

Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz

---

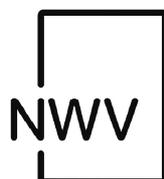
Band 169

# **Digital Justice – Die Zukunft ist da**

**Richter\*innenwoche 2019  
in Linz  
20. bis 23. Mai 2019**

Herausgeber

**Bundesministerium für Justiz**



Wien 2020

## Inhaltsverzeichnis

Mag. <sup>a</sup> Dr. <sup>in</sup> Dory REILING	
<b>Künstliche Intelligenz für die Gerichtsbarkeit .....</b>	<b>9</b>
Mag. <sup>a</sup> Kerstin JUST/Mag. Martin HACKL	
<b>Legal Tech in Österreich .....</b>	<b>15</b>
Jun.-Prof. Dr. Dominik BRODOWSKI	
<b>Digitalisierung – Herausforderungen für das Strafrecht .....</b>	<b>25</b>
Dr. <sup>in</sup> Wilma DEHN	
<b>Workshop „Digitalisierung und Privatrecht“ .....</b>	<b>51</b>
RA Hon-Prof. Dr. Clemens THIELE, LL.M. Tax (GGU)	
<b>Artificial Intelligence und Smart Devices – Ethik und Rechtsprechung in Zeiten der Digitalisierung.....</b>	<b>67</b>
Assoz. Prof. Mag. Dr. Farsam SALIMI	
<b>Aktuelle Herausforderungen der Cyberkriminalität und ein Ausblick in die (nahe) Zukunft.....</b>	<b>77</b>
HR Dr. Norbert GERSTBERGER	
<b>Workshop „Digital Natives“ .....</b>	<b>99</b>
Mag. <sup>a</sup> Claudia BRANDSTÄTTER	
<b>Workshop „Digital Natives“ .....</b>	<b>103</b>
Susanne KUHNERT	
<b>Workshop „Digitalisierung und Ethik“ .....</b>	<b>105</b>
Dr. <sup>in</sup> Maria WINDHAGER	
<b>Persönlichkeitsrechtsschutz im Netz.....</b>	<b>113</b>

**RA Hon-Prof. Dr. Clemens THIELE, LL.M. Tax (GGU)  
Rechtsanwalt in Salzburg**

## **Artificial Intelligence und Smart Devices – Ethik und Rechtsprechung in Zeiten der Digitalisierung**

Smart Devices und Künstliche Intelligenz (KI) – das sind die neuen Hypes der „Legal Techies“, die hier bevorzugt von „Buzzwords“ schreiben würden. Die Digitalisierung, gleichgültig ob Internet of Things (IoT), Industrie 4.0 oder der virtuelle Gerichtssaal, – alles um uns herum wird immer smarter. Unterschiedlich bewertet wird bloß, ob es wirklich schon Artificial Intelligence gibt oder derzeit nur von maschinellem Lernen ausgegangen wird.

Was jedoch feststeht: Smarte Gegenstände und damit verbundene Systeme beginnen damit, bestimmte Entscheidungen automatisiert oder quasi autonom zu treffen. Neuronale Netze und Deep Learning ermöglichen neue Möglichkeiten. Was bedeutet Autonomes Fahren, das Smart Home, Digital Health, Blockchain oder Industrie 4.0 für das Recht und vor allem für die Zivilgerichte der Zukunft?

### **Internet der Dinge und Smart Devices**

In österreichischen Unternehmen nimmt die digitale Transformation erst langsam Fahrt auf. Nach der Internet of Things Studie von Telefonica 2019<sup>1</sup> startet die Einführung digitaler Projekte mit überschaubaren Entwürfen. Die Gründe dafür liegen nicht zuletzt in Sicherheitsbedenken. Die Veränderung von Geschäftsprozessen bildet demnach die größte organisatorische Hürde. Das deckt sich mit den Findings der Agentur für Informationssicherheit der EU (ENISA).<sup>2</sup> Danach ist Cybersecurity der Key Enabler für die Umsetzung von Industrie 4.0 Applikationen. ENISA hat bereits Good Practices für IoT Security und Smart Manufacturing veröffentlicht.<sup>3</sup>

Der private Konsument hat da einen etwas lockereren Zugang zu digitaler Technik. Der Smart Home- und Smart Devices-Markt boomt. Mit Smart Gadgets oder Sprachassistenten wie Apples Siri sind die Freizeitfreaks und work-life-balancer mehr connected denn je. IoT Geräte sind zu ihren täglichen Helfern oder Begleitern geworden. Home Automation- und sonstige smarte Gadgets ziehen mit Alexa oder Google Home in ihre Häuser und urban spaces ein. Solche IoT-Produkte sind in einem modernen Zuhause bei der Haussicherheit, Beleuchtung, Unterhaltung oder

---

1 Abrufbar unter <<https://basecamp.telefonica.de/event/internet-of-things-studie-2019-immer-mehr-iot-projekte-in-unternehmen/>> (25.06.2019).

2 Vgl. näher <<https://www.enisa.europa.eu/>> (25.06.2019).

3 Abrufbar unter <<https://www.enisa.europa.eu/topics/iot-and-smart-infrastructures>> (25.6.2019).

auch bei Küchenanwendungen vielfach schon nicht mehr wegzudenken. Gleiches bei Wellness und Gesundheit, aber auch ansonsten im Healthtech-Sektor: Auch hier halten Softwarelösungen, die auf Big Data oder Machine Learning setzen, Einzug. Alles wird „Tech“ – Fintech, Auto-tech, Insuretech etc. Warum nicht auch die Rechtsanwendung?

### **Eine neue Ethik für Künstliche Intelligenz und die digitale Zukunft?**

Mag es auf den ersten Blick auch anachronistisch anmuten: Je stärker der Digitalisierungsdruck wird, desto dringender bedarf es einer allgemein akzeptierten ethischen Fundierung der digital unterstützten oder geführten Handlungen. Der aufmerksame Rechtsanwender stellt sich bei Apps (elektronische Applikationen), die Gerichtsurteile vorbereiten, die Frage, ob sie unser juristisches Arbeiten „besser“ machen. Unterwerfen sich Entscheidungsträger nicht allzu rasch den Gesetzen der Effizienz und der Machbarkeit. Wer über eine Ethik für legal tech nachdenkt, sollte sich nämlich Folgendes vor Augen halten:

- Algorithmen lügen nicht, sie täuschen lediglich.<sup>4</sup>
- IT-Einsatz ist nur soweit diskriminierungsfrei, wie er auch so (fehlerfrei) programmiert worden ist.
- KI erkennt statistische Muster blitzschnell, Kreativität wird aussortiert.
- Supercomputer machen ganz wenig Fehler, haben aber keinen, der sie korrigiert.

Gemäß der Einsicht, dass bei komplizierten Prozessen (in einem allgemeinen Sinn) jedenfalls ein Mensch da sein muss, der versteht, warum die künstliche Intelligenz diese oder jene Entscheidung getroffen hat, und diese bestätigt, müssen wir als Rechtskundige Methoden entwickeln, die uns Juristen unterstützen. Eine erste Reaktion bildet die Ethik-Charta zur Nutzung in der Justiz des Europarats vom 4.12.2018.<sup>5</sup>

### **Ethik-Charta des Europarats**

Die Antwort auf die Digitalisierung fällt ganz einfach aus: eine neue digitale Ethik, wobei an dieser Ethik, d.h. der Bewertung menschlichen Handelns, weder etwas Neues noch Digitales dran ist.

- Grundrechte einhalten (Art 1, 8, 11 GRC) bei Design und Anwendung.
- Prinzip der Nicht-Diskriminierung.
- Qualität und Sicherheit („menschliches Maß“) iSv von Nachvollziehbarkeit und nicht Überwachung.
- Transparenz, Unparteilichkeit und Fairness (Verständlichkeit, externe Audits).
- Prinzip des „under user control“ (vollumfängliche Information der Betroffenen über AI/KI-Verwendung und eigene Rechte).

---

4 Vgl. *Bogensberger*, Robot-Recruiting: Wie Algorithmen täuschen, Die Presse 2019/18/03.

5 Abrufbar unter <<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>> (22.05.2019).

Die Erfahrung des 20. Jahrhunderts, dass schlaue Systeme zwar die Arbeit erleichtern, aber auch von autoritären Regimen zur Überwachung eingesetzt werden, hat die Europäische Staatengemeinschaft, die weit über die Union hinausgeht, sensibilisiert. Aber nicht an künstlicher Intelligenz zu forschen oder sie im Berufsalltag einzusetzen, weil sie missbraucht werden könnte, ist der falsche Ansatz. Jene, die sie für schlechte Dinge nutzen wollen, werden es trotzdem tun.

Ein Blick in die verwandte Disziplin der Medizin lohnt durchaus. Der Einsatz von KI zur Auswertung von Big Data verheißt eine deutlich verbesserte Diagnostik. Eine KI kann auf MRT-Aufnahmen Muster erkennen, die vielleicht erst in zwei oder drei Jahren zu Krebs führen. Ein Arzt merkt das zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht. Wie kann ich dem Arzt vertrauen, wenn seine Diagnostik von Berechnungen einer Maschine abhängt. Brauchen wir einen solchen Arzt überhaupt noch. Ethisch fundiertes Anliegen ist es aber, dass ich nicht zu einem Arzt komme, der mich nicht mehr anschaut, sondern nur mehr meine Krankenakte (volldigitalisiert) in einen Computer lädt und dann eine Diagnose am Bildschirm erstellt. Die neue Technik wirkt sich auf den Umgang des Arztes mit seinen Patienten aus. Die KI ersetzt vieles vom menschlichen Faktor in der Medizin und führt am Ende zu einem völlig rationalistischen Verständnis von kranken Menschen. Wenn die Diagnostik durch die Algorithmen erst ausgereift ist, wird sich der Arzt schwer anders entscheiden.

Im Ergebnis geht es auch in der Rechtsfindung, Rechtsanwendung oder Rechtsprechung darum, dass die Maschine unterstützt, aber nicht diktiert – weder den Arbeitsablauf, noch die Ergebnisse. Der Richter wird auch künftig frei sein, die Analyse des Computers anders zu sehen. Es besteht aber die Befürchtung, dass das am Ende eine soziale Frage sein wird. Hat der Rechtsunterworfene wenig Geld, druckt die Maschine ein Ergebnis aus, und das war's dann. Der menschliche Faktor wird aus dem System – aus ökonomischen Gründen an der Separationslinie der finanziellen Möglichkeiten – einfach herausgekürzt.

Es kommt also verstärkt auf den Wert dessen an, was wir nicht in Zahlen auf bits und bytes messen können – in der Medizin wie in der Justiz; auf eine Digitalisierung mit menschlichem Antlitz.

## **Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung von Alltagsgegenständen**

Eines der vordringlichsten Themen für die realistische Beurteilung der Digitalisierung ist der Datenschutz. 2018 war das Jahr der DSGVO – mit Wirksamwerden des harmonisierten Datenschutzrechts in der gesamten Union bestehen unverändert enorme Herausforderungen. Die Parallelität des Rechtsschutzes bei Aufsichtsbehörden und vor den Zivilgerichten steht erst am Anfang.<sup>6</sup>

---

6 Dazu *Thiele*, DSGVO und ZPO: Wirksamer Rechtsschutz für Betroffene, RdW 2019/225; *Jahnel*, Gerichtlicher Rechtsschutz nach der DS-GVO bestätigt, jusIT 2019/42, jeweils mwN.

Die DSGVO hält eine Reihe besonderer Beschränkungen für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Nutzung von Big Data bereit. So verbietet Art 22 DSGVO ausdrücklich automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich des Profiling ohne Eingreifen einer Person des Verantwortlichen. Datenschutzrechtliche Grundsätze wie Zweckbindung oder Datensparsamkeit können Algorithmen zuwiderlaufen, die auf möglichst breiter Datenbasis „lernen“ sollen. Ein milliardenfach angereicherter Bilddatenpool zur Verbesserung der Gesichtserkennung von Bürgern und Touristen wie in China<sup>7</sup> ist in Europa undenkbar. Sofern besonders sensible Informationen verarbeitet werden, wie etwa Gesundheitsdaten, sind besondere Vorgaben zu beachten.

Abgesehen davon sind aber grundsätzliche rechtliche Themen von besonderem Interesse.

Wenn Maschinen interagieren, können sie rechtserhebliche Erklärungen abgeben oder schädigende Handlungen verursachen. Vielfach wird in diesem Zusammenhang mit einer Zurechnungskette zu einer natürlichen oder juristischen Person argumentiert. Damit eine Willenserklärung wirksam ist, bedarf es der Rechtsfähigkeit, insbesondere der Geschäftsfähigkeit des Äußernden. Da dies bei einer KI nicht der Fall ist, muss eine Willenserklärung per se einer hinter dem System stehenden Person zugerechnet werden. Fraglich ist aber, ob dies aufgrund der fortschreitenden Autonomie und Intelligenz der Systeme künftig noch angemessen ist.<sup>8</sup>

Darüber hinaus ist der Umgang mit Fehlern zu diskutieren, die durch Algorithmen ausgelöst werden. Die damit zusammenhängenden Haftungsfragen werden zuvorderst im Bereich Smart Home und Autonomes Fahren besprochen. Die rechtlichen Prinzipien gelten wohl gleichermaßen für alle Smart Devices.

Im Vordergrund steht in beiden „klassischen Zivilrechtsfragen“ die Frage der Zurechenbarkeit. Wem ist die Handlung einer Maschine zurechenbar? Trägt der Hersteller, der Betreiber oder der Bediener eines (teil-)autonomen Systems die Verantwortung? Teilweise wird vertreten, dass die bestehenden Regelungen ausreichen und keine Anpassungen notwendig sind. Manche sprechen sich für die Fortentwicklung bestehender Konzepte aus, wie z.B. der Tierhalterhaftung. Andere verlangen die Einführung neuer Konzepte, wie z.B. eine allgemeine Gefährdungshaftung, die Gründung eines Haftungsfonds für Roboter oder die Schaffung einer sog. E-Rechtsperson, so dass Maschinen rechtsfähig werden. Das zuletzt Genannte ist als völlig irrlithaft abzulehnen, ist doch die Menschenwürde und die Rechtsperson unteilbar.

---

7 Vgl. ORF-News vom 25.3.2019, „Furchteinflößend“: Gesichtserkennung auf Chinas Flughäfen, abrufbar unter <<https://orf.at/stories/3116411/>> (25.06.2019).

8 So Pieper, Wenn Maschinen Verträge schließen: Willenserklärungen beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, GRUR-Prax 2019, 298 (300).

## Erste Antworten im Online-Recht

Im Folgenden werden – völlig subjektiv ausgewählt – einige bereits ergangene oder erwartete Entscheidungen dargestellt, die sich auf Smart Devices auswirken dürften.

### Google Mail<sup>9</sup>

Der Europäische Gerichtshof hat am 13.6.2019 (C-193/18) festgestellt, dass Webdienste wie Gmail von Google keine elektronischen TK-Dienste nach EU-Recht sind. Die BNetzA kann diese Dienste daher nicht dem deutschen TK-Recht unterwerfen und damit auch zu Überwachungs-Schnittstellen zwingen.

Die BNetzA wollte seit 2012 erreichen, dass Google Gmail bei ihr als TK-Dienst anmeldet. Das VG Köln<sup>10</sup> hatte die Klage in erster Instanz noch abgewiesen. Im Berufungsverfahren rief das OVG NRW den EuGH an,<sup>11</sup> um zu klären, ob E-Mail-Dienste, die über das offene Internet laufen, ohne den Kunden einen Internetzugang zu bieten, TK-Dienste nach EU-Recht sind. Google argumentierte stets, Webmail-Dienste würden das bestehende Netz nur nutzen, ohne es selbst zu betreiben. Zudem vermittele man den Nutzern keinen Zugang dazu und kontrolliere nicht die Datenübertragung.

Der EuGH ist der Ansicht, dass internetbasierte E-Mail-Dienste wie Gmail zwar eine Übertragung von Signalen vornehmen würden, es handle sich aber dennoch nicht um einen elektronischen TK-Dienst nach EU-Recht. Der BNetzA ging es grundsätzlich um die Regulierung von Webdiensten. Die Abgrenzung zu traditionellen TK-Diensten verschwimme zunehmend und es sei nicht richtig, dass Anbieter traditioneller TK-Dienste Regulierungsvorgaben einhalten müssten, während das für Firmen, die vergleichbare Dienste über das Web bereitstellen, nicht gelte. Nach der EuGH-Entscheidung könnte man schlussfolgern, dass auch sog. Over-The-Top-Dienste, wie WhatsApp, Telegram und Threema keine TK-Dienste darstellen. Dies würde sich auch auf IoT-Produkte auswirken, die eine Kommunikation untereinander erlauben.

### Uploaded<sup>12</sup>

Der Sharehostingdienst uploaded ermöglicht seinen Nutzern, digitale Inhalte in der Cloud zu speichern. Der Dienst beinhaltet weder die Erstellung eines Inhaltsverzeichnisses, in dem die hochgeladenen Dateien nachgeschlagen werden könnten, noch bietet der Betreiber eine Suchfunktion an. Nutzer können die Links zu den eigenen Inhalten aber in Link-Sammlungen auf Seiten außerhalb von uploaded einstellen. Dies geschieht auch regelmäßig. Die Nutzung von uploaded ist anonym und grds. kostenlos. Gegen Entgelt können die Nutzer höhere Downloadkontingente

---

9 EuGH 13.6.2019, C-193/18 (Google Mail/Bundesnetzagentur), ECLI:EU:C:2019:498.

10 VG Köln 11.11.2015, 21 K 450/15, K&R 2016, 141.

11 OVG Nordrhein-Westfalen 26.2.2018, 13 A 17/16, K&R 2018, 348.

12 BGH 20.9.2018, I ZR 53/17, GRUR-Prax 2018, 528 (Rauer).

und schnellere Up- und Download-Streams buchen. Pro Download seiner Inhalte erhält der jeweilige Nutzer eine Vergütung. Unstreitig wird uploaded größtenteils genutzt, um illegal digitalen Content auszutauschen. 2016 verklagten mehrere Verlage, Filmfirmen und die GEMA uploaded in fünf Verfahren vor dem LG München. Der Vorwurf lautete auf Verletzung des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung.<sup>13</sup> In erster und zweiter Instanz wurde der Dienst zur Unterlassung verurteilt, nicht aber zu Schadenersatz.

Der BGH legt dem EuGH eine Reihe detaillierter Fragen vor. Im Kern geht es darum, ob uploaded eine eigene Wiedergabehandlung begeht oder lediglich als Störer haftet. Hierbei spielt die Auslegung der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung eine maßgebliche Rolle. Die Luxemburger Richter haben den Begriff der öffentlichen Wiedergabe stets ausgeweitet, so tendiert der I. Zivilsenat vorliegend dazu, eine eigene öffentliche Wiedergabe durch den Sharehostingdienst zu bejahen. Hierfür werden die konkrete Struktur und Intention des Dienstes ebenso als Gründe angeführt wie die Download-Vergütung, welche die Gefahr von Rechtsverletzungen erheblich steigere. Die Fragen des BGH zur Einschlägigkeit der Haftungsprivilegierung nach Art 14 Abs 1 der E-Commerce-RL 2000/31 decken sich mit denen in einem bereits vorher auf den Weg gebrachten Vorlageverfahren zu YouTube.<sup>14</sup>

Der Verfahrensausgang und die Begründung des bevorstehenden Urteils dürfte für IoT-Plattformen von großem Interesse sein.

### **Airbnb Ireland<sup>15</sup>**

Airbnb Ireland verwaltet für alle Nutzer außerhalb der USA eine Onlineplattform, die dazu dient, einen Kontakt zwischen Gastgebern von Unterkünften und Personen, die solche Unterkünfte suchen, herzustellen. Infolge einer Beschwerde erhob die Staatsanwaltschaft Paris Anklage wegen Verstößen gegen das Gesetz zur Regelung der Voraussetzungen für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten im Zusammenhang mit Grundstücken und Geschäften (sog. Loi Hoguet). Airbnb Ireland macht geltend, das „Loi Hoguet“ sei nicht anwendbar, da es mit der RL über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft unvereinbar sei.

Der EuGH soll klären, ob die Leistungen, die Airbnb Ireland in Frankreich erbringt, unter die in der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehene Freiheit des Dienstleistungsverkehrs fallen. Der GA Szpunar schlägt dem Gerichtshof vor festzustellen, dass die Dienstleistung, die darin besteht, mittels einer elektronischen Plattform einen Kontakt zwischen potenziellen Mietern und Vermietern herzustellen, die kurzfristige Beherbergungsleistungen anbieten, einen Dienst der Informationsgesellschaft darstelle. Der Umstand, dass dieser Anbieter auch andere in materieller Form erbrachte Dienstleistungen anbiete, stehe der Einstufung als Dienst der Informationsgesellschaft nicht entgegen, vorausge-

---

13 Vgl. dazu die österreichische Umsetzung in § 18a UrhG.

14 BGH 13.9.2018, I ZR 140/15 (YouTube), GRUR-Prax 2018, 472 (Bullinger).

15 SA 2.5.2019, C-390/18 (Airbnb Ireland), ECLI:EU:C:2019:336.

setzt, die letztere Dienstleistung sei mit den anderen Dienstleistungen nicht untrennbar verbunden.

Zu den materiell-rechtlichen Voraussetzungen gemäß der E-Commerce-RL vertritt der GA die Auffassung, dass ein anderer als der Herkunftsmitgliedstaat Ausnahmen vom freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nur durch „auf den konkreten Einzelfall“ bezogene Maßnahmen vorsehen dürfe. Jedenfalls habe das vorliegende Gericht festzustellen, ob die fraglichen Maßnahmen unter Berücksichtigung aller ihm zur Kenntnis gebrachten Umstände erforderlich seien, um den Verbraucherschutz sicherzustellen und, ob sie nicht über das zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderliche Maß hinausgingen. Der GA vertritt weiter die Ansicht, dass die RL einem Mitgliedstaat verbiete, unter derartigen Umständen und auf eine solche Weise den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat zu beschränken.

Mit dem Urteil des EuGH ist eine weitere Klärung des Schlüsselbegriffes „Dienst der Informationsgesellschaft“ für das Online-Recht zu erwarten.

### **Widerrufsbelehrung auf einer Postkarte**<sup>16</sup>

Im aus Deutschland stammenden Ausgangfall klagte ein Wettbewerbsverband gegen ein Versandhandelsunternehmen, das als Beilage zu verschiedenen Zeitschriften und Zeitungen einen ausklappbaren Werbeprospekt von etwa drei DIN-A4-Seiten verbreitete, der eine heraustrennbare Bestellpostkarte enthielt. Sowohl auf der Vorder- als auch auf der Rückseite der Postkarte wurde auf das gesetzliche Widerrufsrecht (im Fließtext) hingewiesen. Eine Widerrufsbelehrung und ein Muster-Widerrufsformular waren jedoch lediglich auf der Website der Beklagten aufrufbar.

Der EuGH entschied, dass bei über Fernkommunikationsmitteln geschlossene Verträge der Unternehmer gemäß Art. 8 Abs. 4 Verbraucherrechte-RL die Verpflichtung habe, vor Vertragsabschluss die in Art 6 Abs 1 Verbraucherrechte-RL genannten Informationen, wie u.a. über das Widerrufsrecht, zur Verfügung zu stellen. Dies solle den Schutz des Verbrauchers sicherstellen.<sup>17</sup> Hierbei müsste im Einzelfall festgestellt werden, ob die geforderten Informationen objektiv im jeweiligen Werbematerial dargestellt werden könnten. Dabei wären die für den durchschnittlichen Verbraucher angemessene Mindestgröße des Schrifttyps, sowie der Raum und die Zeit, die von der Botschaft eingenommen werden, zu berücksichtigen. Diese näheren Umstände wären vom nationalen Gericht zu prüfen.

Für Smart Devices, die über kleinere Screens verfügen, ist das Urteil jedenfalls bedeutsam. Es umfasst auch die Darstellung von Verbraucherinformationen wie beispielsweise der Widerrufsbelehrung auf Medien, die nur einen begrenzten Raum bieten.

<sup>16</sup> EuGH 23.1.2019, C-430/17 (Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG/Deutsche Wettbewerbszentrale), ECLI:EU:C:2019:47.

<sup>17</sup> Ebenso bereits VfGH 12.10.2017, G 52/2016 (FAGG-Bestimmungen), JBI 2018, 170 (Zöchling-Jud/Schamberger) = ZIIR 2018, 55 (Thiele).

## Smart Contracts

Um es vorwegzunehmen: Smart Contracts sind weder „intelligent“ noch „Verträge“ im juristischen Sinn, sondern so gesehen technische Zustände, die im Kern nichts Neues bringen, sondern maximal eine vertane Chance, dem Wort „smart“ in der Online-Welt eine tiefere Bedeutung zu geben.

Smart Contract sind durch drei **Merkmale**, die kumulativ vorliegen müssen, charakterisiert:<sup>18</sup>

- Zum einen muss ein Ereignis digital prüfbar sein; es muss also mittels einer Ja/Nein-Entscheidung darstell- und lösbar sein. Das ist der Fall, wenn es sich beispielsweise um die *vollständige* Bezahlung der Miete oder die *vollständige* Bedienung von Kreditraten handelt.
- Zum zweiten verarbeitet ein Algorithmus, also ein Computerprogramm, das Ereignis. Ein Programmcode prüft also, ob das Ereignis eingetreten ist, indem er etwa die Kontoeingänge selbsttätig prüft und erkennt, ob die Zahlung erfolgt ist. Hierfür ist selbstredend eine entsprechende Vernetzung des Programms erforderlich. Ein Smart Contract kann also theoretisch alles berechnen, was ein Computerprogramm berechnen kann, also was digital fass- und leistbar ist. Das Tischlern einer Türe kann daher nicht im Wege des Smart Contract erledigt werden, außer sie entstammt einem 3D-Drucker.
- Schließlich wird zum Dritten eine rechtlich relevante Handlung ausgeführt. Diese Handlung kann etwa darin liegen, den säumigen Schuldner auf die Säumnis hinzuweisen, das fehlende Geld vom Konto des Schuldners selbsttätig einzuziehen, die Kreditkarte des Schuldners zu belasten. Es muss für die weiteren Zwecke der Erörterung eine Rechtshandlung im juristischen Sinn vorliegen.

Smart Contracts verwenden für ihre Arbeitsweise häufig die sog. **Blockchain-Technologie**. Um also die Arbeitsweise von Smart Contracts zu verstehen, ist es hilfreich, die Funktionsweise der Blockchain-Technologie insoweit zu erläutern, als es zur juristischen Erfassung notwendig ist. Grundsätzlich sind Blockchains dezentrale Datenbanken, die validierte Transaktionen speichern und für alle sichtbar machen.<sup>19</sup> Dabei kommt ein Blockchain ohne eine zentrale Kontrollinstanz aus.<sup>20</sup> Smart Contracts nutzen diese Technologie, um Informationen aus fremden Datenbanken abzurufen und eigene Entscheidungen zu treffen. Für die Durchführung einer automatischen Zahlung besteht insoweit eine Vergleichbarkeit mit einer automatisierten Kreditkartenabbuchung.

Der Begriff Smart Contract beschreibt tatsächlich bloß eine Technologie und keine Verträge im Rechtssinn, das „Konstrukt“<sup>21</sup> dient grundsätz-

---

18 Dogmatische Struktur im Folgenden übernommen von *Paulus/Matzke*, Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung, CR 2017, 769 (771).

19 *Glücklich*, Blockchain für Anfänger (2017), 44.

20 *Narayanan/Bonneua/Felten/Miller/Goldfeder*, Bitcoin und Cryptocurrency Technologies, 2016, Kap. 1.4; *Kütük/Sorge*, Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht – Von der „Tulpenmanie“ zur „Bitcoinmanie“, MMR 2014, 643.

21 So *R. Weber*, Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts, in: Jusletter 4. Dezember 2017, Rz 2, abrufbar unter <https://jusletter.weblaw.ch>.

lich dem realen Leistungsaustausch von digital referenzierten Gütern, vergleichbar mit der Mechanik eines Warenautomaten. Weil der Smart Contract indessen die Umverteilung digitaler Güter bzw. Werte ermöglicht, besteht – weit verstanden – zumindest ein indirekter Bezug zu den Verträgen; zurückgegriffen wird dabei auf bereits getroffene Vereinbarungen in einem Source Code (meist unter „Wenn-Dann-Bedingungen“).<sup>22</sup>

Smart Contracts sind prädestiniert für vertragliche Ansprüche, die einfach zu prüfen und deren Voraussetzungen digital erfassbar sind. So wird vielfach vorgeschlagen, Smart Contracts für die Rechte von Flugpassagieren einzusetzen. Mit dem Kauf des Flugtickets vereinbart der Nutzer bereits mit dem Luftfahrtunternehmen, dass im Fall einer Flugverspätung ein bestimmter, im Voraus festgelegter, Bagatellbetrag auf sein im Voraus bekanntgegebenes Bankkonto überwiesen wird. Wäre ein europäischer Flug dann einige Stunden zu spät, müssten die Passagiere ihre gesetzlichen Entschädigungen nicht mühsam selbst einfordern, sondern erhielten sie vom Smart Contract aus automatisch ausgezahlt. Die bisher mit der Rechtsdurchsetzung verbundenen Kosten und Mühen würden wegfallen.

*Die daraus resultierende These lautet:* Die Unveränderlichkeit und die garantierte Ausführung von Smart Contracts erlaubt dem systembedingt schwächeren Vertragsteil (hier: Flugpassagier) die Überwindung des Rechtsdurchsetzungsdefizits im Bereich niedriger Streitwerte.

So modern und innovativ Smart Contracts wirken, so wenig zukunftsorientiert und flexibel sind sie. Die Anpassungstauglichkeit von Gewissheit ist begrenzt.

Im Fall *Krüsemann gegen TUI Fly*<sup>23</sup> kündigte das Management eines Flugunternehmens Umstrukturierungen an, wodurch es zu einem wilden, nicht von den Arbeitnehmervertretern bzw. der Gewerkschaft ausgelösten, Streik großer Teile des Flugpersonals in Form von spontanen Krankmeldungen kam. Die Quote krankheitsbedingter Abwesenheit stieg von den üblichen 10% auf 34% bis 89% beim Cockpitpersonal und 24% bis 72% beim Kabinenpersonal. Der wilde Streik endete etwa eine Woche später nach einer Einigung des Managements mit dem Betriebsrat. In der Zwischenzeit kam es bei zahlreichen Flügen des Unternehmens zu Annullierungen und großen Verspätungen. Das Flugunternehmen verweigerte den Flugpassagieren Ausgleichszahlungen mit der Begründung, dass es sich um außergewöhnliche Umstände handle, für den Art 5 Abs 3 Fluggastrechte-VO 261/2004,<sup>24</sup> keine Ausgleichszahlungen vorsehen. Das zuständige Amtsgericht Hannover<sup>25</sup> legte die Frage, ob Krankmeldungen eines erheblichen Teils des Personals und spontane Arbeitsniederlegungen als außergewöhnliche Umstände iS der zitierten Vorschrift anzusehen wären, dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

22 Vgl. *Weber* aaO Rz 2 mwN.

23 EuGH 17.4.2018, C-195/17 u.a. (*Krüsemann u.a./TUIfly*) = ECLI:EU:C:2018:258 = *Zak* 2018/260, 138 = *VbR* 2018/63, 118 (*Leupold/Gelbmann*).

24 Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, *ABl L* 46/2004, 1.

25 AG Hannover 14.8.2017, 531 C 13445/16.

Der Europäische Gerichtshof entschied am 17.4.2018, dass es sich bei einem Streik des Flugpersonals nicht zwingend um einen außergewöhnlichen Umstand iS des Art 5 Abs 3 Fluggastrechte-VO handelt, bei dessen Vorliegen die Ansprüche der Fluggpassagiere auf Ausgleichszahlung für die dadurch verursachten Flugannullierungen und Flugverspätungen entfallen könnten. Ob ein außergewöhnlicher Umstand vorliegt, ist von Fall zu Fall zu prüfen. Ob der Streik nach dem maßgeblichen nationalen Recht rechtmäßig erfolgte, ist dafür bedeutungslos. Konkret: Ein wilder Streik großer Teile des Flugpersonals, der eine Woche später durch eine Einigung des Managements mit dem Betriebsrat beendet werden konnte, stellt keinen außergewöhnlichen Umstand iSd Art 5 Abs 3 Fluggastrechte-VO dar. Die Weigerung des Flugunternehmens auf Zahlung war daher ungerechtfertigt.

Hätten die Fluggpassagiere mit dem Luftfahrtunternehmen Smart Contracts abgeschlossen, so hätten sie sich bei Abschluss der Verträge an dem jeweiligen Stand der Rechtsordnung orientiert. Diese sah keinen Fall, der zu Auszahlungen von „Micro-Payments“ führen könnte, zum damaligen Zeitpunkt vor. Die „Programmierung“ (Wenn-Dann) hat den wilden Streik von Teilen des Flugpersonals nicht als Auslöser definiert bzw. definieren können.

*Die Antithese besteht im Folgenden:* Die technische Unveränderlichkeit der Smart Contracts kann schon nach relativ kurzer Zeit zu Nachteilen der Vertragsparteien führen, da Rechtsänderungen (wegen veränderter Gesetzeslage oder Rechtspraxis der Gerichte) denkmöglich nicht berücksichtigt werden können.

Resümierend ist zu *smart contracts* festzuhalten. Unkorrigierbare, verhaltenssteuernde Algorithmen können bis zu einem Verlust des Geltungsanspruches des Rechts führen: Der dadurch erwartete Entfall von Rechtsstreitigkeiten, insbesondere im niederschweligen Bereich, vermag ein deutliches Minus an Rechtssicherheit und den erheblichen Verlust privat-autonomer Gestaltungsmöglichkeiten nicht wett zu machen.

## Zusammenfassung

Euphorie und Entsetzen über die digitale Transformation helfen nicht. Maschinen bleiben Maschinen, und Mensch bleibt Mensch: mit Namen, Gesicht und in großer Vielfalt.

Das klassische juristische Handwerkszeug (Gesetzeskenntnis und Auslegungskanon) verbunden mit der Menschenwürde als ethischem Kompass ermöglicht eine praktische Gestaltung der technischen Sachverhalte. Wir können also getrost sagen, dass wir erst am Anfang einer sehr spannenden technologischen Revolution und digitalen Transformation stehen. Die Entwicklung des Rechts dieser digitalen Zukunft wird nicht weniger interessant sein und sie wird nicht weniger rasant sein, wenn sie ein menschliches Antlitz trägt.

„Am Ende wird alles gut. Und wenn es nicht gut wird,  
ist es noch nicht das Ende.“

*Fernando Sabino*