

# Einfachheit in Wirtschaftsinformatik und Controlling

Festschrift für Heinz Lothar Grob

Herausgeber

Jan vom Brocke

und

Jörg Becker

Verlag Franz Vahlen München

# Das Pferd frisst keinen Gurkensalat: Überlegungen zur Internet Governance

Thomas Hoeren

*Zusammenfassung: Das Informationsrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt, vom IT-Recht über das Internetrecht bis hin zu einem allgemeinen Informationsrecht. Der Verfasser durfte zusammen mit dem Jubilar, der sich immer stark für die Verbindung von Recht und Informatik interessiert hat, diese Veränderungen wissenschaftlich begleiten und zeigt im Rückblick, wie sich durch die Reterritorialisierung, Repersonalisierung und Reformalisierung des Internets spezifische Rechtsanwendungsprobleme entwickelt haben, deren Lösung noch offen ist.*

*Schlüsselworte: Pferd, Gurkensalat, Internetrecht, Reterritorialisierung, Probabilismus, Repersonalisierung, Reformalisierung*

## 1 Einführung

„Das Pferd frisst keinen Gurkensalat!“ Mit diesen Worten präsentierte der deutsche Erfinder Johann Philipp Reis (1834-1874) am 26. Oktober 1861 zum ersten Mal Gerätschaften zur elektronischen Sprachübermittlung, aus denen das Telefon hervorging. Der Satz markiert nicht nur den Anfang der analogen Sprachübermittlung, sondern gibt auch einen Eindruck von der Frühphase der Netzwirtschaft. Reis wählte den Satz bewusst als Nonsens-Aussage. Der Inhalt ist nicht das Entscheidende in der Pionierzeit der Telekommunikation; the medium is the message. In Zeiten knapper Netzressourcen galt der Akzent weniger der Information als dem Netz selbst. Dies zeigt sich nicht nur bei der Telefonie, sondern auch zu Beginn des Computerzeitalters. Zu Zeiten Zuses war die Software Beigabe entscheidend, weil teuer und knapp war die Hardware, insbesondere die Speicher. Das Verhältnis von Netz zum Content hat sich spätestens mit dem Internet umgekehrt. Auch wenn durch das *Web 2.0* langsam auch die Netzressourcen an ihr Ende geraten, ist im Kern Netzkapazität keine knappe Ressource mehr. Jeder kann ohne besondere Kosten Webradio generieren oder sich selbst über Youtube massenmedial vermarkten. Dies hat unvorgesehene Auswirkungen auf die Netzregulierung. Bestand diese über 100 Jahre in der Verwaltung knapper Frequenzen und Kanäle etwa durch Landesmedienanstalten und TK-Aufsichtsbehörden, sind die Aktivitäten solcher Behörden heute fast völlig obsolet geworden. Wer spricht heute noch

von UMTS-Versteigerungen, der kartellrechtlich sauberen Gestaltung von Set-Top-Boxen oder der Kabelbelegung im Fernsehsektor? Das Informationsrecht führt einen unvorhersehbaren Siegeszug über das Telekommunikations- und Medienrecht. Information, Information, Information ist die Botschaft; wer die Inhalte hat, regiert die Welt. Dieser Trend hat zu einem enormen Run auf die Goldvorräte der Informationsgesellschaft geführt. So wurde z. B. durch den 2. Korb gesichert, dass die Rechte zur künftigen Vermarktung von Altinformationen rückwirkend ab 1965 den Urhebern entzogen und auf die Verwerter übertragen werden sollen. Durch einen solchen enteignungsgleichen Eingriff wird gesellschaftspolitisch ein weites Tor zugunsten einer *Monopolisierung von Informationsrechten* in den Händen der Verwerter aufgestoßen und gleichzeitig das Urheberrecht vom Kulturrecht der Urheber zum Wirtschaftsrecht der Verwerter mutiert.

Doch die Allgegenwart des Internets wurde auch zur Pandorabüchse der Industrie. Vor zehn Jahren wurde erstmals in Deutschland über die dekonstruktive Macht des Internets nachgedacht.<sup>1</sup> Thematisiert wurde Internet Governance entlang der alten Kriterien der Pandektistik – persona, forma, res. Das Internet habe eine depersonalisierende Wirkung. Alle Regulierungsansätze, die auf eine Person abstellen, erwiesen sich im Netz als ineffizient. Ferner habe das Internet aufgrund seiner Schnelligkeit und Virtualität eine deformalisierende Kraft. Alle klassischen Normen, die auf die Schriftform abstellen, würden durch das Netz obsolet. Auch habe das Netz deterritorialisierende Effekte, indem es jede Rückkoppelung des Rechts an ein bestimmtes Territorium im virtuellen Raum ad absurdum führe.

Die Frage meines Festschriftenbeitrages soll lauten: Stimmen die damaligen Überlegungen zur dekonstruktiven Macht des Internets noch? Was hat sich in den letzten zehn Jahren getan? Sind persona, forma, res, lex noch Leitperspektiven des Rechts? Diese Leitfragen sind einem Menschen gewidmet, den ich fachlich und menschlich über viele Jahre bewundert habe und bewundere, einem Ideenjäger, Inspirator, Motivator, der immer Informatik, Wirtschaft und Recht zusammengedacht hat und an interdisziplinären Fragestellungen an diesen Schnittstellen sehr interessiert war und ist.

## 2 Aktuelle Entwicklungen

### 2.1 Repersonalisierung

Die Rechtsordnung hat begriffen, dass man die depersonalisierende Wirkung des Netzes nicht hinnehmen kann. Denn ohne greifbare Person gäbe es keine Haftung im Netz. Kann man eines direkt Verantwortlichen nicht habhaft werden, muss

---

<sup>1</sup> Vgl. Hoeren (1998), S. 2849 ff.

man Haftungsintermediäre finden. Nur so erklärt sich die scharfe Haltung der Gerichte in Bezug auf die Verantwortlichkeit des *Admin-C*.<sup>2</sup> Bekanntermaßen wurde der *Admin-C* seitens der DeNIC nur eingeführt, um für den Fall eines Domaininhabers mit Sitz im Ausland auch noch einen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne von §§ 174 f. ZPO zu haben. In Ermangelung eines Zugriffs auf den Domaininhaber hat die Rechtsprechung begonnen, über die Mitstörerhaftung eine Verantwortlichkeit des *Admin-C* nicht nur für markenrechtliche<sup>3</sup>, sondern auch für werberechtliche Verstöße<sup>4</sup> zu etablieren. Für eine solche Haftung soll es ausreichen, dass jemand – auch ohne Verschulden – willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung eines anderen beigetragen hat.<sup>5</sup> Ich will nicht die Frage aufwerfen, ob diese Konstruktion gerechtfertigt ist. Mir geht es um den empirischen Befund, dass hier erstmals eine *Repersonalisierung* des Internets nachvollzogen werden kann. Dieser Trend hat sich durch die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung in den Rolex-Fällen verschärft. Unter Missachtung der Haftungserleichterungen aus der E-Commerce-Richtlinie werden Intermediäre, wie Auktionshäuser, Linksetzer und Forenbetreiber, zu Opfern von Unterlassungsklagen.<sup>6</sup> Die *Repersonalisierung* setzt jedoch niederschwelliger in anderen Rechtsgebieten an. So mag einen die Rigorosität verwundern, mit der die Rechtsprechung Verstöße gegen die Impressumspflicht ahndet. Aber die spezifischen Identifizierungspflichten nach dem TMG oder der BGB-InfoVO dienen auch dem Zugriff auf eine reale Person, mit Vertretungsberechtigten, Umsatzsteuerident- und Handelsregisternummer und ViSdP. Im Übrigen deckt sich der Trend zu einer *Repersonalisierung* mit dem Nutzungsverhalten vor allem junger Menschen im Web 2.0. Dort wird einer Hypertrophie

<sup>2</sup> KG: Störerhaftung des *Admin-C* eines ausländischen Suchmaschinenbetreibers, MMR 2006 Heft 6, 392 = CR 2006, 778 = ZUM 2006, 461; kritisch OLG Hamburg: Haftung des *Admin-C* eines Suchmaschinenbetreibers, MMR 2007 Heft 9, 601 = BeckRS 2007, 10375 = ZUM 2007, 658; LG Hamburg: Haftung eines RA als *Admin-C*, MMR 2007, Heft 9, 608; LG Bonn, Urteil vom 23.02.2005 - 5 S 197/04 CR 2005, 527; Hoeren, Eustergerling (2006), S. 132.

<sup>3</sup> OLG Stuttgart, MMR 2004, Heft 1, 38, 39 = CR 2004, 133 = K&R 2004, 599; Stadler (2004), S. 521.

<sup>4</sup> Für eine restriktiv anzuwendende Haftung des *Admin-C*: LG Dresden, MMR 2007, Heft 6, 394 = CR 2007, 462, zustimmend: Wimmers, Schulz (2007), S. 463.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, NJW 2004, 3102 = BGHZ 158, 236 = CR 2004, 764 = JZ 2005, 33 = ZUM 2004, 831 = MMR 2004, 668 m. Anm. Hoeren; BGH, NJW 2001, 3265 = MMR 2001, 671 - ambiente.de. Diese Grundsätze sind im Fall der Verletzung nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB geschützter absoluter Rechte uneingeschränkt anzuwenden (BGH, NJW 2004, 3102 = MMR 2004, 668 m. Anm. Hoeren; KG, U. v. 10.2.2006 - 9 U 55/05 = MMR 2006, 393 m. Anm. Spieker – in diesem Heft).

<sup>6</sup> BGH: Wettbewerbsverstöße bei Internetauktionen, ZUM 2007, 846 = AfP 2007, 477 = CR 2007, 728 = GRUR 2007, 890; Besprechung dazu: Döring (2007), S. 1131; dazu auch: Leible (2007), S. 3324.

der Persönlichkeit gehuldigt, einem virtuellen Exhibitionismus, in dem jeder StudiVZ-Nutzer freiwillig einen kompletten Datenstriptease vorlegt.

Demgegenüber sind die alten, vor zehn Jahren betonten Aspekte der Entpersönlichung wider Erwarten nicht zum Tragen gekommen. Virtuelle Unternehmen, ein Modebegriff des ersten Internethypes, haben nie an Bedeutung gewonnen. Anonymizer sind sang- und klanglos aus dem Netz verschwunden, auch auf Druck der Juristen hin. Virtual Communities, wie Second Life oder World of Warcraft, waren im zweiten Internethype lange Zeit in aller Munde, heute spricht aber kaum noch jemand von diesen Phänomenen.

## 2.2 Reformalisierung

Auch der prognostizierte Trend zur Deformalisierung des Rechts hat sich nicht bewahrheitet. Zwar sind Vorschriften, die an die Schriftform anknüpfen, im virtuellen Kontext eigentlich obsolet. Dennoch sind alternative Formerfordernisse an die Stelle der *Schriftform* getreten. Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang noch einmal die Totgeburt der qualifizierten Signatur; sie hat über die Jahre hinweg nie eine Akzeptanz in Deutschland gefunden und wird sie wohl auch nicht mehr finden. An die Stelle der Schriftform trat die Textform im Sinne des § 126b BGB. Entscheidendes Merkmal dieser kleinen Schriftform ist das Erfordernis der dauerhaften Wiedergabe von Schriftzeichen. Mit der legendären Entscheidung des Kammergerichts zu § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB<sup>7</sup> ist diese Form nur erfüllt, wenn es tatsächlich zur Perpetuierung der Erklärung beim abrufenden Verbraucher (Ausdruck der Seite oder Download, d. h. Abspeicherung auf der eigenen Festplatte) kommt. Dies führt bekannterweise in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten, was z. B. die Beachtung von Informationspflichten bei Auktionsgeschäften angeht.<sup>8</sup> In der Praxis kommt neben der Textform auch das gute alte Papier zum Tragen. Das Internet hat ja nicht dazu geführt, dass weniger Papier genutzt wird; es wird nachweislich viel mehr ausgedruckt. Dies ergibt sich auch aus gesetzgeberischen Vorgaben. Immer noch sind die Entscheidungen des OLG Köln<sup>9</sup> und OLG Hamburg<sup>10</sup> leading cases, die den *Beweiswert elektronischer Dokumente* im Rah-

---

<sup>7</sup> KG: Widerrufsbelehrung bei Fernabsatz von Waren im Internet NJW 2006, Heft 44, 3215 = MMR 2006, Heft 10, 678, dem folgend: KG, MMR 2007, Heft 3, 185.

<sup>8</sup> Zur Wirksamkeit der Muster-Widerrufsbelehrung: OLG Köln, MMR 2007, Heft 11, 713; ausführlich zur Problematik der rechtzeitigen Belehrung des Verbrauchers in Textform: Bonke (2006), S. 3169.

<sup>9</sup> OLG Köln, CR 2003, 55 = K&R 2003, 83, mit zust. Anm. Roßnagel (2003), S. 84; LG Bonn, MMR 2002, Heft 4, 255 = CR 2002, 293, mit zust. Anm. Hoeren; LG Konstanz, MMR 2002, Heft 12, 835 = CR 2002, 609; AG Erfurt, MMR 2002, 127.

<sup>10</sup> OLG Hamburg: Honorar für Onlineveröffentlichung von Fotos MMR 2002, Heft 12, 820.

men der freien richterlichen Beweiswürdigung als sehr gering angesetzt haben. Im Zweifel verwenden Internetunternehmer daher weiterhin Papier zur Dokumentierung von Vertragsabschlüssen und sonstigen Vertragserklärungen.<sup>11</sup> Zu erwähnen ist ferner das Eigentor in der Steuergesetzgebung, was den Vorsteuerabzug bei elektronischen Rechnungen angeht. Nach § 14 UStG müssen die Echtheit der Herkunft und die Unversehrtheit des Inhalts durch eine *qualifizierte elektronische Signatur* nachgewiesen sein.<sup>12</sup> In Ermangelung einer solchen Signatur machen sich die ersten Versender elektronischer Rechnungen das Leben leicht. So werden in Anlehnung an EDI-Regelungen in § 14 UStG einmal am Monats- oder Jahresende Sammelrechnungen in Papier nachgereicht, die die versendeten elektronischen Rechnungen zu „Zwischenabrechnungen“ degradieren sollen.<sup>13</sup> Die Formfrage oszilliert also zwischen Textform und Schriftform unter Vernachlässigung der qualifizierten Signatur.

Die mit den Formvorschriften verbundene Warnfunktion hat ohnehin ein anderes Instrument übernommen – die Informations- und Aufklärungspflichten. Diese sind in den letzten Jahren, bedingt durch europäische Vorgaben, sprunghaft gestiegen. Auf jede Homepage gehören inzwischen bis zu 20 Angaben, bei Verbraucherbezug sogar bis zu 100 Angaben.<sup>14</sup> Viele der *Informationspflichten* substituieren die alte Schriftform. So soll der Verbraucher z. B. über die einzelnen technischen Schritte zum Vertragsschluss informiert werden (§ 3 Nr. 1 BGB-InfoVO). Auch die sog. Impressumspflicht dient der Sicherung der Warnfunktion; der User einer Homepage soll wissen, mit wem er es zu tun hat.

## 2.3 Reterritorialisierung

Viel beschworen waren von Internetanbeginn die Phänomene der Deterritorialisierung. David Johnson und David Post begannen schon Anfang der 90er-Jahre damit, die Raumlosigkeit des Netzes als Ideal eines neuen Internetstaates zu prei-

---

<sup>11</sup> Zum Nachweis des Zugangs beim Telefax: z.B. KG NJW 1994, 3172 f.; OLG Dresden NJW-RR 1994, 1485; OLG Köln, NJW 1995, 1228; BGH, NJW 1995, 665 ff.; AG Köln, RDV 1999, 32; zusammenfassend u. a. Henneke (1998), S. 2194 f., S. 2958; Töpferwien (1999), S. 241 ff.

<sup>12</sup> Umsatzsteuer-Richtlinien 2008 Ziff 184a; zur qualifizierten Signatur: Roßnagel (2007), S. 1233.

<sup>13</sup> AG Hamburg-Altona: StBGebV: Einhaltung der formalen Anforderungen an eine Rechnung bei Versand durch E-Mail DStR 2006, Heft 34, 1523; AG Brühl: 21 C 612/05 vom 12.04.2006, BeckRS 2007 14273.

<sup>14</sup> Zu den Informationspflichten und Preisangaben im Internetversandhandel: BGH, BB 2008, 74, mit Kommentar Hullen.

sen.<sup>15</sup> Es schlossen sich viele an, die den Traum des Internets als rechtsfreien Raum träumten, von einer Legitimationskrise und Dekonstruktion des Nationalstaates sprachen.<sup>16</sup> Hingewiesen wurde auch schnell auf Rechtsosen im Internet und mangelnde Durchsetzbarkeit nationalstaatlicher Rechtsbefehle in Drittstaaten.<sup>17</sup> Der Traum von der großen Freiheit ist zerplatzt – und zwar schon früh, bedingt durch die Überlegungen des französischen Richters Gomez im Yahoo!-Fall.<sup>18</sup> Die französische Justiz gewährte weltweit erstmals eine Art *Reterritorialisierung* des Internets, d. h. eine territoriale Beschränkung des Zugriffs auf Internetseiten. Dabei stützte sich der französische Richter Gomez auf ein Gutachten, das zwei Franzosen sowie der amerikanische „Internetmitbegründer“ Vinton Cerf erstellt hatten. Demnach könne zu 70 % gewährleistet werden, dass die fraglichen Seiten aus Frankreich nicht mehr aufgerufen werden, da die Nutzer aufgrund ihrer IP-Adresse eindeutig lokalisiert werden können. Gomez verfügte daher, dass Yahoo! entsprechende *IP-Sperren* im Verhältnis zu französischen Nutzern vorsehen könne. Yahoo! wehrte sich heftig gegen diese Konzeption mit Verweis darauf, dass eine IP-Lokalisierung unmöglich, zumindest unverhältnismäßig aufwendig sei. US-amerikanische Gerichte lehnten daraufhin die Vollstreckung der französischen Entscheidung ab. Doch die Frage der IP-Identifikation und ihrer Wirksamkeit blieb ungeklärt. Dies ist vor allem deshalb bedenklich, da eine solche Identifikation auch viele kollisionsrechtliche Fragen im Internetrecht technisch obsolet machen würde. Wenn es möglich ist, den Zugriff auf Websites territorial zu beschränken, kann man damit auch die Zielrichtung und den Marktort einer Website bestimmen. Dann wäre diese technische Vorgabe insofern auch wieder kollisionsrechtlich zu beachten, als dann der Aufbau einer Website eben nicht mehr dem Recht aller Staaten unterworfen werden kann, sondern nur der Rechtsordnung des jeweils technisch vorgegebenen Zielgebiets.

Das war die Geburtsstunde der Diskussion um *Zoning* und *Geolocation*.<sup>19</sup> Heute sind solche Verfahren gängig. Sie kommen zum Einsatz zwecks staatlicher Internetkontrolle etwa in China, aber auch zum Spam- und Phishing-Schutz. Die derzeitigen Verfahren stellen auf die regionale Spezifität einzelner IP-Adressen oder IP-Bereiche ab. Möglich ist derzeit eine Trefferquote von 90 bis 98 %. Insofern steht mit Geolocation tatsächlich ein Instrument zur Verfügung, mit dem man territoriale Grenzen im Web wieder abbilden kann. Zu beachten sind aber die noch verbleibenden Möglichkeiten zur Umgehung sowie die Notwendigkeit zur permanenten Aktualisierung der IP-Datenbanken.

---

<sup>15</sup> Vgl. Johnson, Post (1996a); Johnson, Post (1996b); Burk (1997).

<sup>16</sup> Vgl. Castells (2003a), S. 286 ff. und Castells (2003b), S. 379 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Hoppmann (1999), S. 673.

<sup>18</sup> Für den englischen Text der Entscheidung vgl. <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm>

<sup>19</sup> Vgl. Hoeren (2007), S. 3.

### 3 Aporien

Die Chancen zu einer Reterritorialisierung, Repersonalisierung und Reformalisierung führen jedoch zu Aporien, was die rechtliche Entscheidungsfindung angeht. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, basiert juristisches Denken im Kern auf der forensischen Notwendigkeit klarer Ja-Nein-Entscheidungen. Technische Fragen führen jedoch oft zu probabilistischen Aussagen. Unter *probabilistischen Aussagen* versteht man quantifizierte Aussagen über die wahrscheinliche Zuverlässigkeit von Teilsystemen in Relation zu den Versagensarten und -verläufen der einzelnen Komponenten.<sup>20</sup> Diesen Aussagen fehlt die Binärwertung „ja“ oder „nein“; vielmehr würde hier danach gefragt, ob und inwieweit die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses höher oder geringer ist als die des Eintritts alternativer Folgen. Rechtsfälle mit Internetbezug zeichnen sich oft durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen aus.

#### 3.1 Probabilismus: Beispiele

Im Bereich der Reterritorialisierung tauchen z. B. Probleme bei der Geolocation auf. Denn beim Zoning kann der User durch geschickte Wahl der IP-Adressierung einen IP-Scan unterlaufen und eine territoriale Zuordnung der IP-Adresse unmöglich machen. Geolocation erlaubt folglich nur eine wahrscheinliche Zuordnung von IP-Adresse und Territorium. Auch bei der Repersonalisierung kommen unerwünschte Unwägbarkeiten vor allem im Haftungsrecht auf. So stellt sich mit dem LG Hamburg<sup>21</sup> die Frage, ob schon die „keinesfalls unwahrscheinliche Möglichkeit“ des Missbrauchs von WLAN-Verbindungen Prüf- und Handlungspflichten auslösen kann. Das LG München I<sup>22</sup> hat in der Usenetentscheidung als eines von vielen Gerichten darauf verwiesen, dass für die Prüfungspflichten eines Cache-Providers auf die Bedeutung des Einzelfalls sowie den erforderlichen technischen und wirtschaftlichen Aufwand abzustellen sei. Bei der Reformalisierung stellt sich das Problem, dass der Beweiswert elektronischer Dokumente abseits der qualifizierten Signatur nur über § 286 ZPO und die Grundsätze freier richterlicher Beweiswürdigung erfolgen kann. Aussagen über den Beweiswert können hier daher nur über Wahrscheinlichkeitskriterien vorgenommen werden.

---

<sup>20</sup> Vgl. Winter, Schäfer (1985), S. 703.

<sup>21</sup> LG Hamburg: Störerhaftung bei ungesichertem Funknetz MMR 2006, Heft 11, 763 = CR 2007, 54 = ZUM-RD 2006, 533.

<sup>22</sup> LG München I: Haftung des UseNet-Zugangsvermittlers MMR 2007, Heft 7, 453 = ZUM 2007, 496, dazu auch: LG Düsseldorf, MMR 2007, Heft 8, 534.



## 3.2 Die juristische Logik

Juristen fällt der Umgang mit solchen Wahrscheinlichkeitsaussagen schwer.<sup>23</sup> Recht ist *binär codiert*; entweder etwas ist verboten oder es ist erlaubt.<sup>24</sup> Deshalb wird im juristischen Bereich seit Anbeginn des Internetrechts versucht, die Umsetzung von Wahrscheinlichkeitsurteilen in die binäre Logik der Jurisprudenz zu gewährleisten. Dabei wird die Lösung nicht durch den Blick auf das Technikrecht gelöst, wo solche Transformationsprobleme schon seit langem bekannt sind.<sup>25</sup> Dazu fehlt es bis heute weltweit an einer Verknüpfung von Technik- und Informationsrecht, obwohl sich zum Beispiel viel aus der alten Diskussion um Risikobewältigung etwa im Atomrecht hätte lernen lassen können.<sup>26</sup> Das Informationsrecht ist zu weit gefächert, zu allgegenwärtig, als dass es mit dem hochkomplexen und auf die Erfahrungen weniger Experten beschränkten Technikrecht in Verbindung treten würde. Die Antwort des Informationsrechts war und ist deshalb diffuser und vielschichtiger als die des Technikrechts.

## 3.3 Lösungsansätze

Die Antworten der Juristen sind vielschichtig.

### 3.3.1 Verlagerung auf Sachverständige

Ein im Technikrecht gängiger Weg ist die Verlagerung von Governancemacht auf Sachverständige. Dies kann zum einen durch eine Prozeduralisierung, also die Einbindung vorgeschalteter Kompetenzgremien gehen. In der Tat wurde in der Frühzeit des Internets der Traum der Selbstkontrolle, Co-Regulierung, regulierten *Selbstregulierung* geträumt. Doch Netiquette und RFCs haben heute eine ebenso geringe Bedeutung wie der Global Business Dialogue oder die Tunis-Diskussionen. Zum anderen kann aber auch ex post der Sachverständige als Kerngestalt im Prozess zur Entscheidung eines Falls aufgerufen sein. Im IT-Recht sind letztere Fälle gängig; hier tritt *der Sachverständige* tatsächlich oft an die Stelle des Rich-

<sup>23</sup> Vgl. Schmidt (1972), insbes. S. 163-178 und im Verwaltungsprozessrecht Nell (1983), S. 93 ff., S. 209 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu grundlegend Luhmann (1991), S. 61 ff.; krit. dazu Meder (1993), S. 265 ff.; Damm (1999), S. 93, S. 112 f.

<sup>25</sup> Zu der haftungs- und versicherungsrechtlichen Bedeutung technischer Regeln vgl. Marburger (1983), S. 597.

<sup>26</sup> Vgl. beispielsweise zur Deckungsvorsorge bei klinischen Prüfungen unter Anwendung radioaktiver Stoffe oder ionisierender Strahlung Taupitz, Krpic-Mocilar (2003), S. 533.

ters. Ähnliches gilt im Zusammenhang mit dem Beweiswert von EC-Karten.<sup>27</sup> Ganz anders ist die Situation im Internetrecht. Hier gab es in der Frühzeit des Internets, allerdings auch nur im Bereich des Internetstrafrechts, Fälle mit Einbindung von Sachverständigen. Zu denken ist hier etwa an den CompuServe-Fall<sup>28</sup> oder das Strafverfahren gegen Angela Marquardt wegen des Radikal-Links<sup>29</sup>. Doch im Zivilrecht ist diese Einbindung nicht gängig. Hier setzen die Richter in fast allen Fällen ihre eigene Sachkunde an die Stelle eines Sachverständigen.<sup>30</sup> So meinen sich z. B. die Richter des OLG Hamburg exzellent mit der Nutzung grafischer Windows-Oberflächen in den 90er-Jahren auszukennen.<sup>31</sup> Die Richter des OLG München<sup>32</sup> meinen aus eigener Sachkunde zu wissen, dass der situationsadäquat durchschnittlich aufmerksame, informierte und verständige Internetnutzer unter „[rechtsanwaelte-dachau.de](http://rechtsanwaelte-dachau.de)“ nicht eine einzelne Kanzlei, sondern ein örtliches Anwaltsverzeichnis mit einer Auflistung sämtlicher Rechtsanwälte im Raum Dachau vermutet. In Köln<sup>33</sup> meint man zu wissen, dass bereits im Verlaufe des Jahres 1999 die Möglichkeit einer Internetnutzung gegen Zahlung eines monatlichen Festpreises ohne Anfall weiterer Gebühren diskutiert wurde.

Der BGH<sup>34</sup> hat nun endlich Ende 2006 zur Vorsicht gemahnt. Es sei zwar grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters überlassen, ob er seine eigene Sachkunde für ausreichend erachtet und deshalb von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absieht. Die Grenze richterlichen Ermessens sei jedoch erreicht, wo ein Fall besondere computertechnische Kenntnisse voraussetze. Hier könne der Tatrichter, wenn es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage geht, auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten, wenn er entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen vermag. Verräterisch ist hier der Hinweis auf computertechnisches Wissen. Der BGH bezieht den Kreis des Expertenwissens nur auf die DV-technische Seite des Internets, nicht aber auf sonstige Besonderheiten des Internets und seiner User. Dementsprechend hat der BGH in der Epson-Entscheidung<sup>35</sup> die Existenz eines besonderen, internetspezifischen Verbraucherleitbilds abgelehnt. Gleichzeitig nimmt der 1. Zivilsenat für sich in Anspruch, die Gepflogenheiten im Internet zu

<sup>27</sup> BGH, MMR 2004, 812 = NJW 2004, 3623 = JuS 2005, 177.

<sup>28</sup> AG München, MMR 1998, Heft 8, 429.

<sup>29</sup> AG Tiergarten, MMR 1998, Heft 1, 49.

<sup>30</sup> Zu den wenigen Ausnahmen OLG München: Einstellen von MIDI-Files im AOL-Musikforum MMR 2001 Heft, 6, 375 = NJW 2001, 3553 = GRUR 2001, 499.

<sup>31</sup> OLG Hamburg, NJOZ 2005, Heft 42, 4335 = GRUR-RR 2006, 130 = ZUM 2005, 833.

<sup>32</sup> OLG München, MMR 2002, 614 = NJW 2002, 2113 = CR 2002, 757.

<sup>33</sup> OLG Köln, MMR, 2002, 389.

<sup>34</sup> BGH, NJW-RR 2007, 357 = MMR 2007, 178 = CR 2007, 235.

<sup>35</sup> BGH, GRUR 2005, Heft 5, 438.

kennen, etwa dass ein geringer Einstiegspreis bei eBay ein Zeichen für eine Markenpiraterie ist<sup>36</sup> oder dass man mit PDF-Dateien kein elektronisches Pressearchiv erstellen kann.<sup>37</sup>

### 3.3.2 Verlagerung auf die Justiz

Abseits der Einbeziehung von Sachverständigen bleibt meist nur der Weg in den *Dezisionismus*. Lawrence Lessig<sup>38</sup> beschrieb schon 1995 das Phänomen einer zunehmenden Delegation von Internet Governance auf die Gerichte und sah darin einen Siegeszug und eine Bestätigung für den US-amerikanischen case law approach. Lessig sollte für die Folgezeit Recht behalten und bekommen, auch was die Situation in Europa angeht. Auch abseits des klassisch fallrechtsorientierten Werberechts stieg in den letzten zehn Jahren die Entscheidungsgewalt der Gerichte in Bezug auf Internetfälle enorm. Dies hat damit zu tun, dass der Gesetzgeber mittels konturloser, unbestimmter Rechtsbegriffe Entscheidungsgewalt an die Gerichte abgegeben hat. Erinnert sei hier an die Ansprüche der Urheber auf eine angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG), zu bestimmen nach Maßgabe redlicher Branchenübung. § 87a UrhG bestimmt die Schutzhöhe für Datenbanken anhand der quantitativ oder qualitativ wesentlichen Investition. Beim Onlinemarketingrecht ist der richterliche Gestaltungsspielraum am eklatantesten, etwa bei der Einführung neuer Verbotsfälle in das UWG oder der Prüfung der Erheblichkeit eines Wettbewerbsverstoßes. In Bezug auf den Beweiswert elektronischer Dokumente wird auf den Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) verwiesen. Im Haftungsrecht fehlen seit der Rolex-I-Entscheidung des BGH sämtliche Konturen; denn der BGH hat mit dieser Entscheidung den gesetzgeberischen Willen zur weitgehenden Freistellung von Host-, Cache- und Access-Providern ad acta gelegt und für Unterlassungsklagen über die Störerhaftung die Entscheidungsprärogative für Haftungsfälle komplett an die Justiz durchgereicht. Die Einzellemente der Störerhaftung, die Frage nach der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit der Prüfungspflichten, entscheidet seitdem jedes Gericht unterschiedlich. Die Gefahren einer solchen Entwicklung liegen auf der Hand, werden aber erst seit kurzem deutlich. Es entsteht ein Wettstreit der Gerichte, ein Wettbewerb um Zuständigkeiten und Fälle, gesteuert von gewieften Anwälten, die wissen, dass sie am besten nach Braunschweig wegen GoogleAds und nach Hamburg wegen eines Host-Provider-Verbots gehen. Im Übrigen können Gerichte immer nur ex post und mit erheblicher Verzögerung tätig werden. Das führt im schnelllebigen Internet zu dysfunktionalen Effekten, wenn zum Beispiel über die werbe- und

---

<sup>36</sup> BGH, NJW 2004, 3102, 3105.

<sup>37</sup> Pressemitteilung Nr. 76/2002 zum Urteil des BGH in Sachen Elektronische Pressespiegel.

<sup>38</sup> Vgl. Lessing (1995).

markenrechtliche Zulässigkeit von Metatags erst zu einem Zeitpunkt gerichtliche Klärung herbeigeführt werden kann, in dem Suchmaschinen gar nicht mehr auf Metatag-Technologien setzen.

### 3.3.3 Lösung auf der Vollstreckungsebene

Eine weitere Lösung des Probabilismus-Problems findet sich in der Rolex-II-Entscheidung des BGH. Hier verlagert der erste Zivilsenat des BGH die Frage der wahrscheinlichen Effizienz von Filterungsmaßnahmen auf die *Vollstreckungsebene*. Er schlägt vor, dass die Frage der Zumutbarkeit von Filterverfahren und eventueller anschließender manueller Kontrolle im Vollstreckungsverfahren klargestellt werden solle.<sup>39</sup> Auch in der Rolex-I-Entscheidung betont der Senat, dass bei einer Verurteilung zur Unterlassung der Verantwortliche für Zuwiderhandlungen nur haftbar zu machen sei, wenn ihn ein Verschulden trifft (§ 890 ZPO). Für Rechtsverletzungen, die der Verantwortliche in dem vorgezogenen Filterverfahren nicht erkennen könne, treffe ihn kein Verschulden.<sup>40</sup> Parallel dazu hat das OLG München als Einschränkung für Unterlassungsansprüche bei unzureichender Filterung darauf verwiesen, dass für etwaige Zuwiderhandlungen gegen die ausgesprochene Verurteilung zur Unterlassung nur eine Haftung bestehe, wenn den Verantwortlichen ein Verschulden treffe.<sup>41</sup>

Diese Lösung ist nicht überzeugend. § 890 ZPO sieht scharfe, strafrechtsähnliche Sanktionen für den Fall einer Zuwiderhandlung vor. Diese sind nur gerechtfertigt, wenn der Schuldner schon in der Unterlassungsverfügung erkennen kann, was er zu tun hat. Auch dem Unterlassungsgläubiger gibt die Verlagerung auf die Vollstreckungsebene nur Steine statt Brot. Denn der Schuldner wird auch dann mangels Verschulden freigestellt, wenn er ein nicht eindeutiges Unterlassungsgebot in einem vertretbaren, die Zuwiderhandlung ausschließenden Sinn versteht.<sup>42</sup> Diese Probleme wurden schon früh im Zusammenhang mit dem EGG gesehen.<sup>43</sup> Im Übrigen wird ein Vollstreckungsgericht die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs niemals mit der Akribie begleiten können, wie das das Prozessgericht in der Hauptsache tun kann. Ich habe in meiner Eigenschaft als Richter nie gehört, dass z. B. ein Vollstreckungsgericht einmal zur Klärung des Umfangs eines Unterlassungsantrags Beweis erhoben hätte.

<sup>39</sup> BGH: Internetversteigerung II MMR 2007, 507.

<sup>40</sup> BGH: Internetversteigerung – ROLEX MMR 2004, 668 = NJW 2004, 3102 = GRUR 2004, 860 = ZUM 2004, 831.

<sup>41</sup> OLG München, MMR 2006, Heft 11, 739.

<sup>42</sup> Vgl. Thomas, Putzo (2007) § 890 Rdnr. 15.

<sup>43</sup> Vgl. Spindler (2001), S. 737; Spindler (2002), S. 921, S. 925.

### 3.3.4 Lösung über den Anscheinsbeweis

In ihrer Not greifen die Gerichte auf explizite oder unterschwellige Darlegungs- und Beweislastregeln zurück, insbesondere auf unausgesprochene Annahmen zum *Anscheinsbeweis*. Im Grunde ist das Internetrecht in der prozessualen Praxis ein Recht des Anscheinsbeweises. Ungesicherte WLAN-Anschlüsse sind typischerweise gefährlich. Wer ein Forum im Internet betreibt, muss typischerweise davon ausgehen, dass es missbraucht wird. Eine E-Mail kommt typischerweise von dem im Header genannten Absender und gibt typischerweise den richtigen Inhalt wieder.<sup>44</sup> Usenet und P2P sind typischerweise Dienste für Film- und Musikpiraten. Eine solche Renaissance des Anscheinsbeweises beflügelt sogar den Gesetzgeber: So wird bei der Regelung der *Vorratsdatenspeicherung* implizit ein Generalverdacht für die gesamte Bevölkerung vorausgesetzt; wer mit dem Handy telefoniert oder im Internet surft, ist im (wenn auch nur vagen) Verdacht, ein Terrorist zu sein.

## 4 Ausblick

Was bedeutet all das für informationsrechtliche Forschung? Diese stand bislang unter dem Diktat einer auf schnelle Schlüsselreize reagierenden Gesetzgebung, die abseits aller Systematik und dogmatischen Durchdringung rechtspolitischen Willkürlichkeitspostulaten Rechnung zu tragen hatte. Als Reflex darauf entstand eine durch Kompilation und eklektizistische Einzelgesetzbetrachtung fixierte Patchwork-Forschung und -Literatur. Deren wissenschaftlicher Ertrag war schon immer gering. Forschungsdesiderate sind vielmehr Meta-Untersuchungen, die den systematischen, dogmatischen und wissenschaftstheoretischen Zusammenhang des Informationsrechts akzentuieren. Gefragt sind hier Themen wie die Suche nach der Informationsgerechtigkeit<sup>45</sup>, der Zusammenhang von Immaterialgüterrecht und allgemeinem Zivilrecht, die Etablierung eines allgemeinen Teils des Immaterialgüterrechts<sup>46</sup> oder die Analyse von techno-legal issues, von technisch-juristischen Gesamtbetrachtungen. Wir brauchen einfach mehr Leute vom Kaliber eines *Heinz Lothar Grob*, Dynamiker, Motoren, Grenzgänger. Notwendig sind in der Tat für die weitere Forschung Jäger, nicht Sammler, Ideengeber, nicht Ideen-vampire, Visionäre, nicht Buchhalter. Wenn auch in Deutschland eine so verstandene Grundlagenforschung beginnt, würde diese schnell bemerken, wie unreflektiert falsch manche „Weisheiten“ der Informationsgesellschaft sind. Zum Beispiel

<sup>44</sup> Vgl. Mankowski (2002), S. 2822; dagegen Rossnagel, Pfitzmann (2003), S. 1209; dazu grundlegend auch Spindler (2008), S. 7.

<sup>45</sup> Vgl. Hoeren (2008), S. 3 ff. Vgl. dazu auch Kloepfer (2002), § 4 Rn. 15 ff.

<sup>46</sup> Vgl. Ahrens (2006), S. 617.

der Satz von Reis: „Ein Pferd frisst keinen Gurkensalat.“ Der Satz ist falsch. Ein Pferd frisst Gurkensalat; das ist ein anerkanntes Heilmittel in der Tiermedizin gegen Maulfäulnis.

## Literatur

- Ahrens, H.-J. (2006), Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2006, S. 617-625.
- Bonke, J. (2006), Die Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2006, S. 3169-3173.
- Burk, D. (1997), Jurisdiction in a World Without Borders, in VIRGINIA JOURNAL of LAW and TECHNOLOGY, im WWW unter: [http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/voll/home\\_art3.html](http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/voll/home_art3.html) [31.01.2008].
- Castells, M. (2002), Die Macht der Identität, Opladen 2003.
- Castells, M. (2003), Jahrtausendwende, Opladen 2003.
- Damm, R. (1999), Rechtliche Risikoverteilung aus zivilrechtlicher Sicht, in: Rechtliches Risikomanagement, Hrsg.: A. Bora, Berlin 1999, S. 93, 112 f.
- Döring, R. (2007), Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 2007, S. 1131-1141.
- Henneke, S. (1998), Form- und Fristfragen beim Telefax, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift, 1998, S. 2194-2195, S. 2958-2959.
- Hoeren, T. (1998), Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 2849-2854.
- Hoeren, T. (2007), Zoning und Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reteritorialisierung des Internet, in: Multimedia und Recht, 2007, S. 3-6.
- Hoeren, T. (2008), 10 Jahre MMR – eine subjektive Rückschau, in Multimedia und Recht, 2008, S. 3-6.
- Hoeren, T., Eustergerling, S. (2006), Die Haftung des Admin-C – Ein kritischer Blick auf die Rechtsprechung, in: Multimedia und Recht, 2006, S. 132-138.
- Hoppmann, C. (1999), Der Vorschlag für eine Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, in: Versicherungsrecht, 1999, S. 673-682.
- Johnson, D., Post, D. (1996), And How Shall the Net Be Governed?, in: Cyberspace Law Institute, im WWW unter: <http://www.cli.org/emdraft.html> [31.01.2008].
- Johnson, D., Post, D. (1996), Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace, in: Stanford Law Review, 48 Jg., 1996, S. 1367-1391.

- Kloepfer, M. (2002), Informationsrecht, München 2002.
- Leible, S. (2007), Haftung von Internetauktionshäusern – reloaded, in Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2007, S. 3324-3326.
- Lessing, L. (1995), The Path of Cyberlaw, in: Yale Law Journal, Vol. 104, 1995, S. 1743-1755.
- Luhmann, N. (1991), Soziologie des Risikos, Berlin 1991.
- Mankowski, P. (2002), Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2002, S. 2822-2828.
- Marburger, P. (1983), Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, in: Versicherungsrecht, 1983, S. 597-608.
- Meder, S. (1993), Schuld, Zufall, Risiko, Frankfurt 1993.
- Nell, L. (1983), Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Bayreuth 1983.
- Roßnagel, A. (2003), E-Mail als Augenscheinsbeweis?, in: Kommunikation & Recht, 2003, S. 84-86.
- Roßnagel, A. (2007), Fremdsignierung elektronischer Rechnungen: Vorsteuerabzug gefährdet, in: Betriebs-Berater, 2007, S. 1233-1237.
- Roßnagel, A., Pfitzmann, A. (2003), Der Beweiswert von E-Mail, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2003, S. 1209-1214.
- Schmidt, J. (1972), Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß, Berlin 1972, insb. S. 163-178.
- Spindler, G. (2002), Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2002, S. 921-927.
- Spindler, G. (2001), Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internetauktionshäusern – Haftung für automatisch registrierte und publizierte Inhalte?, in: Multimedia und Recht, 2001, S. 737-743.
- Spindler, G. (2008), IT-Sicherheit – Rechtliche Defizite und rechtspolitische Alternativen, in: Multimedia und Recht, 2008, S. 7-13.
- Stadler, T. (2004), Haftung des Admin-C und des Tech-C, in: Computer und Recht, 2004, S. 521-527.
- Taupitz, J., Krpic-Mocilar, T. (2003), Deckungsvorsorge bei klinischen Prüfungen unter Anwendung radioaktiver Stoffe oder ionisierender Strahlung, in: Versicherungsrecht, 2003, S. 533-540.
- Thomas, H., Putzo, H. (2007), Zivilprozessordnung, 28. neubearb. Aufl., München 2007, § 890 ZPO Rdnr. 15.
- Töpperwien, E. (1999), Rechtsfragen rund ums Telefax, in: Deutscher Richterbund, 1999, S. 241-246.

- Wimmers, J. (2007), Schulz, C., Zur Haftung des admin-c für unter der URL erreichbare wettbewerbswidrige Inhalte, in: Computer und Recht, 2007, S. 463-465.
- Winter, G., Schäfer, R. (1985), Zur richterlichen Rezeption natur- und ingenieurwissenschaftlicher Voraussagen über komplexe technische Systeme am Beispiel von Kernkraftwerken, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1985, S. 703-711.