

## Michael Liepin / Gero Götz Braucht das BGB ein Update?

MMR-Aktuell 2016, 379185

Eine von der Konferenz der *Justizministerinnen und Justizminister der Länder* eingesetzte Arbeitsgruppe befasst sich mit den Folgen der Digitalisierung für das Zivilrecht. Der Beitrag skizziert die Tätigkeit der Arbeitsgruppe. Das BGB wurde zu einer Zeit entworfen (ausgefertigt wurde es am 18.8.1896 von *Kaiser Wilhelm II.*), als man weder an Internet und Computer noch an digitale Daten dachte. Zwar haben zahlreiche Reformen das Gesetz grundlegend verändert. Dennoch finden sich bis heute nur wenige Vorschriften zu digitalen Vorgängen, die aber häufig Massengeschäfte darstellen, erhebliche wirtschaftliche Relevanz haben und die auch für Rechtsanwälte und Gerichte zum täglichen Brot zählen. Da die Bedeutung des Digitalen in nahezu allen Bereichen des Privat- und Wirtschaftslebens zunimmt, wird vermehrt gefragt, ob der zivilrechtliche Rechtsrahmen der digitalen Realität noch genügt.

## Länderarbeitsgruppe „Digitaler Neustart“

Die *Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder* hat im Juni 2015 die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ eingerichtet, in der auf Anregung und unter Federführung von Nordrhein-Westfalen mehrere Länder unter Beteiligung des *BMJV* die Folgen der Digitalisierung für das Zivilrecht in drei grundlegenden Bereichen aufarbeiten:

Zum einen wird geprüft, ob die Rechtsqualität von digitalen Daten gesetzlich bestimmt werden sollte. Eigentum und Besitz besteht an Sachen. Das sind nach § 90 BGB aber nur körperliche Gegenstände. Sind digitale Daten keine Sachen, kann man zwar auf die Rechtsverhältnisse am Speichermedium und am Dateninhalt abstellen. Dabei können jedoch Lücken bleiben. Die Rechtsverhältnisse an Daten im Todesfall werden besonders in den Blick genommen. Den zweiten Schwerpunkt bildet die Frage, ob neue „digitale“ Vertragstypen geregelt werden sollten. Neue Geschäftsformen, die sich im Internet etabliert haben, lassen sich teilweise kaum in die bestehende Systematik der Vertragstypen einordnen. Für die Prüfung von AGB fehlt häufig ein

geeignetes gesetzliches Leitbild. Drittens prüft die Arbeitsgruppe, ob der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegen Bedrohungen aus dem Internet ausgeweitet werden sollte, um neuen Erscheinungen wie Big Data und Cybermobbing gerecht zu werden und ein „Recht auf Vergessenwerden“ zu gewährleisten.

Im Rahmen der Prüfung, welcher gesetzgeberischen Eingriffe es in diesen Bereichen bedarf, stellten sich am 23.5.2016 neun Experten den Fragen des federführenden *Justizministeriums Nordrhein-Westfalen*.

## Brauchen wir ein „Dateneigentum“ oder ein neues Immaterialgüterrecht?

In der ersten Runde nahmen Prof. Dr. Barbara *Völzmann-Stickelbrock* (Hagen), Prof. Dr. *Michael Grünberger* (Bayreuth) und Prof. Dr. *Maximilian Becker* (Siegen) dazu Stellung, ob ein absolutes Recht an digitalen Daten geschaffen werden sollte. *Völzmann-Stickelbrock* zeigte die Komplexität der Thematik auf und plädierte dafür, konkrete Schutzzwecke zu betrachten. Ein Regelungsbedürfnis dränge sich nicht auf. *Becker* benannte drei unterscheidbare Schutzrichtungen: den Integritätsschutz, den Geheimnisschutz und die Zuweisung der Daten und des Rechts auf ihre wirtschaftliche Verwertung. Auch *Grünberger* äußerte sich skeptisch gegenüber einem Ausschließlichkeitsrecht an Daten. Ein Marktversagen, das ein neues Recht rechtfertigen könne, sei nicht feststellbar. Zudem entstünden unangemessene Transaktionskosten, wenn man stets das Schutzobjekt, seinen Inhaber und die geschützten Verwertungshandlungen identifizieren müsse. Die Erfahrungen mit der Digitalisierung im Urheberrecht hätten gezeigt, dass die Komplexität der Fallgestaltungen gewachsen sei. Solange die Wirtschaft funktioniere, solle der Gesetzgeber sich eher zurückhalten.

*Völzmann-Stickelbrock* und *Becker* erläuterten die Schwierigkeiten der Zuordnung von Daten zu einer Person anhand eines Skripturakts oder nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Mit *Grünberger* waren sie im Ergebnis übereinstimmend der Auffassung, die bestehende bloße faktische Zuordnung von Daten (an denjenigen, der technisch über sie verfügen könne) führe angesichts der Flexibilität des Vertragsrechts und der Möglichkeit

der Gerichte, für problematische Einzelfälle angemessene Lösungen zu finden, grds. nicht zu Schwierigkeiten, die der Gesetzgeber beheben sollte.

Dieser Befund wurde unter mehreren Aspekten verdeutlicht. *Becker* zeigte den Schutz von Geschäftsgeheimnissen auf. Sofern man neben dem Integritätsschutz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Strafnormen auch fahrlässige Verletzungen erfassen wolle, könne § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des „sonstigen Rechts“ herangezogen werden. Für den Fall der Insolvenz z.B. eines Cloud-Betreibers sah *Völzmann-Stickelbrock* keine Schwierigkeiten, Daten als aussonderungsfähig zu behandeln. Bereite die Annahme eines vertraglichen Anspruchs auf Herausgabe der Daten im Einzelfall Schwierigkeiten, könnten die Gerichte helfen. Die Zwangsvollstreckung in Daten zeige Parallelen zur Rechtslage bei Domains.

*Grünberger* stellte fest, solange eine faktische Kontrollmöglichkeit bestehe, brauche man keine rechtliche Zuordnung. Aus kartellrechtlichen Gründen müssten Kfz-Daten auch für unabhängige Werkstätten auslesbar sein. Gleiches müsse möglicherweise für andere Bereiche geregelt werden, nicht aber über ein zivilrechtliches Ausschließlichkeitsrecht. *Becker* schlug vor, mit derselben Zielsetzung über ein Ausschließlichkeitsrecht nachzudenken, das in weitem Umfang für Dritte zugänglich sein müsse.

## Digitales Vertragsrecht

Prof. Dr. *Frank Weiler* (Bielefeld), Prof. Dr. *Michael Beurskens* (Bonn) und Rechtsanwalt *Dr. Marc Hilber*, LL.M. (Köln), diskutierten am Beispiel On-Demand-Streaming die Beurteilung moderner Geschäftsformen auf der Grundlage des geltenden Schuldrechts.

Konsens bestand darin, dass die mietvertragliche Einordnung von sog. ASP-Verträgen durch den *BGH* (MMR 2007, 243) nicht ohne weiteres auf Streaming-Sachverhalte übertragbar ist. Hiervon losgelöst konnte aber keine Einigung über die vertragstypologische Einordnung von Streaming-Verträgen erzielt werden. *Beurskens* betonte, dass nicht der Gebrauch einer (Film-)Datei, sondern das Abspielen des Films beim Nutzer geschuldet sei. Dies umfasse insb. die Dekodierung durch Abspielsoftware sowie das dynamische Wechseln zwischen mehreren

# MMR FOKUS

Servern und Bitraten (d.h. verschiedenen Filmdateien) während dieses Vorgangs, sodass im Schwerpunkt ein Werk oder eine Dienstleistung vorliege. Dies bestätige auch die urheberrechtliche Qualifikation, die anders als die Miete einer DVD gerade nicht an das Verbreitungsrecht bzgl. eines Werkstücks anknüpfe. *Weiler* gab zu bedenken, dass der Nutzer beim Streaming eine sequenzielle Datenkopie fertigt und zum Abspielen der Mediendatei nicht unmittelbar auf die beim Anbieter hinterlegten Daten zurückgreift. Zugleich wies er auf die vielen Facetten des Markts hin und hielt eine differenzierte Betrachtung für erforderlich, die neben der Frage der Entgeltlichkeit/Unentgeltlichkeit auf den konkreten Vertragsinhalt abstellt. Bei den gängigen Abonnementverträgen handle es sich zwar um Rahmenverträge, die nicht dem Mietrecht zuzuordnen seien. Die Vereinbarungen über den Einzelabruf von bestimmten Werken könnten aber zumindest als mietvertragsnah angesehen werden. *Hilber* zog den Vergleich mit der Miete einer Film-DVD heran und sprach sich dafür aus, jedenfalls auf Vereinbarungen über den Einzelabruf von bestimmten Werken grds. Mietrecht anzuwenden. Vor allem die Frage, über welche konkreten Eigenschaften die zum Stream bereitgestellten Daten verfügen müssen, lasse sich über die konkrete Definition des Mietgegenstands beantworten.

*Weiler* betonte, dass eine vertragstypologische Einordnung für die Kontrolle von AGB wünschenswert sei. Zwingend erforderlich sei sie jedoch nicht. *Hilber* knüpfte daran an und plädierte dafür, klare Vorstellungen bzw. ein Leitbild dazu zu entwickeln, was die Hauptleistungspflichten eines Vertrags über Streaming-Dienste sind. Beide stimmten darin überein, dass insofern aber derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe. Die Rspr. sei durchaus in der Lage, mit Hilfe des geltenden AGB-Rechts angemessene Lösungen für problematische Klauseln in Verträgen über Streaming-Dienste zu finden. *Beurskens* sprach sich hingegen dafür aus, die weitere Entwicklung nicht allein der Rspr. zu überlassen. Gleiches gelte mit Blick auf den Fortgang der Beratungen über den Vorschlag der *EU-Kommission* für eine RL über Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015) 634 final), die auch Streaming-Dienste er-

fasse. Zwar sei die Schaffung eines neuen Vertragstyps nicht erforderlich. Vor allem die Klauselverbote in §§ 308 und 309 BGB und die Aufklärungspflichten nach Art. 246 EGBGB seien jedoch darauf zu untersuchen, ob sie den Verbraucher hinreichend vor missbräuchlichen Klauseln bei Angeboten von Streaming-Diensten schützten. Hier bestehe unabhängig von der EU-RL, deren Verabschiedung und Umsetzung noch nicht absehbar sei, Handlungsbedarf.

## Schutz des Persönlichkeitsrechts im digitalen Zeitalter

Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer (Köln), Rechtsanwalt Joerg Heidrich (Hannover) und Dr. Oskar Gstrein (Groningen) befassten sich mit Lösungsansprüchen im Internet (Recht auf Vergessenwerden). *Gstrein* und *Heidrich* kritisierten den Begriff „Recht auf Vergessenwerden“ als irreführend. Besser sei es, von „Nichtindexierung“ oder „Delisting“ zu sprechen. *Peifer* ordnete Art. 17 DS-GVO in bestehende Lösungsansprüche ein. Er warf die Frage der Vereinbarkeit des neu geschaffenen Anspruchs mit der Medienprivilegierung des Art. 5 GG auf. Art. 17 Abs. 3 DS-GVO schließe die Löschung nur insoweit aus, wie die Angabe zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information erforderlich sei. Das sei ein strenger Maßstab. Es müssten Kriterien für die Erforderlichkeit definiert werden, um zwischen dem „Resozialisierungsinteresse“ des Betroffenen und den übrigen berührten Interessen, insb. der Informationsnutzer und der Verfasser, abwägen zu können. Ebenfalls auf der Ebene der Mitgliedstaaten sei ein effektives Verfahren zur Durchsetzung des Lösungsanspruchs zu regeln. *Gstrein* äußerte Zweifel, ob die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten so weit gehe. Primär sei der *EuGH* aufgerufen, die DS-GVO auszulegen. Es sei aber zu erwarten, dass der *EuGH* Raum für nationale Abwägungskriterien und Verfahrensregeln lasse. *Peifer* verwies auf die von Art. 85 DS-GVO eröffneten Regelungsbefugnisse. Berührt sei zudem das Medienrecht, für das die Mitgliedstaaten zuständig seien.

*Heidrich* plädierte für eine starke Gewichtung der Interessen der Presse und der Wissenschaft bei der Abwägung und im Verfahren. Diese würden weder in dem Urteil des *EuGH* zu Lösungsansprü-

chen gegen *Google* (MMR 2014, 455 m. Anm. *Sörup*) noch in der DS-GVO angemessen berücksichtigt. *Gstrein* sprach sich dafür aus, das vom europäischen Gesetzgeber offen gelassene Verfahren zur Umsetzung von Art. 17 DS-GVO den betroffenen Unternehmen im Wege der Selbstregulierung zu überlassen, bei Bedarf überwacht durch die nationalen Datenschutzbeauftragten. *Peifer* gab zu bedenken, dass zwar größere Akteure ein Verfahren zum Umgang mit Lösungsbegehren entwickeln und praktizieren könnten, dass kleinere Player hiermit aber ohne klare gesetzliche Regelung überfordert sein könnten. Drohenden faktischen Markteintrittsbarrieren könne auch mit kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle begegnet werden.

## Schlussbericht 2017

Die wissenschaftlichen Gespräche haben die bereits vorliegenden Zwischenergebnisse der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ vertieft und zusätzliche Aspekte in den Fokus gerückt, denen die Arbeitsgruppe nachgehen wird. Geplant ist, der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder im Laufe des Jahres 2017 einen Schlussbericht vorzulegen. Dabei wird die Arbeitsgruppe auch die Diskussionen und Beschlüsse der Zivilrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentags in Essen berücksichtigen, der sich an der Reformdiskussion beteiligt.

### Michael Liepin

ist Richter am OLG Düsseldorf und abgeordnet an das Justizministerium Nordrhein-Westfalen.

### Dr. Gero Götz

ist Richter am OLG Hamm und abgeordnet an das Justizministerium Nordrhein-Westfalen.