Schweiz müssen nicht exakt irgendwelchen Normen entsprechen (wie zB in der EU oder USA) -> Prinzip der Vertragsfreiheit.
 - Wozu Gesetzesrecht im Bereich von Verträgen?
 - Regelungen für jene Fälle, in denen die Parteien eine Frage nicht geregelt haben (dispositives Gesetzesrecht)
 - ⇒ Allgemeiner Teil (z.B. was passiert im Verzugsfall), gilt für alle Verträge
 - ⇒ Besonderer Teil (Regeln z.B. für Arbeitsvertrag, Kauf), gilt nur für spezifische Verträge (gewisse Verträge, zB IT-Lizenzen, fehlen)
 - Bsp: Vertragsdauer -> falls nichts erwähnt ist, gilt die Regelung im Gesetz. Man kann aber durchaus davon abweichen, muss dies dann aber im Vertrag erwähnen (dispositives Recht). Ich kann zB auch die Haftung für leichte Fahrlässigkeit einschränken. Die Haftung für grobe Fahrlässigkeit kann ich hingegen nicht einschränken (zwingendes Gesetzesrecht).
 - Regelungen für Fragen, in denen die Parteien keinen Spielraum haben sollen (zwingendes Gesetzesrecht)
 - ⇒ Beispiele: Art. 100 Abs. 1 OR (Enthftung), Art. 404 OR (Kündigung von Aufträgen), Art. 24 Abs. 2 URG (Recht auf Backup), Art. 288 OR (Gewährleistungsausschluss)
- Auf den Vertragstyp kommt es an -> man schaut aber nicht den Namen des Vertrags an, sondern die Natur/ die Art des Vertrags (wenn man Mietvertrag auf einen Heiratsvertrag schreibt, ist es immer noch ein Heiratsvertrag).
- **Providerverträge: Die Grundtypen**
 - Werkvertrag (Art. 363 ff. OR):
 - Resultat hat bestimmte Eigenschaften, ein spezifisches Ergebnis (messbar und objektiv definiert), welches erreicht werden muss.
 - Abnahme -> der Kunde kommt nach Vollendung hin und prüft
 - Diverse Mängelrechte
 - 2 Jahre "Garantie"
 - Keine Treuepflicht -> Vertragspartner kann auch gleichzeitig für die Konkurrenz arbeiten (falls mir dies nicht passt -> im Vertrag regeln)
 - Nicht kündbar (man kann aber Kündigungsfristen, Termine, etc. in den Vertrag reinschreiben)
 - Auftrag (Art. 394 ff. OR)
 - Arbeit mit bestimmter Sorgfalt erbracht. Vertrag basiert grundsätzlich auf Vertrauen des Kunden in den Vertragspartner. Anfangs steht einfach ein grundsätzliches Versprechen «ich werde für dich tätig» (zB Anwälte)
 - Keine Abnahme, da Ergebnis nicht klar definiert ist
 - Nur Schadenersatz
 - 10 Jahre Verjährung
 - Treuepflicht
 - Jederzeit kündbar

- Bsp: A: Werkvertrag, B: Auftrag
 - "A implementiert die spezifizierte Lösung unter gehöriger Mitwirkung des Kunden" -> A übernimmt die Verantwortung für spezifisiertes Ergebnis
 - "B unterstützt den Kunden zwecks erfolgreicher Umsetzung der spezifizierten Lösung" -> hier liegt Erfolgsverantwortung beim Kunden
 - "A behebt die über die Hotline gemeldeten Störungen gemäss den Vorgaben des SLA" -> A verspricht die Lösung und hat somit Erfolgsverantwortung
 - "B betreibt zu den Bürozeiten eine Hotline zur Entgegennahme und Bearbeitung von Fehlern" -> B verspricht nur tätig zu werden, kein messbares Ergebnis ist definiert

- Vertragsqualifikation 1:

Werkvertraglicher Charakter	Auftragsrechtlicher Charakter
Projektleistungen mit Abnahme des Resultats	Beratung, Konzeption, Design
Erstellung von Software, Konzepten, Websites (in Deutschland jedoch inzwischen Kaufrecht)	Schulung, Support
Wartung von Software, Websites	Wartung von Software, Websites
Betriebsleistungen (Outsourcing), Software-as-a-Service ("SaaS" in Deutschland jedoch Mietrecht)	

- Vertragsqualifikation 2:

- Kaufrechtlicher Charakter
 - Einräumung und Übertragung von Nutzungsrechten
 - Erwerb von Datenträgern, Shrink-Wrap-Software (Dinge, die nicht spezifisch für mich hergestellt wurden)
 - Gewährleistung im Kaufvertrag verweist auf Werkvertrag
- Lizenzcharakter (nicht definiert im Gesetz, kann trotzdem vereinbart werden)
 - Einräumung, Übertragung von Nutzungsrechten
 - Innominatvertrag = kein im Gesetz definierter Vertragstyp
 - Auch denkbar: Pacht- und Mietrecht
- Einfache Gesellschaft (können entstehen, ohne dass Leute es merken)
 - Mit gemeinsamen Mitteln ein gemeinsames Ziel erreichen
 - Joint-Ventures, Entwicklungs-Partnerschaften

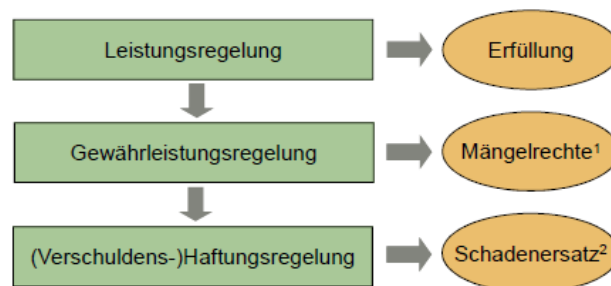
ZB wenn ein Kunde mit einem Softwarehersteller zusammen eine Branchenlösung entwickelt und diese dann auf den Markt tut -> ohne zu wissen ist dabei eine einfache Gesellschaft entstanden. Dort gibt es dann gewisse Regeln, zB Konkurrenzverbot oder Kündigungsfristen.
- Wesentliche Vertragsinhalte: Am wichtigsten ist die Leistungsbeschreibung! Falls diese mangelhaft ist, dann nützen alle Haftungen/ Gewährleistungen/ etc. nichts.
- Service Level Agreements (SLAs)
 - SLAs definieren mittels messbarer Kriterien, wie werkvertragliche Dauerleistungen zu erbringen sind
 - Wichtig auch für den Provider: Er muss Service Levels lediglich einhalten, nicht übertreffen
 - Definieren Messmethoden, Reporting, Zeitraum z.B. monatliche Berichterstattung durch den Provider
 - Definieren Vorbehalte des Providers, z.B. bei unautorisierten Eingriffen durch den Benutzer
 - Definieren Konsequenzen bei Nichteinhaltung, z.B. Schadenersatz, Konventionalstrafe, Kündigung

- Bsp: Vertrag sagt, du musst meine Server betreiben, in Leistungsbeschreibung steht, welche Server etc. es sind. Im SLA steht dann zB mit welcher Dienstgüte die Server betrieben werden müssen (wie oft darf der Server down sein, etc.)
- Man macht dies, weil die meisten Leistungen nie zu 100% erbracht werden können.
- Mängel in Werkverträgen:
 - Die meisten Fälle von Vertragsmängel bei IT Geschäften sind Mängel in Werkverträgen
 - Diverse Arten an Mängel:
 - Software stürzt an einem bestimmten Punkt immer ab
 - Debitorenlösung kann bezahlte Rechnungen nur automatisch abbuchen, aber nicht manuell, d.h. wenn sie mit einem nicht vorgedruckten Einzahlungsschein bezahlt wurden
 - Wenn mehr als zehn Personen auf das System gleichzeitig zugreifen, wird es massiv langsamer, so dass es kaum noch vernünftig gebraucht werden kann.
- Rechtlich relevante Mängel:
 - **Mangel: Ist-Zustand eines Werks entspricht nicht dem rechtlich relevanten Soll-Zustand (Art. 197 OR).** Das Werk muss somit nicht fehlerhaft sein. Es kann zB auch korrekt sein und einfach nicht alle Eigenschaften haben. Es könnte sogar besser sein als gefordert, was auch eine Abweichung vom Soll-Zustand wäre und somit ein Mangel.
Zwei Varianten:
 - **Variante A: Eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.**
Zusicherung = ernsthafte und verbindliche Äusserung des Anbieters, dass das Werk die Eigenschaft aufweist (z.B. durch Vereinbarung einer Spezifikation). Auch unbedeutende Abweichungen sind Mängel.
Eigenschaft: funktional oder auch Leistungsspezifisch
 - **Variante B: Beschaffenheit weicht von der normalen Beschaffenheit ab.**
Wert oder Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch muss objektiv erheblich gemindert sein, damit ein Mangel im rechtlichen Sinne vorliegt.
-> «Werk muss für den vorhergesehenen Zweck tauglich sein (fitness for purpose)».
Dies sind sehr offene Formulierungen -> Man sollte dann auch in den Vertrag alles reinschreiben, damit man weiss, was das Werk erfüllen soll.
 - **Mangel muss schon bei Ablieferung bestanden haben** (Bsp: Handy hat Wasserschaden bei hoher Luftfeuchtigkeit -> Der Mangel ist, dass das Handy so konstruiert ist, dass eine hohe Luftfeuchtigkeit das Handy kaputt macht (man kann erwarten, dass ein Handy dies aushält). Der Mangel ist nicht die Tatsache, dass Wasser im Handy ist – dies ist die Folge des Mangels.)
 - Unterscheiden: Sachmängel (Sache hat einen Defekt) und Rechtsmängel (Sache darf verkauft werden, d.h. ein Dritter kann die Sache nicht aus eigenem Recht wieder herausverlangen, vgl. Art. 192 OR)
 - **Einstehen für Mängel = "Gewährleistung"** (Umgangssprachlich «Garantie»)
 - Kann begrenzt oder ausgeschlossen werden (Art. 199 OR)
 - Wo kein Mangel, da keine Gewährleistung:
 - Beispiel "Debitorenlösung":
Gewährleistung wurde im Vertrag für nicht ausdrücklich vereinbarte Eigenschaften ausgeschlossen. Pflichtenheft sah für die Rechnungsabbuchung nur Automatik vor, keine manuelle Abbuchung. Somit keine Gewährleistung.

- Beispiel "langsames System":
Dem Anbieter der Lösung war klar, dass das System häufig von mehr als zehn Personen gleichzeitig benutzt wird. Er hätte es so auslegen müssen, dass es damit zurechtkommt, weil sonst die Tauglichkeit erheblich gemindert ist. Somit haben wir einen relevanten Mangel wofür der Lieferant einstehen muss -> Gewährleistung.
- Vertragsgestaltung (Kundensicht):
 - Gewährleistung im Vertrag offen formulieren
 - Dazu Gebrauchszweck und Rahmenbedingungen festhalten (z.B. Infrastruktur, Mengengerüste). Nicht vergessen: Interaktion mit Drittsystemen.
-> Wenn im Vertrag etwas angegeben ist, aber keine Leistung/ Eigenschaften spezifiziert sind, dann kann der Lieferant es so billig wie möglich machen (solange es funktioniert).
 - Verantwortung für das Funktionieren der diversen Schnittstellen und deren Instandhaltung zuweisen (Potentiell zwei Verantwortungsparteien -> regeln wer bei Mängel zu beklagen ist). Auch Frage der Beweislast regeln.
 - Projekt vertraglich zweiteilen, wenn detaillierte Spezifikationen zu Beginn noch fehlen:
 - Phase 1: Detailspezifikation erstellen lassen. Ggf. als Auftrag formulieren (Treuepflicht!)
 - Phase 2: Umsetzung, sofern noch gewünscht. Grobspezifikation zu Beginn erlaubt Kostendach
 Wenn dann am Schluss etwas fehlt, dann kann man sagen, der Anbieter hat seine Treuepflicht beim Auftrag nicht eingehalten und kann belangt werden.
- Mängelrechte: Was passiert, wenn ein Mangel da ist?
 - Man kann wählen und im Vertrag festhalten (auch selber ausgedachte Konsequenzen sind möglich). -> Wahlrechte beim Werkvertrag (Art. 368 OR)
 - Unentgeltliche Nachbesserung (Provider wird versuchen, eine kostenpflichtige Nachbesserung zu bekommen)
 - Preisminderung (d.h. Mangel bleibt bestehen) (kommt selten vor)
 - Wo unzumutbar: Rücktritt von Vertrag (schlimmste Option für Provider, Provider versuchen oft, dies einzuschränken)
 - Wahlrecht kann vertraglich abgeändert werden
 - Recht zur Ersatzvornahme durch einen Dritten nach angemessener Frist (Art. 366 Abs. 2 OR).
-> Falls mein Provider etwas nicht lösen kann, kann ich zu einem anderen gehen und diesem den Auftrag geben. Der ursprüngliche Provider muss dann dessen Rechnung zahlen.
Achtung: Diese Rechte gibt es bei Aufträgen nicht, da dort kein bestimmtes Resultat geschuldet ist.
- Schadenersatz: Es gibt einerseits die unentgeltliche Nachbesserung («Reparatur»), andererseits aber auch Schadenersatz für Folgeschäden wie zB Verzug, Umsatzausfälle, Datenverluste, etc.
 - Haftung für Mangelfolgeschäden:
 - Nur bei Verschulden (Fahrlässigkeit / Absicht) des Anbieters
-> Ein Fehler an sich ist noch keine Fahrlässigkeit
-> Nachbesserung/ Reparatur muss bei erwiesenem Mangel immer vom Provider gemacht werden, Folgeschäden müssen nur bei Verschulden (Fahrlässigkeit /

Absicht) bezahlt werden. Falls es Haftungsausschlüsse im Vertrag gibt, dann haftet der Provider nur bei grob fahrlässigem Verhalten.

- **Mangel mit zumutbarem Aufwand vermeidbar?** -> Dies ist die wichtige Frage. Falls ja, hat der Provider fahrlässig gehandelt und muss für Folgeschäden aufkommen. Sonst nur für Nachbesserung.
 - Vermutung bzw. Nachweis des Verschuldens?
- Mitverschulden des Geschädigten kann zu einer Reduktion führen
 - Schadenminderungspflicht
- Haftungsausschluss oder -begrenzung nur bei leichter Fahrlässigkeit verhandelbar (Art. 100 OR)



¹ z.B. Art. 197 ff. OR, Art. 367 ff. OR
² z.B. Art. 368 Abs. 1 OR, Art. 97 OR

- Verwirkung der Sachgewährleistung: Als Anbieter kann man sich gegen Ansprüche von Kunden auch wehren -> Falls ein Kunde eine gewisse Sache zB nicht gemacht hat, kann sein Anspruch verwirkt sein

- **Unterlassene Prüfung und Anzeige offener Mängel**

- Komplexität, Einsatzbereich, Benutzerkreis und Funktionalität bestimmen Prüfungsdauer
- Produktiver Gebrauch eines Systems als Genehmigung?
- Erforderliche "Abnahme"-Tests können Wochen oder Monate dauern (z.B. Durchführung Jahresabschluss)

Wenn ich eine Sache bekomme, muss ich sie sofort auf typische Mängel prüfen. Alle Mängel, die ich finde, muss ich auch sogleich dem Lieferanten melden.

Nicht alle Mängel sind typisch!

- **Unterlassene / ungenügende Rüge des Mangels**

- Gefahr kurzer Fristen (wenige Tage) nach Entdeckung
- Umschreibung des Fehlerbilds und Vertragsverletzung geltend machen

Wenn ich einen Mangel finde, muss ich ihn auch rügen, d.h. ich muss dem Lieferanten sagen, dass der Mangel rechtlich relevant und somit eine Vertragsverletzung ist.

- **Unterlassene Mitwirkung seitens des Kunden**

All diese Regeln kann man auch vertraglich anders regeln.

- Verjährung der Sachgewährleistung (Zeitablauf) -> in der Praxis gibt es diverse Mängel, die der Kunde nicht sofort bemerkt -> dafür gibt es auch Mängelrechte
 - Der Besteller muss Mängelrechte innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend machen
 - Gesetz: Zwei Jahre nach Annahme des Werks (seit 2013) bzw. ggf. fünf Jahre bei in unbewegliche Werke integrierte Werke (Art. 371 OR)
 - Vertrag: Oft kürzer (z.B. 3 oder 6 Monate) (falls keine Konsumenten)
 - Die Verkürzung der Gewährleistungsfrist darf die Rechtsverfolgung nicht "unbillig" erschweren (und sie darf bei Konsumenten nicht unter zwei Jahren sein).
 - > zB 1 Woche Sachgewährleistung ist viel zu wenig um alles zu prüfen
 - Anerkennungshandlung unterbricht Verjährung
 - z.B. mit der verlangten Mängelbeseitigung wird begonnen oder Anbieter verspricht, dies zu tun (Art. 135 ff. OR)
 - Ein rechtliches Verfahren (zB Betreibung) unterbricht die Verjährung auch
 - Mit Unterbrechung beginnt die Frist von neuem
- Viele Stolpersteine in der Praxis:
 - Unklare / unvollständige Leistungsumschreibung
 - Leistungen werden oft erst nach Vertragsschluss definiert
 - Erheblicher Mangel? Erforderliche Sorgfalt? Wesentlicher Vertragsbruch?
 - Zumutbare Zahl an Reparaturversuchen?
 - Beweis des Sachverhalts und des Schadens
 - Etc.
- Weitere Instrumente im Streitfall:
 - Zurückbehalten des Entgelts (wirkungsvoll aber ev. Problematisch)
 - Preis muss bis zur Erfüllung der Gegenleistung nicht bezahlt werden, wenn diese vorher oder gleichzeitig fällig ist (Art. 82 OR)
 - Werkvertrag: Zahlung erst bei Ablieferung des vertragsgemässen Werks, falls nichts anderes vereinbart (umstritten)
 - Aber: Kein Rückbehaltungsrecht zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen
 - Verzugsrechte (Art. 102-109 OR)
 - Nachfrist ansetzen, falls Anbieter verspätet ist. Leistet der Anbieter nicht, ist Leistungsverzicht oder Rücktritt (sowie je Schadenersatz) möglich
 - Bei Werkverträgen ist ein Rücktritt sogar vor Fälligkeit möglich, wenn Verzug absehbar ist und den Kunden keine Schuld trifft (Art. 366 OR)
 - Achtung: Rücktritt führt ev. zu Rückabwicklung
 - Keine Kündigung von Werkverträgen. Rücktritt mit Rückabwicklung kann bei Verzug oder Mängeln möglich sein (oder wo vereinbart)
 - Kündigung von Dauerverträgen
 - Ohne Grund bei Aufträgen jederzeit (Entschädigung, falls "zur Unzeit), sonst wo nichts vereinbart, mit 6 Monaten (Faustregel)
 - Jederzeit aus "wichtigen Gründen"
 - Irrtum über notwendige Vertragsgrundlage