

## **Thesen**

*zum Referat von Prof. Dr. Josef Drexl, München*

1. Das Internet ist kein neues Phänomen. Die Frage nach der Regulierung des Internet beschäftigt das Recht seit gut 20 Jahren.
2. Von Anfang an bestand ein Zielkonflikt zwischen der Förderung der neuen Wirtschafts- und Informationsfreiheiten und der Durchsetzung berechtigter Schutzanliegen.
3. Die schon in den Anfangsjahren des Internet geschaffenen Regelungen haben sich als erstaunlich beständig erwiesen. Das Recht steht jedoch vor neuen technologischen und wirtschaftlichen Herausforderungen, die Anlass zu einem Überdenken bestehender und zum Nachdenken über neue Regelungen geben.
4. Die Grundlage auch für das grenzüberschreitende Wirtschaften im Internet bildet auf globaler Ebene das WTO-Recht, das allerdings die besonderen Herausforderungen des Internet noch nicht berücksichtigen konnte.
5. Völkerrechtliche Verpflichtungen, die spezifisch auf Problemlagen des Internet reagieren, wurden vor allem im Bereich des Urheberrechts schon sehr früh geschaffen. Diese Regeln wirken über das Richtlinienrecht der EU auch auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten ein. Vor allem im Urheberrecht stellt sich im Lichte der Digitalisierung von Werken und veränderten Nutzungsmöglichkeiten immer wieder die Notwendigkeit, tradierte rechtliche Regelungen und die darin zum Ausdruck kommende Interessenabwägung im Lichte der neuen Herausforderungen grundsätzlich neu zu überprüfen.
6. Herausforderungen stellen sich durch das Internet auch für das Markenrecht. International geht es dabei vor allem darum, Unternehmen die Benutzung ihrer etablierten Bezeichnungen auch im Internet zu ermöglichen, ohne sie einem zu großen Risiko auszusetzen, Rechte in anderen Staaten zu verletzen. Der Lösung dieses Problems dient eine Empfehlung der WIPO, die auch Berücksichtigung in der Praxis einzelstaatlicher Gerichte findet.
7. Im Bereich des Immaterialgüterrechts liegt das wohl größte Problem in der Durchsetzung des Rechtsschutzes gegen Verletzungen im Internet. Gleichzeitig besteht in diesem Bereich die besondere Gefahr, dass entwickelte Staaten internationale Vereinbarungen treffen, die nicht ausreichend auf die Grund- und Verfahrensrechte vermeintlicher Verletzer Rücksicht nehmen. Mit der Ablehnung der Ratifikation des Anti-Counterfeiting Trade Agreements (ACTA) durch das Europäische Parlament wurde der europäischen Diplomatie die Grenze des Akzeptablen deutlich aufgezeigt.
8. Außerhalb des Immaterialgüterrechts finden sich kaum internationale Vereinbarungen, die spezifisch auf die Internet-Problematik reagieren. Eine Ausnahme bildet insoweit das UN-Abkommen über die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel bei internationalen Verträgen aus dem Jahre 2005, dem allerdings bislang nur 6 Staaten beigetreten sind.
9. Zu einer faktischen Rechtsangleichung auf internationaler Ebene im Hinblick auf Internet-Vertragsschlüsse hat jedoch das UNCITRAL-Modelgesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr aus dem Jahre 1996 geführt. Eine ähnliche Wirkung geht von

den OECD Guidelines über den Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr aus dem Jahre 1999 aus.

10. Darüber hinaus kommt auf internationaler Ebene auch der Selbstregulierung der Wirtschaft Bedeutung zu. Hier sind vor allem die zentrale Vergabe von generischen Domain-Namen über ICANN sowie das daran anknüpfende internationale Streit-schlichtungsverfahren zu erwähnen, welches sich in den letzten Jahren sehr bewährt hat. Das Beispiel zeigt jedoch auch, dass eine entsprechende Selbstregulierung im Bereich deliktischen Handelns nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen greifen kann.

11. Dringend notwendig sind Mechanismen der Streitschlichtung und erleichterter Gerichtsverfahren auch bei grenzüberschreitenden Verbraucherstreitigkeiten. Hier hat die EU mit der Verabschiedung der ADR-Richtlinie sowie der ODR-Verordnung im Jahre 2013 wichtige Schritte in Richtung auf die Einführung einer Online-Beilegung von Streitigkeiten bei Online-Verträgen von Verbrauchern unternommen. Eine Erleichterung für die Rechtsdurchsetzung bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten über Verbraucherstreitigkeiten hinaus bewirkt die europäische Small-Claims-Verordnung.

12. Die meisten Rechtsfragen im Internet sind weiterhin über die Regeln des nationalen Rechts zu lösen. Deshalb kommt dem Kollisionsrecht in Bezug auf Internet-Streitigkeiten besondere Bedeutung zu. Zum Teil mussten bestehende Kollisionsregeln (Bsp.: Verbraucherverträge) auch an die Besonderheiten des Internet angepasst werden.

13. Zu besonderen Herausforderungen führt das Internet auch bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit. Diesbezüglich hat der EuGH bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten im Internet die Möglichkeit für den Betroffenen eröffnet, seinen weltweiten Schaden nach den Regeln über den besonderen Gerichtsstand am Ort der schädigenden Handlung auch im eigenen Heimatstaat einzuklagen. Bei Verletzungen des Immaterialgüterrechts im Internet kann dagegen der Verletzte in seinem Heimatstaat weiterhin nur denjenigen Schaden einklagen, der in diesem Staate durch die Verletzung des dortigen Immaterialgüterrechts entstanden ist.

14. Nutzungshandlungen im Internet in Bezug vor allem auf das Urheberrecht können das Recht in sehr vielen Staaten verletzen. Entsprechend können Gerichte vor die Herausforderung gestellt sein, eine Verletzung parallel nach den nationalen Bestimmungen einer großen Anzahl von Staaten zu prüfen (sog. Mosaikbetrachtung). Daher wird von wissenschaftlicher Seite mittlerweile vorgeschlagen, bei ubiquitären Verletzungen von Immaterialgüterrechten im Internet von der Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip zugunsten der Anwendung des Rechts des Staates der engsten Verbindung abzuweichen.

15. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer großen Anzahl von Rechtsordnungen ergibt sich auch in Bezug auf die Lizenzierung von Urheberrechten, um letztlich eine weltweite Nutzung von Werken im Internet, z.B. durch Internet-Radiostationen, zu ermöglichen. Da die Rechte bei nationalen Verwertungsgesellschaften liegen, muss die wünschenswerte Mehrstaatenlizenzierung über diese organisiert werden. Mittlerweile hat hierzu auch der europäische Gesetzgeber eine Rahmenordnung als Teil der Richtlinie 2014/26 über die kollektive Rechtswahrnehmung erlassen, die sich allerdings erst noch bewähren muss.

16. Auf der europäischen Ebene soll der Zielkonflikt zwischen der Sicherung der neuen Wirtschafts- und Informationsfreiheiten und der Durchsetzung berechtigter Schutzinteressen in der E-Commerce-Richtlinie aus dem Jahre 2000 gelöst werden. Diese Richtlinie liberalisiert den grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr über die Einführung des Herkunftslandprinzips, nimmt aber hiervon gleichzeitig wichtige Regelungsbereiche aus, die allenfalls einer Rechtsangleichung über europäisches Richtlinienrecht unterliegen. Insoweit kommt grundsätzlich weiterhin das nationale Recht des Abrufstaates zur Anwendung. Der Ermöglichung von Geschäftsmodellen im Internet dient schließlich die Privilegierung der Haftung bestimmter Provider nach den Regeln der E-Commerce-Richtlinie.

17. Die EU fördert schließlich die Internetwirtschaft auch über die sog. Public Sector Information (PSI)-Richtlinie, die mittlerweile die Mitgliedstaaten verpflichtet, Daten des öffentlichen Sektors an private Unternehmen zur Weiterverwendung im Rahmen von Mehrwertinformationsdiensten zu lizenzieren.

18. Im Urheberrecht hat die sog. InfoSoc-Richtlinie zu keiner ausreichenden Rechtsangleichung für das Internet geführt. Vor allem das Fehlen einer vollständigen Harmonisierung der Schutzschranken bewirkt weiterhin Probleme im grenzüberschreitenden Bereich.

19. Unbefriedigend ist schließlich die Rechtsangleichung im Bereich des Datenschutzrechts. Die neuen Unternehmen der Internet-Wirtschaft, die ihre Geschäftsmodelle entscheidend auf die Preisgabe personenbezogener Daten der Nutzer aufbauen, unterliegen den Regelungen der Datenschutzrichtlinie aus dem Jahre 1995, die auf solche Geschäftsmodelle noch gar nicht reagieren konnte.

20. Insgesamt leiden viele der europäischen Regelungen zum europäischen Geschäftsverkehr unter dem Manko, dass ein Phänomen von grundsätzlich globaler Dimension allein aus der Perspektive des Binnenmarktes geregelt wird. Dabei ist es durchaus legitim, dass Unternehmen aus Drittstaaten (z.B. aus den USA) den rechtlichen Anforderungen in der EU (z.B. des Datenschutzrechts) unterworfen werden. Der eurozentrische Ansatz greift aber dort zu kurz, wo europäische Unternehmen wie im Falle der Mehrstaatenlizenzierung von Urheberrechten auf global greifende und kompatible Lösungen angewiesen wären.

21. Als besondere Herausforderung für die grenzüberschreitende Liberalisierung im Internet erweist sich das Phänomen, dass die Digitaltechnik mittlerweile Unternehmen gestattet, das Internet mit den Mitteln des Geoblocking zu renationalisieren. Nicht jedes Geoblocking ist jedoch illegitim. Geoblocking kann vor allem auch dabei helfen, Unterlassungsverfügungen in Bezug auf das Internet auf das Gebiet jener Staaten zu beschränken, deren Recht verletzt wurde.

22. Das Internet führt zu einem Paradigmenwechsel von der Industriegesellschaft zur Informationsgesellschaft. Mit der weiteren technologischen Entwicklung verändert sich aber auch ständig die Nutzung des Internet mit Auswirkungen auf die Informationsgesellschaft. Während das Internet zunächst nur als private und geschäftliche Kommunikationsplattform zwischen Personen benutzt wurde und schließlich auch als Kanal zum Absatz von digitalen Produkten zum Einsatz kam, wird es sich demnächst auch zu einem „Internet der Dinge“ entwickeln.

23. Angesichts der damit zu erwartenden Explosion der Datenmengen kommt es vor allem darauf an, flächendeckend einen möglichst leistungsstarken 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 jeweils aktuellsten Generationen der Mobilfunktechnologie erfordert jedoch erhebliche Investitionen.

24. Hand in Hand mit der ständigen Verfügbarkeit des Internet über mobile Geräte geht die Forderung nach unbeschränktem Zugang zu allen im Internet verfügbaren legalen Inhalten. Dem entspricht das Prinzip der Netzneutralität, das einen diskriminierungsfreien Datentransport für alle Inhalte zur Sicherung der Informationsfreiheit im Internet gewährleisten soll. Das Prinzip der Netzneutralität würde es den Netzbetreibern verbieten, von Anbietern von Internetdiensten Zusatzentgelte für höhere Übertragungsgeschwindigkeiten zu verlangen. So tritt das Prinzip der Netzneutralität in Konflikt zum Interesse an einem schnellen Ausbau der Breitbandnetze.

25. 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 dem 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.

26. Das „Internet der Dinge“ wird zu einer umfassenden Vernetzung „intelligenter Produkte“ des Alltagslebens führen. In der Folge wird es viele neue Geschäftsmodelle hervorbringen, die im Einzelnen noch nicht absehbar sind. Das Internet der Dinge wird auch die Telekommunikationsinfrastruktur für das führerlose Auto (autonomes Fahren) bilden.

27. Neue Geschäftsmodelle im Internet wie der Betrieb von Suchmaschinen, Auktionsplattformen oder sozialen Netzwerken haben international operierende Unternehmen von besonderer Größe, Finanzkraft und Marktstärke zur Entstehung gebracht. Viele dieser Geschäftsmodelle beruhen auf der Nutzung der personenbezogenen Daten, die Nutzer dem Diensteanbieter im Rahmen der Nutzung verschaffen. Die Finanzierung erfolgt meist, wie auch im Falle des Betriebs der Google-Suchmaschine, über Werbeeinnahmen. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte sorgen dafür, dass in den neuen Märkten jener Wettbewerber im Wettbewerb überlegen ist, der die größte Aufmerksamkeit von Nutzern auf sich zieht. Entsprechend tragen die neuen Märkte der Internetwirtschaft die Tendenz zur Konzentration in sich.

28. Die aktuellen Regulierungsfragen können nicht ausschließlich nach wirtschaftlichen Kriterien entschieden werden. Vielmehr bestehen Konflikte mit anderen Zielen, wie der Sicherung der Informationsfreiheit und des Datenschutzes im Internet oder der Vermeidung sicherheitspolitischer Gefahren. Bei der Frage der Rechtfertigung re-

gulatorischer Maßnahmen sollte aber immer zuerst eine ökonomische Analyse vorgenommen werden. Dabei kann es sich ergeben, dass die ökonomische Beurteilung nicht im Widerspruch zu den anderen Zielen steht und so möglicherweise eine weitere Güterabwägung gar nicht mehr erforderlich ist.

29. Bei der Auswahl der konkreten Regulierungsmaßnahmen sind solche unterschiedlicher Eingriffsintensität zu unterscheiden. Unbedenklich sind auf einer ersten Stufe Maßnahmen, die Grundlagen für das wirtschaftliche Handeln im Internet gewährleisten. Auf der zweiten Stufe finden sich ordnungspolitische Maßnahmen, die auf Marktversagen im Internet reagieren. Hierzu gehören auch Maßnahmen, die den Wettbewerb im Internet sichern sollen. Erst dort, wo die rein ökonomische Beurteilung keine Eingriffe rechtfertigt, stellt sich die Frage, ob nach Abwägung mit anderen Politikzielen ein Eingriff legitimiert werden kann.

30. Eine zentrale Herausforderung für die Regulierung des Internet betrifft die Frage nach der Festschreibung des Prinzips der Netzneutralität. Die ökonomische Analyse scheint zunächst gegen dieses Prinzip und für eine Steuerung der Datenübertragung im Internet über den Preismechanismus des Marktes zu sprechen. Jedoch gibt es auch ordnungspolitische Gesichtspunkte, die das Prinzip der Netzneutralität stützen. Entgelte für schnelle Übertragungsraten würden zwar dazu führen, dass die mit dem Internet groß gewordenen und besonders vermögenden Unternehmen der Internet-Wirtschaft am Ausbau der leistungsfähigen Netze beteiligt würden, diese aber auch dauerhaft im Wettbewerb mit kleineren, weniger finanzstarken Wettbewerbern begünstigen. Außerdem erscheint das Verbot der Diskriminierung im Lichte einer dynamischen und evolutionsökonomischen Wettbewerbspolitik, die die Vielfalt der Angebote als besonderen Vorteil versteht, als sinnvoll. Hierfür spricht auch der Umstand, dass im Internet vor allem kulturell geprägte und urheberrechtlich geschützte Güter vertrieben werden. Das Prinzip der Netzneutralität würde hier einen gleichberechtigten Zugang aller Werke zum Internet-Vertrieb eröffnen und damit einen wichtigen Beitrag zur kulturellen Vielfalt im Internet leisten.

31. Was den Ausbau des mobilen Internet betrifft, ist die Problematik des Zugangs zu standardessenziellen Patenten von großer Bedeutung. Hierzu hat jüngst der EuGH im Huawei-Verfahren entschieden, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen solche Patente nach kartellrechtlichen Grundsätzen nutzen darf, nachdem der Patentinhaber seine Bereitschaft erklärt hat, zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden (FRAND)-Bedingungen zu lizenzieren. Wird den Patentinhabern zu starker Schutz gewährt, kann dies den Ausbau der Netze verteuern und verzögern. Da es sich um weltweite technologische Standards handelt, liegt letztlich ein globales Regulierungsproblem vor, das nur mit den Mitteln der nationalen patent- und kartellrechtlichen Regeln gelöst werden kann. Der konkret im Huawei-Verfahren zu entscheidende Rechtsstreit zwischen zwei chinesischen und zudem staatsnahen Unternehmen, die heute zu den fünf weltweit wichtigsten Telekommunikationsausrüstern der Welt gehören, zeigt überdies datenschutzrechtliche und sicherheitspolitische Bedenken auf, die über die kartellrechtliche Beurteilung hinausgehen.

32. Im Hinblick auf die wettbewerbliche Analyse der Geschäftsmodelle der Internet-Plattformen stellt sich die Frage, ob dabei auch dem Aspekt der Nutzung privater Daten besondere Beachtung zu schenken ist. Jedenfalls greift eine Analyse zu kurz, die ausschließlich den Werbemarkt als relevanten Markt mit dem Hinweis anerkennt,

dass nur auf diesem der Leistung des Internetunternehmens auch eine monetäre Gegenleistung gegenübersteht. Der Werbekunde ist gerade nicht an verbessertem Datenschutz des Nutzers auf der anderen Seite des Marktes interessiert. Entsprechend sollte berücksichtigt werden, dass der Nutzer mit der Preisgabe eigener Daten für die Leistungserbringung bezahlt. Wettbewerbspolitisch zu schützen wäre danach der Wettbewerb von Internetunternehmen mit besserem Datenschutz. Freilich ist festzustellen, dass besserer Datenschutz von den Internet-Plattformen gerade nicht als Wettbewerbsparameter eingesetzt wird. Dies führt zur Frage, ob die Nutzer überhaupt in der Lage sind, sich bei der Nutzung der Dienste solcher Plattformen in Bezug auf die Datenpreisgabe ökonomisch rational zu verhalten.

33. Marktmacht von Internetunternehmen kann auch durch das Anhäufen großer Datensätze (Big Data) entstehen. Hier ist noch weitgehend ungeklärt, welche Bedeutung Big Data in der wettbewerblichen Analyse zukommen soll. Naheliegender ist es insbesondere, die Akkumulation von großen Datensätzen in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen.

34. Schließlich bahnt sich im Zuge des Projekts des „Digitalen Binnenmarktes“ ein Paradigmenwechsel in der europäischen Rechtsangleichungspolitik an. Nach den Vorstellungen der Kommission soll gewährleistet werden, dass die europäischen Bürger innerhalb der EU von allen Orten aus in gleicher Weise und unter denselben Bedingungen auf dieselben Inhalte im Internet Zugriff nehmen können. Um dies zu erreichen, wird allein das Verbot von Roaming-Gebühren und des unberechtigten Geoblocking nicht genügen. Zu diskutieren ist auch, ob die bislang nur teilweise oder punktuelle Rechtsangleichung nicht durch stärkere Rechtsvereinheitlichung über Verordnungen ersetzt werden sollte. Im Bereich des Datenschutzes und des Verbrauchervertragsrechts hat die Kommission mit entsprechenden Vorschlägen schon vor einigen Jahren erste Schritte in diese Richtung unternommen. Ob ein ähnlicher Weg auch im Bereich des Urheberrechts eingeschlagen wird, nämlich über die Einführung eines einheitlichen Unionsurheberrechts, bleibt noch abzuwarten. Jedenfalls wird es für das Urheberrecht in den kommenden Jahren ganz entscheidend darauf ankommen, zumindest die in der InfoSoc-Richtlinie nur teilweise harmonisierten Schutzschranken EU-weit einheitlich zu regeln und durchzusetzen.

35. 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 einer weiteren Rechtsvereinheitlichung nachziehen muss. Was vor allem den Datenschutz anlangt, erscheint eine Verständigung auf einheitliche Maßstäbe, vor allem mit den USA, sehr notwendig und gleichzeitig denkbar schwierig. Aber auch im Bereich des Urheberrechts muss die Entwicklung weitergehen. Zu fordern ist 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 und bedeutsames internationales Problem ist die grenzüberschreitende Haftung von Intermediären für Urheberrechtsverstöße zu nennen. Um zu verhindern, dass sich die weltweit strengste nationale Regelung über die Zulässigkeit von Geschäftsmodellen von Intermediären durchsetzt, wäre über eine Reform des Kollisionsrechts und eine Abkehr von der Anknüpfung nach dem Schutzlandprinzip für diesen Fall nachzudenken.

36. Insgesamt zeigt sich, dass die dynamische Entwicklung des Internet das Recht auf allen Regelungsebenen immer wieder vor neue Herausforderungen stellt. Die Regulierung kann sich dabei nicht auf die Verfolgung rein ökonomischer (ordnungspolitischer) Ziele beschränken. Vielmehr sind Ziele unterschiedlichster Art in Bezug auf die aktuellen Herausforderungen miteinander verwoben. Vor allem die demokratiepolitische Forderung nach diskriminierungsfreiem 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 Machbaren. Schließlich weisen die meisten aktuellen Herausforderungen eine enge Verbindung zum Thema des Datenschutzes auf. Lässt sich nicht dauerhaft ausreichender internationaler Datenschutz erreichen, können darunter die Akzeptanz und Funktionsfähigkeit des Internet und schließlich die weitere Entwicklung der digitalisierten Wirtschaft leiden.