

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 17/2014

Ein Fall der technisierten Gesellschaft:

BGH, Urteil vom 24.1.2013 – III ZR 98/12, BGHZ
196, 101 – Ausfall des Internetzugangs

Malte-Christian Gruber^{*}

Erscheint in: Bertram Lomfeld (Hg.), Die Fälle der Gesellschaft – Praxis einer
soziologischen Jurisprudenz, 2015

Zusammenfassung: Der Bundesgerichtshof hat im vergangenen Jahr entschieden, dass es „einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen [kann], wenn dem Inhaber eines DSL-Anschlusses die Möglichkeit genommen wird, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, ohne dass ihm hierdurch Mehraufwendungen entstanden oder Einnahmen entgangen sind“ (BGHZ 196, 101). Eine techniksoziologische Analyse dieser Rechtsprechung zum vermögensrechtlich bestimmten, abstrakt berechneten Nutzungsausfallersatz legt demgegenüber eine andere Begründung des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung nahe. Der alternative Leitsatz lautet: Wird dem Inhaber eines Internetanschlusses die Möglichkeit genommen, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, so ist ihm auch wegen eines hierdurch hervorgerufenen immateriellen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren.

^{*} Priv.-Doz. Dr. iur, Akademischer Rat am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Der folgende Fall ist ein Fall der *technisierten* Gesellschaft. Im Grunde genommen müsste man ihn sogar den „Ausfall“ der technisierten Gesellschaft nennen: Er betrifft die Frage, ob und in welchem Umfang dem Nutzer einer Internetverbindung eine Nutzungsentschädigung zu gewähren ist, wenn sein Diensteanbieter für einen längeren Zeitraum keine funktionierende Internetverbindung herstellt. Der Fall handelt also gewissermaßen vom Entzug des kommunikativen Zugangs, eben vom „Ausfall des Internetzugangs“ und seinen zivilrechtlichen Folgen. Die dazu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung ist zwar im Ergebnis nur auf geringe Kritik gestoßen. Mit den Mitteln einer gereiften soziologischen Jurisprudenz könnte sie aber eine überzeugendere Begründung finden – und müsste sich dann nicht mehr durch die problematische Konstruktion eines „abstrakten Nutzungsausfalls“ in Verlegenheit setzen lassen. Das setzt allerdings voraus, dass sie das Internet über seine technischen und wirtschaftlichen Eigenschaften hinaus als das berücksichtigt, was es ist: eine artifizielle Lebensgrundlage des Menschen in seiner heutigen technisierten Verfassung.

I. Der Fall

Der III. Zivilsenat des BGH hatte seiner Entscheidung als Revisionsinstanz den folgenden, hier verkürzt wiedergegebenen Tatbestand zugrunde zu legen:

Der Kläger hatte mit dem beklagten Telekommunikationsunternehmen einen Bereitstellungsvertrag geschlossen, der mit einem DSL-Anschluss auch Telefon- und Telefaxverbindungen („over IP“) umfasste. Nach Vereinbarung eines Tarifwechsels im Dezember 2008 kam es zu einer dauerhaften Unterbrechung des Anschlusses. Auch nach mehrfachen Mahnungen zeigte sich die Beklagte nicht dazu imstande, den Internetzugang wiederherzustellen. Daraufhin kündigte der Kläger und wechselte zu einem anderen Anbieter, dessen Internetanschluss ihm ab Februar 2009 zur Verfügung stand.

Für die dabei entstandenen Mehrkosten infolge des neuen Vertragsschlusses (427,50 Euro) und für die Nutzung eines Mobiltelefons für die Zeit des zweimonatigen Internetausfalls (30 Euro) verlangte der Kläger Schadensersatz. Darüber hinaus forderte er Schadensersatz für den Fortfall der Möglichkeit, seinen DSL-Anschluss für Festnetztelefon-, Telefax- und Internetverkehr zu nutzen. Den Wert der entgangenen Nutzungen berechnete er mit 50 Euro

täglich und kam somit in der Summe auf eine zusätzliche Forderung von 3150 Euro.

Das Amtsgericht Montabaur hatte dem Kläger nur Schadensersatz für den neuen Vertragsschluss und die Mobilfunknutzung in Höhe von insgesamt 457 Euro gewährt. Das Landgericht Koblenz wies sowohl Berufung als auch Anschlussberufung zurück. Die nicht erfolgreiche Klageforderung einer zusätzlichen Nutzungsentschädigung verfolgte der Kläger schließlich mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision weiter.

II. Das Urteil

Die Revision war erfolgreich: Der BGH kam anders als die Vorinstanzen zu der Auffassung, dass der Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Internets einem konkreten Vermögensschaden gleichstehe. Entsprechend formuliert es der Leitsatz:

„Es kann einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen, wenn dem Inhaber eines DSL-Anschlusses die Möglichkeit genommen wird, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, ohne dass ihm hierdurch Mehraufwendungen entstanden oder Einnahmen entgangen sind.“

Daraus folgerte der BGH, dass der Kläger für den vom beklagten Diensteanbieter verursachten Fortfall der Möglichkeit, das Internet zu nutzen, durchaus Schadensersatz verlangen könnte, und zwar über den Ersatz von Folgekosten für Neuanschluss und Mobiltelefon hinaus.

Zur Begründung führte das Gericht aus, dass ein derartiger Nutzungsausfallersatz für Wirtschaftsgüter in Betracht komme, wenn es sich dabei um „einen der vermögensmehrenden, erwerbswirtschaftlichen Verwendung vergleichbaren eigenwirtschaftlichen, vermögensmäßig erfassbaren Einsatz der betreffenden Sache“ handele.¹

Der III. Zivilsenat des BGH hielt sich dabei an die bisherigen, vor allem zum Nutzungsausfallersatz für Pkw entwickelten Maßstäbe. Seine Begründung stützte er unter anderem auf eine frühere Entscheidung des Großen Zivilsenats, die den Schadensersatz wegen entgangener Nutzung auf Sachen beschränkt hatte, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung

¹ BGHZ 196, 101 (Rn. 9).

typischerweise von zentraler Bedeutung sei und bei denen die Nutzungseinbußen an objektiven Maßstäben gemessen werden könnten.²

Als Maßstab fungierte damit zum einen das unter dem Schlagwort „Kommerzialisierung“ bekannte Kriterium, anhand dessen Nutzungsausfallschäden noch als – wenngleich nur abstrakt zu berechnende – Vermögensschäden erfasst werden sollen. Damit soll eine Grenze zu immateriellen Schäden gezogen werden, für die schließlich nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Regelung im Sinne von § 253 Abs. 1 BGB eine Entschädigung gewährt werden könnte.

Alleine die Kommerzialisierbarkeit der Nutzungen bietet aber noch kein hinreichendes Unterscheidungsmerkmal, denn heute lässt sich schließlich nahezu jede Nutzungsmöglichkeit in Geld umrechnen.³ Deshalb nahm das Gericht zum anderen die auch sonst in diesem Zusammenhang gebräuchliche Abgrenzung von Wirtschaftsgütern vor, die als wesentliche Grundlagen der „eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung“ gelten, und solchen, die dafür nicht von zentraler Bedeutung seien. Letztere werden verbreitet als „Luxusgüter“ angesehen, deren Nutzungsausfall lediglich eine „individuelle Genussschmälerung“⁴ darstelle, mithin eine immaterielle Einbuße, nicht aber einen Vermögensschaden.

Nur für solche Wirtschaftsgüter also, die als „materiale Grundlage der Lebenshaltung“⁵ dienen und insofern von zentraler Bedeutung für die eigene Lebensführung sind, kann demzufolge ein abstrakt berechneter Nutzungsausfallschaden ersatzfähig sein. Der BGH wollte in dieser Hinsicht einen strengen Maßstab anlegen. Er wollte der in § 253 BGB getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung entsprechen, die immaterielle Entschädigungsansprüche zur Ausnahme macht:

„Andernfalls bestünde die Gefahr, unter Verletzung des § 253 BGB die Ersatzpflicht auf Nichtvermögensschäden auszudehnen. Auch würde dies mit den Erfordernissen von Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Schadens in Konflikt geraten [...] Der Tatrichter soll den Schadensersatz nicht an

² Vgl. BGH, Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss vom 9. Juli 1986 - GSZ 1/86, BGHZ 98, 212, 222 f; BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - VI ZR 248/07, NJW-RR 2008, 1198 (Rn. 7) – Wohnmobil.

³ Vgl. BGH, Urteil vom 15. November 1983 - VI ZR 269/81, BGHZ 89, 60 – Motorsportboot.

⁴ Vgl. BGHZ 196, 101 (Rn. 10).

⁵ BGHZ 196, 101 (Rn. 9).

unkontrollierbaren subjektiven Wertschätzungen festmachen müssen, die ihm der Geschädigte angibt, sondern an Werten, die der Verkehr dem Interesse an der konkreten Nutzung beimisst [...]. Hierzu kann auf die Verkehrsanschauung abgehoben werden, wenn diese auch nicht darüber entscheiden kann, wo die Grenze des § 253 BGB verläuft [...].“⁶

Nach der für ihn maßgeblichen Verkehrsanschauung kam der BGH schließlich zu dem Ergebnis, dass zwar nicht die entfallene Nutzungsmöglichkeit eines Telefaxes ersatzfähig sei; denn dessen ständige Verfügbarkeit sei, jedenfalls im privaten Bereich, für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung nicht von zentraler Bedeutung.⁷ Keine Zweifel hatte er aber daran, dass das Telefon ein solches Wirtschaftsgut von zentraler Bedeutung für die Lebensgestaltung darstelle.⁸ Nur hatte sich der Kläger mit seinem gesonderten Mobiltelefon bereits einen weitgehend gleichwertigen Ersatz beschafft, dessen Kosten ohnehin ersetzt wurden.⁹

Übrig blieb somit nur noch die Frage nach einem Schadensersatz für den Fortfall der Möglichkeit, den Internetanschluss für andere Zwecke als für Telefon und -fax zu betreiben. Hier fand der BGH mit der Verkehrsanschauung zu seinem Ergebnis, dass die Nutzbarkeit des Internets inzwischen ein Wirtschaftsgut sei, welches die genannten Merkmale der Kommerzialisierung und zentralen Bedeutung als materiale Grundlage der Lebenshaltung erfülle. Das Internet habe sich, wie der BGH es formulierte, „zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich signifikant im Alltag bemerkbar macht.“¹⁰

Die Höhe des zu gewährenden Nutzungsausfallersatzes war schließlich nach den marktüblichen Durchschnittskosten für einen DSL-Anschluss ohne Telefon- und Faxnutzung zu bestimmen, allerdings ohne erwerbswirtschaftliche Wertfaktoren wie Gewinnmargen und auch abzüglich ersparter Kosten des Klägers.¹¹

⁶ BGHZ 196, 101 (Rn. 9).

⁷ BGHZ 196, 101 (Rn. 12).

⁸ BGHZ 196, 101 (Rn. 14).

⁹ BGHZ 196, 101 (Rn. 15).

¹⁰ BGHZ 196, 101 (Rn. 17).

¹¹ BGHZ 196, 101 (Rn. 22).

III. Die Kritik

Kritik gegen das Urteil findet sich nur vereinzelt. Offenbar konnte sich der BGH mit seiner Begründung auf judiziell fest verankerte und auch in der Lehre allgemein akzeptierte Maßstäbe stützen. Dennoch gab es ablehnende Stellungnahmen, zum einen mit Bezug auf die (vermeintlich) „absurd kleine Schadenshöhe“ von schätzungsweise 10 Euro pro Tag,¹² die dem Kläger nur zu einem „Pyrrhus-Sieg“¹³ verholfen habe – und zum anderen mit Blick auf die Frage, ob das Internet im privaten Bereich tatsächlich nach den bisher zum Nutzungsausfallersatz entwickelten Maßstäben beurteilt werden könnte.¹⁴

Wenn aber schon die geringe Schadenshöhe absurd erscheinen mag, dann müsste die kaum hinterfragte Gleichsetzung des Internetzugangs mit anderen Wirtschaftsgütern von zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung, vor allem mit Autos, eigentlich mindestens genauso befremden. Kurios erscheint daher auch die – von wenigen Ausnahmen abgesehen¹⁵ – weit überwiegende Zustimmung zu der vom BGH gesehenen Parallele, mit der daraus abgeleiteten Folgerung, dass „[d]ie Unterbrechung des Internetzugangs [...] typischerweise Auswirkungen [hat], die in ihrer Intensität mit dem Fortfall der Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu nutzen, ohne weiteres vergleichbar sind.“¹⁶

Durch die begriffliche Brille eines „Wirtschaftsgutes von zentraler Bedeutung“ erscheint die Nutzung des Internets aber nicht nur mit dem Autofahren vergleichbar. Auch die Fahrbereitschaft von Motorrädern gehört zu den ersatzfähigen Positionen – vorausgesetzt, dass sie nicht bloß der Freizeitgestaltung dienen und auch kein Ersatzfahrzeug zur Verfügung steht.¹⁷ Mit diesem Argument wird schließlich ein etwaiger Nutzungsausfallersatz für Wohnmobile¹⁸ abgelehnt, erst recht für Wohnwagen¹⁹, Motorsportboote²⁰,

¹² So Hoeren, EWiR 2013, 197f.; vgl. ferner Diehl, ZfSch 2013, 377f.; Eichelberger, VuR 2013, 184; Fokert, NJ 2013, 214f.; Jaeger, NJW 2013, 1031 (1034);

¹³ So Spindler, JZ 2013, 897 (898f.).

¹⁴ Vgl. Hoeren, EWiR 2013, 197f.

¹⁵ Vgl. Hoeren, EWiR 2013, 197f.

¹⁶ BGHZ 196, 101 (Rn. 17); ohne weiteres zustimmend etwa Spindler, JZ 2013, 897 (898).

¹⁷ BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - VI ZA 40/11 – Hobbymotorrad; vgl. dazu Diehl, ZfSch 2013, 377f.

¹⁸ BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - VI ZR 248/07, NJW-RR 2008, 1198 – Wohnmobil.

¹⁹ BGH, Urteil vom 15. Dezember 1982 - VIII ZR 315/80, BGHZ 86, 128 – Wohnwagen.

²⁰ BGH, Urteil vom 15. November 1983 - VI ZR 269/81, BGHZ 89, 60 – Motorsportboot.

Rennräder²¹, private Schwimmbäder²² und Pelzmäntel²³. Das Gegenteil soll wieder für Wohnhäuser²⁴ und Wohnungen²⁵ gelten, selbst wenn sie nur als Feriendomizile²⁶ genutzt werden.²⁷

Obwohl für alle diese Unterscheidungen zwischen eigenwirtschaftlicher Lebenshaltung und bloßen Luxusbedürfnissen nicht die subjektiven Wertschätzungen des Geschädigten maßgeblich sein sollen, sondern die Verkehrsanschauung,²⁸ wird man doch nicht ohne Abwägungen im Einzelfall auskommen.²⁹ Die angestrebte Rechtssicherheit wird damit kaum erreicht. Schon die entscheidende Frage, ob dem Geschädigten für die Zeit des Nutzungsausfalls ein Ersatzgegenstand zur Verfügung gestanden hat, schiebt die Beurteilung der Ersatzfähigkeit wieder zurück in den subjektiven Bereich.³⁰ Und die Beantwortung der weiteren Frage, wann sich die prinzipiell immer mögliche Verwandlung einer Sache von einem Luxusgut in ein „Wirtschaftsgut von zentraler Bedeutung“ vollzogen hat, lässt sich auch unter Zuhilfenahme der Verkehrsanschauung kaum eindeutig, jedenfalls nicht alleine mit empirischen Daten,³¹ beantworten.

Zweifel ergeben sich schließlich hinsichtlich der bereits gebildeten und fortgebildeten Fallgruppen, wenn beispielsweise auch für Luxusautos ein Nutzungsausfall nach den genannten Maßstäben anerkannt wird.³² Wenn so heterogene Gegenstände wie Autos, Boote, Schwimmbäder, Pelzmäntel oder das Internet nach vergleichbaren Maßstäben behandelt werden, sind Inkonsistenzen, insbesondere Unsicherheiten bei der Berechnung der

²¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 09.09.2013 - 13 U 102/13; anderes gilt jedoch für Fahrräder im Alltagsgebrauch: KG Berlin, Urteil vom 16.07.1993 – 18 U 1276/92.

²² BGH, Urteil vom 28. Februar 1980 - VII ZR 183/79, BGHZ 76, 179 – privates Schwimmbad.

²³ BGH, Urteil vom 12. Februar 1975 - VIII ZR 131/73, BGHZ 63, 393 – Pelzmantel.

²⁴ Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss vom 9. Juli 1986 – GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 – Wohnhaus.

²⁵ BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 172/13, BGHZ 200, 203 – Eigentumswohnung; sowie BGH, Urteil vom 8. Mai 2014 – VII ZR 199/13, NJW-RR 2014, 979 – Holzblockhaus.

²⁶ BGH, Urteil vom 16. September 1987 – IVb ZR 27/86, BGHZ 101, 325 – Ferienhaus

²⁷ Für einen weitergehenden Rechtsprechungsüberblick siehe BGHZ 196, 101 (Rn. 10); ferner Diehl, ZfSch 2013, 377f.

²⁸ Siehe oben, Fn. 6.

²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – VI ZR 248/07, NJW-RR 2008, 1198, 1199 (Rn. 11) – Wohnmobil.

³⁰ Siehe hierzu Jaeger, NJW 2013, 1031 (1033).

³¹ Vgl. hierzu etwa den Versuch des BGH, den Wandel der Internetnutzung unter anderem mit der anteiligen Verbreitung des Internets innerhalb Deutschlands zu begründen: BGHZ 196, 101 (Rn. 17).

³² Siehe hierzu Spindler, JZ 2013, 897, m.w.N.

Schadenshöhen unvermeidlich. Es hilft dann allerdings auch wenig, das Kriterium der Kommerzialisierbarkeit noch um die zusätzliche Voraussetzung zu erweitern, dass es für die Bewertung des jeweiligen Gegenstands einen ausreichend breiten Markt geben müsse.³³ Denn für fast alles gibt es Märkte, zumindest ausreichend verlässliche Wertbestimmungsmöglichkeiten.³⁴ Deshalb sieht sich die Rechtsprechung eben auch gezwungen, allzu weitgehende Kommerzialisierungen mit dem weiteren Kriterium der materialen Lebensgrundlage zu korrigieren. Sie kann dann aber nicht mehr vollständig erklären, wie sie von ihrer Ablehnung einer rein monetären Betrachtung im Einzelfall wieder zu einem Geldersatzanspruch findet.³⁵ Letztlich führt kein Weg daran vorbei: Alleine die fehlende Nutzbarkeit eines Wirtschaftsgutes ändert noch nichts an der Vermögenslage des Berechtigten.³⁶

IV. Die soziologisch-juristische Analyse

Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob der abstrakte Nutzungsausfallersatz in den genannten Fallgruppen nicht letztlich doch eine verkappte Form eines immateriellen Schadensersatzes darstellt, mit der die Rechtsprechung die Regelung des § 253 Abs. 1 BGB umgeht.³⁷ Jedenfalls kann es wegen der Unzulänglichkeiten seiner dogmatischen Herleitung³⁸ offenbar nicht gelingen, die verbleibenden Rechtsunsicherheiten und Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung zu beseitigen.

Bleibt Rechtssicherheit also immer noch ein Desiderat, spricht nichts gegen einen Versuch, zumindest für das Internet eine neue Unterscheidung zu treffen: Für die Frage des Nutzungsausfalls geht es dann nicht mehr um die Differenz von Kommerzialisierung/Nicht-Kommerzialisierung, auch nicht um die marktmäßige Berechenbarkeit/Nicht-Berechenbarkeit. Ebenso wenig kann die Unterscheidung von Luxusgütern und grundlegenden Wirtschaftsgütern hier

³³ So Spindler, a.a.O.

³⁴ Vgl. nur Medicus/Petersen, BR, 24. A. 2013, Rn. 828.

³⁵ Dazu Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. A. 2013, Rn. 829: „Von der Ablehnung einer monetären Betrachtung führt eben keine Brücke zu einem Geldersatz, wenn man nicht an eine Art Schmerzensgeld denkt (dem aber bei Sachschäden § 253 I entgegensteht).“

³⁶ Ebenso Forkert, NJ 2013, 214.

³⁷ Die Unterscheidung von materiellem und immateriellem Schaden ist ohnehin nicht trennscharf durchzuhalten, schon gar nicht im Schema des Kommerzialisierungskriteriums; vgl. dazu Köndgen, Ökonomische Aspekte des Schadensproblems: Bemerkungen zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs, AcP 177 (1977), 1ff. (5ff.).

³⁸ Siehe Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. A. 2013, Rn. 829.

noch tragend sein. Entscheidend ist dann vielmehr die Bestimmung des Internets vom Standpunkt einer soziologisch orientierten Jurisprudenz – als soziale Institution und personaler Entfaltungsraum.

Anstatt also die Ersatzfähigkeit des Internetausfalls immer nur mit ökonomiezentrierten Differenzen zu bewerten, kann eine soziologisch, insbesondere techniksoziologisch aufgeklärte Beobachtung deutlich machen, dass das Internet nicht nur Sache, Gegenstand oder Wirtschaftsgut ist, sondern Medium, in dem sinnhafte und technische Kommunikation aufs engste miteinander verknüpft sind.³⁹

Die dadurch erzeugten soziotechnischen Gemenge sind mit traditionellen Begriffen kaum in den Griff zu bekommen; sie führen vielmehr zu zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten, etwa zwischen Softwarecodes und geistigen Inhalten,⁴⁰ zwischen informationstechnischen Systemen als Medien der sozialen Kommunikation und der individuellen Persönlichkeitsentfaltung menschlicher Nutzer,⁴¹ oder ganz allgemein: zwischen den „Innenwelten“ der personalen Rechtssubjekte und den „Außenwelten“ der verfügbaren Rechtsobjekte.

Informationstechnologien sind daher keineswegs auf ihre Funktion als „äußere“, rein technische Umwelten der Kommunikation reduzierbar. Denn sie sind Teil derselben: Sie bilden einen eigenen Bereich des gesellschaftlichen Lebens, bestehend aus besonderen psychosozialen Verbindungen unter Menschen, die kognitiv wie auch emotional an informationstechnische Systeme angeschlossen sind. Dabei sind es die materiellen Bedingungen informationstechnischer Kommunikationssysteme, die menschliche Personen mitunter als neue funktionale Einheiten aus Körper, Geist und artifiziellem Medium erscheinen lassen. Und es sind diese vernetzten Kommunikationsmedien, nach deren Bedingungen, technischen Vorgaben, digitalen Codes, Programmiersprachen, Benutzeroberflächen oder Textformaten sich die soziale Kommunikation in der technisierten Gesellschaft richtet. Damit gewinnt vor allem die

³⁹ Siehe bereits Vesting, Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, in: Ladeur (Hg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, 155ff. (179ff.); daran anknüpfend Gruber, Bioinformatikrecht. Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung, Habilitationsschrift 2013, 137ff. und 231ff.

⁴⁰ Hierzu etwa Bullinger/Czychowski, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19ff.

⁴¹ Siehe nur BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07, BVerfGE 120, 274 – „Online-Durchsuchung“.

Internetkommunikation ihre besondere Bedeutung für die personale Entfaltung des Menschen – und erreicht eine zusätzliche, immaterielle Dimension.

Das wird freilich bislang kaum gesehen. Immerhin jedoch hat der BGH in dieser Richtung eine wichtige Spur gelegt, die es weiterzuverfolgen gilt: Als soziale Informationstechnologie ist das Internet tatsächlich, wie das Gericht bei seiner Abgrenzung vom Luxusgut betont hat,⁴² eine materiale Lebensgrundlage. Es eröffnet Lebens- und Erfahrungsräume. Deshalb ist der Vergleich mit Gegenständen wie Automobilen und Immobilien schlicht unpassend, selbst wenn man sich mit metaphorischen Brückenschlägen, etwa der Rede von „Datenverkehren“ oder „Datenautobahnen“, behelfen wollte.

Möchte man die gesellschaftsordnende Funktion des Privatrechts⁴³ – und hier besonders des Schadensrechts – ernstnehmen, so ist an der sozialen Informationstechnologie „Internet“ vor allem das „Soziale“ besser nachzuzeichnen. Alles in allem geht es darum, den Nutzungsausfall nicht nur sub verbo „Kommerzialisierung“ zu bewerten, sondern auch mit Blick auf die Funktion des Internets als Medium der „Sozialisierung“, vor allem aber der „Personalisierung“: Seine personalisierende Wirkung entfaltet das Internet dabei zum einen qua sozialer Kommunikation, zum anderen im technischen Medium, und nicht zuletzt: im lebendigen Körper des menschlichen Nutzers.

In Anschlag zu bringen ist demnach zuallererst die biosoziomaterielle Bedeutung des Internets als Lebensraum, mithin als Lebens- und Erfahrungswelt des technisierten Menschen. Das erfordert einen besonderen informationstechnischen Systemschutz, der für die Persönlichkeitsentfaltung des Menschen von zentraler Bedeutung ist. Es geht dabei um nichts weniger als den Schutz der psychophysischen Integrität technisierter Personen.⁴⁴ Und dieser Schutz verlangt rechtliche Gewährleistungen, die den freien Zugang der Menschen zum Internet sichern.⁴⁵ Mit solchen Freiheitsgewährleistungen, etwa

⁴² Siehe oben, Fn. 5.

⁴³ Siehe vor allem Teubner, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), 234ff.; ders., *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012, 35ff.; Wielsch, *Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht*, *AcP* 213 (2013), 718ff. (736).

⁴⁴ Vgl. Gruber, *Bioinformatonsrecht*, 139 und passim.

⁴⁵ Zur Notwendigkeit von Zugangsrechten, unter anderem mit Bezug auf die grundrechtlich zu gewährleistende Inklusion der Bevölkerung in das zunächst als gesellschaftliche Institution und artifizielles Gemeinschaftsgut verstandene Internet, insbesondere Teubner, *Verfassungsfragmente*, 207ff.; des Weiteren Wielsch, *Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, 2008, 249ff.

nach Art eines gewissen „biosozio-technischen“ Existenzminimums, vermag sich das Recht auf seine Aufgabe einzustellen, die ihm in der Begegnung mit neuen Technologien verstärkt zukommt – nämlich selbst als eine „Technik der Humanisierung von Technik“⁴⁶ zu wirken.

V. Die technologisch aufgeklärte Alternativentscheidung

Wie also hätte eine technologisch aufgeklärte Alternativentscheidung auszusehen? Berücksichtigt man die Bedeutung des Internets für die Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in seiner gegenwärtigen technisierten Verfassung, so liegt die Antwort nahe: Wenn dem Inhaber eines Internetanschlusses die Möglichkeit genommen wird, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, und ihm auch sonst kein adäquater Ersatzzugang zur Verfügung steht, kann er wegen einer Verletzung seiner personalen Entfaltungsfreiheit eine billige Entschädigung in Geld fordern. Ein solcher *echter* Nutzungs-Entschädigungsanspruch lässt sich insoweit auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 und 2 Abs. 1 GG) stützen, als das Internet als ein elementarer Lebensraum betroffen ist, welcher mitunter sogar die Bedeutung einer körpergleichen Basis der Persönlichkeit annehmen kann.⁴⁷ Es geht also, um es zu betonen, tatsächlich um eine immaterielle Entschädigung, die auf ihre bisherige, dogmatisch zweifelhalte Verschleierung im Gewand eines abstrakten Nutzungsausfallersatzes verzichten kann.

⁴⁶ Vgl. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, 2005, 179ff.

⁴⁷ Näher hierzu Gruber, *Bioinformatikrecht*, 143 und 166.