

**Rechtssystem und Digitalgesellschaft.
Transformationsmuster im deutschen Recht**

I. Historischer und theoretischer Hintergrund der Rechtssystemänderung

Die Geschichte der Digitalgesellschaft hat – im Grunde genommen – in den Siebziger Jahren des XX. Jahrhunderts angefangen. Vorher kann man allerdings schon von Computerisierung oder Informatisierung sprechen, obwohl eine klare Vorstellung von dem Trend, um den es ging, damals weitgehend fehlte. Einige Analysen sprechen über diese Zeit als Vorspiel zur Digitalisierung¹, aber diese Meinungen und wissenschaftliche Zusammenfassungen können als nachträgliche Vermutungen bezeichnet werden. Heute ist es unstrittig, dass eine bedeutende Innovation in allen Bereichen der deutschen Gesellschaft vorangeschritten ist und die Informatisierung ins Zentrum des Innovationstrends gehört. Informatisierung bedeutet nicht nur mehr Computernutzung und zahlreiche von Computern gesteuerte Netzwerke, sondern massive Veränderungen der Arbeitsbeziehungen und Dienstleistungen in allen Wirtschaftssektoren. Die computerbezogene Arbeit hat auch das Alltagsleben der Gerichte erreicht, verlangt nach revidierter Fachausbildung und Weiterbildung.

Wesentliche Entwicklungen haben in allen Wirtschaftssektoren stattgefunden, ob beispielsweise bei den Banken, in den betrieblichen Produktionsorganisationen oder bei den Dienstleistungen. Die Lokomotive des Innovationszuges wurde die IT-Industrie selbst, und deswegen spricht man seit dem späten XX. Jahrhundert nicht nur über eine technologische, sondern auch über eine wissensstrukturelle Veränderung der Gesellschaft. Die Logik und die Methoden der Wissensproduktion haben sich durch die neue Softwareproduktion verändert. Die Zeit der Digitalisierung hat also die wissensmethodologische Konstruktion der Wirklichkeit durch eine künstliche Intelligenz verändert. Heute kann über ein digitales Zeitalter der Gerichtsbarkeit gesprochen werden, sofern die Gerichtspraxis von der Anwendung verschiedener Algorithmen geprägt wird.²

Der digitale Ausbau wurde von der Politik der Bundesregierung unterstützt. Zahlreiche Projekte und politische Aktionen haben die Digitalisierung als eine Phase der Modernisierung vorangetrieben. Die Modernisierungspolitik der Bundesregierung hat zu neuer Gesetzgebung geführt, wodurch teilweise deutliche Rechtsveränderungen ausgelöst wurden. Maßgebliche Faktoren sind auch – neben den innerstaatlichen Projekten – die entwicklungspolitischen Programme der EU gewesen. So haben die EU-Verordnungen oder Richtlinien (und auch

¹ Hans Bösch (Hrsg.): *Wege in die Digitale Gesellschaft. Computernutzung in der Bundesrepublik 1955 – 1990*. Wallstein Verlag, Göttingen, 2018.

² Indra Spieker spricht über eine „Systematische Digitalisierung“. „Systemische Digitalisierung ist ein qualitativer Sprung ausgelöst von vorrangig quantitativer Veränderung. Sie speist sich aus zwei Entwicklungen. Zum einen ist Treiber die Digitalisierung als solche: Sie wandelt die Beschreibbarkeit und in der Folge die Beschreibung der Welt in eine binäre Struktur um. Dies erlaubt schnelle, preiswerte und von Orten unabhängige Speicherung, Transfer, Vervielfältigung und Rekombination von Daten und den darauf basierenden Informationen. Der zweite Treiber ist die umfassende Vernetzung oder auch embeddedness unserer Umgebung. Digitale Anwendungen finden nicht mehr dezentral statt, sondern werden – wie es gerade typisch für den Einsatz von Plattformen ist – in einer möglichst weitreichenden und umfassenden Vernetzung angeboten. Diese Vernetzung umgreift sämtliche Ebenen des Internets: Eine Trennung von zugrunde liegender Infrastruktur, Transport und Inhalten ist nicht mehr möglich.“ Indra Spiecker genannt Döhmann: *Digitale Mobilität: Plattform Governance*. GRUR 2019, 341. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 13.08.2019.

EuGH-Urteile) oft eine bedeutende Rolle bei der Gesetzgebungsinnovation gespielt.

In den deutschen Sozialwissenschaften wurde der aktuelle Gesellschaftszustand immer anhand mehrerer Bezeichnungen beschrieben. In den sechziger Jahren des XX. Jahrhunderts beherrschte der Begriff der „Arbeitsgesellschaft“, dann derjenige der „Tätigkeitsgesellschaft“ die öffentlichen Diskussionen.³ In den neunziger Jahren trat der Begriff der sog. „Risikogesellschaft“ auf, dann die „Bildungsgesellschaft“ und „Wissensgesellschaft“. Heute wird die Bezeichnung „Mediengesellschaft“ genauso wie der Begriff der „Informationsgesellschaft“ genutzt. Trotz der Popularität des Begriffes der Digitalgesellschaft wird diese Bezeichnung in der Wissenschaft eher weniger in Anspruch genommen. Digitalgesellschaft wird häufig parallel mit der Bezeichnung der Informationsgesellschaft benutzt, obwohl die begrifflichen Inhalte nicht deckungsgleich sind.⁴

In der letzten Zeit ist die Verwendung des Begriffes der Digitalgesellschaft zwar häufiger und genereller geworden, allerdings nutzen viele Autoren bevorzugt weiter den Begriff der Informationsgesellschaft. Die Zweideutigkeit und Unsicherheit der begrifflichen Darstellung trägt in der Rechts- und Justizpolitik zu einer gewissen Verwirrung bei. Die Regierungs- und Wirtschaftsprojekte zielen nämlich auf die Ausbreitung der Digitalgesellschaft ab, hingegen strebt die Justizpolitik nach Verbesserung der Informationsgesellschaft. Diese Vorstellung passt zu dem – unten genannten – Adaptationsmodell sehr gut, oder – wie es anderswo thematisiert wurde – die Industrie 4.0 trifft auf die Justiz 1.5.⁵

³ Der Begriff der Arbeitsgesellschaft spiegelte die gesellschaftlichen Beziehungen und die Industrialisierung der Nachkriegszeit in der BRD wieder. Es geht um eine Gesellschaft, die auf die (organisierte) Arbeit konzentriert, und wo die Arbeitsbeziehungen die Hauptaktoren und Hauptorganisationsfaktoren des alltäglichen Lebens sind. Soziologische Analyse und Kritik: Claus Offe: *Arbeitsgesellschaft: Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*. Frankfurt/Main, Campus-Verlag, 1984. Wolfgang Bonß (Hrsg.): *Arbeitslosigkeit in der Arbeitsgesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984. Dann: Jost Krippendorf - Bernhard Kramer - Ralph Krebs: *Arbeitsgesellschaft im Umbruch - Konsequenzen für Freizeit und Reisen*. Bern, Verl. Forschungsinstitut für Fremdenverkehr, 1984. Tätigkeitsgesellschaft ist eine Gesellschaft, wo viele nicht vom Arbeitsmarkt zentrierte Handlungen stattfinden können, aber jede Einzelne kann etwas Zusätzliches für die Gesellschaft beitragen. Hermann Glaser: *Das Verschwinden der Arbeit, die Chancen der neuen Tätigkeitsgesellschaft*. Düsseldorf, Econ-Verl., 1988. Über die Risikogesellschaft: Ulrich Beck: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986. Katharina Reus: *Das Recht in der Risikogesellschaft, der Beitrag des Strafrechts zum Schutz vor modernen Produktgefahren*. Berlin, Duncker & Humblot, 2010. Gunnar Duttge (Hrsg.): *The law in the information and risk society*. Göttingen, Univ.-Verl. Göttingen, 2011. Alfons Bora (Hrsg.): *Rechtliches Risikomanagement: Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*. Berlin, Duncker & Humblot, 1999. Über die Informationsgesellschaft und ihre Kritik: Manuel Castells: *Das Informationszeitalter. Wirtschaft. Gesellschaft. Kultur.*, 1- 3. Band. 1.: *Jahrtausendwende*, 2.: *Die Macht der Identität*, 3.: *Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft*. Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2017 (Zweite Auflage): Oliver Haut: *Die Informationsgesellschaft. Anatomie einer Lebenslüge*. Frankfurt am Main, Lang, 1996. Nikola Zilien – André Schüller – Zwielerlein: *Informationsgerechtigkeit. Theorie und Praxis der gesellschaftlichen Informationsversorgung*. Berlin, De Gruyter, 2012. Cary Steinmann: *Evolution der Informationsgesellschaft: Markenkommunikation im Spannungsfeld der neuen Medien*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien, Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2011. Jochen Steinbicker: *Zur Theorie der Informationsgesellschaft. Ein Vergleich der Ansätze von Peter Drucker, Daniel Bell und Manuel Castells*. Wiesbaden. VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2011.

⁴ Kritik über Digitalgesellschaft: Sascha Dickel und Jan – Felix Schrape: *Dezentralisierung, Demokratisierung, Emanzipation. Zur Architektur der digitalen Technikutopie*. Leviathan, 43. Jg. 3/2015. S. 442 – 463.

⁵ Die Differenzen zwischen industriellen und rechtlichen Entwicklungen hatte Reinhard Gaier mit einem Bonmot sehr gut dargestellt. Er spricht über Industrie 4.0 – Justiz 1.5 in einem NJW Editorial. „Die aktuelle Untersuchung hat erstmals auch Informationstechnologien einbezogen und dabei für die deutsche Justiz eher enttäuschende Ergebnisse dokumentiert. Verglichen wurde insbesondere der elektronische Zugang zu speziellen Verfahren für geringfügige Forderungen (Online small claim proceedings). Deutschland belegt hier Platz 22 unter den 28 Mitgliedstaaten. Diese Position ist für die führende Wirtschaftsnation in Europa und ein Land, das auf eine

II. Rechtstransformation

Wenn wir die prozessrechtlichen Entwicklungen als Trend präsentieren wollen, sollten wir vorerst die von der Digitalisation berührten Rechtsgebiete analysieren.

II.1. Rechtsgebiete unter dem Einfluss der Digitalisierung

II.2. Materielles Recht

Auf seinen Rechtsgebieten herrschen pragmatische, praxisorientierte Reformvorschriften. Die Herausforderung der Digitalgesellschaft wurde hier ohne besondere oder theoretische Thematisierungsarbeit durchgesetzt, aber es war trotzdem eine wirksame Strategie. Die rechtlichen Veränderungen sind durch einfache Gesetzes-, oder Rechtsvorschriftenänderungen umgesetzt worden, die eine hochgradige Kontinuität aufweisen. Die Methodologie der Wandlung beruhte entweder auf Überlegungsanalogien oder komplexer Analysis der Rechtsfälle. Die Rechtsanalyse kann aber den Mangel des fehlenden generellen Transformationsmodells nicht beseitigen. Juristische Selbstreflexionen können einen stabilen Hintergrund für die Rechtstransformation bilden, aber sie können auf viele Probleme keine Antworten geben.

II.3. Verbraucherschutzrecht

In erster Linie ist die Entwicklung der Verbrauchertätigkeit im Online-Bereich darzustellen. In diesem Bereich ist der Innovationsschwerpunkt im letzten Jahr auf den EuGH gefallen, weil das Verbraucherschutzrecht durch maßgebende EuGH-Urteile geformt wurde.⁶ Die Urteile weiteten das Verfahrensrecht etwa zugunsten von Facebook-Nutzern oder Fluggästen aus. [EuGH. C 2018/37, EuGH C 2018/258.] Dem leitenden Tenor zufolge gehören die Rechtsprobleme der Facebook-Nutzung zum Verbraucherschutzrecht, da der Vertrag zwischen Facebook und dem Account-Inhaber als ein spezieller Verbrauchervertrag zu qualifizieren ist.

Der BGH hatte eine Internetwerbung als rechtswidrig erachtet, da die streitgegenständliche Staubsaugermarke von den Geräten einer bestimmten anderen Staubsaugermarke nicht zu unterscheiden war. [BGH Aktenzeichen I ZR 236/16.] Das zusätzliche Problem war, dass die Domainnamen der Anbieter sehr ähnlich waren und somit durch einen Klick verwechselt werden konnten. Obwohl die Rechtssache viele Rechtsgebiete berührte, hat die Entscheidung eine eindeutige verbraucherschutzrechtliche Bedeutung. In das Zentrum der höchstrichterlichen Argumentation wurde das Problem der Nutzung von Domainnamen gestellt, da der Beklagte eine solche Kette von Domainnamen (Links) ausgebaut hat, wo am Ende der Verbraucher seine Orientierung verloren hatte.⁷ Der Fall beleuchtet sehr gut, dass im Internet komplexe

innovative, leistungsfähige Technologie angewiesen ist, mehr als nur blamabel.“ NJW. 2015. 25. Heft.

⁶Helmut Hoffmann: *Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2018.* NJW. 2019.481. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>. Der Autor konzentrierte sich auf die richterliche Rechtsentwicklung, so er hatte 24 Rechtsfälle thematisiert. Den Schwerpunkt bildeten Fälle aus dem Bereich des Immaterialgüterrechtes. Frank Montag, Andreas von Bonin: *Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2018.* NJW.2019.193. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁷„Wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, kann der angesprochene Verkehr diesem Domainnamen allenfalls entnehmen, dass der Beklagte nicht der Vertriebsstruktur der Klägerin angehört. Der Inhalt der Domainbezeichnung sagt jedoch nicht aus, dass unter der Domain keine Originalwaren der Klägerin angeboten

Rechtsbeziehungen herrschen, und deswegen die alte Arbeitsteilung des Rechtssystems in Frage gestellt wird.

In den letzten Jahren sind IT- und Internetdienstleistungen Gegenstand von Verfahren zum Verbraucherschutzrecht gewesen.⁸ Die richterliche Rechtsentwicklung versuchte nämlich die neue Rechtsfälle in das Verbraucherschutzrecht zu integrieren. Z.B. hat der BGH in einem Urteil [BGH, NJW 2019, 47] thematisiert, dass eine pauschale „Servicegebühr“ für die elektronische Übermittlung einer Eintrittskarte unzulässig ist.

Viele Tatbestände können aber im Verbraucherschutzrecht gar nicht adaptiert und integriert werden. Diese Tatbestände wurden im Schrifttum von mehreren Artikeln thematisiert. Die ungelösten Probleme wurden dann einem anderen Gebiet zugeordnet, das ein neues Rechtsterritorium bildet. (Siehe unten 3.2.2). Als Beispiel dient die neue Marketingstrategie, das sog. „Behavioral Microtargeting“⁹. Jedenfalls wird hinsichtlich der neuen Tendenzen der Verbraucheraktivitäten klargestellt, dass das „vom EuGH und in der UGPL proklamierte Leitbild des Durchschnittsverbrauchers, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist“, problematisch geworden ist.¹⁰ Aus einem anderen Aspekt wurden die hier aufgetauchten Probleme von Nadine Schawe dargestellt, welche sie in den Regelungsproblemen von Blockchain und den dazu gehörigen Smart Contracts sieht.¹¹ Constantin Willems hat den Einfluss der Influencer untersucht, insbesondere vor dem Hintergrund der Fragestellung, wann Influencer als Unternehmer eine bedeutende Wirkung auf Verbraucher ausüben, um diesen etwas zu verkaufen.

Letztlich weist der Autor auf Folgendes für die Beurteilung der einzelnen Fälle hin: „Ob ein Influencer vor dem Hintergrund der §§ 13, 14 Abs. 1 BGB als Verbraucher oder als Unternehmer zu klassifizieren ist, muss in einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls eruiert werden.“¹² Für jeden Fall versucht er folglich die häufig diskutierten Konflikte im Rahmen des vorgegebenen Rechtssystems zu lösen ohne zu einem generellen Modell vorzustoßen.

II.4. Bürgerliches Recht (BGB)

Digitalisierung als allgemeiner Veränderungsdruck wurde von Christiane

werden. Die vom Berufungsgericht in revisionsrechtlich unbedenklicher Weise gesehene Möglichkeit, der Verkehr nehme an, unter der Domainbezeichnung angebotene Produkte seien von einem freien Händler angebotene Originalprodukte der Klägerin, reicht für die Annahme einer gedanklichen Verbindung aus.“ (Entscheidungsgründe 20.cc.)

⁸ BGH (I. Zivilsenat), *Zugang von Dritten zum Internet über den WLAN – Router des Kunden*. Urteil vom 25.04.2019 – I. ZR. 23/18. BeckRS. 2019.8526. Louisa Specht: *Die Entwicklung des IT Rechtes im Jahr 2018*. NJW. 2018.3686. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁹ Martin Ebers: *Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting. Verhaltensteuerung durch Algorithmen aus Sicht des Zivilrechtes*. MMR.2018.423. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 13.06.2019>.

¹⁰ Martin Ebers: *Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting. Verhaltensteuerung durch Algorithmen aus Sicht des Zivilrechtes*. MMR.2018.423. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 13.06.2019>.

¹¹ Nadine Schawe: *Blockchain und Smart Contracts in der Kreativwirtschaft – mehr Probleme als Lösungen?* MMR 2019, 218. „Aus Verbraucherschutzgesichtspunkten ist es zudem denkbar, dass mit zunehmender Verbreitung von Smart Contracts de lege feranda eine Programmanbindung an die staatliche Justiz verpflichtend wird, um auch beim Einsatz von Smart Contracts einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.“ <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 13.06.2019>.

¹² Constantin Willems: *Influencer als Unternehmer. Überlegungen zu § 2 Abs 1 Nr 6 UWG und §§ 14, 112 BGB*, MMR 2018, 707. Siehe noch: Christina-Maria Leeb – Marc Mais: *Social-Media-Stars und –Sternchen im Rechtsfreien Raum?* ZUM 2019, 29. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

Wendehorst schon im Jahre 2016 lokalisiert.¹³ Sie schreibt, dass die Digitalisierung die Rechtsregeln des BGB vor eine komplexe Herausforderung stellt. Die Argumentation der Autorin zielt auf ein, wie ich argumentiere, Anpassungsmodell ab: *„Privatrechtsordnungen, deren Strukturelemente vor Jahrhunderten konzipiert wurden, könnten im digitalen Zeitalter einer Anpassung bedürfen.“* Der Anpassungsbedarf ergibt sich für sie aus der Frage, wo der Anpassungsbedarf auftaucht.

Zusammengefasst: Es sind Bereiche der E-Person, der künstlichen Intelligenz, der Maschine zu Maschine (M2M) Kommunikation, der elektronischen Selbsthilfe, von Netzverträgen, des Datenschuldrechts, der digitalen Inhalte, der Haftung für den Einsatz neuer Technologien, der Eingriffe in fremde Daten, des Dateneigentums sowie des digitalen Nachlasses. Zu einigen Problemen macht die Autorin eindeutige Vorschläge. Ansonsten werden Thesen und Ausgangspunkte für die juristische Bearbeitung herausgearbeitet.

Wenn wir diese vorliegenden Themen untersuchen, wird sofort augenfällig, dass einige von ihnen im Laufe der Zeit obsolet geworden sind (z.B. das Problem des digitalen Nachlasses oder einige Fragen des Datenschutzrechtes), einige stellen jedoch nach wie vor ungelöste Probleme dar. Das Gesamtbild der Veränderungen wird aber deutlicher, weil die realisierten Rechtsveränderungen zahlreiche neue Themen aufgenommen haben, die 2016 noch nicht erkannt werden konnten. Festzuhalten ist, dass sich seit 2016 das bürgerliche Recht (BGB) in vielen Bereichen verändert hat und dass im Fokus der Veränderung die starke Strömung der Digitalisierung steht. Ich möchte noch hinzufügen, auch die der Globalisierung.

Ein Überblick über die betroffenen Rechtsgebiete des bürgerlichen Rechtes soll diese Einschätzung untermauern:

a.) Erbrecht

Aus der Entwicklung des Erbrechtes muss die Klarstellung hinsichtlich des digitalen Nachlasses hervorgehoben werden. Nach der Entscheidung des BGH sind digitale Benutzerkonten vererblich [BGH 12.07.2018 AZ III ZR 183/17].

Das Revisionsgericht hat einen Schlussstrich unter einen langen Prozess gezogen. Das LG Berlin hat die Beklagte (Facebook) verurteilt, der Erbengemeinschaft der Erblasserin Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin enthaltenen Kommunikationsinhalten zu gewähren [LG Berlin 17.12.2015 – 20 O 172/15]. Das Berufungsgericht (KG) hat indes konstatiert, dass den Eltern eines minderjährigen verstorbenen Kindes kein Zugang zu dessen Facebook-Account zu gewähren ist [KG, Urt. v. 31.5.2017 – 21 U 9/16]. Das Revisionsgericht hatte klargestellt, dass beim Tod des Kontoinhabers eines sozialen Netzwerks der Nutzungsvertrag grundsätzlich nach § 1922 BGB auf dessen Erben übergeht. Dem Zugang zu dem Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten stehen weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers noch das Fernmeldegeheimnis oder das Datenschutzrecht entgegen. *„Im Unterschied zum Berufungsgericht entscheidet sich der Senat eindeutig für die uneingeschränkte Vererblichkeit der Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis bezüglich des Benutzerkontos.... Die Vererbbarkeit sei... auch nicht durch die Nutzungsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen worden.“* Der rechtliche Grund betrifft das Vertragsrecht, weil der rechtliche Kontakt zwischen Kontoinhaber und Facebook (Dienstleister) wie eine vertragliche Beziehung anzusehen ist. Übrigens: *„Mit wünschenswerter Deutlichkeit verneint der Senat jede Differenzierung zwischen digitalem und analogem Nachlass bezüglich der Universalsukzession im Erbrecht. Diese dient der Rechtssicherheit und vermeidet einen „Datenfriedhof“ bei allen Anbietern digitaler*

¹³ Christiane Wendehorst: *Die Digitalisierung und das BGB*. NJW 2016, 2609. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 03.06.2019>.

Dienste.”¹⁴

Die richterliche Urteilspraxis folgte der Linie des BGH im unmittelbaren Anschluss. Das LG Münster hatte zuungunsten von Apple entschieden, und ausgesagt, die Beklagte habe den Zugang „zu dem vollständigen Benutzerkonto des Erblasers (Apple ID) in der iCloud und den darin vorgehaltenen Inhalten des Erblasers zu gewähren.“¹⁵ In den Entscheidungsgründen nimmt das Landgericht Bezug auf das dargestellte BGH-Urteil.

Obwohl die leitende Richterpraxis auf die Entwicklung der Digitalisierung sehr schnell reagiert, sind einige Fragen weiterhin offen. Es gibt keine Einlassungen darüber, was mit den verteilten Informationen und persönlichen Daten passieren wird; wie können diese überhaupt *vererblich* sein? Das Problem offenbart die Grenze des Anpassungsmodells sehr gut und zeigt die Grenze des richterlichen Konfliktauflösungsprozesses ganz klar auf. Die Richter können nur darüber entscheiden, was im Prozess thematisiert wird. Darüber, was nicht Prozessgegenstand ist, darf keine richterliche Entscheidung getroffen werden. Das Beispiel beleuchtet somit auch die Grenze der einzelfallorientierten Entwicklungsmöglichkeit des Rechts im Zeitalter der Digitalisierung.

b.) Pauschalreiserecht: Haftung für Netzwerkstörung

Der Ausgangspunkt der Veränderung des BGB war die neue „Pauschalreiserichtlinie“.¹⁶ Der europäische Gesetzgeber hatte vorgelegt: *Zusätzlich zu den traditionellen Vertriebswegen hat das Internet als Mittel zum Angebot oder Verkauf von Reiseleistungen erheblich an Bedeutung gewonnen. Reiseleistungen werden nicht nur in der herkömmlichen Form vorab zusammengestellter Pauschalreisen angeboten, sondern häufig nach den Vorgaben des Kunden zusammengestellt. Viele dieser Kombinationen von Reiseleistungen befinden sich rechtlich gesehen in einer „Grauzone“ oder sind eindeutig vom Anwendungsbereich der Richtlinie 90/314/EWG nicht erfasst.*

Demzufolge hat die Richtlinie vorgeschrieben: *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Unternehmer für Fehler aufgrund technischer Mängel im Buchungssystem, die diesem Unternehmer zuzurechnen sind, haftet, und in dem Fall, dass er sich bereit erklärt hat, die Buchung einer Pauschalreise oder von Reiseleistungen, die Teil verbundener Reiseleistungen sind, zu veranlassen, auch für Fehler, die er während des Buchungsvorgangs macht, haftet. Ein Unternehmer haftet nicht für Buchungsfehler, die dem Reisenden zuzurechnen sind oder die durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände verursacht werden.* (Art. 21 der Richtlinie, Haftung für Buchungsfehler)¹⁷

Der deutsche Gesetzgeber hat am 17.07.2017 die Änderung der §§ 651a ff. BGB in seinem Umsetzungsgesetz veröffentlicht [Drittes Gesetz zu Änderung reiserechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 18/010822]. In Kraft getreten ist die Novellierung zum 01.07.2018. Nach vielen Veränderungen wurde in § 651x BGB die Haftung für

¹⁴ Wolfgang Litztenburger: *BGH: Digitale Benutzerkonten sind vererblich. Anmerkungen.* JZ. 2019. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 03.06.2019.

¹⁵ Landgericht Münster, 014. O. 565/18 Urteil, (Nicht rechtskräftig)

¹⁶ RICHTLINIE (EU) 2015/2302 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates)

¹⁷ Die Richtlinie hat noch eine erweiterte Informationspflicht eingeführt und es wurde die vorvertragliche Verantwortung des Vermittlers vorgeschrieben: *„Haftung des Vermittlers für die Erbringung der vorvertraglichen Informationspflichten: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Reisende, bevor er durch einen Pauschalreisevertrag oder ein entsprechendes Vertragsangebot gebunden ist, von dem Reiseveranstalter und, wenn die Pauschalreise über einen Reisevermittler verkauft wird, auch von dem Reisevermittler über Folgendes informiert wird, sofern diese Informationen für die betreffende Pauschalreise relevant sind.“* (Art. 5)

Buchungsfehler geregelt¹⁸, wobei § 651c BGB das Online-Buchungsverfahren definiert.

Nach der Meinung des BGB-Kommentars: „*Der Anwendungsbereich des § 651x erstreckt sich auf Unternehmer im reiserechtlichen Sinne und erfasst Reiseveranstalter, Reisevermittler, Vermittler verbundener Reiseleistungen und Leistungserbringer*“.¹⁹ Die Einschränkung des Rechtssubjektes, welches die Verantwortung trägt, ist eindeutig erkennbar. Weitere Einschränkungen bestehen für die technischen Bereiche, unabhängig davon, ob ein Systemfehler, Programmzusammenbruch oder Datenübertragungsproblem auftritt. Der technische Fehler hat eben einen Fehler des Buchungssystems und nicht einen Zusammenbruch eines anderen Kommunikationssystems zwischen dem Reisenden und dem Reiseveranstalter zu bedeuten.²⁰ Die wesentliche Einschränkung ist die Struktur des BGB selbst, da sich die kodifizierte Lösung lediglich auf reisevertragliche Beziehungen beschränkt. Wenn eine Netzwerkstörung bei einer Hotelzimmerbuchung (z.B. über Booking.com) oder Bahnfahrkartereservierung (DB Online-Website) auftritt, erfolgt die Durchsetzung des rechtlichen Anspruches weiterhin über den gewohnten zivilrechtlichen Weg.²¹ Die Haftung der Dienstleister ergibt sich nicht lediglich auf Grundlage des BGB, sondern auch aus speziellen sonderrechtlichen Tatbeständen. Offenbar liegt eine Unterscheidung zwischen folgenden Varianten vor: Entweder erfolgt die Revision und Umsetzung der Rechtsnormen im Rahmen der speziellen Rechtsgestaltung weiter, oder es wird eine neue Regelungsstrategie ausgearbeitet, welche die allgemeinen Tatbestände mit der Herausforderungen der Digitalgesellschaft vereint.²²

Die alte zivilrechtliche Auffassung bleibt von den neuen digitalen Ansprüchen manchmal unberührt, obwohl die Störung der digitalen Netzwerke große wirtschaftliche Schäden bewirken können (z.B. Gesellschaftsgründung).²³

¹⁸ *Der Reisende hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, 1. der ihm durch einen technischen Fehler im Buchungssystem des Reiseveranstalters, Reisevermittlers, Vermittlers verbundener Reiseleistungen oder eines Leistungserbringers entsteht, es sei denn, der jeweilige Unternehmer hat den technischen Fehler nicht zu vertreten, 2. den einer der in Nummer 1 genannten Unternehmer durch einen Fehler während des Buchungsvorgangs verursacht hat, es sei denn, der Fehler ist vom Reisenden verschuldet oder wurde durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände verursacht.*

¹⁹ Kommentar zu § 651x BGB. Beck-online. <https://beck-online.beck.de/Search?PAGENR>. 21.05.2019.

²⁰ „*Unter einem technischen Fehler sind technische Mängel im Buchungssystem zu verstehen, also jegliche Funktionsbeeinträchtigungen oder Funktionseinschränkungen des Buchungssystems.*“ Kommentar zu § 651x BGB. Beck-online. <https://beck-online.beck.de/Search?PAGENR>. 21.05.2019.

²¹ Christoph Giebel, Marc Marten: *Schadensersatz bei Ausfällen von TK Netzen. Haftung des Dienstleiters gegenüber Unternehmenskunden.* MMR 2014, 302.

²² Die Doppeldeutigkeit ist vom Autor des Kommentars gut thematisiert: „*§ 651x BGB enthält eine Spezialregelung für Buchungsfehler; die ergänzend neben die reiserechtliche Gewährleistungshaftung nach §§ 651i ff. BGB und die allgemeine schuldrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen tritt. Die Vorschrift schließt eine Haftung wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten oder vorvertraglicher Pflichten nicht aus. Eine Konkurrenz zu deliktischen Ansprüchen wird regelmäßig nicht in Betracht kommen, da durch § 651x BGB typischerweise Vermögensschäden verursacht werden, die deliktsrechtlich nur in besonderen Fällen (zB bei einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung iSv § 826 BGB) geschützt sind.*“ Kommentar § 651x BGB. Beck-online. <https://beck-online.beck.de/Search?PAGENR>. 21.05.2019.

²³ Dazu: „*Für den Fall technischer Störungen hat der Gesetzgeber mittlerweile Vorkehrung getroffen. Eine auf technischen Störungen beruhende Verletzung von elektronisch wahrgenommenen Teilnahmerechten berechtigt nur dann zur Anfechtung, wenn der Gesellschaft grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen sind. Das rechtliche Risiko derartiger Störungen sollte damit beherrschbar sein.*“ Christoph Teichmann: Digitalisierung und Gesellschaftsrecht, ZfPW 2019, 247. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 03.06.2019.

III. Rechtsschutz der Persönlichkeit

In erster Linie werden hier die Urteile zitiert, welche die vorgegebenen Rechtsfälle als „normale“ Persönlichkeitsrechtsverletzung behandelt haben, obwohl deren Tatbestände entweder eine Internetnutzung oder eine Frage der sog. Social Media umfasst haben. Das LG Frankfurt am Main hat in seiner rechtskräftigen Entscheidung ausgesagt: *„Wer an einem gemeinsam genutzten Computer eingeloggt bleibt und dadurch die Nutzung des Facebook-Accounts für die Abgabe persönlichkeitsrechtverletzender Äußerungen für einen Dritten ermöglicht, haftet für diese Äußerung als Störer. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dies in der Vergangenheit bereits mehrfach passiert ist und dem Facebook-Nutzer bekannt war.“*²⁴ Das LG Hamburg hat thematisiert, dass *eine unberechtigte Nutzung eines Fotos auf der Internetseite* rechtswidrig ist, auch wenn das Foto von einem freiberuflichen Fotografen hergestellt wurde.²⁵ Unbedeutend ist, wer das Foto ins Internet hochgeladen hat – der Firmenleiter, ein Mitarbeiter oder ggf. ein Hacker. Unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des BGH hat das LG Hamburg klargestellt, dass der illegale Nutzer für die Störung haftet.

Die Persönlichkeitsrechtsverletzung war damals ein Problem der Politiker und Prominenten. Allerdings gibt es heute keinen Unterschied zwischen Prominenten und alltäglichen Menschen bzw. Privatpersonen. Die Internetnutzung ist eine allgemeine Praxis geworden. Facebook und andere soziale Netzwerke haben das Problem des Persönlichkeitsschutzrechtes zu einer Grundsatzfrage entwickelt. Neben der Foto- ist die Wortberichterstattung auch problematisch geworden, da im Falle der Berichterstattung das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person auch verletzt sein kann. Unabhängig von der neuen Entwicklung ergeben sich Zusammenhänge zwischen Meinungsfreiheit, der Duldungspflicht der Politiker und dem Recht auf Privat- und Intimsphäre. *„Das Internet stellt den Gesetzgeber und die Rechtsprechung vor neue Herausforderungen ... Neben dem Bildnisschutz gewinnen neue Formate von Persönlichkeitsrechtsverletzungen als Massenerscheinungen im Netz zunehmend an Bedeutung. Neben dem analogen Markt ist ein Online-Markt entstanden, der den geringen Schutz des Persönlichkeitsrechts eines Politikers und Prominenten offenbart. Deshalb ist ein Umdenken hinsichtlich eines immateriellen und materiellen Schadensersatzes angebracht, um der Präventionsfunktion besser gerecht werden zu können.“*²⁶

Die Adaptation der neuen Fälle stellt eine komplexe Aufgabe dar. Der Persönlichkeitsrechtsschutz steht nicht nur in Verbindung mit dem BGB oder den speziellen Gesetzen, sondern er ist eine wesentliche Frage des vom GG garantierten Grundrechtes. Im Hinblick auf das Internet können jedoch die Rechtsverletzungen durch gepostete Inhalte oder anonyme Blogmeinungen nur sehr schwer innerhalb des traditionellen Lösungsmodells des Rechts eingepasst werden. Neben der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit taucht ebenso die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit auf.²⁷

²⁴ LG Frankfurt/aM., Urteil vom 13.9.2018 – 2-03 O 127/18; rechtskräftig.

²⁵ LG Hamburg (10. Zivilkammer), Internetauftritt, einstweiliger Rechtsschutz, Ordnungshaft, Unterlassungsklage Urteil vom 22.01.2019 – 310 O 219/18. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

²⁶ Arthur Axel Wandtke: *Persönlichkeitsschutz versus Internet. Politiker, Prominente im Fadenkreuz der Persönlichkeitsrechte*, MMR 2019, 142.

²⁷ Philip Hacker: *Mehrstufige Informationsanbieterverhältnisse zwischen Datenschutz und Störerhaftung*, MMR 2018, 779. Es wird darauf hingewiesen, dass der BGH die Frage des Übergangs eines Nutzungsvertrages mit einem sozialen Netzwerk im Todesfall des Kontoinhabers als eine Persönlichkeitsrechtsverletzungsfrage ausschließt. BGH (III. Zivilsenat) Urteil vom 12.7.2018. BGH Aktenzeichen III. ZR 183 /17.

III.1. Urheberrecht

Das Urheberrecht impliziert vielleicht das größte Spannungsfeld des Internetzeitalters. Fremde Texte werden geteilt, übernommene Zitate verschickt und anonyme Programme verwendet. Dazu kommen die zweckmäßigen Programmanbieter wie etwa Linux oder die Programme unbekannter IT-Firmen oder die Fortentwicklung von Programmen durch einzelne Nutzer (open source). Das Urheberrecht hat immer schon zu Diskussionen angeregt. Aus diesem Grund verwundert es wenig, dass es im Digitalzeitalter zu vielen brennenden Frage führt.²⁸

Das Urheberrecht versucht die neuen Probleme als klassische urheberrechtliche Probleme zu behandeln und den Konfliktpartnern mit allen Rechtsmitteln zur Verfügung zu stehen. Die richterliche Urteilspraxis erstrebt die Verhinderung von Verdoppelungen des Rechtsverfahrens. So thematisierte das OLG München: *„Die bei urheberrechtlichen Eilverfahren übliche werkspezifische Betrachtung des Verfügungsgrunds ist nicht anzuwenden, wenn wegen im Internet begangener Urheberrechtsverletzung gem. 7. Abs. 4 TMG ein Sperrenanspruch gegen einen Access – Provider geltend gemacht wird.“*²⁹ Die Rechtssache stellt eindeutig klar, dass die Adaptation der neuen Fälle im „alten Rechtssystem“ eine Eindeutigkeit des Rechtsverfahrens erfordert.

Die Literatur ist jedoch gegenüber der einfachen Adaptationsmöglichkeit sehr skeptisch. *„Das Urheberrecht hat dabei immer schon auf die technische Entwicklung reagiert, die die tradierten Möglichkeiten der Werkwertung durch neue Arten ersetzt oder neue Möglichkeiten der Werkwertung anreicht und auf die Legislative und Judikative Antwort finden müssen. So war es bei der Verbreitung von Magnettonbandgeräten zur Aufzeichnung von Rundfunksendungen und so ist es heute durch die Möglichkeiten von Linking und Framing, für die EuGH und BGH in jüngster Vergangenheit (neue) Wege der rechtlichen Bewertung finden müssten.“*³⁰ Um die aktuelle Lage zu verändern, fordern viele Autoren (z.B. Ohly und Hoffman) ein techniksensitives Urheberrecht oder eine technikneutrale Formulierung des Rechtsbegriffes in Bereich des Urheberrechtes. Jedenfalls sollte ein duales System eingeführt werden, in dem nicht nur ein techniksensitives Recht, sondern eine rechtsintensive Technik gestaltet wird. Nur in dem Fall, so wird vertreten, vermag man wenn überhaupt die IT-Prozesse als einfache technikintensive Prozesse darzustellen. Künstliche Intelligenz oder die selbstlernenden Plattformen seien nämlich mehr als einfache technische Geräte wie etwa Magnettonbandgeräte.

III.2. Arbeitsrecht

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitswelt wurden nicht nur von den Arbeits- und Arbeitsrechtswissenschaften, sondern auch von Management- und Sozialrechtswissenschaften tiefgehend analysiert. Deren Grund war eindeutig: *„Die technische Entwicklung durch Vernetzung, Roboterisierung und Computerisierung verändert die Arbeitswelt und -wirklichkeit in einem Maße, dass nicht zu Unrecht von einer neuen industriellen Revolution gesprochen wird. Das Arbeitsrecht, dessen Entstehung und heutige Gestalt in den Grundlagen auf die erste industrielle Revolution*

²⁸ Paul T. Schrader: *Wissen im Recht*. Mohr – Siebeck, Tübingen, 2017.

²⁹ OLG München: *Dringlichkeitsanforderung beim Sperrenanspruch gegen Access – Provider*, MMR 2019, 317. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>. Kurzer Sachverhalt: Jemand hat einen fremden Vortrag ohne die Erlaubnis des Autors im Internet veröffentlicht.

³⁰ Louisa Specht: *Zum Verhältnis von (Urheber) Recht und Technik. Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen*, GRUR 2019, 253.

zurückgeführt werden kann, steht dadurch vor einer grundlegenden Bewährungsprobe.“³¹ Neben den Rechtswissenschaften und der Managementforschung haben insbesondere Soziologen die Veränderungen analysiert.³²

Die Digitalisierung hat nicht nur die Arbeitsplatzstruktur sowie die technischen und manuellen Elemente der Arbeitstätigkeit, sondern auch die sozialen und gesellschaftlichen Beziehungen zwischen Management und Belegschaft, Arbeitnehmern und Arbeitgebern verändert.³³ Der Anteil der mobilen Internetnutzung, also Arbeit mithilfe des Internets ist im Arbeitsprozess in sehr großem Maße angestiegen. Die Arbeitnehmer können ferner nicht lediglich an ihren Arbeitsplätzen, sondern auch von zu Hause aus in den maßgeblichen Plattformen eingeloggt werden.³⁴ Neue, internetbasierte Arbeitsformen sind entstanden und die traditionelle betriebliche Arbeitsstruktur hat sich geändert, wurde umstrukturiert und führte nicht häufig zu isolierten Arbeitsprozessen. Die Entwicklung der Robotik und ihre Anwendung hat den früheren Hauptdarsteller im Arbeitsprozess – den Menschen – in vielen Fällen in eine Nebenrolle gedrängt, jedoch nicht in allen Bereichen der Arbeitswelt. Gelegentlich ist auch eine Aufwertung der menschlichen Arbeitskraft zu beobachten.

Diese Veränderungen waren eine große Herausforderung für alle Bereiche des Arbeitsrechts. Das Arbeitsschutzrecht, das Mitbestimmungsrecht und das internationale Arbeitsvertragsrecht unter anderem mussten auf die Herausforderung antworten.³⁵ Wenn man an die Arbeitszeit oder Urlaubsverteilung denkt, so erscheint ebenfalls eine rechtliche Restrukturierung notwendig. Der Druck auf die Gesetzgebung hat deswegen sehr stark zugenommen, obwohl die Lösungskompetenz in dem Zusammenhang häufig bei den Tarifpartnern liegt.

Eine grundlegende Neuregelung verlangen indes trotz aller Forderungen nach Veränderung weder das wissenschaftliche Schrifttum noch die Fachpolitiker. Sie halten eine Adaptation für hinreichend. Die nötige Umstrukturierungsarbeit könne vielmehr im Rahmen der existierenden Regelungsstruktur verwirklicht werden. Zudem wurden viele arbeitsrechtliche Probleme einfach in die neuen oder modernen Rechtsgebiete verlagert oder zu diesen neuen Gebieten einfach verschoben. So gehören mittlerweile z.B. die Probleme mit privaten Daten am Arbeitsplatz zurzeit zum Regelungsgegenstand des Datenschutzrechtes. Einige Stimmen in der Literatur sprechen sich allerdings dafür aus, dass die Digitalisierung „neue arbeitsrechtliche Kategorien“ schaffen solle und müsse oder sie verlangen die neuen Entwicklungen wie Big Data, Marketing 4.0 und Gesundheit

³¹ Martine Benecke: *Vorwort*. In.: Martina Benecke (Hrsg.): *Unternehmen 4.0. Arbeitsrechtlicher Strukturwandel durch Digitalisierung*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Siehe noch: Wolfgang Däubler: *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Soziales Recht. Sonderausgabe, 2016 Juli.

³² Georg Aichholzer, Alfons Bora, Stephan Brächler, Michael Decker, Michael Latzer (Hrsg.): *Technology Governance. Der Beitrag der Technikfolgenabschätzung*. Edition Sigma.

³³ Während der Forschungszeit haben sich die deutschen Zeitungen mehrmals mit den Folgewirkungen auf dem Arbeitsmarkt durch die Digitalisierung beschäftigt. So wurde etwa über ein neues Kurzarbeitergeld aufgrund des technologischen Wandels (*Die Zeit*, 27. Juni 2019.) und über den Zusammenhang zwischen täglichem Arbeitslohn und Nebenjob (*Die Zeit*, 2. Mai, 2019.) diskutiert. Der digitalisierte Arbeitsmarkt ist ein alltägliches Problem geworden.

³⁴ Wolfgang Däubler: *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Soziales Recht. Sonderausgabe, 2016 Juli. Die Daten des Autors beziehen sich auf: Statistisches Bundesamt: *Unternehmen und Arbeitsstätten, Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen*, Wiesbaden 2013, S. 10. und <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=524> (9.5.2016)

³⁵ „Welche Rechtsordnung ist anwendbar, wenn ein Vertrag mit einer US-amerikanischen oder einer australischen Plattform geschlossen wird? Wird die Arbeit in Deutschland geleistet, besteht dann (wenigstens) eine Zuständigkeit deutscher Gerichte? Dies ist nicht nur aus Gründen der leichteren Zugänglichkeit sondern auch deshalb wichtig, weil dann möglicherweise gewisse Schutznormen anwendbar bleiben, die in einem anderen Land nicht existieren.“ Wolfgang Däubler: *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Soziales Recht. Sonderausgabe, 2016 Juli, S. 12.

4.0. aus einem neuen Blickwinkel zu betrachten.³⁶

Zusammengefasst kann man sagen, dass das Arbeitsrecht trotz der heftigen und speziellen Herausforderungen dem Adaptationsmodell folgt.

III.3. Datenschutzrecht

Das Rechtsgebiet des Datenschutzes bekam eine klare Priorität in den letzten Jahren. Nicht nur die Gesetzgebung hat auf die Datenverarbeitung und die Datennutzung reagiert, sondern auch die Gerichtsentscheidungen haben ein innovatives Datenschutzprofil konturiert. Die bisher größte Errungenschaft der EU-Gesetzgebung auf dem Gebiet ist die neue Datenschutzgrundverordnung, welche neben die ältere Richtlinie getreten ist.³⁷

Die Verordnung hat eine spezielle Vorgeschichte, welche offenbart, dass Datenschutzprobleme keine neuen Probleme darstellen.³⁸ Sie sind schon in der Mitte der neunziger Jahre des XX. Jahrhunderts entstanden. In dem Zeitraum basierten die rechtlichen Lösungen zum Großteil auf der Richterpraxis. Die Entwicklung war so stark, dass das System der Regelungsnormen des Datenschutzes als ein selbständiges (autonomes) Rechtsgebiet organisiert werden konnte. Der Bereich des Datenschutzrechtes hat mehrere Teilgebiete der gesamten Rechtsordnung tangiert, sodass innere Probleme mit den verschiedenen sachlichen Untersystemen des Rechtes entstanden. Das öffentliche Recht war genauso betroffen wie das Zivilrecht oder das Zivilprozessrecht. In den letzten Jahren aber hat sich der Trend in Richtung der Vollautonomie des Datenschutzrechtssystems verstärkt und die EU-Verordnung hat diese Herausforderung der Verselbständigung des Themas zu einem selbständigen Rechtszweig verstärkt und bestätigt. Die Verordnung hat eigene Rechtsinstitutionen des Datenschutzrechtes hervorgebracht und sie hat neue Rechtsbegriffe internalisiert. Viele frühere ungeregelte Konstellationen wurden außerdem in die Welt der Rechtsnormen einbezogen.

Obschon die DSGVO als Verordnung in allen Mitgliedstaaten Geltung beansprucht, hat sie den Erlass einer Reihe von neuen Nationalgesetzen zum Datenschutzrecht ausgelöst. In der BRD trat das völlig reformierte Bundesdatenschutzgesetz 2018 in Kraft.³⁹ Das Gesetz hat seinen eigenen Anwendungsbereich sehr präzise festgelegt.

Das neue Regelungssystem hat sich aber mit einer anderen, veränderten Welt auseinanderzusetzen. Seit einigen Jahren muss man von Internetzeit, sozialen Medien, Facebook, Digitalisierung, selbststeuernden Autos, künstlicher Intelligenz, Plattformnutzungen usw. sprechen. In der Literatur taucht deshalb auch immer wieder die Frage auf, ob das Schutzniveau der Datenschutzregelungen genügt. Kann in Zeiten von

³⁶ Dietmar Wolff, Richard Göbel: *Digitalisierung Segen oder Flucht? Wie die Digitalisierung unsere Lebens-, und Arbeitswelt verändert*. Springer-Verlag, 2018.

³⁷ DSGVO Datenschutz-Grundverordnung. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 1995 L 281, 31.

³⁸ Alexander Dix: *Daten und Persönlichkeitsschutz im WEB 2.0*. Dieter Klumpp, Herbert Kubicek, Alexander Roßnagel, Wolfgang Schulz (Herausgeber): *Netzwelt - Wege, Werte, Wandel*. Springer Verlag, 2010, S. 195.

³⁹ Das erste Gesetz wurde 1990 verabschiedet aber verglichen mit der späteren EU Richtlinie war seine Struktur und Zuständigkeit ganz anders geartet. Jedenfalls kann seine eigene Geschichte die Vorgeschichte des Datenschutzrechtes ganz gut symbolisieren. Das BDSG wurde noch in vielen Sektoren durch speziellere Datenschutzgesetze ergänzt (TMG, TKG)

Big Data ein neues, jedoch trotzdem eine lange Tradition währendes Regelungssystem wirkungsvoll aufgebaut werden?

Die Rechtsregelungsstruktur beruht auf der Vorstellung, dass Dateien personenbezogenen Charakter haben. Die Beziehung zwischen dem Informationsdateneigentümer und seinem Eigentum (Daten) kann nach dem Modell der altrömischen juristischeren Institutionen reguliert werden. Aus diesem Aspekt hat die DSGVO solche Begriffe geschaffen, wie „betroffene Person“, „Verarbeitung“, oder „biometrische Daten“.⁴⁰ Die Frage, was mit diesen Daten passieren wird, die nicht personenbezogenen sind, hängt weiter in der Luft. Entweder kann die mitgliedstaatliche nationale Gesetzgebung die Regelung erweitern (wie BDSG) oder es muss das Schicksal der personenabhängigen und personenneutralen Dateien nochmals überdacht werden. Big Data bedeutet nämlich eine personenlose Datenaufarbeitung und Datennutzung, wo die Kontakte und Beziehungen zwischen Dateneigentümern und ihren Daten nicht mehr erkannt werden können oder nicht eindeutig identifizierbar sind.⁴¹ Die Daten verlieren ihren rechtlichen (und individuellen) Charakter und gehören damit nicht mehr zu dem vom GG geschützten Rechtsraum der Persönlichkeit.

Die richterliche Rechtsentwicklung versuchte der Linie der DSGVO zu folgen, um die Probleme des Datenverkehrs zu regulieren und die neuen Rechtsfälle im Rechtssystem anzupassen. Der EuGH hat im Dezember 2017 den Begriff personenbezogener Daten präzisiert⁴², und legte vor, dass die Vorschriften sich auf jede Person, „*die direkt oder indirekt identifiziert werden kann*“, beziehen. In einem anderen Urteil hat er sich zur Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung bei Betreiben einer Facebook-Fanpage im Sinne der Datenschutz-RL geäußert.⁴³

Das Datenschutzrecht ist bislang nicht mit der IT-Sicherheit verbunden. Wegen der pluralen Regulation und gesetzlichen Struktur des Datenschutzrechtes ist es nicht so einfach, IT-Sicherheit zu schaffen. Manche Autoren halten die Auseinandersetzungen durch die „*überkomplizierten und ungeklärten Nebeneinander verschiedener Regelungssysteme (DSGO – TMG, TKG, BDSG)*“ folglich für vorprogrammiert. „*Aber auch unter Geltung der DS-GVO steht zu befürchten, dass die Rechtsanwendung von einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit geprägt sein wird.*“⁴⁴ Manche Autoren

⁴⁰ DSGVO Art. 4, Begriffsbestimmungen.

1. „*personenbezogene Daten*“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann;

2. „*Verarbeitung*“ jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung....

14. „*biometrische Daten*“ mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die die eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten;

⁴¹ Darüber: Rouvem Kober: *Digitalisierung und Datenschutz*, ZfgG 2017, 67 (3) 161 – 182, Maria Cristina Caldarola, Joachim Schrey: *Big Data und Recht. Einführung für die Praxis*. C.H. Beck. München, 2019.

⁴² Rechtssache Nowak. EuGH, ECLI:EU:C:2017:994. NJW 2018, 767.

⁴³ Frank Montag; Andreas von Bonin: *Die Entwicklung des Unionrechtes bis Mitte 2018*. NJW 2019, 193. Louisa Sprecht: *Die Entwicklung des IT – Rechts im Jahr 2018*. NJW 2018, 3688.

⁴⁴ Benedikt Buchner: *Datenschutz im Internet*. (Silke Jandt – Roland Steide (Hrsg.)). Nomos, Baden - Baden 2018. ZD – Aktuell 2019, 04358.

vertreten andere Meinungen und verweisen auf die Effektivität der DSGVO. Es handle sich um eine plattformbezogene Internetnutzung. Wieder andere thematisieren etwa, dass die IT-Systeme „unter den Bedingungen der systemischen Digitalisierung das Recht ganz grundsätzlich infrage stellen... Die Plattform verfügt über die entscheidenden datenbezogenen Kenntnisse und Steuerungsmöglichkeiten; sie ist die zentrale Datenverarbeitungsstelle.“⁴⁵ Die bedeutenden Entscheidungen würden auf die Metaebene verschoben, auf welcher die Steuerungsmöglichkeiten der IT sowie des Internets sehr kompliziert, komplex und differenziert geworden seien. Die Einflussmöglichkeit des Menschen sei auf ein Minimum reduziert und es scheine, dass der Mensch seine Steuerungsfähigkeit verloren habe. Demzufolge seien IT-Sicherheit und die Kontrollierbarkeit über IT-Systeme auch fragwürdig geworden. Festzuhalten sei, dieser Bereich gehöre nicht zum Datenschutzrecht, da dieses den einzelnen Datenverarbeiter und nicht das IT-System selbst in das Zentrum der Regelungsstruktur gestellt habe.

Hier steht m. E. die Grenze des traditionellen Datenschutzrechtes im Vordergrund. Der nächste Schritt muss in die Richtung der Welt der plattformbezogenen Systemregulation gemacht werden. Aber diese zukünftige Fragestellung gehört zu einem anderen Problemfeld.

IV. Ein Beispiel der zukünftigen Probleme: Das vernetzte Auto

Die Entwicklung der Autoherstellung und -planung ist ein sehr gutes Beispiel für die Illustration der Möglichkeiten und Grenzen der BGB- bzw. zivilrechtlichen Problembehandlung. Die autonomen Fahrzeuge lösen viele rechtliche Probleme aus, unter anderem die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts oder die Haftung für den Verkehrsunfall.

Um auf die Datenschutzprobleme reagieren zu können, müssen zunächst die Herausforderungen im Rahmen des Datenschutzes beim vernetzten Auto aufgezeigt werden. Diese liegen darin, „dass es sich bei Sensordaten um personenbezogene Daten handelt, aus denen hochdetaillierte Profile des Fahrers, des Mitfahrers und ggf. anderer Personen im Fahrzeugumfeld erstellt werden können. Die Datenerhebung und -verarbeitung findet zudem unmerklich und allgegenwärtig statt. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der spätere Datenumgang nicht vom ursprünglichen Erhebungszweck gedeckt ist. Schließlich bringt die umfassende Vernetzung erhebliche Risiken für die Datensicherheit mit sich.“⁴⁶ So können etwa Netzwerklücken oder Programmfehler ein Einfallstor für Hacker bieten. Solche Konstellationen gehören nicht mehr in die Welt von Science Fiction oder Kriminalserien sondern sind real.

Eine aktuelle Diskussion der deutschen Juristen bezieht sich auch auf die Probleme der autonomen Fahrzeuge. Im Zentrum der Diskussion steht die Haftung bei Verkehrsunfällen, welche von solchen Autos verursacht werden. Das Versicherungsvertragsgesetz hat die Unfallsituation klar reguliert. Nach §115 VVG (Versicherungsvertragsgesetz) kann der Dritte einen Direktanspruch auf Schadensersatz auch gegen den gegnerischen Versicherer geltend machen. Jedoch ist der Fahrer nicht identisch mit dem Versicherungsnehmer, da das Auto selbststeuernd fährt. Eine direkte Klage gegen den Fahrer oder gegen die Versicherungsgesellschaft des Fahrers kann nicht erhoben werden. Es verbleiben somit die Autohersteller oder Autohändler aber in diesen

⁴⁵ Indra Spieker genannt Döhm: *Digitale Mobilität: Plattform Governance. IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen.* GRUR 2019, 341.

⁴⁶ Lüdemann: *Connected Cars - Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück,* ZD 2015, 247.

Fällen fehlen die rechtlichen Gründe. Der Autohersteller könnte die Autos in einem anderen Staat, welcher möglicherweise kein Mitgliedstaat ist, herstellen, womit Fragen der internationalen Gerichtsbarkeit entstehen. Ein Ergebnis der Diskussion ist zurzeit noch nicht absehbar, obwohl immer mehr Verkehrsplanungen und Realutopien fordern, autonome Autos im Stadtverkehr einzuführen. Nach dem Modell der Adaptation im Rahmen der traditionellen Rechtsstruktur und der Anwendung der Rechtsanalogie dürfte eine juristische Lösung der kursorisch aufgezeigten diffizilen und hoch komplexen Probleme kaum möglich zu sein.

V. Gerichtsbarkeit und Zivilprozessrecht

Das Zivilprozessrecht wurde in den letzten Jahren vor eine doppelte Herausforderung gestellt. Einerseits sollte die Kontinuität der Rechtsprechung gegen den dynamischen Umbruchprozess des materialen Rechtes gewährleistet werden, andererseits musste es selbst auf die veränderte Regelungsumgebung reagieren. Die Selbstreferenz des Zivilprozessrechtssystems hat dann zu neuen Rechtsinstitutionen geführt, wonach sich die Beziehungen unter den Hauptakteuren des Zivilprozesses sehr rapide verändert haben. Die Gesetzgebung hat die Kommunikation zwischen den Parteien und dem Gericht oder die formalen Bedingungen des Prozesses reformiert. Parallel mit diesen Prozessen wurde die gerichtsinterne Aktenaufarbeitung in Richtung auf Digitalisierung verschoben. Allerdings kann die Geschichte der Digitalisierung in der Gerichtsorganisation heute noch nicht als abgeschlossen gelten.

Im BGB wurden die §§ 125a und 126b eingeführt, um die elektronische Art der Schriftformen zu legitimieren. Das BGB konnte vor diesem Hintergrund die Reformen der ZPO unterstützen und damit die Einführung der digitalen Methoden des Gerichtsprozesses ermöglichen.⁴⁷ Die Erweiterung der Schriftform hat weitere Reformfortschritte gefordert, z.B. die Ausarbeitung der Regelung der elektronischen Unterschriften, was sich letztlich als ein langes und kompliziertes Unterfangen herausstellte. Noch komplizierter war die Entwicklungsgeschichte der E-Akte, was zurzeit noch immer ein Reformplan bzw. eine zu verwirklichende Idee ist.

Eine historische Betrachtung kann jedenfalls hilfreich sein, um diese Probleme zu verstehen. Die Idee der Reformen der Justizkommunikation ist in den ersten Jahren des neuen Jahrtausends entstanden. Nicht auf den Ebenen der Mitgliedstaaten, sondern auf EU Ebene sollte nach einer völlig intensiven Reformbemühung gesucht werden. Zum Stand der Entwicklung Folgendes: *„In der Europäischen Union sind bereits mehrere Projekte zu E-Justice gestartet, die im „Aktionsplan 2014–2018“ festgelegt wurden. Die Projekte umfassen diverse Themengebiete von der Vereinheitlichung und Vernetzung bestimmter Register (Handelsregister, Insolvenzregister etc) über die Entwicklung*

⁴⁷ § 126a Elektronische Form

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

§ 126b Textform

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben 1.

einheitlicher Standards zur sicheren Informationsübermittlung (e-Delivery) bis zur Standardisierung bei grenzüberschreitenden Rechtsfällen im Straf- und Zivilrecht (e-CODEX). Das Pilotverfahren e-CODEX (e-Justice Communication via Online Data EXchange) hat zum Ziel, mithilfe von Softwarelösungen sowohl den grenzüberschreitenden elektronischen Zugang zum Recht für Bürger und Unternehmen in Europa zu verbessern als auch die elektronische Zusammenarbeit von Justizbehörden innerhalb Europas zu fördern.“⁴⁸

Aus dieser Perspektive könnte die deutsche Gesetzgebung eine Umsetzung der E-Justice Politik der Europäischen Union sein. In Wirklichkeit aber ist etwas ganz Anderes passiert.

Das Kommunikationssystem der deutschen Justiz hat sich verändert. Davis Jost und Johann Kempe haben über die Struktur der E-Justiz in Deutschland die folgende



Grafik erstellt:

Das Bild illustriert, welche systeminternen und -externen Problembereiche entstanden sind. Eine Digitalisierung oder Informatisierung der Justiz kann viele Elemente der Systemkommunikation transformieren, nicht nur zwischen den Parteien und Gerichten, oder den Amtsgerichten und Landgerichten sondern auch unter Rechtsanwälten und Gerichten und Staatsanwälten.⁴⁹ Die Veränderungen haben eine Reform der Handlungsnormen erforderlich gemacht; deswegen wurden die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und die Gesetze der öffentlichen Verwaltung ebenfalls neu geregelt. Über die Reformen haben sich die Bundesländer in zwei Lager aufgespalten. Einige gehören zu dem sog. „forumStar-Verbund“, andere zum „e2-Verbund“. Beide vertreten die Grundelemente der E-Justice, aber es gibt wesentliche Unterschiede zwischen den Systemen.

⁴⁸ David Jost, Dr. Johann Kempe : *E-Justice in Deutschland*, NJW 2017, 2705.

⁴⁹ Dieter Kesper, Dr. Stephan Ory: *Der zeitliche Fahrplan zur Digitalisierung von Anwaltschaft und Justiz*, NJW 2017, 2709.



Im März 2017 hat der E-Justice-Rat beschlossen, ein einheitliches System einzuführen und damit sollen in den „16 Bundesländern gemeinsam ein einheitliches Fachverfahren für diejenigen Bereiche entwickelt werden, in denen bisher noch keine solche Entwicklung stattfindet.“⁵⁰ Die Geschichte der E-Justiz offenbart, dass die einfachen Reformen der Informatisierung eine breite Reformbedürftigkeit ausgelöst haben.

Informatisierung und Digitalisation führen zu gesellschaftlichen Anpassungsproblemen. Dies kann die Geschichte der E-Akte belegen. Die ZPO Reformen⁵¹ haben neue Aktenführungsmöglichkeiten in das Gesetz auf der Basis des

⁵⁰ David Jost, Dr. Johann Kempe : *E-Justice in Deutschland*, NJW 2017, 2705.

⁵¹ § 130a ZPO: Elektronisches Dokument, § 130b ZPO Gerichtliches elektronisches Dokument, § 169 ZPO, Abz. (4) – (5) Schriftstück als elektronische Abschrift, § 186 ZPO Bewilligung und Ausführung der öffentlichen Zustellung, § 298 ZPO Elektronische Akte; Verordnungsermächtigung. Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs. Vom 5. Juli 2017. Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2017. Teil I. Nr. 45. Früher: Gesetz zur Förderung des elektronischen

BGB eingeführt, wonach die Innovation in allen Gerichtsprozessen (in Familien- und Sozialgerichtprozessen oder im Vollstreckungsverfahren) stattfindet. Ab dem 1. Januar 2026 werden die Prozessakten elektronisch geführt, aber die konkreten Verordnungsnormen sind heute noch immer ungeklärt.

Die direkte Kommunikation zwischen dem Gericht und den Parteien wird sich aufgrund der elektronischen Aktenführung verändern bzw. erweitern. Nach § 299 ZPO wird die Akteneinsicht sichergestellt. Aus diesem Grund können die Berechtigten genauso die Plattform benutzen, wie die Richter oder die Gerichtsadministration.

Obwohl nicht der gesamte Problembereich dargestellt wurde, ist augenfällig, dass die Idee der Digitalisierung zu komplexen Reformen der Gerichtsorganisation führen kann.⁵² Es sollte aber die grundsätzliche Frage aufgeworfen werden: Ist die Justizorganisation überhaupt grundlegend reformierbar? Welche Rolle spielt die Gerichtsorganisation in der Terminverschiebung bei der Einführung der modernen Kommunikation und der gerichtlichen Digitalisierung?

Die Digitalisierung berührt die komplexe soziale Umgebung der Gerichtsorganisation. Sie hat sich auf den Bereich der Rechtsdienstleistungen erweitert.⁵³ Die Probleme der Gerichtsorganisation erscheinen als gänzlich offene Fragen. Im Rahmen meiner aktuellen Aufarbeitung bin ich weder auf ein bedeutendes Forschungsprojekt noch auf überzeugende Forschungsergebnisse gestoßen. Einige allgemeine soziologische Beiträge versuchen sich diesen Fragen anzunähern, ansonsten jedoch ist die Modernisierung oder gar Digitalisierung der Gerichtsorganisation eine Blackbox.⁵⁴ Aus der soziologischen Literatur lässt sich ableiten, dass die Struktur der organisationsinternen Machtbeziehungen, die Kontrolle über die systemgesteuerten Informationen und die monopolisierten Entscheidungen diejenigen sind, welche die Modernisierung der Justizorganisation verhindern können. Organisation und Digitalisierung sind miteinander nicht vergleichbar. Digitalisierung zielt auf eine Justizmodernisierung ab. Entsprechende, nötige Kommunikationsveränderungen verlangen eine Veränderung in den Beziehungen zwischen der operativen Methode des Gerichtssystems und seiner Umwelt. Internationale Erfahrungen deuten darauf hin, dass eine Computerisierung der Gerichte mehr als eine bloß technische Modernisierung darstellen wird und darstellt.⁵⁵

VI. Neue Rechtsgebiete der IT-Zeit

Während der Veränderung des traditionellen Rechtssystems haben sich neue

Rechtsverkehrs mit den Gerichten. Vom 10. Oktober 2013. (ERVGerFögG) BGBl. I S. 3786 Elektronischer-Rechtsverkehr- Verordnung vom 24. November 2017. BGBl. I S. 3803. (Geändert am 9. Februar 2018.)

⁵² Eine Nebengeschichte ist die Entwicklung der digitalen Unterschrift. Christopher Brosch, Christoph Sandkühler:

Haftungsfragen rund um das beA, NJW- Beil 2016, 94.

⁵³ Über der Gefahr der digitalen Rechtsdienstleistungsmöglichkeit: Prof. Martthias Kilian: *Trojanische Pferde im Rechtsdienstleistungsrecht?* NJW 2019, 1401. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 04.06.2019. Oder: BeckOK Kommunalrecht Bayer, Dietlein/ Suerbaum. 2. Edition: *Namenschutz und Internetdomains*. Stand: 01.05.2019.

⁵⁴ Stefanie Büchner: *Zum Verhältnis von Digitalisierung und Organisation*, Zeitschrift für Soziologie 2018, 47 (5) 332 – 348. Judith Muster, Stefanie Büchner: *Datafizierung und Organisation*. Daniel Houben, Bianka Prietl (Hrsg.) Datengesellschaft. Einsichten in die Datafizierung des Sozialen. Transcript Verlag, Bielefeld, 2018, S. 253

– 277.

⁵⁵ Alan Vajda: *Modernising the Courts, Land Register and Cadastre*. Croatian International Relations Review UDC 347. 9 : 681. 3 (497.5.) June 2001.

Rechtsweg herausgebildet.⁵⁶ Ihre Entwicklung kann nicht aus der Kontinuität des alten Rechtes abgeleitet werden, obwohl ihre „neuen“ Normen in den traditionellen Rechtsgebieten gründen. Meistens sind sie ein Produkt von Gesetzgebungen, teilweise aber sind sie wesentliche Ergebnisse des Richterrechtes. An der Spitze der Innovation geht der EU-Gesetzgeber voran, aber die autonome Rechtsschaffung in den einzelnen Mitgliedstaaten hat auch eine wesentliche Rolle gespielt.

Die Objekte des neuen Rechtes operieren in den Bereichen des Internets, Facebooks, der sozialen Medien oder repräsentieren selbst den weiterentwickelten Regelungsbedarf der IT- Zeit. In diesen Gebieten sind neue europäische und nationale Gesetze entstanden. Auf europäischer Ebene etwa die Rechtsakte: EUVO 2018/302, EUVO 2015/2120, 2017/1953 bzw. die EU-Richtlinien 2019/770, 2018/1808.⁵⁷ Die verschiedenen Gesetzesvorschläge zeigen die zukünftige Entwicklung auf, etwa mit Blick auf die Regelmäßigkeit des Schutzes des Privatlebens oder die Neuregelung hinsichtlich Roaming.⁵⁸ Die zivilrechtliche Regelung des Bereiches Robotik ist ebenfalls geplant.⁵⁹

Der EUGH hat über einige Fälle der Digitalzeit entschieden, u.a. über den Verbraucherstatus im Zusammenhang mit der Facebook-Nutzung. Der Gerichtshof hat ausgeführt, *dass Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass ein Nutzer eines privaten Facebook-Kontos die Verbrauchereigenschaft im Sinne dieses Artikels nicht verliert, wenn er Bücher publiziert, Vorträge hält, Websites betreibt, Spenden sammelt und sich die Ansprüche zahlreicher Verbraucher abtreten lässt, um sie gerichtlich geltend zu machen.*⁶⁰ Das Richterrecht hat weitere Grundprinzipien im Hinblick auf

⁵⁶ Über die neuste Rechtsentwicklung: Frank Montag und Andreas von Bonin: *Die Entwicklung des Unionsrechtes bis Mitte 2018*, NJW 2019, 193. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?04.06.2019>.

⁵⁷ VERORDNUNG (EU) 2018/302 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG. VERORDNUNG (EU) 2015/2120 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union. VERORDNUNG (EU) 2017/1953 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. Oktober 2017 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1316/2013 und (EU) Nr. 283/2014 im Hinblick auf die Förderung der Internetanbindung in Kommunen. RICHTLINIE (EU) 2019/770 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. RICHTLINIE (EU) 2018/1808 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten.

⁵⁸ Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation). Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 in Bezug auf Vorschriften für Roamingvorleistungsmärkte.

⁵⁹ P8_TA(2017)0051 Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)).

⁶⁰ URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer) 25. Januar 2018. „Vorlage zur Vorabentscheidung – Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – Verordnung (EG) Nr. 44/2001 – Art. 15 und 16 – Gerichtliche Zuständigkeit bei Verbrauchersachen – Begriff ‚Verbraucher‘ – Abtretung von Ansprüchen, die gegenüber demselben Unternehmer geltend zu machen sind, zwischen Verbrauchern“ In der Rechtssache C-498/16. betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Obersten Gerichtshof (Österreich) mit Entscheidung vom 20. Juli 2016, beim Gerichtshof eingegangen am 19.

soziale Medien aufgestellt. So wurde etwa die Frage der internationalen Zuständigkeit des Gerichtes geklärt. Demnach ließe sich „... Art. 16 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auslegen, dass er keine Anwendung auf die Klage eines Verbrauchers findet, mit der dieser am Klägergerichtsstand nicht nur seine eigenen Ansprüche geltend macht, sondern auch Ansprüche, die von anderen Verbrauchern mit Wohnsitz im gleichen Mitgliedstaat, in anderen Mitgliedstaaten oder in Drittstaaten abgetreten wurden.“

In der BRD wurde das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ (NetzDG) verabschiedet, was ein neues Mittel gezielt gegen Hasskommentare und Fake News in sozialen Netzwerken darstellen soll. Das Gesetz enthält mehrere Vorschriften über rechtswidrige Situationen und sieht ferner Bußgelder vor. Das Schrifttum hat das Gesetz stark kritisiert. So hat z.B. ein Gutachterbericht ausgesagt, dass der Entwurf des NetzDG sowohl formell als auch materiell gegen das Grundgesetz verstößt.⁶¹ Andere Autoren bezeichnen das Gesetz als ein solches, welches nicht realisiert werden kann. „Völlig unklar bleibt, wie die Anbieter sozialer Netzwerke – oder mit Blick auf § 4 V das zuständige Gericht gegebenenfalls ohne mündliche Verhandlung – den subjektiven Tatbestand dieser Strafnormen und eventuelle Rechtfertigungsgründe angemessen beurteilen sollen.“⁶² Das Ziel und die Notwendigkeit des Gesetzes wird indes akzeptiert. Auf Kritik stoßen lediglich das Gesetzgebungsverfahren und die Inhomogenität der Gesetznormen. Anderen Meinungen zufolge kann die „regulierte Selbstregulierung“ gar nicht in der Praxis umgesetzt werden, weil die Vorhaben des Gesetzes völlig idealistisch sind.⁶³ Jörn Lüdemann thematisierte, dass im Falle des NetzDG die Meinungsfreiheit nicht in Gefahr sei. Vielmehr würden lediglich die Äußerungsformen der Nutzer verändert werden.⁶⁴ Während der aktuellen Diskussion hat sich die Zahl der schädigenden Äußerungen sogar vermehrt. Einem Bericht der Zeitung „die Zeit“ zufolge wurden wesentlich mehr Hassreden in den letzten Monaten des Jahres 2018 im Internet publiziert als in der Vergangenheit.⁶⁵

Ich möchte das Problem der Hassrede in diesem Bericht nicht weiter analysieren. Nach meiner Meinung liegen die Gründe für den Misserfolg des Gesetzes darin dass hier ein Gesetz ohne erweiterte Kenntnisse und ohne fundierte Forschung im Bereich des Internet entstanden ist. Das Internet muss als komplexes System betrachtet werden, das nicht auf die eine oder andere Seite der Systemkommunikation reduziert werden darf. Zuletzt bleibt anzumerken, dass die Unterschiede zwischen dem Internet und WEB nicht geklärt wurden.

Die Gesetzgebung geht allerdings weiter. Ein zukünftiges Projekt wird die Regulierung der intelligenten Techniksysteme betreffen. Sie befindet sich in der letzten Phase.⁶⁶ „Neue rechtliche Fragestellungen können sich jedoch ergeben, wenn ein System

September 2016, in dem Verfahren Maximilian Schrems gegen Facebook Ireland Limited.

⁶¹ Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur, Prof. Dr. Tobias Gostomzyk, *Zur Verfassungsmäßigkeit des "Netzwerkdurchsetzungsgesetzes"* Ergebnisse eines Gutachtens. Zusammenfassung der Ergebnisse eines Gutachtens im Auftrag des Bitkom. Die Vollversion des Gutachtens erschien 2017.

⁶² Professor Dr. Nikolaus Guggenberger: *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht.* ZRP 2017, 98.beck-online <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata\zeits\zrp\2017>

⁶³ Joerg Heidrich, Brian Scheuch: *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Anatomie eines gefährlichen Gesetzes.* in: Jürgen Taeger (Hrsg.): *Recht 4.0 – Innovation aus den rechtswissenschaftlichen Labore.* OLWIR Verlag, Oldenburg. Sonderdruck, 2018.

⁶⁴ Jörn Lüdemann: *Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken. Private Ordnung digitaler Kommunikation unter dem Grundgesetz,* MMR 2019, 279. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁶⁵ <https://www.zeit.de/digital/internet/2018-07/hate-speech-internet-soziale-medien-hasskommentare-studie>. 24.17.2019. AG Mannheim: Strafbare Störung des öffentlichen Friedens durch Fake News, MMR 2019, 341.

AG Mannheim, Urteil vom 7.1.2019 – 20 Cs 806 Js 10181/18.

⁶⁶ Zwischenbericht zum Projekt ZivILRiT. Intelligente Techniksysteme – Ausgewählte zivilrechtliche Fragen, und

nicht nur ohne Zutun des Menschen agiert, sondern dabei zudem nicht ausschließlich auf zuvor einprogrammierte Algorithmen zurückgreift, sondern stattdessen mit seiner Umwelt interagiert und darauf basierend die ihm zugrunde liegenden Programmcodes anpassen und weiterentwickeln kann.“⁶⁷ Es geht also um den Regelungsbedarf bei selbstlernenden Systemen, Algorithmen, automatischen und autonomen Systemen sowie bei der Robotik. Die alten Rechtsinstitutionen müssen erneut reformiert werden. In einigen Fällen jedoch (wie der Robotik) scheinen die aktuellen Haftungsvorschriften hinreichend zu sein.

Die neuen Rechtsgebiete entwickeln sich schrittweise und fordern manchmal radikale, sprich grundlegende, manchmal aber auch nicht so ausführliche Rechtsveränderungen. Bei den Reformentscheidungen sollte im Zentrum der Regelung die Kommunikation zwischen Mensch und (IT, Info) Maschine stehen. Solche Kommunikationsprobleme sind bereits jahrelang bekannt. Luftfahrtkatastrophen und alltägliche Anwendungsprobleme der neuen Technologien haben diese Problematik augenfällig gemacht.⁶⁸ Die Entwicklung hat die Probleme der unterschiedlichen Kommunikationskultur mitverursacht und die Sozialisation sowie die Wissensstruktur der Beteiligten hat in den Unglücksfällen eine bedeutende Rolle gespielt.

Die IT-Anwendung hat alte, rechtliche Grenzen überschritten. Ein Internetzugang kann auch einen Dritten tangieren. Ferner ist die IT der Gegenstände als eine neu eingeführte Kommunikationsstruktur zu verstehen.⁶⁹ Die künstlichen Intelligenzen oder die Plattformnutzung können die Rechtsinstitutionen zwar erodieren. Allerdings dienen sie auch als ein neuer Ausgangspunkt der Rechtsinnovationen. Die neuen Rechtsgebiete sind einerseits Nachfolger der alten Normenregelung, andererseits können sie aber einen radikalen Regelungsbedarf verkörpern.⁷⁰

VII. Nicht oder nur schwach thematisierte Probleme

Neben den neuen Regelungsgebieten existieren weitere im Bereich der IT, die radikalen Innovationsbedarf besitzen. Dazu gehören einige Teile des Internets (oder WEB), besonders die Seiten, welchen die Vollstreckbarkeit – im soziologischen Sinne von Max Weber – eindeutig fehlt.⁷¹

Im Hinblick auf digitale Währungen besteht ebenso eine Regelungslücke. Obwohl die EuGH-Rechtsprechung virtuellen Währungen eine umsatzsteuerliche Einordnung beimisst, gibt es bisher noch keine gesetzgeberische Äußerung zu dem Thema. Nach Ansicht der Autoren Thomas Stein und Maximilian Lupberger ist das Gesamtbild in diesem Kontext völlig unklar.⁷² Die strafrechtliche Behandlung scheint jedenfalls im Vordergrund der Diskussion zu stehen im Gegensatz zur zivilrechtlichen, aber das ist eine andere Geschichte. Vermutlich ist das Kernproblem der globalen digitalen Netzwerke

Abschlussbericht zum Projekt ZivilRit. 9. Oktober 2017. Manuskripte. Forschungsgruppe ZivilRiT. UNI Bielefeld. 2017.

⁶⁷ Es wurde zitiert: Reichwald, Pfisterer, CR 2016, 208, 210 unter Verweis auf Margaret Boden: *Autonomy and Artificiality*, 1996.

⁶⁸ Über die Flugzeugkollision von Oberling: https://de.wikipedia.org/wiki/Flugzeugkollision_von_%C3%9Oberling.

⁶⁹ BGH (I. Zivilsenat), *Zugang von Dritten zum Internet über den WLAN – Router des Kunden*. Urteil vom 25.04.2019 – I. ZR. 23/18, BeckRS 2019, 8526. Louisa Specht: *Die Entwicklung des IT Rechtes im Jahr 2018*, NJW 2018, 3686. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.07.2019>.

⁷⁰ Über Youtube Chanell, als Werbekanal. EuGH, GRUR 2018. 621. BGH, GRUR 2017, 412., Über Werbeblocker: BGH, NJW 2018, 3640., Markenverletzung durch Amazon-Suchfunktion: BGH, GRUR 2018, 924

⁷¹ Weber thematisierte, dass ohne Vollstreckbarkeit kein Recht ist

⁷² Tomas Stein, Maximilian Lupberger: *Bitcoins in der Erbschaftsteuer. – Gibt es am Ende eine Bitcoin GmbH?* DStR 2019, 311. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019..>

weder auf der Ebene der EU, noch auf derjenigen der Mitgliedstaaten lösbar. Die Juristen sind mit Blick auf die Digitalwährung von Facebook heute genauso ratlos, wie damals, als die digitalen Währungen entstanden sind.

In den deutschen Haushalten sind kommunikative Roboter wie Alexa sehr populär. Die Vorzüge der Technologie sind den meisten aus der Werbung bekannt. Über die Nachteile der Anwendung von Alexa sprechen allerdings einige Juristen, die sich mit IT-Sicherheit oder Plattformproblemen beschäftigen.⁷³ Ihre Kritik richtet sich einerseits auf den Datenschutz, andererseits auf die Internetsicherheit. Alexa kennt nämlich die Geheimnisse der Familie, sie hat ständigen Kontakt mit den Anwendungsplattformen. Daten über die Familientätigkeit oder den Haushalt strömen ganz frei durch das digitale Netzwerk. Die Nutzungsmöglichkeit und das Schicksal der dabei erfassten Daten sind nicht bekannt. Sie können im System der Big Data verschwinden. Das Gebiet heißt Internet der Dinge und man kann die Relevanz dieses Bereiches zurzeit durchaus erkennen. „So zeigt sich, dass im Rahmen von allgemeinen IoT Geräten nicht mehr nur um den Schutz der Informationssysteme und der darauf verkörperten Daten geht, sondern um die Lebenswelt, in welche sie eingebettet sind.“⁷⁴

VII.1. Innovationsmodelle

Die dargestellten Veränderungen des Rechtes lassen sich unter drei theoretische Modelle subsumieren:

1. *Adaptationsmodell.* Die Rechtsveränderungen können im Rahmen des funktionierenden Rechtes eingepasst werden. Dazu dienen die richterlichen Entscheidungen oder die Gesetzesveränderungen, u.a. die Reformen von BGB oder ZPO.⁷⁵ Diese Lösung beherrscht die deutsche juristische Reformpolitik und folgt aus den Rechtstraditionen des deutschen Rechtes.

2. *Transformationsmodell.* Wenn das Adaptationsmodell nicht funktioniert, oder nicht erfolgreich ist, werden statt der alten Methoden neue Gesetze und Rechtsnormen geschaffen. Die neuen Rechtsvorschriften werden in das Rechtssystem juristisch eingeführt, folgen dabei jedoch nicht mehr dem alten Weg. Die Rechtsbegriffe und Grundprinzipien harmonisieren mit den traditionellen rechtlichen Grundnormen, deshalb passt sich die Sprache des neuen Rechtes an die Rechtstraditionen und eben nicht an die Sprache der IT-Technik an. An den Grenzen des neuen Rechtes könnte eine Rechtsanalogie angedacht werden, allerdings ist diese Herangehensweise nicht Teil der heute üblichen Rechtspraxis.

3. *Trennungsmodell.* Dieses Modell impliziert eine völlig neue Rechtsinnovation. Ganz wenige Rechtsnormen gehören zu diesem Modell, weil die Trennung zwischen alten und neuen Methoden und Strukturen des Rechtes noch nicht stattgefunden hat. Die Zukunft des Modells hängt in der Luft. Möglicherweise kann das Trennungsmodell auch in die Rechtskultur integriert werden. Jedenfalls erfordert die neue technische und digitale

⁷³ Indra Spieker genannt Döhmman: *Digitale Mobilität: Plattform Governance. IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen*, GRUR 2019, 341.

⁷⁴ Christian Djefal: *IT-Sicherheit 3.0: Der neue IT-Grundschutz. Grundlagen und Neuerungen unter Berücksichtigung des Internets der Dinge und Künstlicher Intelligenz*, MMR 2019, 289. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>

⁷⁵ Über die Entwicklung und den Adaptationstrend: Helmut Hoffmann: *Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2018*, NJW 2019, 491. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>. „Gegenstand des Beitrags ist im Anschluss... die im zweiten Halbjahr 2018. veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung einschließlich EuGH – Entscheidungen zur Beantwortung von Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen Zivilgerichtlicher Auseinandersetzungen zum Internet.“, 481.

Entwicklung – theoretisch – eine radikale Trennung zwischen den alten und neuen Rechtssystemen, weil die neuesten Regelungsprobleme aus dem Blickwinkel des alten Rechtes nicht mehr gelöst werden können.

Die Rechtsentwicklung wurde durch viele wissenschaftliche Erfahrungen transportiert. Die Ausbreitung des Rechtes der Digitalzeit hat ihre eigene Vorgeschichte, welche nicht nur in den Rechtseinrichtungen, sondern auch in der Wissensstruktur der juristischen Traditionen erkennbar ist. Die neue Geschichte des Rechtes beruht nicht auf juristischer Willkür, sondern sie war ein Zusammenspiel zwischen den heterogenen Entwicklungspfaden. In der modernen Gesellschaft repräsentiert die Rechtsentwicklung keine homogenen Vorgänge. Systeminterne Isolationen und strukturelle Spätintegrationen können in derselben Zeit im Rechtssystem beobachtet werden. Die Akteure der Modernisierung sind verschiedene Institutionen. Die Geschäftswelt oder die Bundesregierung sind ebenso bedeutende Faktoren der Integration der juristischen Vorschläge.

Das Recht hat sich „step by step“ verändert. Das moderne Rechtssystem ist (nach Niklas Luhmanns Theorie) komplex und ausdifferenziert. Die Systemveränderungen können nicht mehr durch direkte Aktionen der äußerlichen Umweltelemente gesteuert werden. Die Systemkommunikation zwischen Umwelt und Recht, die inneren Innovationsstrukturen des Rechtssystems und die Innovationsmöglichkeiten der inneren Organisationsstrukturen des Rechtssystems sind die bedeutenden Elemente in dem Prozess der systeminternen Reaktion auf die Herausforderung der Digitalgesellschaft. Welches der oben dargestellten Modelle dominiert, wird eine Frage der komplexen Systemsteuerung des Rechtes sein. In einem hochkomplizierten Rechtssystem kann ein homogener Weg der Reformen nicht gewährleistet werden.

Es sollen zwei Innovationselemente hervorgehoben werden. Erstens die Aktivität der Politik der EU und zweitens der bedeutende Druck der Geschäftswelt. Im Hintergrund kann auch die Herausforderung der globalisierten Wirtschaft erkannt werden. Es scheint so, als würde dort die Adaptation und die Innovation schneller und wirksamer stattfinden, wo ein freier Raum der Auslegung des Rechtes gegeben ist, und wo die Rechtskultur ein autonomes Gebiet der Juristen gestaltet hat.

VII. 2. Leerräume der Regelungspolitik

In der Fachliteratur und in der Rechtspraxis werden die Fragen der künstlichen Intelligenz (KI) immer häufiger thematisiert.⁷⁶ Es ist kein Zufall, dass die KI in allen Gebieten der Gesellschaft immer bedeutender und umfangreicher geworden ist. Nach einer Arbeitsdefinition können unter der KI solche Systeme verstanden werden, die selbstständig sind und effizient Probleme lösen können.⁷⁷ Im Falle des vernetzten Autos wurden diese Probleme schon in Kürze dargestellt, allerdings muss betont werden, dass die KI nicht lediglich auf das Gebiet des Autos oder der modernen Technik und Technologie begrenzt ist, sondern auch das politische System sowie die richterlichen Entscheidungen tangiert.⁷⁸ Der Grund hierfür ist, dass die KI stets mit Algorithmen und autonomem Lernen von Maschinen zu tun hat. Die Beziehungen in den

⁷⁶ Z.B. In der Wirtschaft: *Potenziale der künstlichen Intelligenz im Produzierenden Gewerbe in Deutschland*. Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (bmwi) im Rahmen der Begleitforschung zum Technologieprogramm Paice – Platforms | additive manufacturing | imaging | communication | engineering IIT – Institut für Innovation und Technik in der VDI/VDE Innovation + Technik GmbH. Berlin 2018.

⁷⁷ Klaus Mainzer: *Künstliche Intelligenz – wann übernehmen die Maschinen?* Springer Verlag, 2016.

⁷⁸ Arne Klaas: *Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz*. MMR 2019, 84.

Anwendungsbereichen der KI sind kompliziert, weil komplex. So ist selbst die begriffliche Darstellung nicht so einfach: *„Der Begriff der künstlichen Intelligenz lässt sich losgelöst von einem konkreten Anwendungsbereich nur schwer allgemeingültig und mit hinreichender Eindeutigkeit definieren. Möchte man dennoch den Versuch einer abstrakten Bestimmung wagen, kann der Ausdruck als eigenständige Entscheidungsfindung einer Maschine umschrieben werden, die sich isoliert von humaner Einflussnahme strukturell an der menschlichen Denkweise orientiert. Sog. „maschinelles Lernen“ umfasst als Komponente von KI auch das beständige Hinzulernen der Anwendung, also die selbstständige Erweiterung des Wissens- und Erfahrungsschatzes durch die Ausführung der übertragenen Aufgaben. Im Kontext juristischer Anwendungen ist im weitesten Sinne die Übernahme kognitiver Leistungen durch Software gemeint, die gewöhnlich durch einen juristisch vorgebildeten Menschen vorgenommen werden. Hierzu zählen z.B. das autonome Herstellen von übertragbaren, juristischen Zusammenhängen bei einem Abgleich von zwei unterschiedlichen Gerichtsentscheidungen oder das eigenständige Lösen einer unbekanntes Rechtsfrage auf der Grundlage von juristischen Grundsätzen und Prinzipien.“*⁷⁹

Es scheint so, als könnte nicht die KI selbst, sondern nur Anwendungsbereiche der KI reguliert werden.⁸⁰ Demzufolge sind tiefgreifende Unterschiede der Regelungsqualität und Gesetzgebung entstanden. So haben etwa die Roboter viel Berücksichtigung erfahren. Für Betriebssysteme wie WAZE oder Google-Maps besteht indes kein Regelungsbedarf. Mauro Martini schreibt, dass die Funktionen der Algorithmen eine Blackbox sind. Mittlerweile gehören alle zentralen Steuerungsinstanzen der digitalen Gesellschaft zu den Anwendungsbereichen der Algorithmen.⁸¹

Andere Autoren haben dargestellt, dass KI den Verhandlungsspielraum des menschlichen Subjekts aufgrund der autonomen Lernfähigkeit der Algorithmen erodieren kann. Aus dem Grund könne das Rechtssubjekt seine Vertragsautonomie verlieren.⁸² Katharine Zweig und ihre Mitarbeiter haben über die Möglichkeit der Fehlentscheidung des Prozesses der algorithmischen Entscheidungsfindung ein Arbeitspapier vorgelegt, in dem sie argumentieren, dass *der Prozess, den ein Entscheidungssystem von seiner Entwicklung bis zur Evaluation durchläuft, lang und an vielen Stellen von zahlreichen Entscheidungen abhängig [ist].* *„Die beteiligten Akteure verfügen jedoch häufig nicht über die eigentlich für ihre verantwortungsvolle Aufgabe notwendigen Kompetenzen... Die hohe Anzahl an Entscheidungen sowie unterschiedlicher Beteiligter macht den Prozess anfällig für Fehler, die in allen Phasen auftauchen können. Sie unterscheiden sich in ihrer Tragweite sowie in ihrer Auffindbarkeit und Vermeidbarkeit. ... So können etwa Fehler in der ersten Phase des Algorithmen-Designs dazu führen, dass ein Algorithmus nicht immer das korrekte Ergebnis berechnet. Solche Fehler sind jedoch für Informatiker relativ leicht zu entdecken und zu beheben, wenn klar ist, was der Algorithmus leisten soll und der Quellcode zugänglich ist.“*⁸³

⁷⁹ Arne Klaas: *Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz*. MMR 2019, 84.

⁸⁰ Oliver Keßler: *Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz*. MMR 2017, 589. Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller: *In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen*. ZfPW 2019, 220, 224.

⁸¹ Mario Martini: *Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung*. Juristische Zeitung (J.Z.) 3. November 2017. 1017 – 1072.

⁸² Justin Grapentin: *Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz*, NJW 2019, 181, <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 04.06.2019.

⁸³ Katharina Zweig, Sarah Fischer, Konrad Lischka: *Wo Maschinen irren können. Fehlerquellen und Verantwortlichkeiten in Prozessen algorithmischer Entscheidungsfindung*. Arbeitspapier. Bartelsmann Stiftung, 2018.

Die juristischen Regelungsfragen bezüglich KI sind also absolut offen. Weder in der Literatur, noch in der Rechtspraxis wurden bislang akzeptablen, abschliessenden Lösungen gefunden. Vielleicht ist es aber auch nicht notwendig solche Lösungen zu finden, weil die Rechtsentwicklung selbst keine abgeschlossenen Antworten braucht.

Situation und Erfahrungen sind ähnlich im Bereich von Big Data (BD). Bei der Darstellung des Datenschutzrechtes wurde thematisiert, dass das BD-System nicht ein personenbezogenes Datensystem ist. Die Eigentümer der Daten sind nicht mehr bekannt, obwohl der EuGH sich an einer indirekten Depersonalisierung versuchte.⁸⁴ Vielmehr erfolgt die Datenübergabe willkürlich oder freiwillig, deshalb können die meisten Vorschriften der DSGVO nicht angewendet werden. *“Daten „gehören“ jedoch im klassischen Sinn niemandem, sie sind nicht eigentumsfähig, es gibt derzeit kein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht an Daten, obwohl man jedenfalls personenbezogenen Daten einen ökonomischen Wert beimessen muss.”*⁸⁵

In einigen Anwendungsbereichen des Rechtes wurde versucht mit Blick auf BD (oder KI) Regelungsreformen voranzutreiben.⁸⁶ Während dieser juristischen „Humpelei“ nutzten Unternehmen die Regelungslücke aus und etablierten Kundenmanipulationen, wie z.B. Behavioral Microtargeting oder Preispersonalisierungen.⁸⁷

Die richterliche Urteilspraxis hat versucht einige der hier diskutierten Probleme im Rahmen des gültigen Rechtssystems zu klären. Das OLG Frankfurt z.B. bestimmte, dass eine unlautere Veröffentlichung "gekaufter" Kundenbewertungen auf Internetplattformen rechtswidrig ist.⁸⁸ Das OLG Dresden hat über die Indizwirkung des Impressums einer Website geurteilt. Das Gericht führte aus, dass ein Impressum eines Onlineangebots aussagen soll, dass der Anbieter wirtschaftlicher Träger und damit zivilrechtlich Unterlassungspflichtiger ist.⁸⁹ Das LG Düsseldorf hat klargestellt, wann das Framing gegen Wettbewerbsregelungen verstößt. In diesem Fall ist der Geschäftsführer des Seitenbetreibers aufgrund einer eigenen wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht verpflichtet, die konkrete Übernahme von fremden Inhalten auf der eigenen Internetseite zu verhindern.⁹⁰ In diesen Rechtsfällen haben die Gerichte nach den alten integrativen Modellen gehandelt, um eine Integration der technologischen Innovationen in die Rechtspraxis zu finden.

Trotz der intensiven Auseinandersetzung im Steuerrecht mit Blick auf digitale Währungen bleiben diese aus der Regelungspolitik der digitalen Zeit ausgespart. Die Ausarbeitung einer Konzeption der Finanzregelung ist nicht so einfach, da die digitalen Währungen zum einen keine feste territoriale Zuständigkeit der Zahlungsmöglichkeiten besitzen und zum anderen es sich um staatenunabhängiges Geld handelt.

Auf der realen Funktionsebene existieren nichtsdestotrotz Regeln und

⁸⁴ Der EuGH im Dezember 2017 hat den Begriff personenbezogener Daten präzisiert, und legte vor, dass die Vorschriften sich auf jede Person, „die direkt oder indirekt identifiziert werden kann“ bezieht. Die „indirekte Beziehung“ kann als eine Depersonalisierung beobachtet werden. EuGH, ECLI:EU:C:2017:994. NJW 2018.767

⁸⁵ Oliver Keßler: *Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz*, MMR 2017, 589.

⁸⁶ Heinz-Uwe Dettling, Stefan Krüger: Digitalisierung, *Algorithmisierung und Künstliche Intelligenz im Pharmarecht*, PharmR 2018, 513., Rupprecht Podszun, Christian Kersting: *Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung*, NJOZ 2019, 321.

⁸⁷ Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller: *In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen*, ZfPW 2019, 220, 224.

⁸⁸ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.02.2019 - 6 W 9/19.

⁸⁹ OLG Dresden, Urteil vom 24.8.2018 – 4 U 873/18 (LG Dresden); rechtskräftig.

⁹⁰ LG Düsseldorf: *Wettbewerbsverstoß durch Framing*. MMR 2019, 335. LG Düsseldorf, Urteil vom 14.11.2018– 12 O 69/18.

Vorschriften, die außerrechtliche Verhandlungsnormen sind. Wer an der „Bauarbeit“ der digitalen Währungen teilnimmt, kennt diese Regeln, passt sich der Situation an. Folglich handelt es sich nicht um einen regelungsfreien Raum. Nur die Normen des Rechtes sind nicht vorhanden. Dieser Zustand wird voraussichtlich noch lange Zeit fortbestehen.

Das Feld des Dark Net (Black Side of the Internet) ist ein völlig unbekanntes Gebiet. Es gibt einige vereinzelte Informationen über die Funktionen des Dark Net, aber fundierte Forschungen oder komplexes Wissen fehlen. Gewalt, Drogenhandel und Waffenverkäufe dominieren in den Nachrichten. Die Beobachtung des gesamten Internetdatenaustausches ist unmöglich, da ihre Plattformen und Websites versteckt sind. Trotzdem sind einige faktische Regeln und Verhandlungsnormen erkennbar wie z. B. bei den klandestinen Verhaltensweisen der Mafia, die eines der am besten regulierten Systeme verkörpern. Die öffentlichen, demokratiebezogenen Rechtsvorschriften funktionieren auch hier nicht und folglich fällt dieses Gebiet aus der Regulationspolitik des Internet heraus.

Diese Konstellation und ihre Probleme können mit dem Trennungsmodell sehr gut illustriert werden. Abgesehen davon, dass die Möglichkeit der rechtlichen Regulierung eine Illusion ist, versucht das Richterrecht nichtsdestotrotz Grundfragen in die legislative Jurisdiktion einzubeziehen. Einerseits werden dabei manchmal Antworten auf die alltäglichen Probleme der Internetnutzung gefunden, andererseits manchmal solche Urteile (oder Rechtsnormen) die die Innovationen grundlegend steuern. Einige Probleme sind aber unreflektiert geblieben. So funktioniert etwa in den routinierten Mahnverfahren KI genauso, wie in den Dienstbereichen des öffentlichen Dienstes. Zwar können auf diese Weise einzelne Funktionsbereiche des Internet als Technikprobleme behandelt werden, aber die eigentlichen Konflikte des digitalen Zeitalters bleiben juristisch unbearbeitet.