

Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt –
Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation von Völkerrecht

**Regulierung der Cyberwelt –
Aus dem Blickwinkel des Internationalen Wirtschaftsrechts**

Josef Drexl (München)

Thesepapier

I. Einführung

1. Das Internet ist kein neues Phänomen. Die Frage nach der Regulierung des Internet beschäftigt das Recht seit gut 20 Jahren.
2. Das Internet führte zu einem Paradigmenwechsel von der Industriegesellschaft zur Innovationsgesellschaft, die das Recht vor neue Herausforderungen stellte.
3. Da das Internet einen Raum ohne nationale Grenzen bildet, war dessen Regulierung auch durch das internationale Recht von Anfang ein Thema. Zu den ersten völkerrechtlichen Regelungen, die spezifisch auf die Herausforderungen des Internet reagierten, gehörten die Urheberrechtsabkommen (WCT und WPPT) der World Intellectual Property Organisation (WIPO).
4. Daneben schuf sich die Internet-Wirtschaft im Wege der Selbstregulierung eigene Regeln und Mechanismen der internationalen Streitbeilegung. Von großer Bedeutung ist vor allem der Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP) der internationalen Registrierungsstelle für Domain-Namen ICANN.
5. Die meisten Rechtsfragen im Internet sind jedoch über die Regeln des nationalen Rechts zu lösen. Deshalb kommt dem Kollisionsrecht in Bezug auf grenzüberschreitende Konflikte besondere Bedeutung zu. Zum Teil mussten bestehende Kollisionsregeln (Bsp.: Verbraucherverträge) an die Besonderheiten des Internet angepasst werden.
6. Was das Maß der Regelung angeht, bestand von Anfang an ein Zielkonflikt zwischen der Sicherung der neuen Wirtschafts- und Informationsfreiheiten sowie der Durchsetzung berechtigter Schutzinteressen. Niedergeschlagen hat sich dies vor allem in der E-Commerce-Richtlinie aus dem Jahre 2000, in der einerseits das Internet über die Einführung des Herkunftslandprinzips liberalisiert, aber auch wichtige Regelungsbereiche, wie das Datenschutz- und Immaterialgüterrecht, ausgenommen wurden. Für diese Ausnahmereiche sieht das EU-Recht lediglich eine

Rechtsangleichung über Richtlinien vor. Damit kommt grundsätzlich weiterhin nationales Recht zur Anwendung.

7. Vor allem die internationalen und europäischen Rechtsregeln für das Internet sind über viele Jahre unverändert geblieben. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass kein Reformbedarf besteht. Dies ist schon ablesbar an aktuellen Debatten. Beispielhaft erwähnt werden können die europäische Diskussion darüber, ob man den USA im Hinblick auf die Durchsetzung des Prinzips der Netzneutralität folgen soll, die Ankündigung der neuen Europäischen Kommission, einen „digitalen Binnenmarkt“ zu schaffen und schließlich wachsender politischer Unmut über die entstandene Marktmacht großer Internet-Konzerne wie Google. Diese Debatten nehmen ihren Ausgang bei technologischen Entwicklungen, die zu Beginn der Entstehung des Internet noch nicht absehbar waren.

II. Neue technologische Herausforderungen

8. Der Zugang zum Internet ist heute nicht mehr nur möglich über einen am Festnetz angeschlossenen PC, sondern auch über Smartphones. Technisch ist es kein Problem mehr, den Zugang zum Internet für jedermann, zu jeder Zeit und von allen Orten zu gewährleisten. Angesichts der Explosion der transportierten Datenmengen kommt es vor allem darauf an, flächendeckend einen möglichst leistungsstarken (schnellen) Internet-Zugang zur Verfügung zu stellen. Dies trifft auf das Bedürfnis, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft im Internet-Zeitalter zu erhalten, sowie auf den Wunsch der Bürger, unabhängig von ihrem Wohnort eine optimale Versorgung mit Internet-Zugängen zu erhalten. Der Ausbau des Breitbandnetzes sowie des mobilen Internet auf der Grundlage der 4. Generation des Mobilfunkstandards (sog. LTE-Standard) erfordert jedoch noch erhebliche Investitionen.
9. Hand in Hand mit der ständigen Verfügbarkeit des Internet geht die Forderung nach umfänglichen Zugang zu allen im Internet verfügbaren Inhalten. Dem entspricht das Prinzip der Netzneutralität, d.h. die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Datenverkehrs für alle Inhalte, zur Sicherung der Informationsfreiheit im Internet. Das Prinzip der Netzneutralität würde es aber den Telekommunikationsunternehmen verbieten, Zusatzentgelte gegenüber einzelnen Anbietern von Internet-Diensten zu verlangen. So tritt das Prinzip der Netzneutralität in Konflikt zum Ausbau der Netze für das schnelle Internet.
10. Eine weitere aktuelle technische Entwicklung betrifft das sog. Cloud Computing. Dabei geht es um das Outsourcen von Hardware (Speicherplatz) und Software (Anwendungsprogramme) auf Diensteanbieter im Internet. Die Entwicklung des Cloud Computing treibt die Vernetzung im Internet voran, indem es den Nutzer ermöglicht, von beliebigen Orten und Endgeräten aus auf seine Daten zuzugreifen. Gleichzeitig erhöht das Cloud Computing aber auch das Volumen der Datenströme im Internet und verschärft die Herausforderungen für den Datenschutz im grenzüberschreitenden Bereich, da keineswegs vorhergesehen werden kann, an welchen Orten ein Abspeichern der einzelnen Daten erfolgt. Der wirtschaftliche Erfolg des Cloud

Computing ist daher zentral auf die internationale Gewährleistung eines ausreichenden Maßes an Datenschutz und Datensicherheit angewiesen.

11. Schließlich entwickelt sich das Internet gerade von einem „Internet of persons“ zu einem „Internet of everything“. Gemeint ist damit das Phänomen, dass das Internet nicht mehr nur als Netz zur Kommunikation zwischen Personen (1. Stufe) oder als Netz zum Transport von digitalen Gütern (2. Stufe), sondern in der Zukunft immer mehr auch als Netz zur Kommunikation mit und zwischen Produkten sowie beliebigen Orten (3. Stufe) benutzt werden kann. Dabei geht es vor allem um die Entwicklung von „intelligenten Gütern“ des Alltagslebens, die mit den Mitteln der Telekommunikation mit dem Internet verbunden und damit mit neuen Funktionalitäten ausgestattet werden. Das wichtigste Beispiel hierfür ist die Vernetzung des Autos, einschließlich der Bereitstellung des führerlosen Autos. Das „Internet of everything“ wird ökonomisch eine Vielzahl neuer Geschäftsmodelle hervorbringen, die Wirtschaft nachhaltig verändern und das Recht vor neue Regulierungsaufgaben unterschiedlichster Art stellen. Vor allem wird die Vernetzung zahlloser Produkte über das Internet das zu transportierende Datenvolumen noch weiter erhöhen.

III. Ökonomische Auswirkungen und Regulierungsbedarf

12. Die beschriebenen technologischen Veränderungen führen zu zahlreichen neuen Regulierungsfragen, die nicht abschließend vorhergesehen und behandelt werden können. Im Folgenden sind einige Themen von zentraler Bedeutung anzusprechen, die die Grundsätze der Marktregulierung gerade auch im grenzüberschreitenden Bereich betreffen.
13. Angesichts der Explosion der zu transportierenden Datenmenge ist der regulatorische Rahmen für die Schaffung der Infrastruktur des schnellen Internet von zentraler Bedeutung. Aus ökonomischer Perspektive sollte im Prinzip auf regulatorische Eingriffe verzichtet werden, soweit der Markt selbst in der Lage ist, die entsprechenden Netze bereit zu stellen. Hierfür spricht auch, dass in den vergangenen Jahrzehnten gerade in der EU wesentliche Fortschritte bei der Einführung wettbewerblicher Strukturen im Telekommunikationssektor erzielt werden konnten. Daher sollte im Prinzip die Finanzierung der notwendigen Netze den Telekommunikationsunternehmen überlassen werden.
14. Die Frage ist jedoch, welche Finanzierungsmöglichkeiten den Telekommunikationsunternehmen zugestanden werden sollten. Ihnen sollte grundsätzlich erlaubt werden, über die Zugangsdienste hinaus weitere Internet-Dienste (insbes. E-Mail-, Hosting- und Inhaltsdienste) anzubieten, um auch selbst von den neuen Geschäftsmodellen profitieren zu können, die ihre Netze erst ermöglichen. Schon hieran schließt sich aber die Frage an, ob diesen Unternehmen dann auch erlaubt werden sollte, eigene Dienste im Hinblick auf die Übertragungsgeschwindigkeiten zu bevorzugen. Vor allem geht es aber um die Frage, ob man den Telekommunikationsunternehmen erlauben sollte, bei den anderen Diensteanbietern Zusatzentgelte für höhere Übertragungsgeschwindigkeiten zu

erheben. Dies entspräche durchaus dem ökonomischen Argument, bei der Preisfestsetzung für die Nutzung der knappen Übertragungskapazitäten nach der Zahlungsbereitschaft des Kunden zu differenzieren. Gegen dieses ökonomische Kalkül spricht jedoch die Sicherung der Informationsfreiheit im Internet und die daran anschließende Forderung nach Nichtdiskriminierung im Hinblick auf die transportierten Inhalte im Internet (Prinzip der Netzneutralität). Eine wettbewerbspolitische Analyse ergibt jedoch, dass das Prinzip der Netzneutralität sich eher rechtfertigen lässt, wenn die Konzentration auf dem Markt für Zugangsdienste sehr hoch ist und mithin der Access Provider nicht durch Wettbewerbsdruck ausreichend Rücksicht nehmen wird auf die Informationsinteressen des Internetnutzers. Schließlich kann das Prinzip der Netzneutralität auch verhindern, dass sich die Marktpositionen der finanzstarken Unternehmen der Internetwirtschaft noch weiter verstärken.

15. Was den Ausbau des mobilen Internet anlangt, ist die Problematik des Zugangs zu den standardessenziellen Patenten in Bezug auf die 4. Generation des Mobilfunkstandards von großer Bedeutung. Hierzu liegt dem EuGH gerade eine Vorlage des LG Düsseldorf vor, in der es darum geht, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen solche Patente nach kartellrechtlichen Grundsätzen nutzen darf, nachdem der Patentinhaber eine Lizenzierung zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden (FRAND)-Bedingungen abgelehnt hat. Wird hier dem Patentinhaber zu starker Schutz gewährt, kann dies den Ausbau der Netze erheblich verteuern und verzögern. Da es sich hierbei um internationale technologische Standards handelt, geht es letztlich um ein globales Regulierungsproblem, das aber nur mit den Mitteln des nationalen patent- und kartellrechtlichen Regeln gelöst werden kann. Der konkret vom LG Düsseldorf zu entscheidende Rechtsstreit zwischen zwei chinesischen und zudem staatsnahen Unternehmen, die heute zu den fünf weltweit wichtigsten Telekommunikationsausrüstern der Welt gehören, unterstreicht zudem, dass die Nutzung des mobilen Internet letztlich nur eine kostengünstige Alternative zum Breitband darstellen kann, wenn auf der Ebene des internationalen Rechts angemessen auf zentrale datenschutzrechtliche und sogar sicherheitspolitische Bedenken reagiert wird.
16. Was die Kontrolle der neuen marktbeherrschender Unternehmen im Internet anlangt, kommt es darauf an, jenseits der Politisierung vor allem Erfahrung im Hinblick auf die korrekte Anwendung des Kartellrechts zu sammeln. Dabei stehen die Wettbewerbsbehörden unter dem Druck, in den hochdynamischen Internetmärkten schnelle Ergebnisse durch Vergleiche und Verpflichtungszusagen zu erzielen, was aber mangels abschließender, gerichtlich zu kontrollierender Entscheidungen aber dem Interesse an Rechtssicherheit zuwiderläuft. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbspolitik mit dem herkömmlichen Instrumentarium gut in der Lage sein sollte, Fälle in Bezug auf die neuen Internet-Märkte angemessen zu lösen. Dabei ist vor allem Big Data als Grundlage von indirekten Netzwerkeffekten und damit von Marktmacht zur Kenntnis zu nehmen. Die indirekten Netzwerkeffekte führen jedoch nicht dazu, dass die Marktpositionen der Betreiber von Internetplattformen und Suchmaschinen unangreifbar werden. Wenn solche Unternehmen die Interessen der Nutzer, auch im Hinblick auf angemessenen Datenschutz, nicht ausreichend

berücksichtigen, kann dies dazu führen, dass sie zu Wettbewerbern abwandern. Das Kartellrecht hat jedoch eine wesentliche Aufgabe zu übernehmen beim Schutz gegen Praktiken, die auf den Ausschluss von Wettbewerbern gerichtet sind.

17. Schließlich bahnt sich im Zuge des Projekts des „Digitalen Binnenmarktes“ ein Paradigmenwechsel in der europäischen Rechtsangleichungspolitik an. Verfolgt wird das Ziel, dass man innerhalb der EU von allen Orten aus in gleicher Weise auf legale Inhalte im Internet Zugriff nehmen kann. Dies erfordert es, dass in den verschiedenen Regelungsbereichen wie Daten- und Verbraucherschutz sowie Urheberrecht die oftmals nur teilweise oder punktuelle Rechtsangleichung durch Rechtsvereinheitlichung ersetzt wird. Damit liegt es in der Logik der politischen Zielbestimmung, die bisherigen Richtlinien durch Verordnungen zu ersetzen. Im Bereich des Datenschutzes und des Verbrauchervertragsrechts hat die Kommission mit entsprechenden Vorschlägen schon vor einigen Jahren erste Schritte in diese Richtung unternommen. Ob dies auch im Bereich des Urheberrechts, nämlich durch Einführung eines einheitlichen Unionsurheberrechts gelingen kann, bleibt noch abzuwarten. Jedenfalls wird es für das Urheberrecht in den kommenden Jahren ganz entscheidend darauf ankommen, die in der InfoSoc-Richtlinie nur ansatzweise harmonisierten Schutzschranken EU-weit einheitlich zu regeln und durchzusetzen.
18. Das europäische Projekt des einheitlichen europäischen Binnenmarktes wirft natürlich die Frage auf, ob angesichts des globalen Charakters des Internet nicht auch das internationale Recht mit weiterer Rechtsvereinheitlichung nachziehen muss. Was vor allem den Datenschutz anlangt, erscheint eine Verständigung auf einheitliche Maßstäbe, vor allem mit den USA, nahezu unausweichlich. Aber auch im Bereich des Urheberrechts muss die Entwicklung weitergehen. Zu fordern ist deshalb eine Fortentwicklung des internationalen Urheberrechts weg von einer bloßen Festlegung von Mindestschutzstandards hin zu verbindlichen Schutzschranken. Das Marrakesch-Abkommen aus dem Jahre 2013 in Bezug auf den Zugang von Sehbehinderten zu veröffentlichten Werken deutet an, dass eine solche Entwicklung nicht vollkommen unrealistisch erscheinen muss. Als weiteres, besonders dringliches internationales Problem ist die Haftung von Intermediären für Urheberrechtsverstöße zu nennen. Um zu verhindern, dass die weltweit strengste nationale Regelung über die Zulässigkeit von Geschäftsmodellen von Intermediären bestimmt, ist für diese Haftung über eine Reform des Kollisionsrechts und eine Abkehr von der Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip nachzudenken.

IV. Zusammenfassung

19. Die Analyse zeigt insgesamt, dass die dynamische Entwicklung des Internet das Recht auf allen Ebenen, nicht zuletzt aber auf der europäischen und internationalen Ebene, immer wieder vor neue Herausforderungen stellt. Dabei stellt sich als zentrale Frage jene nach den Zielen der Regulierung. Diese können nicht rein ökonomisch (ordnungspolitisch) formuliert werden. Vielmehr sind Ziele unterschiedlichster Art in Bezug auf die aktuellen Herausforderungen miteinander verwoben. Vor allem die

demokratiepolitische Forderung auf freien und diskriminierungsfreien Zugang zu allen legalen Inhalten im Internet tritt sowohl in den USA als auch Europa in Konkurrenz zur ökonomischen Regulierungslogik und führt angesichts explodierender Datenmengen an die Grenzen des technologisch Leistbaren. Schließlich weisen alle aktuellen technologischen Herausforderungen eine enge Verbindung zum Thema des Datenschutzes auf. Ist nicht dauerhaft ausreichender internationaler Datenschutz zu erreichen, kann darunter die Akzeptanz des Internet insgesamt und damit seine Funktionsfähigkeit und zukünftige Entwicklung der digitalisierten Wirtschaft leiden.

20. Während in den vergangenen Jahren vor allem die amerikanischen Unternehmen, die neue Geschäftsmodelle für das Internet entwickelt haben, die Diskussion bestimmt haben und deren Verhalten durchaus Misstrauen erweckt hat, dürfte in der Zukunft die Explosion der Datenmengen im Internet die global agierenden Unternehmen des Telekommunikationssektors stärker in den Fokus bringen. Dass diese auch aus China kommen, verstärkt nicht nur die datenschutzrechtlichen, sondern sogar die sicherheitspolitischen Bedenken.