

Schutz vor Wiederholungstätern *aller Altersgruppen* trifft und gegebenenfalls neue Lösungsmöglichkeiten „aus einem Guss“ erarbeitet<sup>70</sup>. Das Gremium sollte interdisziplinär mit Straf-, Polizei- und Verfassungsrechtlern sowie psychiatrischen und kriminologischen Sachverständigen besetzt sein, um endlich umfassend zu klären, ob dem in berechtigten Anliegen des Schutzes der Allgemeinheit, das hinter

allen „Irrungen“ des Gesetzgebers steht, nicht doch auf *rechtsstaatlich* erträgliche Weise zumindest teilweise Rechnung getragen werden kann. ■

70 Ullenbruch, Stellungnahme (o. Fußn. 6), S. 23; dem folgend fraktionale Entschließungsanträge BT-Dr 16/9649 und 16/9650; vgl. aber auch BT-Dr 16/9643.

Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster

## Das Pferd frisst keinen Gurkensalat – Überlegungen zur Internet Governance\*

Vor zehn Jahren unternahm der Verfasser in der NJW den Versuch, erste Entwicklungslinien des Internetrechts zu skizzieren (NJW 1998, 2849). Das Internet führe zu einer Dekonstruktion des Rechts, zu einer Depersonalisierung, Deformalisierung und einer Deterritorialisierung. Zehn Jahre später wird es Zeit für eine kritische Überprüfung der damaligen Visionen – wohin steuert das Internetrecht? Ein Glossar zu den verwendeten Fachbegriffen ist am Ende des Beitrags abgedruckt.

### I. Einführung

„Das Pferd frisst keinen Gurkensalat!“ Mit diesen Worten nutzte *Johann Reis* 1861 zum ersten Mal öffentlich seine Erfindung, das Telefon. Der Satz markiert nicht nur den Beginn der analogen Sprachübermittlung. Er gibt auch einen Eindruck von der Frühphase der Netzwirtschaft. *Reis* wählte den Satz bewusst als Binsenweisheit. 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 können, 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, sind die Aktivitäten des Staates in diesem Bereich heute fast obsolet geworden. Wer spricht heute noch von UMTS-Versteigerungen 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.

Doch die Allgegenwart des Internets wurde auch zur Pandora'sche 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 Pandekistik – *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 auf Grund seiner Schnelligkeit und Virtualität eine deforma-

lisierende Kraft. Alle klassischen Normen, die auf die Schriftform abstellen, würden durch das Netz obsolet. Auch habe das Web deterritorialisierende Effekte, indem es jede Rückkoppelung des Rechts an ein bestimmtes Territorium im virtuellen Raum ad absurdum führe.

Meine Frage lautet: Stimmen die damaligen Überlegungen zur dekonstruktiven Macht des Internets noch? Was hat sich in den letzten zehn Jahren getan? Sind *persona, forma, res*, noch Leitperspektiven des Rechts?

### II. Aktuelle Entwicklungen

#### 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 man Haftungsintermediäre finden. In simplifizierender Anwendung ökonomischer Kriterien sucht man nach dem *cheapest cost avoider*. So kommen die Gerichte schnell zu einer weiten Verantwortlichkeit des Admin-C<sup>2</sup>. Unter Missachtung der Haftungserleichterungen aus der E-Commerce-Richtlinie werden auch andere Intermediäre wie Auktionshäuser, Linksetzer, Forenbetreiber zu Opfern von Unterlassungsklagen. 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. Die Repersonalisierung setzt jedoch niederschwelliger auch 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-Info-Verordnung dienen auch dem Zugriff auf eine reale Person, mit Vertretungsberechtigtem, Umsatzsteuerident- und Handelsregisternummer, mit ViSdP.

Demgegenüber sind die alten, vor zehn Jahren betonten Aspekte der Entpersönlichung wider Erwarten nicht zum Tragen gekommen. Virtuelle Unternehmen, ein Modebegriff des ersten Internethype, haben nie Bedeutung erlangt. 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

\* Der Autor ist Professor am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Universität Münster.

1 Hoeren, NJW 1998, 2849.

2 KG, MMR 2006, 392; krit. OLG Hamburg, MMR 2007, 601 = BeckRS 2007, 10375; LG Bonn, CR 2005, 527. Dazu Hoeren/Eustergerling, MMR 2006, 132.

Internethype lange Zeit in aller Munde, heute spricht aber kaum noch jemand von diesen Phänomenen.

## 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 Europa gefunden und wird sie wohl auch nicht mehr finden. An die Stelle der Schriftform trat die Textform i. S. des § 126 b BGB. Entscheidendes Merkmal dieser kleinen Schriftform ist das Erfordernis der dauerhaften Wiedergabe von Schriftzeichen. Mit der legendären Entscheidung des KG zu § 312 c I 1 BGB<sup>3</sup> ist diese Form nur erfüllt, wenn es tatsächlich zur Perpetuierung der Erklärung beim abrufen den Verbraucher kommt. Dies führt bekannterweise in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten, was zum Beispiel die Beachtung von Informationspflichten bei Auktionsgeschäften angeht.

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 ist auch durch gesetzliche Vorgaben bedingt. Immer noch sind die Entscheidungen des *OLG Köln*<sup>4</sup> und *OLG Hamburg*<sup>5</sup> leading cases, die den Beweiswert elektronischer Dokumente im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung als sehr gering angesetzt haben. Im Zweifel verwenden Internet-Unternehmer daher weiterhin Papier zur Dokumentierung von Vertragsabschlüssen und sonstigen Vertragserklärungen<sup>6</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>7</sup>. In Ermangelung einer solchen Signatur machen sich die meisten 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>8</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 Aufklärungspflicht. Die Informationspflichten 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. Viele der Informationspflichten substituieren die alte Schriftform. So soll der Verbraucher zum Beispiel über die einzelnen technischen Schritte zum Vertragsschluss informiert werden (§ 3 Nr. 1 BGB-InfoVO). Auch die so genannte Impressumspflicht dient der Sicherung der Warnfunktion; der User einer Homepage soll wissen, mit wem er es zu tun hat.

## 3. Reterritorialisierung

Viel beschworen waren von Internet-Anbeginn die Phänomene der Deterritorialisierung. *David Johnson* und *David Post* begannen schon Anfang der 90er Jahre damit, die Raumlosigkeit des Netzes als Ideal eines neuen Internet-Staa-

tes zu preisen<sup>9</sup>. Es schlossen sich viele an, die den Traum des Internets als rechtsfreien Raum träumten, von einer Legitimationskrise und Dekonstruktion des Nationalstaates sprachen<sup>10</sup>. Hingewiesen wurde auch schnell auf Rechtsstaaten im Internet und mangelnde Durchsetzbarkeit nationalstaatlicher Rechtsbefehle in Drittstaaten. Der Traum von der großen Freiheit ist inzwischen zerplatzt – und zwar schon früh, bedingt durch die Überlegungen des französischen Richters *Gomez* im Yahoo-Fall<sup>11</sup>. Die französische Justiz postulierte weltweit erstmals eine Art Reterritorialisierung des Internet, das heißt eine territoriale Beschränkung des Zugriffs auf Internetseiten. Dabei stützte sich der französische Richter *Gomez* auf ein Gutachten, das zwei Franzosen sowie der amerikanische „Internet-Mitbegründer“ *Vinton Cerf* erstellt hatten. Demnach könne technisch zu 70% gewährleistet werden, dass die rechtswidrigen Seiten in Frankreich nicht mehr aufgerufen werden, da die Nutzer auf Grund 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 aufwändig 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.

## III. 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 probalistischen Aussagen<sup>12</sup>. Diesen Aussagen fehlt die Binärwertung

3 KG, NJW 2006, 3215.

4 *OLG Köln*, CR 2003, 55 = K & R 2003, 83 = BeckRS 2002, 07533, m. zust. Anm. *Roßnagel*, K & R 2003, 84; *LG Bonn*, MMR 2002, 255 = CR 2002, 293 m. zust. Anm. *Hoeren*; *LG Konstanz*, MMR 2002, 835 = CR 2002, 609; *AG Erfurt*, MMR 2002, 127.

5 *OLG Hamburg*, NJOZ 2003, 936 = MMR 2002, 820.

6 Z. B. *KG*, NJW 1994, 3172; *OLG Dresden*, NJW-RR 1994, 1485; *OLG Köln*, NJW 1995, 1228; *BGH*, NJW 1995, 665; *AG Köln*, RDV 1999, 32; zusammenfassend u. a. *Henneke*, NJW 1998, 2194 (ber. 2958); *Töpperwien*, DRiZ 1999, 241.

7 Umsatzsteuersteuer-Richtlinien (UStR) 2008 Nr. 184 a.

8 *AG Hamburg-Altona*, DSrR 2006, 1523; *AG Brühl*, Urt. v. 12. 4. 2006 – 21 C 612/05, BeckRS 2007, 14273.

9 *Johnson/Post*, Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace, 48 *Stanford L Rev* 1367 (1996); [http://www.cli.org.x0025\\_LBFIN.html](http://www.cli.org.x0025_LBFIN.html); *Johnson/Post*, And How Shall the Net Be Governed? <http://www.cli.org/Dpost/governance.html>; *Burk*, Jurisdiction in a World Without Borders, <http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol1/homeart3.html>.

10 *Castells*, Die Macht der Identität, 2003, S. 286 ff., und *ders.*, Jahrtausendwende, 2003, S. 379 ff.

11 *US District Court for the Northern District of California*, MMR 2002, 26 m. Anm. *Mankowski*. Vgl. auch *Tribunal de Grande Instance de Paris* (TGI), K & R 2000, 365; TGI, MMR 2001, 309 L m. Anm. *Namgalies* = K & R 2001, 63 L m. Anm. *Hartmann*.

12 *Winter/Schäfer*, NVwZ 1985, 703.

„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, was der binären Codierung des Rechts widerspricht.

### 1. Probabilismus: Beispiele

Im Bereich der Reterritorialisierung tauchen zum Beispiel 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>13</sup> die Frage, ob schon die „keinesfalls unwahrscheinliche Möglichkeit“ des Missbrauchs von WLAN-Verbindungen Prüf- und Handlungspflichten auslösen kann. Das *LG München I*<sup>14</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 für die Sperrung abzustellen sei. Bei der Reformalisierung stellt sich das Problem, dass der Beweiswert elektronischer Dokumente abseits der qualifizierten Signatur nur über die Grundsätze freier richterlicher Beweiswürdigung erfolgen kann. Aussagen über den Beweiswert können hier daher nur über Wahrscheinlichkeitskriterien vorgenommen werden.

### 2. Die juristische Logik

Juristen fällt der Umgang mit solchen Wahrscheinlichkeitsaussagen schwer<sup>15</sup>. Recht ist binär codiert; entweder etwas ist verboten oder es ist erlaubt<sup>16</sup>. Deshalb wird im juristischen Bereich seit Anbeginn des Internetrechts daran gearbeitet, die Umsetzung von Wahrscheinlichkeitsurteilen in die binäre Logik der Jurisprudenz zu gewährleisten. Dabei wird die Lösung erstaunlicherweise nicht im Technikrecht gesucht, wo solche Transformationsprobleme schon seit langem bekannt sind. Dazu fehlt es bis heute weltweit an einer hinreichenden Verknüpfung von Technik- und Informationsrecht, obwohl man zum Beispiel viel aus der alten Diskussion um Risikobewältigung etwa im Atomrecht hätte lernen können. Das Informationsrecht ist zu weitgefächert, zu allgegenwärtig, als das es mit dem hochkomplexen und auf die Erfahrungen weniger Experten beschränkte Technikrecht in Verbindung treten würde. Die Antwort des Informationsrechts war und ist deshalb diffuser und vielschichtiger als die des Technikrechtlers.

### 3. Lösungsansätze

a) *Verlagerung auf Sachverständige*. Ein im Technikrecht gängiger Weg ist die Verlagerung von Governancemacht auf Sachverständige. Dies kann etwa durch eine Prozeduralisierung, also die Ex-ante-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. Alternativ kann aber auch ex post der Sachverständige als Kerngestalt im Gerichtsprozess zur Entscheidung eines Falls aufgerufen sein. Im IT-Recht sind letztere

Fälle gängig; hier tritt der Sachverständige tatsächlich oft an die Stelle des Richters. Ähnliches gilt im Zusammenhang mit dem Beweiswert von EC-Karten<sup>17</sup>. Ganz anders ist die Situation im Internetrecht. Hier gab es in der Frühzeit des Internets, allerdings auch nur im Bereich des Internet-Strafrechts, Fälle mit Einbindung von Sachverständigen. Zu denken ist hier etwa an den *Compuserve-Fall*<sup>18</sup> oder das Strafverfahren gegen *Angela Marquardt* wegen des Radikal-Links<sup>19</sup>. Doch heutzutage ist diese Einbindung von Sachverständigen nicht mehr gängig. Hier setzen die Richter in fast allen Fällen ihre eigene Sachkunde an die Stelle eines Sachverständigen<sup>20</sup>. So meinen sich zum Beispiel die Richter des *OLG Hamburg* exzellent mit der Nutzung grafischer Windows-Oberflächen in den Neunziger Jahren auszukennen<sup>21</sup>. Die Richter des *OLG München*<sup>22</sup> meinen aus eigener Sachkunde zu wissen, dass der situationsadäquat durchschnittlich aufmerksame, informierte und verständige Internetnutzer unter „rechtsanwalte-dachau.de“ nicht eine einzelne Kanzlei, sondern ein örtliches Anwaltsverzeichnis mit einer Auflistung sämtlicher Rechtsanwälte im Raum Dachau vermutet. In Köln<sup>23</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>24</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 erachte und deshalb von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absehe. Die Grenze richterlichen Ermessens sei aber 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>25</sup> die Existenz eines besonderen, internetspezifischen Verbraucherbilds abgelehnt. Gleichzeitig nimmt der *I. Zivilsenat* selbst für sich Anspruch, die Gepflogenheiten im Internet zu kennen, etwa dass ein geringer Einstiegspreis bei eBay ein Zeichen für eine Markenpiraterie ist<sup>26</sup> oder dass man mit PDF-Dateien kein elektronisches Pressearchiv erstellen kann<sup>27</sup>.

13 *LG Hamburg*, MMR 2006, 763.

14 *LG München I*, MMR 2007, 453 = BeckRS 2007, 06539.

15 *J. P. Schmidt*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess, 1972, insb. S. 163–178, und im Verwaltungsprozess *R. Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 93 ff. (209 ff.).

16 Dazu grdl. *Lubmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 61 ff.; krit. dazu *Meder*, Schuld, Zufall, Risiko, 1993, S. 265 ff.; *Damm*, Rechtliches Risikomanagement, 1999, S. 93, 112 f.

17 *BGH*, NJW 2004, 3623 = MMR 2004, 812.

18 *AG München*, NJW 1998, 2836 = MMR 1998, 429.

19 *AG Tiergarten*, MMR 1998, 49.

20 Zu den wenigen Ausnahmen *OLG München*, NJW 2001, 3553 = MMR 2001, 375.

21 *OLG Hamburg*, NJOZ 2005, 4335.

22 *OLG München*, NJW 2002, 2113 = MMR 2002, 614.

23 *OLG Köln*, MMR 2002, 389.

24 *BGH*, NJW-RR 2007, 357.

25 *BGH*, GRUR 2005, 438 = NJW 2005, 1790 L.

26 *BGH*, NJW 2004, 3102 (3105).

27 Pressemitt. Nr. 76/2002 z. Urte. des *BGH* in Sachen Elektronische Pressepiegel.

b) *Verlagerung auf die Justiz.* Abseits der Einbeziehung von Sachverständigen bleibt meist nur der Weg in den Dezisionismus. Lawrence Lessig<sup>28</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 Europa angeht. Auch abseits des klassisch fallrechtsorientierten Werberrechts 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 – nur durch Richter zu konkretisierenden – quantitativ oder qualitativ wesentlichen Investition. Beim Online-Marketingrecht 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 Einzelelemente 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 Google-Ads 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 markenrechtliche Zulässigkeit von Metatags erst zu einem Zeitpunkt gerichtliche Klärung herbeigeführt werden kann, in dem Suchmaschinen gar nicht mehr auf Metatag-Technologien setzen.

c) *Lösung auf der Vollstreckungsebene.* Eine weitere Lösung des Probabilismusproblems findet in sich der Rolex-II-Entscheidung des BGH. Hier verlagert der I. Zivilsenat des BGH die Frage der wahrscheinlichen Effizienz von Filterungsmaßnahmen auf die Vollstreckungsebene. Er<sup>29</sup> schlägt vor, dass die Frage der Zumutbarkeit von Filterverfahren und anschließender manueller Kontrolle im Vollstreckungsverfahren klargestellt werden solle. Ferner betont der Senat, dass bei einer Verurteilung zur Unterlassung der Verantwortliche im Vollstreckungsverfahren für Zuwiderhandlungen nur haftbar zu machen sei, wenn ihn ein Verschulden treffe. Für Rechtsverletzungen, die der Verantwortliche in dem vorgezogenen Filterverfahren nicht erkennen könne, treffe ihn kein Verschulden<sup>30</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>31</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 langjährigen Tätigkeit als Richter nie gehört, dass ein Vollstreckungsgericht einmal zur Klärung des Umfangs eines Unterlassungsantrags Beweis erhoben hätte.

d) *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 ganze Internetrecht prozessual 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>32</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.

#### IV. Zusammenfassung

Damit komme ich zum Schluss und zu der Frage: 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 getragen hat. Forschungsdesiderate sind künftig Meta-Untersuchungen, die den systematischen, dogmatischen und wissenschaftstheoretischen Zusammenhang des Informationsrechts akzentuieren. Gefragt sind hier Themen wie die Suche nach der Informationsgerechtigkeit<sup>33</sup>, der Zusammenhang von Immaterialgüterrecht von allgemeinem Zivilrecht<sup>34</sup> oder die Analyse von techno-legal issues, von gemeinsamen technisch-juristischen Gesamtbetrachtungen. Eine so verstandene Grundlagenforschung würde schnell bemerken, wie unreflektiert falsch manche „Weisheiten“ der Informationsgesellschaft sind. Zum Beispiel der Satz von Reis: „Ein Pferd frisst keinen Gurkensalat.“ Ich habe einige Pferdezüchter aus dem Münsterland gefragt: Der Satz ist falsch. Ein Pferd frisst Gurkensalat; das ist ein anerkanntes Heilmittel in der Tiermedizin gegen Maulfäulnis.

28 The Path of Cyberlaw 104 Yale L.J. 1743 (1995).

29 BGH, NJW 2007, 2636 = MMR 2007, 507 – Internetversteigerung II.

30 BGH, NJW 2004, 3102 = MMR 2004, 668 – Internetversteigerung ROLEX. OLG München, GRUR 2007, 419 = MMR 2006, 739.

31 Thomas/Putzo, 28. Aufl. (2007), § 890 ZPO Rdnr. 15. Vgl. Spindler, MMR 2001, 737; ders., NJW 2002, 921 (925).

32 Mankowski, NJW 2002, 2822; dagegen Roßnagel/Pfitzmann, NJW 2003, 1209. Dazu grdl. auch Spindler, MMR 2008, 7.

33 Hoeren, MMR 2008, 3. S. dazu auch Kloepfer, InformationsR, 2003, § 4 Rdnrn. 15 ff.

34 Ahrens, GRUR 2006, 617.

## Glossar

**Admin-C**

*Administrative Contact* – Administrator einer Domain (Internetadresse) und als solcher bei der zentralen Vergabestelle DENIC e. G. registriert; nicht zwingend identisch mit dem Inhaber/Nutzer der Domain

**Access-Provider**

Anbieter eines Internet-Zugangsdienstes

**Anonymizer**

Bei der Kommunikation über das Internet zwischen Benutzer und Zielrechner aus Datenschutzgründen zwischengeschaltetes Rechnernetz („Proxy“), das die Rückverfolgung der Daten zum Nutzer verhindern soll

**Cache-Provider**

Zwischenschaltung sog. Web-Caches (schnelle Puffer-Speicher) in Rahmen des Anbietens von Internetdiensten zur Beschleunigung des Zugriffs auf Internetinhalte; z. B. → Usenet

**(Internet-)Forum**

Privat oder kommerziell betriebener Internet-Dienst, der dem Austausch von Gedanken, Meinungen und Erfahrungen dient, häufig themengebunden (z. B. Web-Forum, Mailingliste; s. auch → Usenet)

**Geolocation**

*Auch: Geotargeting* – Zuordnung von IP-Adressen (→ IP) zu ihrer geographischen Herkunft (z. B. zu Werbezwecken oder im Kampf gegen unerwünschtes Ausspähen von Daten); in der Regel ist technisch keine eindeutige Nutzerzuordnung, wohl aber eine Besucherzuordnung (z. B. Internet-Anbieter, Universitäten) möglich

**Global Business Dialogue**

*Global Business Dialogue on Electronic Commerce* (<http://www.gbd-e.org>) – Zusammenschluss verschiedener im elektronischen Handel tätiger Unternehmen zur gemeinsamen Interessenvertretung

**GoogleAds**

*Google Adwords* (von „Adverts“ – Werbung) – Vom Suchmaschinenbetreiber Google entwickelte kostenpflichtige Werbeform, bei der den Inserenten bei jeder Suchanfrage Werbeplatz neben den eigentlichen Suchergebnissen eingeräumt wird

**Header**

„Kopf“ einer Datei; bei E-Mails automatisch generierte Kopfzeile mit den Pflichtangaben Absender und Erstellungsdatum inkl. Uhrzeit sowie optionalen Angaben zu Sendeweg, Inhalt, Format, Empfängern, Betreff und Antwortadresse.

**Host-Provider**

*Auch: Internet Service Provider* – Anbieter verschiedener zur Nutzung des Internets erforderlicher Dienstleistungen, z. B. Zurverfügungstellen von Online-Speicherplatz oder Anbieten von E-Mail-Diensten; wird häufig von → Access-Providern mit übernommen

**Internet-Governance**

„[...] ist die Entwicklung und Anwendung durch Regierungen, den Privatsektor und die Zivilgesellschaft, in ihren jeweiligen Rollen, von gemeinsamen Prinzipien, Normen, Regeln, Vorgehensweisen zur Entscheidungsfindung und Programmen, die die Weiterentwicklung und die Nutzung des Internets beeinflussen.“ (Bericht der Arbeitsgruppe zur Internet Governance im Juli 2005 auf dem Weltgipfel der Vereinten Nationen für die Informationsgesellschaft in → Tunis, abrufbar unter [www.itu.int/wsis](http://www.itu.int/wsis))

**IP-Adresse / -Identifikation / -Lokalisierung / -Scan**

*Internet Protocol* – Binärcodierte „Adresse“ des Internetnutzers, die bei jeder Datenübertragung automatisch zugeteilt wird, über die Richtung des Datentransports entscheidet und den Nutzer eindeutig identifiziert; s. auch → Geolocation

**Metatags**

Beim Abruf nicht angezeigte, aber vom Browser gelesene Angaben auf einer Webseite (Schlagwörter), die v. a. die Durchsuchbarkeit und Auffindbarkeit der Seiten verbessern sollen; zum Teil kam es zu wettbewerbsrechtlich unzulässigem Einsatz durch Wahl inhaltlich wenig bzw. irrelevanter Begriffe

**Netiquette**

Freiwillige Verhaltensempfehlungen zum Kommunikationsverhalten in der Netzkultur (Tonfall, Technik, Sicherheit); ursprünglich entstanden aus Verhaltensempfehlungen im → Usenet

**P2P**

*Peer-to-Peer Connection* – Netzwerkbasierte Kommunikationsform, bei der alle Teilnehmer gleichberechtigt sowohl Dienste in Anspruch nehmen („Client“) als auch zur Verfügung stellen („Server“), z. B. gegenseitige Dateiübertragung über Online-Tauschbörsen

**RFCs**

*Request For Comments series* – Von der IETF („Internet Engineering Task Force“) herausgegebene nummerierte Sammlung von Dokumenten über die technische Entwicklung und Empfehlungen zur Entwicklung des Internet (auch: Internet Standards)

**Second Life**

Seit 2003 online verfügbare, von den Nutzern entwickelte sog. „virtuelle Welt“ (→ **Virtual Communities**), in der Menschen mit Hilfe von selbst kreierten Figuren, sog. Avataren, interagieren

**Tunis-Diskussion**

Zweites Treffen der Arbeitsgruppe der Vereinten Nationen zur Internet Governance auf dem Weltgipfel für die Informationsgesellschaft im Juli 2005 in Tunis; über die kontrovers diskutierten Empfehlungen an den Gipfel konnte keine Einigung erzielt werden (→ **Internet-Governance**)

**Usenet**

Aus einem dezentralen System von Servern bestehender Internet-Dienst (→ **Forum**) zum Austausch von Information über einen gemeinsamen Abonnenten-Verteiler („Newsgroup“); wird auf Grund der technisch notwendigen Zwischenspeicherung der Inhalte von der Rechtsprechung als → **Cache-Provider** eingeordnet

**Virtual Communities**

Gemeinschaft von Menschen, die auf unterschiedliche Art und Weise über das Internet kommunizieren, vgl. z. B. → **Forum** → **P2P** → **Second Life** → **Usenet**

**Virtuelle Unternehmen**

*Auch: Virtuelle Organisation (VO)* – Rechtlich unabhängige Unternehmen oder Einzelpersonen schließen sich kostensparend über einen begrenzten Zeitraum zu einem gemeinsamen Geschäftsprojekt im Internet zusammen

**Web 2.0**

Sammelbezeichnung für interaktive, d. h. vom Nutzer inhaltlich selbst bearbeitete Webinhalte (z. B. Wikis, Blogs, Foto- und Videoportale, Tauschbörsen, Online-Netzwerke)

**WLAN-Anschluss / -Verbindung**

*Wireless Local Area Network* – Drahtloses lokales Funknetz zur Datenübertragung, v. a. Internet-Nutzung

**World of Warcraft**

2004 entwickeltes, sehr erfolgreiches Online-Rollenspiel des Unternehmens Blizzard Entertainment (→ **Virtual Communities**)

**Zoning**

Steuerung bestimmter Interneinhalte und des Internetzugangs mit Hilfe geographischer Lokalisierung (→ **Geolocation**), z. B. regionale Werbung oder Ausschluss bestimmter Nutzer. ■