

*Thomas Dreier*

## **Auf schwankendem Grund - Zu den Auswirkungen der Informationstechnologie auf das Recht**

### **I. Widmung**

Das „Unwesen“ der Festschriften ist von allen Seiten so oft beklagt worden, dass es dazu keines gesonderten Nachweises in einer Fußnote bedarf.<sup>1</sup> Verleger stöhnen unter der Finanzierungslast (die immerhin vermag eine online-Publikation weitgehend zu vermeiden), Freunden und Kollegen bricht, wenn nicht bereits angesichts der Schwierigkeit der Findung immer neuer Themen, so zumindest unter dem Zeitdruck rechtzeitiger Manuskriptabgabe jedes Mal aufs Neue der Angstschweiß aus, Bibliotheksleiter kapitulieren angesichts horrender Kosten (oder müssen sich zumindest überlegen, wie sie den Zugang zu online-Publikationen aufrechterhalten können) und Kommentatoren sind angesichts der Flut in ihre jeweiligen Überblickswerke einzuarbeitender Einzelprobleme schier verzweifelt. Dennoch hat sich die Institution der Festschrift bislang als langlebig erwiesen und wem es vergönnt ist, dass Freunde und Kollegen die diesbezügliche alle Missbill auf sich zu nehmen bereit sind, der mag nicht nur stolz sein, sondern kann sich einfach auch nur freuen.

Bei *Michael Bartsch* ist natürlich alles anders. Kein Zähneknirschen, ja nicht einmal ein Grummeln, sondern einfach nur Vergnügen, ihm ein kleines Geschenk zum Geburtstag zu verfassen. Dank und Anerkennung auch für die lange zurückreichende Zusammenarbeit und gegenseitige gedankliche Beflügelung und Befruchtung.<sup>2</sup> Ohne ihn, das lässt sich sagen, wären das Karlsruher Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft und das Institut für Informationsrecht nicht das, was sie sind, mögen auch viele die Idee für sich reklamieren, in Karlsruhe ein Rechtsinstitut an der Schnittstelle von Informationstechnologie, Wirtschaftswissenschaften und Recht anzusiedeln.

---

Dr. iur.; M.C.J. (New York University); Professor und Leiter des Instituts für Informationsrecht, Universität Karlsruhe, sowie Honorarprofessor Universität Freiburg.

<sup>1</sup> Ganz allgemein sei in dieser nur kleinen, wiewohl weit ausgreifenden Skizze mit dieser einen und der folgenden Ausnahme auf Fußnoten verzichtet.

<sup>2</sup> S. *Dreier*, Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks, in: WIPO (Hrsg.): WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights, Genf 1993, S. 187 (online unter [http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/dreier/publications/dreier\\_Copyright\\_Digitized.pdf](http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/dreier/publications/dreier_Copyright_Digitized.pdf), S. 26).

Doch nun zum Inhalt des vorliegenden kleinen Geschenks: *Michael Bartsch* hat in seinem vielbeachteten „Das BGB und die modernen Vertragstypen“<sup>3</sup> sein Unbehagen an der fehlenden Kraft der BGB-Vertragstypen geäußert, die moderne Wirtschaftswelt zu beschreiben, und dieses Unbehagen mit der Forderung an die Rechtswissenschaft verbunden, das Problem „auf höhere Theoriestufe“ interdisziplinärer abzuarbeiten. Letzteres kann hier natürlich nicht geleistet werden, doch sei der Gedanke aufgenommen und die These gewagt, dass es sich bei den Problemen, die das BGB mit den modernen Vertragstypen hat (und umgekehrt die modernen Vertragstypen mit dem BGB), nur um eines der Symptome der grundsätzlichen Wandlungen handelt, welche die zunehmende Durchdringung und Unterfütterung der postmodernen Lebenswelt durch die Informationstechnologien mit sich bringt. Das Vertragsrecht wird hier gleich von einer ganzen Reihe von Charakteristika dieser Technologien gefordert. Diese Charakteristika sind - ohne Gewähr für Vollständigkeit - zunächst einmal neuartige Leistungen, dann vor allem aber Geschwindigkeit, Massenhaftigkeit, Automatisierung und Vernetzung.

## II. Neuartige Leistungen

Informationstechnologien erfordern und ermöglichen eine Reihe neuartiger Leistungen. Grob gesprochen lassen sich hier Infrastrukturleistungen, Transportleistungen und inhaltliche Dienste unterscheiden. Waren die Infrastrukturleistungen traditionellerweise zunächst noch dem öffentlichen Recht unterstellt, so sind sie im Zuge von Privatisierung, Liberalisierung und Öffnung des Wettbewerbs - mit einstweilen noch gesondertem kartellrechtlichen Regelungsbedarf - zunehmend dem Privatrecht überstellt worden. Das schafft neue Anwendungsfelder für herkömmliche Rechtsregeln. Zwar lassen sich die Transportleistungen einschließlich der dazu erforderlichen Speicherleistungen wie auch die inhaltlichen Dienste noch als „Dienstleistungen“ in einem weiteren Sinne umschreiben. Doch bereits ihre genauere vertragstypologische Einordnung in das klassische System des BGB ist hier verortet und bereitet die von *Michael Bartsch* anhand der Softwareverträge diagnostizierten systematischen Schwierigkeiten.

Grundlegende Auswirkungen neuer Produkte und Dienstleistungen auf das Rechtssystem lassen sich auch andernorts beobachten. So sind etwa, um nur einen eher abseitigen Punkt zu nennen, die Hauptabnehmer einer großen Zahl informations- und kommunikationsgestützter Dienstleistungen Kinder und Jugendliche. Vor allem kostenpflichtige SMS und Telefon- sowie Faxdienste im Fanbereich, Handylogos und Klingeltöne sowie Online-Musik- und absehbar auch Filmangebote werden nahezu ausschließlich von Jugendlichen in Anspruch genommen. Das

---

<sup>3</sup> CR 2000, 3.

feinzelebte, die gegenläufigen Schutzinteressen der noch nicht voll Geschäftsfähigen, der Eltern und der Geschäftspartner abwägende Minderjährigenrecht, das sich der BGB-Gesetzgeber vor mehr als einhundert Jahren in den §§ 106 ff. BGB ausgedacht hat, läuft hier in der Praxis inzwischen weitgehend leer. Nun mag man einwenden, die meisten dieser Geschäfte würden angesichts der heute üblichen Taschengeldebeträge ohnehin mit Mitteln bewirkt, die dem Minderjährigen von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten wenn schon nicht zu diesem Zweck, so zumindest zur freien Verfügung überlassen worden sind. Das ist zwar richtig, übersieht jedoch zum einen, dass damit jedenfalls Abonnementzahlungen nicht abgedeckt sind, da nach der Rechtsprechung die Zahlung für die Wirksamkeit des Vertrages tatsächlich bewirkt worden sein muss. Zum anderen wird dasjenige, was im § 110 BGB als Ausnahme konzipiert wird, zur Regel gemacht. Das entspricht jedoch wohl nicht mehr der - zugegeben noch recht paternalistisch gefärbten - Intention des historischen Gesetzgebers. Überdies begegnet der Verweis auf die Inhaber des Sorgerechts in der Praxis der Patchworkfamilien unübersehbaren Schwierigkeiten. Kurzum, die §§ 106 ff. BGB haben in der Praxis ihre Bedeutung weitgehend verloren, die Rechtswirklichkeit lebt längst an ihnen vorbei. Allenfalls mögen sie noch als Lehrbeispiel dienen, anhand derer sich den Studenten die systematische Struktur des BGB erläutern lässt (insoweit ähnlich den - wie *Michael Bartsch* betont - praktisch nahezu irrelevanten, in der akademischen Debatte jedoch hoch gehandelten §§ 812 ff. BGB).

### **III. Geschwindigkeit**

Dass das Minderjährigenrecht mit der im Zeitalter von Digitalisierung und Vernetzung recht zeitraubenden Genehmigung und der zweiwöchigen Erklärungsfrist weitgehend leerläuft, hat seinen Grund im weiteren in der durch die modernen Informationstechnologien bewirkten Beschleunigung der Geschäftsprozesse. Zum einen gerät dadurch das klassische Informationsmodell überall dort in Gefahr, wo zur Aufnahme und Verarbeitung der für den Vertragsschluss an sich erforderlichen Informationen aufgrund der Geschwindigkeit der Prozesse die Zeit fehlt. Zwar lässt sich für AGB auch insoweit noch die nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB erforderliche „Möglichkeit, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen“ bewerkstelligen, doch wird es aufgrund der Geschwindigkeit elektronischer Vertragsschlüsse häufig zu einer solchen Kenntnisnahme tatsächlich gar nicht kommen (eine Ausnahme bilden hier immerhin jedoch Plattformen wie etwa Ebay, auf denen mehrere Geschäfte auch über einen längeren Zeitraum nach einheitlichen AGB abgewickelt werden).

Allgemein formuliert lässt sich ein Auseinanderdriften von Transaktion und deren rechtlicher Modellierung beobachten, sei es im Vorfeld, in der Durchführung wie auch - im Fall des Fehlgehens oder des Scheiterns - in der juristischen Nachberei-

tung. Dieses Auseinanderdriften der Geschwindigkeit der Entwicklung der regelungsbedürftigen Sachverhalte und insbesondere der Reaktionszeiten des steuernden Gesetzgebers sowie der Rechtssicherheit schaffenden Gerichtstätigkeit ist angesichts der allgemeinen Beschleunigungstendenz gesellschaftlicher Vorgänge auch sonst schon mehrfach konstatiert worden.

#### **IV. Massenhaftigkeit**

Mit der Beschleunigung der einzelnen Transaktion einher geht die durch sie ermöglichte Massenhaftigkeit rechtlich relevanter Transaktionen. Hier nun tut sich die wohl größte Kluft auf zwischen den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der nur wenigen Rechtsgeschäfte, welche die Mehrheit der Bevölkerung um 1900 durchschnittlich tätigte, und der Vielzahl von Rechtsgeschäften, die jeder Einzelne schon von Kindesbeinen an (s. oben II.) in der heutigen von Dienstleistungen geprägten Informations- und Wissensgesellschaft vornimmt. Zum einen greift hier nicht mehr das Modell des „Aushandelns“ von Verträgen durch verständige Parteien. Zum anderen wird vor allem die individuelle Abwicklung teilweise oder gänzlich gescheiterter Transaktionen auf eine harte Probe gestellt.

So hat der Gesetzgeber - um nur ein besonders herausragendes Beispiel zu nennen (zum parallelen Versagen des „Programms“ strafrechtlicher Ahndung siehe nur die 40.000 bei der Staatsanwaltschaft Karlsruhe anhängigen Strafanzeigen wegen Verletzung eines Computerspiels) den unternehmerischen Anbietern, die ihre Waren und Dienstleistungen im Rahmen des Fernabsatzes oder mit den Mitteln elektronischer Kommunikationsmittel anbieten und vertreiben, ausgehend von einem an sich wohl zutreffenden Informationsmodell zwar einen umfänglichen Katalog vor- wie nachvertraglicher Informationspflichten auferlegt (§§ 312 c und 312 e i.V.m. §§ 1 und 3 BGB-InfoV). Abgesehen davon, dass diese Pflichten gesetzestech-nisch auf recht unübersichtliche Weise auf das BGB und die BGB-InfoV verteilt sind, erweisen sich deren vollständige Erfüllung mit dem Ziel der Vermeidung der gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen für den Fall der Verletzung und vor allem die Prüfung jedes Einzelfalls auf etwaige Verletzungen in der Praxis angesichts der Massenhaftigkeit der Transaktionen oft jedoch weit kostenintensiver als die freiwillige Erfüllung der Rechtsfolgen selbst im Fall der Nichtverletzung. Insbesondere die großen Versandhäuser haben hier längst auf eine großzügige kulante Rücknah-mepraxis unter Berufung auf das Widerrufsrecht zurückgegebener Waren umge- stellt und führen diese nun einem neu geschaffenen Sekundärmarkt zu. Demge- genüber tritt die klassische Lösung, massenhafte Rechtsverstöße im Geschäftsleben mit der wettbewerbs- und der AGB-rechtlichen Verbandsklage zu bekämpfen, eher in den Hintergrund.

Im Ergebnis erreicht diese Regelung damit zwar ihr Verbraucherschützendes Ziel, nicht jedoch indem sie, wie sonst üblich, also solche in jedem Einzelfall greift, sondern indem sie die Anbieter zu einer Umorganisation ihrer betrieblichen Strukturen veranlasst, die letztlich den Verbrauchern zugute kommen. Eine derartige Wirkung des Rechts bedarf jedoch einer anderen Analyse wie einer anderen Rechtfertigung und letztlich wohl auch einer anderen Normqualität, als die klassische Rechtswissenschaft sie bislang bereitstellt.

## **V. Automatisierung**

Die vorstehend skizzierten Veränderungen dürften wohl schon in den Rand des Blickfeldes der juristischen Allgemeinheit gerückt sein. Hingegen wird die Tragweite informationstechnischer Automatisierung gegenwärtig noch kaum wahrgenommen. Das autonome Rechtssubjekt ist eine der zentralen Bausteine des Vertragskonzepts des BGB und soweit das Rechtssubjekt seine Willensübermittlung oder darüber hinaus auch seine Willensbildung einem Dritten überträgt, behilft sich das geltende Recht mit Regeln der Zurechnung fremden Handelns (im wesentlichen der Boten- und der Stellvertretereigenschaft).

Die Informatik stellt jedoch zunehmend Netzcrawler und -roboter zur Verfügung, deren Entscheidungsspielraum ohne konkrete Kontrolle desjenigen, der sich eines solchen Crawlers oder Roboters bedient, zunehmend größer wird. Sicherlich wird man auch hier die automatisiert erzeugten Ergebnisse noch weithin demjenigen zurechnen können, der sich des automatisierten Werkzeuges bedient. Wie aber, wenn der Entscheidungsspielraum so groß wird, dass die konkreten Folgen des Einsatzes nicht mehr vorhersehbar sind, zumal weil der Roboter die Transaktion mit einem oder mehreren anderen Robotern aushandelt und in seine Entscheidungsfindung eine Vielzahl externer, zu Beginn seines Einsatzes noch nicht vorhersehbarer Parameter abhängig macht? Freilich ließe sich auch hier argumentieren, dass derjenige, der sich eines solchen automatisierten Werkzeuges bedient, eben auch für sämtliche dadurch verursachten Folgen einzustehen habe. Der künftigen informationstechnischen Praxis, die derartige Instrumente jedoch in die Hand einer Vielzahl von Nutzern legt, die gar nicht in der Lage sein werden, hier eine Risiko-Nutzen-Abwägung vorzunehmen, bzw. die eine solche angesichts der Geschwindigkeit, Massenhaftigkeit und Komplexität des automatisierten Entscheidungsprozesses gar nicht mehr vornehmen können, erscheint doch sehr fraglich. Hier bedarf es mittelfristig wohl gänzlich neuer Konzepte, wie sie in der Literatur etwa in Form rechtssubjektähnlicher Rechtssubjekte angedacht werden.

## **VI. Vernetzung**

Diese Überlegungen führen schließlich zu der für die modernen, untereinander kommunizierenden Informationsgeräte typischen Vernetzung. Auch hier hat *Michael Bartsch* im Anschluss an *Nicklisch* auf ein Problem hingewiesen, das als ein Problem der Vernetzung begriffen werden kann: dass nämlich der Leistungsgegenstand komplexer Projektverträge - zumal wenn an ihm mehrere Parteien beteiligt sind - bei Vertragsabschluß noch gar nicht feststeht, sondern erst im Zuge der Vertragsdurchführung definiert werden muss. Um dies zu bewerkstelligen, bedienen sich die Beteiligten einer Reihe prozeduraler Mechanismen, für die das BGB - wie etwa bei der Abnahme im Werkvertrag und dem nachträglich ins BGB aufgenommenen Anspruch auf Abschlagszahlungen für in sich abgeschlossene Werkteile (§§ 640 und 632a BGB) - nur wenig Anhaltspunkte bereit hält.

Ganz allgemein jedoch fehlt es offensichtlich an einer juristischen Theorie, die imstande wäre, vernetzte Vertragsstrukturen abzubilden. Das Vertragsrecht ist durchweg auf eine Vertragsbeziehung ausgerichtet, fußt es doch auf dem dualen Modell des „do ut des“ und mithin eines internalisierten Interessenausgleichs. Sobald Dritte ins Spiel kommen, gerät dieses Zweipersonen-Modell jedoch rasch an seine Grenzen (z.B. Drittschadensliquidation; Bereicherung im Dreiecksverhältnis). Am Gesellschaftsvertrag können zwar mehrere Personen beteiligt sein, doch besteht der Zweck des Gesellschaftsvertrages regelmäßig darin, zum einen die Personenmehrheit nach außen hin als Einheit zu konstituieren, und zum anderen die internen Beziehungen der einzelnen Mitglieder untereinander im Hinwirken auf das gemeinsame Ziel der Verfolgung des Gesellschaftszwecks zu regeln. Bei vernetzten Strukturen gibt es jedoch kein Außen (sondern allenfalls ein Innen), und innerhalb des Netzes verfolgt jeder Knoten vornehmlich sein eigenes Ziel.

## **VII. Ausblick**

Die Auswirkungen der Informations- und Kommunikationstechnologie sind freilich nicht auf das Vertragsrecht begrenzt. Für den Datenschutz hat *Kühling* in seiner Karlsruher Antrittsvorlesung die provokante und doppelsinnige Frage gestellt: „Ubiquitous Computing - Aufgabe des Datenschutzes“? Hier geht die Frage dahin, wie sich Dienstleistungen, die technisch die Sammlung, Speicherung und Übermittlung einer Vielzahl persönlicher Daten voraussetzen mit dem Grundsatz der informationellen Selbstbestimmung vereinbaren lassen. Ganz allgemein geht es darum, dass sich Rechtsregeln, die eine im Wesentlichen analoge Welt modellieren, nur begrenzt sinnvoll auf eine nicht-analoge Welt übertragen lassen. Im Urheberrecht hat man das schon lange erkannt, im allgemeinen Zivilrecht scheint man dem eher noch hinterher zu hinken.

Nun sollte dieses kleine Geschenk nicht allzu pessimistisch enden. Denn die Automatisierung, welche die Geräte dem Menschen zu entfernen und die Anwen-

dung des zu seinem Schutz gedachten Rechts zu erschweren scheint, könnte zugleich auch zu dessen Stärkung führen. So kann rechtlicher Datenschutz in die einzelnen Anwendungen ebenso integriert werden. Eigene und fremde ABG lassen sich im Wege der Automatisierung ebenso abgleichen wie ganz allgemein der Abgleich eigener Präferenzen mit Policy-Options der Anbieter automatisiert werden kann. Solche Lösungen - an denen gegenwärtig vor allem angesichts der begrenzten Darstellungsfläche von Handydisplays gearbeitet wird - werden dem Nutzerwillen vermutlich weit eher zum Durchbruch verhelfen als bisherige Versuche der Korrektur von Informations- und Verhandlungsungleichgewichten. Um mit einem im Urheberrecht gebräuchlichen Bonmot zu enden: „The answer to the machine is in the machine“.<sup>4</sup> Denn schließlich wollen Recht und Informatik in ihrem Kern das gleiche: den Benutzern Freiheitsräume zu eröffnen und zu sichern.

---

<sup>4</sup> *Clark*, in: Bing/Dreier, Charles Clark - „The answer to the machine is in the machine“ and other collected writings, Complex 4/04, Oslo 2005, S. 11 ff., und ursprünglich in Hugenholtz (Hrsg.), The Future of Copyright in a Digital Environment, The Hague 2006, S. 139 ff.