

sich nunmehr nur noch die Bibliotheken ein Exemplar anzuschaffen, das sie in ein E-Book umwandeln und dann Dozenten, Studenten und anderen Nutzern zur Verfügung stellen. Ein Universitätsdozent, der mit einem Buch in seinem Seminar arbeitet, muss dieses nicht mehr kaufen. Er arbeitet mit Kopien aus der Universitätsbibliothek, die er im Unterricht – auch digital – zur Verfügung stellt. Ein Student lädt sich das Buch kapitelweise – nach Fortschritt der Lehrveranstaltung – herunter.

Teilweise wird deshalb zumindest eine Ausnahme für Lehrbücher gefordert, also für Bücher, die primär für die Lehre an Bildungseinrichtungen genutzt werden. Lehrbücher könnten nach der Reform kaum noch exklusiv primär verwertet werden. Bisher sieht der Entwurf nur für Schulbücher eine derartige Rück-Ausnahme vor, deren exklusive Primärverwertung ohne sie ebenfalls signifikant gestört wäre.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass die Bibliotheken, Hochschulen und Wissenschaftseinrichtungen die Nutzung vergüten müssen. Nur kann dadurch die exklusive und für die Marktwirtschaft entscheidende exklusive Zuordnung nicht gewährleistet werden. Die Vergütung wird über zentrale Stellen bei Verwertungsgesellschaften gezahlt. Um es etwas zugespitzt zu sagen: Wettbewerb findet zukünftig bei der Verteilung der Gelder durch Verwertungsgesellschaften statt – und nicht mehr auf einem Markt für Lizenzen und Titel. Aber auch bei der Verteilung der Gelder durch Verwertungsgesellschaften werden Angebot und Nachfrage nicht mehr marktwirtschaftlich abgebildet: Der Gesetzentwurf erlaubt ausdrücklich, die Vergütung auf der Grundlage von Pauschalen oder Stichproben zu zahlen – eine Einzelerfassung von Nutzungen ist gerade nicht geschuldet, „angemessen“ kann die Vergütung in Bezug auf das einzelne Werk also gar nicht sein. Die beste und am meisten nachgefragte Leistung wird nicht mehr belohnt. Risikobereitschaft und Innovationsfreude von Verlagen werden sinken, auch zum Nachteil von Autoren. Dass der Gesetzentwurf hier mit zu hohen Kosten der Einzelerfassung argumentiert, könnte fast als humorvolle Note am Rande abgetan werden. Aber im Ernst: Der Gesetzentwurf meint, es gebe auch in absehbarer digitaler Zukunft keine kostengünstige Möglichkeit der Einzelerfassung. Jedenfalls schließt der Gesetzentwurf auch dann Einzelabrechnungen aus, wenn diese in Zukunft kostengünstig zur Verfügung stehen. Ein Unding.

Genauso sollen in vielen Bereichen vertragliche Lizenzlösungen mit den Verlagen von vornherein ausgeschlossen sein, es sei denn, das EU-Urheberrecht zwingt ausnahmsweise dazu, solche vertraglichen Lösungen zuzulassen. Begründet wird der grundsätzliche Ausschluss vertraglicher Lösungen mit dem „natürlichen Monopol“ der Verleger, es herrsche eine „strukturelle Disparität“.

Zunächst ist das nicht für alle Branchen richtig. Vor allem aber kann es doch nicht die Lösung sein, die marktwirtschaftlichen Mechanismen zugunsten einer Pauschalvergütung ohne Einzelerfassung aufzugeben. Selbst im Kartellrecht wird Kunden von Monopolunternehmen nur ein Lizenzierungsanspruch gewährt, was selbstverständlich an der exklusiven Zuweisung der Eigentumsrechte und damit der Einzelabrechnung nichts ändert. Solche Einzellizenzlösungen sind im Wissenschaftsbereich auch grundsätzlich technisch machbar. Ein Blick nach Großbritannien zeigt das. Dass das Gesetz sie für alle Zukunft trotz technologischer Weiterentwicklung ausschließt, ist marktwirtschaftlich mehr als bedauerenswert.

Natürlich dient das Gesetzgebungsvorhaben dem einfachen Nutzungszugang in der Wissenschaft. Und der Gesetzentwurf hat recht, wenn er schreibt, dass Neues selten aus dem Nichts, sondern auf der Grundlage dessen erwächst, was bereits von anderen erdacht worden ist. Irgendwie wird man jedoch das Gefühl nicht los, dass marktwirtschaftliche Mechanismen im Bereich der Verwertung wissenschaftlicher Werke nicht deshalb geopfert werden sollen. Denn es könnte gerade in der digitalen Welt marktwirtschaftliche Lizenzlösungen mit den Verlagen geben, die jetzt gesetzlich ausgeschlossen werden. Geht es vielleicht doch um Ausgabenbegrenzungen für die öffentlichen Haushalte, die in Deutschland zu wesentlichen Teilen Bildung und Wissenschaft finanzieren? Der Bundesrat als Vertretung der Länder hatte jedenfalls in seiner Stellungnahme kein Problem damit, sogar noch eine Ausweitung der Nutzungsbefugnisse zB für Unterricht von 15 % auf 25 % eines wissenschaftlichen Werkes zu fordern. Offenbar befürchten die Länder nicht, mehr zahlen zu müssen. Über Pauschalabrechnungen ohne Einzelnachweis könnte das wahre Ausmaß der Nutzungen verborgen und der eigentlich versprochenen Vergütung entzogen werden. Wäre dieser Preis, den wir für die Aufgabe marktwirtschaftlicher Prinzipien zahlen, nicht doch zu hoch? ■

Forum

Professor Dr. Thomas Hoeren*

IT- und Internetrecht – Kein Neuland für die NJW

Nun gut, ich soll nach dem Willen der NJW-Redaktion einen Jubiläumstext verfassen, der „sprachlich und inhaltlich besonders“ ist, „sich von den üblichen Aufsätzen abheben und Lesevergnügen bereiten kann“. Doch wie soll das bei einem Gebiet wie dem IT- und Datenschutzrecht gelingen? Wieso überhaupt die Beschränkung auf IT- und Datenschutzrecht? Lasst uns die Spiele beginnen.

I. Die Vorgeschichte

Die NJW stand nach dem Zweiten Weltkrieg als Symbol für die Solidität und Konservativität, vor allem der deutschen Anwaltschaft. Sie war damals kein Trendsetter-Journal, keine „Wired“ für juristische Freaks. Dementsprechend tat man sich anfänglich schwer, sich des neuen Themas Computer

anzunehmen.¹ Im Kern tauchte EDV erst Anfang der 80er Jahre in der NJW auf.

Einer der ersten Beiträge war der von *Hans-W. Micklitz* zu den verbraucherschutzrechtlichen Fragen bei Bildschirmtext.² *Micklitz* sollte noch weiter zu diesen Fragen schreiben.³ Abgesehen von diesen kleinen Farbtupfern tauchten EDV-rechtliche Fragen erst Anfang der 90er Jahre in Übersichtsaufsätzen auf. So startete 1990 *Abbo Junker* seine Reihe

* Der Autor ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Universität Münster.

1 Nicht unerwähnt bleiben soll allerdings die Existenz des langjährig erschienenen NJW-Computerreport (NJW-CoR); dieser existierte von Ausgabe 1/1988 (September/Okttober 1988) bis Ausgabe 6/2000 (September/Okttober 2000).

2 *Micklitz*, NJW 1982, 263.

3 *Etwas Micklitz*, NJW 1985, 2005.

„Entwicklungen des Rechtsschutzes für EDV-Leistungen“⁴ und „Computervertragsrecht“⁵ und fasste die beiden Entwicklungslinien schon kurze Zeit später zusammen als „Computerrecht“ (bis 2006). Ihm folgte Jürgen Taeger,⁶ der die Reihe ab 2010 in „Entwicklungen des IT-Rechts“ umbenannte. Erstaunlich früh kam dann neben der computerrechtlichen Diskussion auch die internetrechtliche Debatte zu Wort, mit Übersichtsaufsätzen von Helmut Hoffmann zum „Internet- und Multimediarecht“. Schnell fiel der Zusatz „Multimedia“ weg, und es ging „nur noch“ um Entwicklungen des Internetrechts (1996–2016). Ergänzt wurde diese Reihe dann durch eine dritte Entwicklungslinie, nämlich zum Datenschutzrecht, über das seit Inkrafttreten des BDSG berichtet wird. Seit 1981 schrieb unter anderem Peter Gola, seit 2001 zusammen mit Christoph Klug⁷ die jetzt sogar halbjährliche Fortsetzungsreihe zu aktuellen Entwicklungen im Datenschutzrecht.

Die drei NJW-Reihen IT-/Computerrecht, Internetrecht und Datenschutzrecht stehen allgemein für tektonische Verschiebungen in den letzten Jahrzehnten. Am Anfang stand tatsächlich das Computerrecht (damals stark vertreten durch die geradezu monopolistische Zeitschrift „Computer und Recht“). Dieses Thema hatte seinen Siegeszug – von der NJW fast unbemerkt – in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts begonnen. Dann kam ab Mitte der 90er Jahre der große Schock „Internet“. Noch kurz vor dem Durchbruch des Internets hatten Experten eine multimediale Medienlandschaft heraufbeschworen, bedingt durch den Siegeszug der DVD. Doch schon bald raste der Zug in Richtung Online. Als konstante dritte Welle gab es schon immer das Lieblingsthema der Deutschen, das Datenschutzrecht, dessen Verknüpfungen zum Computerrecht und Internetrecht bis heute im Dunkeln liegen.⁸

II. Die gegenwärtige Lage

Sieht man sich den derzeitigen Stand der drei Wellen an, gibt es zahlreiche Auffälligkeiten:

1. Das Computer-/IT-Recht

Das Computerrecht „dümpelt so vor sich hin“. Diese Disziplin war immer schon nur etwas für wenige ausgewählte Fachanwälte, die mit ihren Publikationen zum Rechtsschutz für EDV-Produkte und die Vertragsgestaltung im Software-Bereich Geschichte geschrieben haben.⁹ Das Thema setzte immer schon enge Verbindungen zwischen Informatik und Jurisprudenz voraus, die nur wenige leisten konnten. Der Wunsch, dazu mehr zu wissen, ist allerdings in den Köpfen vieler Anwälte präsent. Heute ist das Computerrecht sehr stark von Fragen der Vertragsgestaltung dominiert, insbesondere bei der interessengerechten Einordnung und Konzeption von IT-Projektverträgen. Meist wissen weder Anwender noch Programmierer am Anfang ihrer Geschäftsbeziehung, was sie eigentlich wollen. Software lässt sich nicht wie ein Rock maßschneidern. Die Bedürfnisse und Wünsche des Kunden lassen sich erst im Laufe der Vertragsbeziehung ermitteln und umsetzen. Softwareverträge sind daher meist komplexe Langzeitverträge.¹⁰ Das alte Werkvertragsrecht des BGB erweist sich in vielfältiger Hinsicht als ungeeignet zur Strukturierung von Projektverträgen, bei denen oft die Soll-Anforderungen erst prozessual und iterativ, jedenfalls nicht am Anfang des Projekts als Grundlage der Zusammenarbeit bestimmt werden können. Auch alternative Vertragsgestaltungsformen, wie etwa die Einführung eines eigenen Change Managements, sind wenig hilfreich, da darüber die Frage, wer die zu leistenden Änderungen bestimmen darf und bezahlen muss, ungelöst bleibt.¹¹ Auch über Annexe zum Vertrag, so genannte Service-Level-Agreements, kann man zwar eine gewisse technische Feinsteuerung eines IT-Projekts vornehmen, nicht aber das Problem unklarer Leistungsvorgaben konkretisieren.¹² Und dennoch bleibt es für den Kunden unerlässlich, sich zumindest nach Abschluss

eines in sich fertigen Projektteils werkvertraglich auf AbnahmeprozEDUREN festzulegen.

2. Datenschutzrecht

Das Thema Datenschutzrecht ist verwurzelt in den Kreisen der betrieblichen Datenschutzbeauftragten, die von der Ausbildung weniger aus dem juristischen als vielmehr aus dem Bereich Informatik und BWL stammen. Sie konnten sich lange Zeit auf die klassischen Strukturen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) verlassen, das trotz mancher Änderungen relativ einfach verstehbar ist. Hinzu kam, dass auf dem Gebiet wenig mit Sanktionen gearbeitet wurde.¹³ Geldbußen oder Gefängnisstrafen wurden kaum verhängt; man löste Konflikte informell mit den Aufsichtsbehörden. Und so bleibt es national vor dem Hintergrund des BDSG bis zum 25.5.2018 ruhig; aber das Gewitter zieht schon in Form der DSGVO auf (s. dazu unten unter III 2).

3. Internetrecht

Das Internetrecht hat sich als eigenständige Querschnittsmaterie seit etwa 1990 etabliert. Viele „first generation issues“ sind inzwischen grundsätzlich geklärt; es geht heute mehr um Feinheiten. Bestimmte Teilfragen haben nahezu gänzlich an Bedeutung verloren, wie etwa das Domainrecht. Wer heutzutage „seine“ Domain nicht hat, hat den Zug verpasst. Der Domainmarkt ist verteilt und durch die Freigabe von neuen First Level Domains seitens der internationalen Vergabeorganisation ICANN so breit angelegt, dass nahezu jeder seine Wunschdomain in irgendeiner Weise bekommen kann.¹⁴ Im Übrigen laufen ohnehin viele Domainstreitigkeiten nicht mehr über staatliche Gerichte, sondern über „Streitschlichtungsmechanismen“ wie die UDRP.¹⁵ Wenig Neues tut sich auch im Marketingrecht. Die grundlegenden Entscheidungen des UWG stehen und werden nur noch konkretisiert durch Einzelfallentscheidungen der Gerichte.

Diese Webtools verweisen auf das fundamentalere Problem, wie im Web Aufmerksamkeit generiert werden kann. Entscheidend ist hier das Search Engine Optimizing (SEO), die Optimierung des Webauftretens für Suchmaschinen. Nachdem die Frage „Google-Ad“ durch Grundsatzentscheidungen geklärt schien,¹⁶ tobt der Streit um Suchmaschinen jetzt im Bereich der irreführenden Werbeanzeigen, gerade auch bei Sekundärsuchmaschinen wie Amazon.¹⁷

4 Junker, NJW 1991, 2117.

5 Junker, NJW 1990, 1575.

6 Taeger, NJW 2007, 3326.

7 Zuletzt Gola/Klug, NJW 2017, 604.

8 Nicht eingegangen werden soll auf das Thema Urheberrecht und die ebenfalls seit vielen Jahren existierenden Übersichtsaufsätze zu diesem Rechtsgebiet.

9 Zahrt, DV-Verträge – Rechtsfragen und Rechtsprechung, AIT, Losebl., 1989; Jochen Schneider, HdB EDV-Recht, 5. Aufl. 2017 (iErsch.).

10 S. dazu grundlegend Nicklisch, Der komplexe Langzeitvertrag, 1986.

11 Marrone/Kölbe, Wirtschaftsinformatik 2011, 5.

12 S. dazu Braun, Die Zulässigkeit von Service Level Agreements, 2006.

13 Dazu demnächst Bettinger, HdB des Domainrechts, 2. Aufl. 2017 (iErsch.).

14 Joseph, Journal of Intellectual Property Law 149 (2012), 150.

15 Dazu Busch/Reinhold, EuCML 2015, 50.

16 EuGH, ECLI:EU:C:2010:163 = EuZW 2010, 428 = MMR 2010, 313 – Die BergSpechte; EuGH, ECLI:EU:C:2010:159 = NJW 2010, 2029 – Google France und Google; BGH, NJW-RR 2014, 356; NJW-RR 2013, 555; NJW 2011, 3032; MMR 2011, 608; NJW 2009, 2384.

17 Vgl. dazu etwa OLG Hamm, MMR 2015, 811; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 2.2.2017 b – 6 U 209/16, BeckRS 2017, 102991; LG Hamburg, Beschl. v. 27.6.2016 – 3 W 49/16, BeckRS 2016, 105291; High Court of Justice (Chancery Division), Entsch. v. 10.2.2014 – [2014] EWHC 181 (Ch).

Das Vertragsrecht des BGB ist ebenfalls ausgelotet, was das E-Contracting ausmacht. Als hilfreich erwiesen hat sich auch das Scheitern der Großprojekte für ein einheitliches europäisches Schuldrecht.¹⁸ Unklar ist vor allem noch der Beweiswert elektronischer Dokumente, weil die Politik – bedingt auch durch Rechtsberater aus der Professorenschaft –¹⁹ auf die totgeborene Signatur gesetzt hat.

III. Künftige Trends

Schon jetzt zeichnen sich Trends ab, die die Grundstrukturen aller drei Gebiete obsolet machen.

1. IT-Recht

Durch die unzureichenden gesetzlichen Regeln zum Werkvertragsrecht entstehen zahlreiche rechtliche Verwerfungen, die bis heute kaum zufriedenstellend gelöst sind. In jüngerer Zeit gibt es drei Vertragsansätze, um der Komplexität und Dynamik der IT-Projektverträge Herr zu werden.

a) *Agile Programmierung*. Zunehmend kommt es im Bereich der IT-Herstellung zu Projekten auf der Basis so genannter agiler Programmierungen.²⁰ Agile Programmierung gilt derzeit als der Rettungsanker angesichts des Scheiterns großer IT-Projektverträge, die typischerweise werkvertraglich strukturiert werden. Hierbei werden fortlaufend Anforderungen entwickelt und gleichzeitig vorab fixierte Anforderungskataloge vermieden. Zudem wird auch die Notwendigkeit für umfassende Dokumentationen reduziert. Basis der agilen Programmierungen ist das so genannte Manifesto for agile Software Development aus dem Jahr 2001.²¹ Planungsphasen vor dem Projektbeginn erweisen sich als unnötig; gleichzeitig wird daher auch auf die Erstellung eines Lastenhefts verzichtet. Insofern erweist sich die agile Programmierung als ideal, um dem schwierigen Charakter komplexer Langzeitverträge gerecht zu werden, der gerade im Bereich des IT-Projektgeschäfts dafür sorgt, dass präzise benannte Anforderungsprofile an die zu erstellende Software kaum vorab benannt werden können. Stattdessen werden nur noch Grundaussagen zum jeweiligen Projektzweck und zum angedachten Einsatzbereich der Software gemacht. Vertragstypologisch ist unklar, ob hier überhaupt noch werkvertragliche Regelungsmodelle zur Anwendung kommen können. Denkbar ist vielmehr eine Einordnung als Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag. Bei Dienstverträgen besteht das besondere Problem darin, dass der Auftraggeber das volle Risiko für das Gelingen des Projekts tragen würde und insofern die vollständige Projektverantwortung übernehmen müsste. Dies dürfte aber kaum dem Interessengefüge der Parteien entsprechen.²² Näherliegend ist die Einordnung als Gesellschaftsvertrag iSv §§ 705 ff. BGB, etwa in Form der Gelegenheitsgesellschaft.²³ Hier fehlt es aber oft an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, da die Parteien selten als gleichberechtigte Vertragsparteien kooperieren. Es bleibt vielmehr beim Leitmodell des Auftraggebers und Auftragnehmers. Dementsprechend wird die Software selbst auch nicht Teil eines gemeinschaftlich genutzten Gesellschaftsvermögens mit gesamthänderischer Bindung. Vielmehr soll das Endprodukt des Projekts dem Auftraggeber zur alleinigen Verfügung zustehen.²⁴ Plädiert wird daher auch dafür, solche Verträge auch noch unter das werkvertragliche „Dach“ zu nehmen.²⁵ Aufgrund des dominierenden Planungsanteils bestehen auch keine Bedenken, von der Wertung des § 651 BGB abzuweichen und einen solchen Vertrag komplett dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen.²⁶

b) *Open Source*. Häufig werden die Zeitprobleme bei der Gestaltung eines IT-Projekts dadurch umschifft, dass Programmierer intern auf Open-Source-Module zurückgreifen.

Verständlich ist das, da solche Module kostenlos im Netz verfügbar sind und scheinbar frei genutzt werden können. Doch gleichzeitig setzt damit eine Infizierung des gesamten IT-Projekts ein. Wird ein Open-Source-Code mit einem kommerziellen Programm vermischt, spricht man von einem „Open Source Hybrid“.²⁷ Hierbei tritt das Problem auf, dass sich die Bedingungen, zu denen die Nutzung der OS-Quelle gestattet wird, als so genannter viraler Effekt auf das kommerzielle Hybridprodukt übertragen und dies insgesamt als Open Source einzustufen ist,²⁸ gleichzeitig aber ein Verstoß gegen die Softwarelizenz General Public License Version 3 (GPLv3) zum Erlöschen der Nutzungsrechte führt. Werden die OS-Bedingungen nicht eingehalten, darf unter Umständen das gesamte Produkt nicht mehr genutzt werden. Hier ist im Rahmen von Compliance-Systemen unbedingt darauf zu achten, dass ein Rückgriff auf Open-Source-Module nur nach (vorheriger) Zustimmung des Auftraggebers/Arbeitgebers erfolgt und genaue Informationen dokumentiert sind, wann wo welche Module in das System integriert worden sind.²⁹

c) *Das Baurecht*. Die Probleme des IT-Projektrechts kann man meines Erachtens umgehen, wenn man zur Problemlösung auch die baurechtliche Rechtsprechung heranzieht. Komplexe Langzeitverträge sind in unserer Rechtsordnung kein unbekanntes Phänomen. Auch bei großen Bauprojekten besteht die Gefahr, dass die Ziele des Projekts am Anfang nicht genau umschrieben werden können und sich erst zum Ende der Projektlaufzeit konkretisieren. Insofern hilft beim Verständnis der Abnahme oder der Gestaltung des Änderungsmanagements sehr stark auch der Blick auf baurechtliche Urteile der letzten Jahre. Allerdings bringt die Nähe des IT-Rechts zum Baurecht jetzt auch Probleme. Denn zum 1.1.2018 treten die neuen Vorschriften aus dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung in Kraft.³⁰ Dieses Gesetz integriert nicht nur eigene Abschnitte zum Bauvertragsrecht und zum Verbraucherbauvertrag in das BGB, sondern ändert auch noch das Kauf- und Werkvertragsrecht im BGB.

Nach dem neuen § 632 a BGB soll der Besteller allein mit der Behauptung, die erbrachten Leistungen seien nicht vertragsgemäß, die Zahlung eines angemessenen Teils der Abschlagszahlung verweigern können. Beide Seiten sollen den Vertrag ganz oder teilweise aus wichtigem Grund kündigen können (in Anlehnung an § 314 BGB). Ein wichtiger Grund soll bereits vorliegen, wenn einer Seite die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann (§ 648 a I BGB). Allerdings sollen die Parteien für diese Fälle verpflichtet werden, an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung

18 Von diesem enorme Ressourcen fressenden Projekt ist nur der Entwurf einer Richtlinie für die Bereitstellung digitaler Inhalte von Dezember 2015 übrig geblieben, die aber ebenfalls im Sand steckenzubleiben droht. Und so versucht die Karawane der alten European Civil Law-Szene heute erfolglos ihr Glück in der Digitalwelt. Zum Richtlinienentwurf s. <http://lorenz.userweb.mwn.de/material/1-2015-634-DE-F1-1.pdf> (alle zitierten Webseiten zuletzt abgerufen am 5.5.2017).

19 S. dazu *Rößnagel*, Die elektronische Signatur in der öffentlichen Verwaltung, 2002.

20 Kurze Hinweise dazu bei *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 311 a ff.; *Fuchs* ua, MMR 2012, 427; *Frank*, CR 2011, 138.

21 Zu finden unter www.agilemanifesto.org.

22 *Lapp*, ITRB 2010, 69 (70); *Frank*, CR 2011, 138 (139 f.); aA *Koch*, ITRB 2010, 119 für Dienstvertrag.

23 *Kremer*, ITRB 2010, 283 (288).

24 *Fuchs* ua, MMR 2012, 427 (430).

25 *Fuchs* ua, MMR 2012, 427 (432).

26 *Fuchs* ua, MMR 2012, 427 (433).

27 *Beardwood/Alleyne*, CRi 2008, 14.

28 So etwa im Fall *LG Berlin*, GRUR-RR 2012, 107. Dazu *Funk/Zeifang*, CR 2007, 617 (618).

29 *Heinzke/Burke*, CCZ 2017, 56 Ausführlicher auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 4. Aufl. 2016, Kap 1.

30 BT-Drs. 18/11437; <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811437.pdf>.

mitzuwirken (§ 648 a IV BGB). Wenn die Parteien dieser Kooperationspflicht nicht nachkommen, drohen Verlagerungen der Darlegungs- und Beweislast.

Insofern erhöht sich ab 2018 der Druck auf die Parteien eines IT-Projektvertrags zur Kooperation, zumindest aber zur Entwicklung eines Transitionskonzepts für den Fall des Scheiterns.

Neu eingefügt wird eine Regelung zur Abnahme in § 640 II BGB, wonach ein Werk als abgenommen gilt, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe „mindestens eines Mangels“ verweigert hat. Die Feststellung eines einzelnen Mangels setzt allerdings voraus, dass man im IT-Projekt überhaupt zwischen einzelnen Mängeln klassifikatorisch unterscheiden kann.

2. Datenschutzrecht

Derzeit ist die Regulierung im Datenschutzrecht derart chaotisch, dass selbst gestandenen Experten oft die Übersicht verloren geht.

a) *Die Europäische Datenschutzgrundverordnung*. Die zum Teil als das wichtigste Gesetz des 21. Jahrhunderts³¹ gefeierte Datenschutzgrundverordnung hat eine so komplexe Regelungsstruktur mit vielfältigen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ausnahmen, dass die nationalen Gesetzgeber nicht mehr fristgerecht mit dem Inkrafttreten im Mai 2018 hinterherkommen. Es entstehen Schnellschuss-Anpassungsgesetze,³² in denen noch nicht einmal die Verweise stimmen³³ oder die Grundsätze der Rechtschreibung³⁴ eingehalten werden. Und auch nach diesem Datum³⁵ wird es Jahrzehnte dauern, bis die Unternehmen angemessene Controllingstrukturen zur innerbetrieblichen Umsetzung implementiert haben.

b) *Datenschutz und Direktmarketing*. Die Komplexität der DSGVO rührt auch daher, dass dort Fragen des Datenschutzrechts mit völlig anderen Themen verknüpft werden.

So finden sich in der Verordnung Fragen des Verbraucherschutzes (etwa das Thema Verbraucherkredite) ebenso geregelt wie das eher kartellrechtlich zu verstehende Recht auf Datenportabilität. Neue Forderungen wie das (letztendlich nicht datenschutzrechtlich motivierte) Thema Datenqualität³⁶ erschrecken die Wirtschaft auch wegen der damit verknüpften Thematik der stark erhöhten Bußgelder für Rechtsverstöße. Im Übrigen hat die Verordnung nicht das Verhältnis zum TKG und TMG geregelt, was zu einer Verwerfung etwa in Fragen des Direktmarketings führt. Direktmarketing ist nicht nur eine Frage des Datenschutzrechts, sondern auch eine Frage des § 7 UWG, der von der Verordnung nicht tangiert wird. Ein Opt out ist entsprechend Art. 21 DSGVO zukünftig erforderlich, so dass eine Marketingaktion via E-Mail unter anderem bis zum Widerspruch des Verbrauchers durchgeführt werden darf und damit das bislang in Deutschland geltende Zustimmungserfordernis bei Telefon- oder Mailwerbung ausgehebelt wird. Auch aus diesen Gründen ist derzeit eine zweite Verordnung in Arbeit, die so genannte ePrivacy-VO,³⁷ wonach zumindest im Bereich B2C Mailwerbung nur mit Zustimmung möglich ist. Den nationalstaatlichen Gesetzen soll es aber offenstehen, für Telefonwerbung vom Opt-out auszugehen.

c) *Die DSGVO und das Recht am eigenen Bild*. Viele Konsequenzen der Verordnung sind noch nicht bedacht. Ein wesentlicher Beweggrund für die Verabschiedung einer Verordnung über den Datenschutz gegenüber der vorher geltenden Richtlinie war das Ziel einer Vereinheitlichung des Datenschutzrechts in den EU-Mitgliedstaaten. Anders als die Richtlinie (welche von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden musste) gilt die Verordnung unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Für bestehende nationale Gesetze zum Datenschutz (in Deutschland bspw. das BDSG und die Datenschutzgesetze der Länder) bedeutet dies, dass diese, soweit die DSGVO anwendbar ist, weitgehend abgelöst werden. Da die DSGVO grundsätzlich (bis auf wenige

ausgesparte Bereiche, insbesondere Strafverfolgung und öffentliches Gefahrenabwehrrecht) auf jegliche Verarbeitung personenbezogener Daten anwendbar ist, werden große Teile der bestehenden nationalen Regelungen verdrängt. So dürfte etwa das Recht am eigenen Bild nach der Verordnung obsolet werden, da die Verordnung für sich eine abschließende Geltung gerade gegenüber nationalstaatlichen Relikten beansprucht.³⁸

3. Internetrecht

Das Internet verändert sich derzeit grundlegend. Ältere werden noch die Worte von *John Perry Barlow* im Ohr haben, der in seiner Unabhängigkeitserklärung für den Cyberspace³⁹ schon 1996 visionär formuliert hatte:

„Regierungen der industriellen Welt, Ihr müden Riesen aus Fleisch und Stahl, ich komme aus dem Cyberspace, dem neuen Zuhause des Geistes. Als Vertreter der Zukunft bitte ich Euch aus der Vergangenheit, uns in Ruhe zu lassen. Ihr seid nicht willkommen unter uns. Ihr habt keine Souveränität, wo wir uns versammeln.“

Von diesem Pathos ist heute kaum etwas geblieben. Nicht ohne Grund dümpeln die früher hochgefeierten Piraten bei Wahlen am Existenzminimum.⁴⁰ Die Zeiten, in denen Zehntausende gegen Beschränkungen des Internet demonstrierten,⁴¹ sind lange vorbei.

a) *Facebook-Bashing und der Tugendfuror*. Das Netz galt Jahrzehnte als im Kern nicht regelbar und war damit Quelle der Meinungsfreiheit auch und gerade in Regimen wie China oder Russland.⁴² Heute kann jeder Politiker und jeder Journalist Facebook lesen und sich über extreme Postings von links und rechts aufregen.⁴³ Bedingt durch den derzeitigen „Tugendfuror“,⁴⁴ in dem „man“ weiß, was „man“ im Netz sagen darf, erschallt der Ruf nach Meinungskontrolle insbesondere bei den sozialen Netzwerken. Die Tageszeitungen reagieren darauf und schließen ihre Kommentarrubriken. Die Politik macht die derzeitige Welle des Facebook-Bashing

31 So der Trailer eines Dokumentarfilms von *David Bernet* zur DSGVO. „Democracy. Im Tausch der Daten“. Ich werde oft mit dem Satz zitiert, die DSGVO sei das schlechteste Gesetz des 21. Jahrhunderts. Dieser Satz erfolgte in Gegenreaktion in einer Diskussion mit *Bernet* während der Euroforum-Datenschutztagung Frühjahr 2016 in Berlin.

32 S. dazu das derzeit im Bundestag diskutierte Datenschutzanpassungsgesetz, GE zur Anpassung des Bundesdatenschutzgesetzes an die EU-Datenschutzgrundverordnung (VO EU 2016/679).

33 S. den in § 38 II fehlenden Verweis auf § 7, der dazu führt, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte keine gesetzlichen Aufgaben mehr hat.

34 So etwa in § 1 IV 2 Nr. 1, in dem davon geredet, dass jemand „personenbezogene Daten im Internet verarbeitet“. Es fragt sich, warum solche Entwürfe vom BMI ausgearbeitet werden und nicht vom BMJV.

35 Es ist mE nicht damit zu rechnen, dass das Anpassungsgesetz fristgerecht in Kraft tritt – was aber nicht so schädlich ist, da ohnehin noch viele Anpassungsregeln – etwa der Bundesländer – fehlen.

36 Dazu *Hoeren*, MMR 2016, 8.

37 Dazu *Poble*, ZD Aktuell 2017, 05452.

38 Dazu demnächst *Klein*, Datenschutzgrundverordnung und das Recht am eigenen Bild, 2017 (iErsch.).

39 *John Perry Barlow*, A Declaration of the Independence of Cyberspace. Electronic Frontier Foundation, 8.2.1996, www.eff.org/de/cyberspace-independence.

40 S. den Schwerpunkt der taz zum Thema <https://taz.de/Ausgabe-vom-10-11-Sept-2016/!162844/>

41 Selbst in Münster versammelten sich mehr als 1000 Demonstranten gegen ACTA, s. www.wn.de/Muenster/2012/02/Weltweiter-Protest-gegen-Acta-auch-in-Muenster-Tausende-demonstrierten-auf-dem-Ludgeriplatz.

42 *Arifon*, Chine: de la muraille à Internet, permanence du contrôle étatique, *Hermès* 2012, 160.

43 Bevor ich selbst Gegenstand heftiger Hass-Attacken werde, sei darauf verwiesen, dass es natürlich bei Facebook & Co. Fälle gibt, die eindeutig strafrechtlicher Verfolgung etwa wegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) bedürfen. Nur sind solche Straftatbestände nicht einfach zu konturieren; nicht alles, was an Facebook-Postings verärgert, ist automatisch strafbar.

44 Der Begriff stammt von Altbundespräsident *Joachim Gauck*.

mit, indem sie kurz vor dem Bundestagswahlkampf Schnellgesetz wie das Netzwerkdurchsetzungsgesetz⁴⁵ unter das Volk bringt.⁴⁶ Hinweisen, dass im Netz zum Beispiel eine Sperrung von Zugängen technisch gar nicht möglich ist, entgegnet die Rechtsprechung nur mit dem ironischen Hinweis darauf, das gehe sie nichts an und müsse im Einzelfall anhand der Zumutbarkeit geprüft werden.⁴⁷

b) *Die Haftung der Intermediäre.* Immer mehr erweist es sich als Fluch, dass man im Internet bei der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten Probleme bei der Durchsetzung und Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen hat. Insbesondere wenn sich der Schuldner in eine Vollstreckungsphase flüchtet, ist die stark an Staatsgrenzen orientierte Rechtsordnung der ubiquitären Macht des Internet hilflos ausgeliefert. In der Not frisst der Teufel Fliegen und macht die Intermediäre für solche Vollstreckungsprobleme verantwortlich. Denn Zahlungsdienste, Host oder Linksetzer sind einfacher greifbar und wirtschaftlich oft potenter. Gerade im Zusammenhang mit immaterialgüterrechtlichen Auskunftsansprüchen steht die Frage der Auskunftspflicht von Kreditinstituten im Interesse der Rechtsinhaber („Follow the money“). Der *EuGH*⁴⁹ hat 2015 entschieden, dass einer solchen Pflicht das Bankgeheimnis nicht entgegensteht. Der nationale Gesetzgeber dürfe nicht vorsehen, dass ein Bankinstitut unbegrenzt und bedingungslos eine Auskunft über Namen und Anschrift eines markenrechtsverletzenden Kontoinhabers unter Berufung auf das Bankgeheimnis verweigert.⁵⁰

Ähnlich werden die Access Provider in Anspruch genommen, auch wenn eine Sperrung des Internet schon aus technischen Gründen kaum möglich ist. Der *BGH*⁵¹ verlangt, dass Access Provider ihre Systeme so einrichten, dass sie Filter und Sperren vorsehen. Er hat zwar einige Vorbedingungen für eine solche Filterpflicht aufgestellt, diese aber nicht vollständig abgelehnt. Der *BGH* verlangt vom Rechteinhaber, dass er zunächst gegen den unmittelbaren Verletzer und gegen den Host Provider vorgeht. Erst dann soll der Access Provider haften. Er begründet damit eine Subsidiarität der Störerhaftung im Sinne der französischen Kaskadenhaftung.⁵²

Zu den neu ins Visier genommenen Intermediären zählt auch der WLAN-Betreiber. Für ihn sieht der *EuGH*⁵³ vor, dass dem geschäftlich tätigen Anschlussinhaber eines kostenlosen WLAN-Netztes die Pflicht zur Sicherung des WLAN durch ein Passwort auferlegt werden kann, um so Urheberrechtsverletzungen vorzubeugen.⁵⁴ Dies bringe die grundrechtlich geschützten Interessen beider Parteien in Einklang.⁵⁵ Hiermit stimmt auch der Wortlaut des § 8 TMG überein, der mit Wirkung vom 27.7.2016 durch das 2. Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes⁵⁶ geändert wurde und einen Absatz 3 erhielt. In diesem wird die Anwendbarkeit der Grundsätze des § 8 I, II TMG auch auf Diensteanbieter nach § 8 I TMG, die Nutzern einen Internetzugang über ein drahtloses lokales Netzwerk zur Verfügung stellen, ausgeweitet. Das Gesetz soll allerdings insoweit noch einmal geändert werden, um in § 7 IV TMG eine Pflicht von WLAN-Betreibern zur Sperrung im Rahmen der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit vorzusehen.⁵⁷

Neuestes Opfer der Intermediär-Hatz ist der gute alte Internetlink. In seinem Beschluss vom 18.11.2016 hat das *LG Hamburg*⁵⁸ als erstes deutsches Gericht nach der *EuGH*-Entscheidung vom 8.8.2016⁵⁹ entschieden, dass in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19 a UrhG durch eine Verlinkung eingegriffen werden kann.

Demnach haftet der Betreiber einer gewerblich betriebenen Website grundsätzlich auch ohne Kenntnis für urheberrechtsverletzende Inhalte, auf die er verlinkt. In einer solchen Verlinkung sei eine eigenständige öffentliche Wiedergabe zu sehen, durch die der Zugriff für ein neues Publikum eröffnet sei. Haften soll der Verlinkende, wenn „die Linksetzung schuldhaft in dem Sinne erfolgt, dass der Linksetzer um die

Rechtswidrigkeit der verlinkten Zugänglichmachung wusste oder hätte wissen müssen“. Sofern jemand mit Gewinnerzielungsabsicht handelt und einen fremden Inhalt verlinkt, gilt ein strengerer Verschuldensmaßstab: Ihm sei zuzumuten, „sich durch Nachforschungen zu vergewissern, ob der verlinkte Inhalt rechtmäßig zugänglich gemacht wurde“.

Eine Grenze findet die Hatz nach den Intermediären aber doch noch. So hat der *BGH*⁶⁰ im Afterlife-Fall das Begehren einer Abmahnkanzlei in die Schranken gewiesen, die dem Anschlussinhaber eine umfassende Dokumentationspflicht bezüglich der Internetnutzung seines Ehegatten oder eine regelmäßige Pflicht zur Untersuchung des Computers seines Ehegatten auferlegen wollte. Gegenüber Erwachsenen mag die sekundäre Darlegungslast gebieten, den Namen desjenigen zu benennen, der für eine Urheberrechtsverletzung in Betracht kommt. Nicht notwendig ist es, dass der Anschlussinhaber den PC etwa seiner Ehefrau durchsucht oder Abwesenheitslisten führt.

c) *M2M und Big Data.* Ohnehin nimmt die Bedeutung des Internet ab. Ersetzt wird es durch einen allgemeinen Schub der Digitalisierung, der Machine-to-Machine-Kommunikation (M2M) und des Internet of Things (IoT). Diese Instrumente machen es viel leichter, den Konsumenten zu kontrollieren und dessen Nutzungsverhalten auszuwerten. Nicht ohne Grund entsteht parallel der Ruf nach Big Data, der geschickten Analyse großer Datenmengen. Big Data macht scheinbar anonyme Daten personenbeziehbar und unterläuft klassische Prinzipien des Datenschutzrechts wie das der Zweckbindung und der Datensparsamkeit. Deshalb wurde praktischerweise in der DSGVO Big Data weitgehend freigestellt. Zwar umfasst Art. 4 Nr. 4 DSGVO auch das Profiling als Verarbeitungsvorgang. Auch verweist Art. 5 Buchst. b und e der VO auf die Gebote der Datensparsamkeit und Zweckbindung. Allerdings sollen diese Grundsätze gerade nicht im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung gelten (solche Forschung findet nicht nur an den Universitäten statt). Damit sind weite Bereiche der Big-Data-Szene von zentralen Datenschutzgrundsätzen ausgenommen.

Im Übrigen verbleibt noch Hilfe über das Pseudonymisieren, das zukünftig als Risikominimierungsmaßnahme eingestuft wird, die sowohl im Rahmen des Privacy-by-Design (Art. 25) als auch als technische (Sicherheits-)Maßnahme (Art. 32) verwendet werden kann. Das klassische Datenschutzrecht erweist sich als in Teilen inadäquat und ineffizient im Umgang mit Big Data. Traditionelle Denkfiguren wie der Personenbezug von Daten erweisen sich im Zeitalter der ubiquitären Verknüpfbarkeit von Daten als ebenso obsolet wie das Instrument der Zweckbindung oder der Einwilligung des Betroffenen. Hier bedarf es

45 Veröffentlicht unter https://netzpolitik.org/wp-upload/2017/03/1703014_NetzwerkDurchsetzungsg.pdf. Dazu kritisch *Härting*, *www.cr-online.de*, Blog 2017.

46 Dazu auch *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518.

47 Vgl. *BGH*, MMR 2016, 188 Ls. 3; krit. Betrachtung der Einführung v. Internetsperren in *Heidrich/Heymann*, MMR 2016, 379.

48 Dazu *Hoeren*, MMR 2016, 518.

49 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:485 = NJW 2015, 3158 Ls. = GRUR 2015, 894 mit Anm. *Kamlah*, GRUR 2015, 896 – Cory Germany.

50 *BGH*, NJW 2016, 2190 = GRUR 2016, 497 – Davidoff Hot Water II.

51 *BGH*, MMR 2016, 188; GRUR 2016, 749 = MMR 2016, 616.

52 Dazu krit. *Heidrich/Heymann*, MMR 2016, 370.

53 *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:689 = NJW 2016, 3503 – Mc Fadden.

54 *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:689 = NJW 2016, 3503 – Mc Fadden Rn. 99 f.

55 *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:689 = NJW 2016, 3503 Rn. 90 – Mc Fadden.

56 BGBl. I 2016, 1766; berechtigte Kritik üben *Conraths/Peintinger*, GRUR-Prax 2016, 297.

57 TMG-Änderungsgesetz v. 23.2.2017 – RefE des BMWi, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-drittes-gesetz-zur-aenderung-des-telemediengesetzes.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

58 *LG Hamburg*, AfP 2017, 78 = BeckRS 2016, 21031.

59 *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:644 = NJW 2016, 3149 = GRUR 2016, 1152 – GS Media.

60 *BGH*, WRP 2017, 448 = BeckRS 2016, 116060 – Afterlife.

der zusätzlichen Einbeziehung weiterer Regulierungsansätze etwa aus dem Verbraucherschutz- und Kartellrecht, etwa der Blick auf das Diskriminierungsverbot, die Betrachtung von Fragen der Datenqualität und -richtigkeit oder die Berücksichtigung von technischen Maßnahmen zur Transparenz von Algorithmen und Verfahren der Datenanalyse.⁶¹

Gleichzeitig wird die Digitalisierung ein Thema des TK-Rechts, ein Rechtsgebiet, das noch vor Jahren als tot galt. Während zwar Rundfunkrecht gestorben ist,⁶² erfreut sich das TK-Recht einer Renaissance. M2M lässt sich durchaus als Telekommunikationsdienst (§ 3 Nr. 24 TKG) qualifizieren. Diese Dienste unterliegen dann der Meldepflicht (§ 6 TKG) und der Aufsicht durch die Bundesnetzagentur. Diese neue Situation kann sich aber schnell zu desaströsen Problemen für bestimmte Wirtschaftszweige entwickeln, etwa wenn man sich mit einem „connected car“ durch Europa bewegt und damit den Aufsichtsregimen verschiedener EU-Staaten untersteht.⁶³

d) *Big Data und Data property*. Ungeklärt ist auch die Frage, wem das „Eigentum“ an Daten zusteht.⁶⁴ Diese Frage ist in jüngster Vergangenheit missverstanden worden. So wurde ein eigenes Leistungsschutzrecht für Daten diskutiert.⁶⁵ Dabei geht es um die Frage, wie de lege lata ein Verfügungsrecht an Daten begründet werden kann.⁶⁶ Die Idee eines Dateneigentums wurde in der Literatur zu § 303 a StGB schon kurze Zeit nach der Entstehung der Vorschrift diskutiert⁶⁷ und zugunsten desjenigen gelöst, der im Wege eines Skripturakts die Daten aufgezeichnet hat. Im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung ist derjenige, der eine Datenverfügungsbefugnis nach § 303 a StGB unter den oben aufgeführten Bedingungen erlangt hat, auch nach dem Zivilrecht als Berechtigter an den Daten anzusehen. Dabei gilt es zu beachten, dass Daten zwar keine Sachen iSv § 90 BGB sind, aber Gegenstand eines Kaufvertrags sein können. Nach herrschender Meinung fallen unter den Begriff der sonstigen Gegenstände iSv § 453 BGB einzelne unkörperliche Vermögenswerte, wie Know-how, Erwerbs- oder Gewinnchancen sowie Informationen.⁶⁸ Auf Daten als „sonstige Gegenstände“ findet nach dieser Vorschrift daher Kaufrecht entsprechende Anwendung, weswegen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsakt auch eine dingliche Zuordnung entsprechen sollte. Anzuwenden sind hier Skripturakttheorie und Verarbeitungsrechtsprechung iSv § 950 BGB.⁶⁹ Eigentum an den Daten bekommt der, der die Daten technisch aufgezeichnet oder diesen Skripturakt verantwortet hat.⁷⁰ Diese Frage ist keine akademische. Denn davon hängt ab, ob bei der Insolvenz eines Cloudanbieters (besonders im Auftragsverhältnis) Daten wieder ausgesondert werden können⁷¹ oder wie sich ein Pfandrecht an Daten begründen lässt.⁷²

e) *Blockchain und der Sieg des Algorithmus*. Und die Freaks? Sie träumen von einer digitalen Welt ohne staatliche Aufsicht, selbstreguliert mittels Algorithmen. Das Phänomen ist nicht neu. Schon beim Einsatz von Scoring durch Schufa & Co. tauchte das Phänomen auf, dass die dem Scoring zugrunde liegenden Algorithmen als Betriebsgeheimnisse nicht eingesehen werden können und sich damit einer Kontrolle entziehen.⁷³ Diese Schwäche wird bei Blockchain-Verfahren dadurch behoben, dass an die Stelle staatlicher Aufsicht die Schwarmintelligenz, die Kontrolle durch Internettransparenz aller tritt.

Blockchains sind dezentrale Datenbanken, die unter anderem als technische Basis für so genannte Kryptowährungen (zB Bitcoin) fungieren, jedoch auch in anderen Bereichen verwendet werden können, in denen Informationen sicher, aber zugleich transparent gespeichert und transferiert werden müssen. Letzteres wird gewährleistet, indem alle Transaktionen von Daten chronologisch archiviert und in Datenblöcken kettenartig aneinandergereiht werden. Die Informationen werden verifiziert und nahezu unveränderbar öffentlich (aber pseudonymisiert) gespeichert. Durch ein System des wechselseitigen Informationsabgleichs mit dem vorangegangenen Block und der Prüfsumme der gesamten Kette wird ein zuverlässiger Schutz vor Manipulationen ermöglicht. Nicht

mehr erforderlich ist dabei ein Intermediär (zB eine Bank). Die Datenbank liegt vielmehr dezentral in einem Netzwerk vieler Computer, so dass jeder Teilnehmer die gleichen Zugriffsrechte hat.

Vorteil des Verfahrens ist die Minimierung des Datenaustauschs. Es müssen nur noch Informationen ausgetauscht werden, die wirklich erforderlich sind. Das ermöglicht zudem automatisierte Vertragsschlüsse oder -abwicklungen (sog. Smart Contracts), die nur noch an den Eintritt bestimmter Bedingungen, wie etwa den Zahlungseingang, geknüpft sind. Potenzielle Gefahren bestehen jedoch im Hinblick auf Datenschutz,⁷⁴ Geldwäsche⁷⁵ oder das Darknet.⁷⁶ Im juristischen Bereich sind vielfältige positive Anwendungen denkbar, etwa im Bereich E-Government, etwa bei öffentlichen Katastern vom Grundbuchamt bis hin zur Steuerverwaltung. Auch das Stromnetz könnte sich über Blockchain dezentral selbst verwalten. Inzwischen denken auch viele Kreditinstitute und Versicherungen über den Einsatz solcher Instrumente nach.⁷⁷

IV. Schluss

Und wo geht's hin mit der NJW? Mit Bedacht den Trends folgen – so wie seit vielen Jahrzehnten. Für die Anwaltschaft und Wirtschaftsjuristen ist die wöchentliche Lektüre der NJW dann weiterhin ein Muss – gerade wenn es um das IT- und Informationsrecht geht. Etwa 30 % der Stellenanzeigen in der NJW waren auf diese Rechtsgebiete bezogen. An vielen Universitäten existieren jetzt Schwerpunkte in entsprechenden Vorlesungen und Seminaren. Umso wichtiger ist es, hier am Ball zu bleiben, damit der fatale Satz von *Angela Merkel* relativiert werden kann: „Das Internet ist für uns alle Neuland.“⁷⁸ ■

61 Verwiesen sei hier auf die zahlreichen Forschungsberichte des Großforschungsprojekts ABIDA, www.abida.de/.

62 Sieht man einmal ab von *Piet Smiet*, www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/die-youtuber-vom-let-s-play-kollektiv-piet-smiet-sollen-eine-rundfunklizenz-beantragen-14939592.html.

63 *Grünwald/Nüßing*, MMR 2015, 378; *Scherer/Heinickel*, ENLR 2014, 141; *Herrmann*, RAW 2017, 19.

64 *Hoeren*, MMR 2013, 486; *Dorner*, CR 2014, 617; *Zech*, GRUR 2015, 1151; *Zech in De Franceschi*, European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, 51; *Wiebe*, GRUR Int 2016, 877; *Kerber*, GRUR Int 2016, 989; *Faust*, NJW-Beil. 2/2016, 29.

65 *Ensthaler*, NJW 2016, 3473 (3476). S. auch Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European economy v. 10.1.2017, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy>.

66 *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 296. Gerade im Datenschutzrecht finden sich Anknüpfungspunkte im Hinblick auf eine Datenherrschaft, die auf ein umfassendes Datenschutzrecht hinauslaufen, dazu *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006; *Kilian in Garstka/Coy*, Wovon – für wen – wozu. Systemdenken wider die Diktatur der Daten – Wilhelm Steinmüller zum Gedächtnis, 2014, 195–224.

67 *Welp*, IuR 1988, 448; vgl. vor allem dort die alte Kommentierung, Fn. 46.

68 *Staudinger/Beckmann*, BGB, Neubearb. 2004, § 453 Rn. 20; *Spindler/Klöhn*, VersR 2003, 410.

69 Dazu ausführlicher *Hoeren*, Big Data und Recht, 2014.

70 *Boehm*, ZEuP 2016, 358 (383); *Hieke*, InTeR 2017, 10 (13).

71 *Jülicher*, ZIP 2015, 2063 (2065); *ders.*, K&R 2015, 448 (450); zur Diskussion in der Schweiz: Parlamentarische Anfrage vom 16.9.2014 und Antwort des Bundesrats vom 12.11.2014, www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20141064; s. auch zur Reform des Handelsgesetzbuchs in Luxemburg: Art. 567 II Code de Commerce.

72 *Court of Appeal*, 2014, EWCA Civ 281

73 *BGH*, NJW 2014, 1235 = CR 2014, 364.

74 Dazu *Guggenberger*, ZD 2017, 49.

75 Dazu *Oberschelp*, Geldwäsche und Bitcoin, www.internet-law.de/2016/02/geldwaesche-und-bitcoin.html.

76 *Renard*, Darknet, Mythes et réalités, 2016.

77 Dazu *Prinz/Schulte*, Fraunhofer-Positionspapier Blockchain, 2017.

78 So *Merkel* auf einer Pressekonferenz mit dem damaligen US-Präsidenten *Barack Obama* am 19.6.2013, https://www.youtube.com/watch?v=2n_-lA8GB4, bei 2:33.