

HERBERT BURKERT¹

Internetrecht – Informationsrecht

Vom zwar Nützlichen aber eher Zufälligen zurück zum möglicherweise
Wesentlichen?

Inhaltsübersicht	Seite
I. Beobachtungen zum Internetrecht	693
1. Titel und Institutionen	693
2. Leistungen des Internetrechts	695
3. Fazit	699
II. Veränderungen im Recht zu Zeiten des Internet	699
1. Zeit	700
2. Ort	700
3. Die Handelnden	701
4. Die Handlungsformen	702
5. Bewegungen	704
6. Zusammenfassung	707
III. Informationsrecht	708
1. Allgemeine Überlegungen	708
2. Ein Beispiel	711
3. Weitere Themen	713
IV. Ausblick	713

I. Beobachtungen zum Internetrecht

1. Titel und Institutionen

Nicht ohne nostalgische Gefühle begegnet man gelegentlich wieder Veröffentlichungen wie «Das Bildschirmtext-Recht entwickelt sich»², und selbst fordernd umfassenden

¹ Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Fraunhofer Instituts für Medienkommunikation, St. Augustin, Deutschland; Privatdozent und Präsident der Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen.

² BILDSCHIRMTEXT-ANBIETER-VEREINIGUNG, Das Bildschirmtext-Recht entwickelt sich, Berlin/Offenbach 1985.

de Titel wie «Open EDI and Law in Europe»³, gerade fünf Jahre alt, wecken eher flüchtige Erinnerungen als aktuelles Lese- oder Wiederleseinteresse. Neuere Eingänge – nationale wie internationale – tragen jetzt Titel wie «Internetrecht»⁴, «Internet e diritto»⁵, «Diritto de la Rete»⁶, «Nätets Juridik»⁷, «Cyberdroit»⁸, «Cyberlaw»⁹. Die Beschäftigung mit dem Internetrecht¹⁰ ist in der Tat international, wenn sich auch im deutschsprachigen Raum Internationalität gelegentlich auf die Rezeption US-amerikanischer Entwicklungen reduziert. Sieht man sich die einzelnen Veröffentlichungen näher an, so firmieren unter «Internetrecht» zunächst und vor allem Rechtsfragen zu kommerziellen Transaktionen (E-Commerce-Recht) – entsprechend der wichtigsten Zielgruppe solcher Veröffentlichungen. Umfassendere Angebote beziehen Datenschutz- und Datensicherheitsfragen, Probleme von «eGovernment» und «eDemocracy» mit ein. Für den deutschsprachigen Bereich zumindest wird damit eine Tradition der Auseinandersetzungen mit Fragen aus der Schnittmenge Informations- und Kommunikationstechnologie, Politik, Wirtschaft, Gesellschaft und Recht dem neuen Trägermedium entsprechend fortgesetzt, die mit der rechtlichen und rechtspolitischen Diskussion zu Zeiten der Datenverarbeitung durch Grossrechner begann¹¹, und zwischenzeitig als «Computer-Recht», «Informatikrecht» oder als ein Teilbereich der Rechtsinformatik nach Anerkennung suchte.

Internetrecht-Publikationen sind natürlich selbst ein industrielles Informationsprodukt (aus Sicht der grossen professionellen juristischen Informationsproduzenten-

³ ANDRES MITRAKAS, *Open EDI and Law in Europe*, The Hague 1997.

⁴ Z.B.: FRITJOF BÖRNER/STEPHAN HEITMANN/MARKUS SENGPIEL/GÜNTHER STRUNK/YORK ZÖLLKAU: *Der Internet-Rechtsberater*. 2. Aufl., Köln 2002; GERHARD HOHLOCH (Hrsg.), *Recht und Internet*, Baden-Baden 2001; THOMAS HOEREN, *Grundzüge des Internetrechts. E-commerce, Domains, Urheberrecht*, München 2000; CHRISTOPH SPAHR, *Internet und Recht*, 2. Aufl. Zürich 2000; DETLEF KRÖGER/MARC A. GIMMY (Hrsg.), *Handbuch zum Internetrecht*, Berlin/Heidelberg 2000; MARKUS KÖHLER/HANS-WOLFGANG ARNDT, *Recht des Internet, Eine Einführung*, Karlsruhe 1999; TOBIAS H. STRÖMER, *Online-recht, Rechtsfragen im Internet und in Mailboxen*. Heidelberg 1997.

⁵ ORSOLA TORRANI/SARA PARISE, *Internet e diritto*, 2. edizione, Milano 1998.

⁶ ANDREA SIROTTI GAUDENZI (ed.), *Tratto breve di diritto della rete – Le regole de Internet*, Rimini 2001.

⁷ ARI KOIVUMAA (ed.), *Nätets juridik*, Stockolm 2000.

⁸ CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit*, 3^e éd., Paris 2002.

⁹ GERALD R. FERRERA/STEPHEN D. LICHTENSTEIN/MARGO E.K. REDER/RAY AUGUST/WILLIAM T.SCHIANO, *Cyberlaw*, Cincinnati 2001.

¹⁰ Das Internet ist ein Netzwerk von Netzwerken, die durch eine gemeinsame Architektur und durch gemeinsame Protokolle den Eindruck erwecken, sie würden ein einheitliches Netzwerk bilden (COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BOARD, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Internet's Coming of Age*, Washington 2001, 29 f.) Internetrecht hat allerdings zur Hauptsache die auf diesen Netzen angebotenen Dienste (etwa das «World Wide Web») zum Gegenstand seiner Betrachtung.

¹¹ WILHELM STEINMÜLLER/ARBEITSGRUPPE RECHTSINFORMATIK an d. Univ. Regensburg, *EDV und Recht: Einführung in die Rechtsinformatik*, Berlin 1970.

ten und -vermittler) oder zumindest Produkte universitärer Manufakturen. Publikationen zu Internetrecht sind eingebettet in eigene Markt- und Wettbewerbsstrukturen, bei denen die «Besetzung» von Themen Teil von Marktstrategien ist. Darüber hinaus ist Wissen über Internet-Recht eine wichtige Umgebungskomponente für die Ansiedlung von Dienstleistern geworden; das findet politische Unterstützung und fördert institutionelle medienspezifische Neugründungen: das letzte (und beindruckende) Beispiel ist das Oxford Internet Institute¹².

2. Leistungen des Internetrechts

a) Umfang

Das Internetrecht hat es damit leichter als seine Vorgänger, denn die Infrastrukturleistung von Recht wurde sehr schnell erkannt. Zwar wurde Recht – auf EU-europäischer Ebene zu Anfang noch – in der euphorischen «Bangemann-Phase» der Kommission – eher unter dem Aspekt «Beseitigung rechtlicher Schranken» eingeführt; sehr schnell aber wurde deutlich, wie zuvor schon als man sich endlich zu einer Richtlinie zum Datenschutz durchgerungen hatte, dass Recht als Generator und Erhalter von Vertrauen unabdingbar war, vor allem auch um die die wirtschaftliche Entwicklung gefährdenden Schwellenängste bei der Nutzung der neuen Medienform abzubauen. Das erklärt auch die relativ kurzen Reaktionszeiten in der Gesetzgebung. Um wiederum ein EU-europäisches Beispiel zu nennen: Die Menge der Regulierungen und die Regulierungsgeschwindigkeit bei internet-bezogenen Sachverhalten ist beeindruckend¹³: 1995 Richtlinie 95/46/EG («Datenschutzrichtlinie»)¹⁴, 1996 Richtlinie 96/9/EG (Datenbankrichtlinie)¹⁵, 1997 Richtlinie 97/7/EG («Fernabsatzrichtlinie»)¹⁶ und Richtlinie 97/66/EG («Telekommunikationsdatenschutzrichtlinie»)¹⁷, 1998 Richtlinie 98/6/EG («Preisangaben-Richtlinie»)¹⁸, Richtlinie 98/27/EG («Unterlassungsklagen»)¹⁹ und Richtlinie 98/34/EG («Informationsrichtlinie»)²⁰ und Richtli-

¹² <http://www.oii.ox.ac.uk/>– 15.3.2002.

¹³ Die Übersicht beruht auf: ANDREAS ZWIPP, Die europäische Rechtsetzung zum E-Commerce; Verbraucherschutz contra E-Commerce-Förderung, in: EUROPÄISCHE ANWALTSVEREINIGUNG E.V. (Hrsg.), Rechtsprobleme des E-Commerce, Köln/Zürich 2001, 121–170, 121 f.

¹⁴ ABl. L 281/31 vom 23.11.1995.

¹⁵ ABl. L 77/20 vom 27.3.1996.

¹⁶ ABl. L 144/19 vom 4.6.1997.

¹⁷ ABl. L 24/1 vom 30.1.1998.

¹⁸ ABl. L 80/27 vom 18.3.1998.

¹⁹ ABl. L 166/51 vom 11.6.1998.

²⁰ ABl. L 204/37 vom 21.7.1998.

nie 98/84/EG («Zugangskontrollrichtlinie»)²¹, 1999 Richtlinie 99/44/EG («Verbrauchsgüterkauf»)²² und Richtlinie 99/93/EG («Signaturrichtlinie»)²³, 2000 Richtlinie 2000/31/EG («E-commerce-Richtlinie»)²⁴ und schliesslich 2001 Richtlinie 2001/29/EG («Urheberrecht Informationsgesellschaft»)²⁵ und Richtlinie 2001/95/EG («Produktsicherheit»)²⁶.

Nun kann man durchaus geteilter Meinung darüber sein, ob etwa die letztgenannte und einige der anderen genannten Richtlinien sinnvoll dem Komplex «Internet-Recht» zugerechnet werden können. Die grosse Anzahl an Verbraucherschutzinitiativen der Europäischen Union ist sicher nicht allein mit der Entwicklung des Internet zu begründen; mitursächlich sind auch allgemeine Legitimationsprobleme der EU, die hier abgearbeitet werden. Dennoch: Das Vertrauen des Verbrauchers ist eine entscheidende Bedingung bei der Bewältigung von Medienübergängen²⁷. Und welche der beobachteten Veränderungen im Recht nun auf das Internet oder allenfalls im zeitlichen Zusammenhang mit der Entwicklung zum Internet auftreten, wird uns noch beschäftigen.

b) Regelungen

Blickt man nun auf die Regelungen selbst, so stellt sich eine gewisse Ernüchterung ein. Der Inhalt ist geprägt von den bekannten Reaktionsmustern des Gesetzgebers auf (informations)technologische Veränderung, sei es auf nationaler, sei es auf der Ebene EU-europäischer Regelungspolitik²⁸: Der Gesetzgeber hält sich zunächst zumeist zurück und überlässt den Gerichten, mit bewährten Methodiken Ähnlichkeiten mit Vorangegangenen festzustellen. Dabei folgt die Verfahrensweisen immer gleichen Mustern: Dem Versuch des Verstehens technischer Zusammenhänge und dem

²¹ ABl. L 320/54 vom 28.11.1998.

²² ABl. L 171/12 vom 7.7.1999.

²³ ABl. L 93/13 vom 19.1.2000.

²⁴ ABl. L 178/1 vom 17.7.2000.

²⁵ ABl. L 167/10 vom 22.6.2001 (mit Berichtigung in ABl. L6/71 vom 10.1.2002).

²⁶ ABl. L 11/4 vom 15.1.2002.

²⁷ Z.B.: PIERANGELO MASET, Vertrauen in die virtuelle Realität? Zur Veränderung lebensweltlicher Kommunikation durch die neue Technologien, in: Martin K. W. Schweer, (Hrsg.): Der Einfluss der Medien. Vertrauen und soziale Verantwortung, Opladen 2001, 145 ff.; HEINER FUHRMANN, Vertrauen im Electronic Commerce, Baden-Baden 2001, 69 ff.; HERBERT BURKERT, Electronic Trust and the Role of Law. A European Perspective, in: KLAUS BRUNNSTEIN, ERICH RAUBOLD (Hrsg.), 13th World Computer Congress 1994, Vol. 2, 239–247.

²⁸ Zu diesen Mustern ausführlicher: HERBERT BURKERT, Internet und Recht. Einige Beobachtungen zu einer schwierigen Beziehung, in: STEFAN KLEIN, CLAUDIA LOEBBECKE: Interdisziplinäre Managementforschung und -lehre. Norbert Szyperski zum 70. Geburtstag. Wiesbaden 2001, 199–218, 205 ff.

Blick auf rechtstatsächliche Anwendungszusammenhänge folgt die Subsumtion mit Hilfe des gängigen Methodenapparats philologischer, historischer, rechtssystematischer und teleologischer Auslegung²⁹. So geschaffene Entscheidungen bilden einen wesentlichen Bestandteil des Internetrechts, etwa den Bereich des Rechts der Domainnamen. Das Entscheidungsmaterial gibt dabei gelegentlich zugleich auch einen Einblick in die Probleme, die Gerichte mit dem Verstehen technischer Anwendungszusammenhänge und dem rechtstatsächlichen Erfassen von Nutzungsverhalten haben. Tendenzen der Subsumtion unter Bekanntes den Vorzug zu geben gegenüber dem Herausarbeiten des Neuen, Nicht-Ähnlichen, sind unverkennbar; sie haben dazu beigetragen, dem «Gesetz der Unterdrückung des radikalen Potentials eines Mediums»³⁰ auch gegenüber den medialen Formen des Internet zur Durchsetzung zu verhelfen.

Diese Form der ersten Behandlung von Neuem entspricht den Notwendigkeiten: Gerichte stehen unter Entscheidungszwang; die Legislative hat einen grösseren Erwägungsspielraum. Die Arbeitsteilung zwischen Judikative und Legislative kommt auch der Rechtspolitik zugute. Der immer auch politische Gesetzgeber entgeht damit dem Problem, durch Gesetzgebungsinitiativen in frühere Gesetzgebungen eingefrorene politische Kompromisse mit unvorhersehbaren Folgen verfrüht auftauen zu müssen. Auch kann die gewonnene Zeit gelegentlich zum besseren Verständnis des Problems genutzt oder mit der Hoffnung auf das Verschwinden des Problems ausgefüllt werden. Der Rechtssprechung aber vertraut man nicht ohne Risiko, vor allem in Zeiten des Übergangs. Gerichte können sich zu schnell zu einig werden; so können sich Verständniskonzepte sehr schnell verhärten, mit denen dann Rechtsanwender und auch der künftige Gesetzgeber ihre Schwierigkeiten haben werden, weil sie zu Wahrnehmungsfiltern geworden sind. Befriedigen die Antworten nicht, widersprechen sie sich zu häufig oder dauert es zu lange, interveniert der Gesetzgeber.

Besonders aktiv wird der Gesetzgeber im Bereich des Strafrechts: So muss schon aufgrund der normativen Rahmenbedingungen im Bereich des Strafrechts vor oder neben den Gerichten reagiert werden; der Interpretationsspielraum der Gerichte ist hier wesentlich geringer. Auch hat die Reaktion durch geändertes Strafrecht eine hohe Symbolwirkung für politische Handlungsfähigkeit, ohne dass zugleich – jedenfalls unmittelbar – Kosten anfallen.

Ansonsten sind die Antworten des Gesetzgebers zumeist eher paraphrasierend: Schon vorhandene Regelungen werden verdeutlichend interpretiert noch einmal neu

²⁹ Diese Art der Vorgehensweise ist keineswegs neu. Sie ist beinahe typisch für die juristische Aneignung neuer technischer Erscheinungen in der Informationstechnik – ein Beispiel unter vielen: HANS GIESECKE, Die juristischen Probleme des Bildfunks. Berlin/Leipzig 1932.

³⁰ Über diese Tendenzen BRIAN WINSTON, Misunderstanding Media, Cambridge Mass. 1986, 23 ff.

eingeführt, ohnehin sich abzeichnende Interpretationen durch die Gerichte und die sich als herrschend abzeichnende Meinung werden aufgenommen und klarstellend festgeschrieben. Gelegentlich konterkariert man aber auch die Gerichte; man sperrt sich gegen Interpretationen – etwa in der Frage der Providerhaftung.

Wann welcher Weg gewählt wird, wäre genauerer Betrachtung wert; als Arbeitshypothese liegt wie bei der beobachteten Betonung des Verbraucherschutzes nahe, dass die Zugangsprovider eben (noch?) gebraucht werden, um die technische Infrastruktur auch ihrer Nutzung zuzuführen. Allerdings werden auch Inhaltsprovider gebraucht und mit langfristigeren Zukunftsprognosen. Der nationale Gesetzgeber wird entscheiden müssen, ob er hier durch konterkarierende oder klarstellende Interpretation die weitere Entwicklung lenkt, denn auch der Art. 12 der E-Commerce-Richtlinie³¹ bleibt umsetzungs- und klarstellungsbedürftig³².

Seltener trifft man auf innovative Gesetzgebung. Bei den EU-Regelungen etwa scheint manches innovativ – ist aber eher Neukombination rechtsvergleichend gewonnener Elemente, um den Wiedererkennungswert bei nationalen Umsetzungen zu erhöhen. Die Veränderungen im Urheberrecht und angrenzender Gebiete müssen allerdings als innovativ bezeichnet werden: Hier erleben wir – je nach Interessenlage – Abkehr oder Fortentwicklung von Grundelementen und die Einführung (für diesen Bereich) neuer Schutzobjekte (etwa Investitionsschutz in der «Datenbankrichtlinie»³³ oder den Schutz technischer Verfahren in der neuesten der zahlreichen Urheberrechtsrichtlinien³⁴). Die Anerkennung technisch-organisatorischer Verfahren hingegen, die ohnehin zur eigenhändigen Unterschrift weitgehend äquifunktional sind, ist eher Interpretation, als Innovation. Und für den Hauptteil der Signaturrichtlinie³⁵ – die (doch eingeschränkte) Wettbewerbsfreiheit für Dienstleister in diesem Bereich – gilt das erst recht. Innovatives wird hier allerdings noch gefragt sein, wenn es um mittelfristige und langfristige Auswirkungen auf Wirtschaft, Staat und Gesellschaft gehen wird; die Rechtspolitik – so scheint es – löst die von ihr geschaffenen Probleme, erst wenn sie ihnen wiederbegegnet.

³¹ Siehe FN 24.

³² Zur umstrittenen Entscheidung des OLG München (Multimedia und Recht 2001, 375 ff.) insbesondere FABIAN SCHUSTER/ULF MÜLLER/STEFAN DREWES, Entwicklung des Internet- und Multimediarechts von April bis Dezember 2001, in: Multimedia und Recht 2002, Beilage, 1–44, 17 ff.

³³ Siehe FN 15.

³⁴ Siehe FN 25.

³⁵ Siehe FN 23.

3. Fazit

Nun ist Innovation für sich nicht unbedingt ein Wertmerkmal rechtlicher Regelungen, und auch in wessen Interesse Erneuerung vollzogen wird, darf gerade vor dem Hintergrund des Urheberrechtsbeispiels nicht unbeachtet bleiben. Als Fazit der Beobachtungen zum Internetrecht bleibt: Trotz des erheblichen rhetorischen Aufwandes – insbesondere auf Seiten des «EU-Gesetzgebers» sind einschneidende Veränderungen durch Internetrecht weitgehend ausgeblieben. Die Konflikte um die neuen Hoffnungsträger der Internetökonomie sind noch unentschieden. Kleinere Veränderungen gab es beim Verbraucherschutz – sie sind nicht allein dem Internet geschuldet. Erhebliche Veränderungen gab es allerdings im Urheberrecht und in den angrenzenden Bereichen. Die grosse rechtspolitische und gesellschaftspolitische Diskussion hierzu hat auf nationaler Ebene beginnt erst allmählich: EU-europäische Regelungsgegenstände haben immer noch die fatale Eigenschaft, ausserhalb hoch organisierter Interessenvertretungen erst dann in ihren Konsequenzen national angemessen diskutiert zu werden, wenn sie als Umsetzungsanweisung zurückkommen. Diese substantiellen Veränderungen des Rechts am geistigen Eigentum haben im übrigen längst vor dem Erscheinen des Internet begonnen. Und das ist ein Weiteres, das bei der Betrachtung des Rechtsgebiets «Internetrecht» Unbehagen zurücklässt: Wir beobachten – sagen wir es jetzt vorsichtiger – in zeitlicher Parallelität zur Entwicklung des Internet und des Internetrechts eine Reihe von Veränderungen im Recht. Wir sind unsicher: Welche dieser Veränderungserscheinungen ist wofür ursächlich? Wie unabhängig voneinander entwickeln sich Recht und Technologie? Beeinflussen sie einander, haben sie eine gemeinsame Ursache der Veränderung; wirken Ursachen getrennt? Wie es sich auch immer mit solchen Ursachenverknüpfungen verhalten mag, es verstärkt sich der Wunsch, in dieser sich um die Kommunikationsform Internet ansammelnden Menge von Teilproblemen etwas zu finden oder für diese Erscheinungen etwas zu schaffen, was sowohl der Menge des Rechtsmaterials zum Internet als auch jenen anderen Parallelveränderungen im Recht als Gefäss dienen könnte. Bevor jedoch einer solchen Aufgabe weiter nachgegangen wird, sollen einige dieser Veränderungen aufgezeigt werden

II. Veränderungen im Recht zu Zeiten des Internet

Diese Veränderungen zu Zeiten des Internet betreffen das Verhältnis des Rechts zur Zeit, zum Ort, zu den Handelnden, zu ihren Handlungen und zu den Bewegungen in der Form des Rechts, seinem Verständnis der Technologie, seiner Disziplinarität und seiner Symbolik.

1. Zeit

Recht ist sich der Zeit bewusst geworden. Schon zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens nennen mehr und mehr Regelungen mutig den Tag, an dem sie sich ihrer Überprüfung stellen wollen, als könnten sie es noch nicht fassen, schon jetzt in Kraft zu sein³⁶. Andere Regelungen scheinen sich für die Zeit zu entschuldigen, die sie für ihre Beachtung beanspruchen. Sie verweisen schon zu Anfang auf das ihnen aufgedruckte Verfallsdatum; sie sind bereit diesem Zeitpunkt zu verblässen, es sei denn, sie würden explizit verlängert. «Sunset clauses» lautet die englische Bezeichnung für letztgenannte Art von Regelungen, eine Bezeichnung, mit der immerhin diesen Regelungen noch – wenn auch vergehende – Leuchtkraft zugebilligt wird³⁷. Blickt man auf die Summe der Regelungen – etwa der Europäischen Union – in der Zeit, so fällt die wachsende Häufigkeit von Rechtsverabschiedungen in sich verkürzenden Abständen auf: Diesen Vorgang könnte man die wachsende Regulierungsgeschwindigkeit nennen³⁸.

2. Ort

Der Ort als Ort der Gerichtsbarkeit und der Ort, von dem das anzuwendende Recht zu übernehmen ist, ist und war dem Recht ein geläufiges Problem; nun erscheint der Ort zunehmend als Hindernis (im Konsumentenrecht), oder als unvorhersehbar auftauchend (im Lauterkeitsrecht oder im Strafrecht) wie eine Drohgestalt im Spiegelkabinett.

Ort bedeutet für das Recht aber auch den Ort, wo es selbst geformt wird: lokal, regional und national, international. Die Verschiebung zu «internationalen Orten» ist dabei geläufig; gleichzeitig gibt es aber für die Gestaltung aktueller Rechtsprobleme zu Kommunikationsnetzen etwa keinen einen festen Ort. Vor allem in der Europäischen Union, selbst ein Ort verschiedener Orte, wird dies spürbar, ist das Recht der Union doch selbst begrifflich nicht eindeutig verortbar: internationales, supranationales oder Recht eigener Art war eine ihrer Geburtsfragen. Die Kommission ist eine «Hüterin» von Verträgen vieler Orte (Rom, Maastricht, Amsterdam und Nizza) und ist in ständiger Auseinandersetzung mit den Mitgliedsstaaten, um zu erfahren, wo

³⁶ Z.B.: Art. 12 Abs. 1 der Signaturrechtlinie (FN 23).

³⁷ Mittlerweile gibt es bereits allgemeine gesetzliche Regelungen für den Umgang mit «sunset clauses». Z.B.: «Sun Set Law» – Substitute House Bill 2441 as amended by the Senate, State of Washington, 56th Legislature, 2000 Regular Session, Chapter 189, Laws of 2000.

³⁸ Die Datenschutzrichtlinie benötigte ca. 59 Monate vom Vorschlag der Kommission bis zur Verabschiedung; die «Signaturrechtlinie» benötigte dazu 14 Monate.

was wann geschieht³⁹. Es herrscht Standortwettbewerb: Internationale Organisationen und Gremien (WIPO G8, WTO, OECD, GBD) bieten sich an und verweisen auf ihren jeweiligen Rollenauftrag; sie sind aber zugleich stets bereit – je nach Nachfrager – auch noch mehr an Sachnähe, Praxiserfahrung, theoretischer Durchdringung, Durchsetzungskraft, Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit als Zusatzleistung kurzfristig nachzuliefern.

3. Die Handelnden

Am Recht sind viele beteiligt: diejenigen, die Gesetze machen, diejenigen, die darauf achten, welche Gesetze gemacht werden und manchmal auch darauf, dass Gesetze nicht gemacht werden, diejenigen, die Recht sprechen und diejenigen, die über Recht sprechen. Die Rollen bei der Einflussnahme scheinen fest verteilt. Zu Zeiten technologischer Veränderungen aber – und wieder nicht erst seit dem Internet – tauchen neue Gruppen auf. Man betrachtet sich misstrauischer in den Foren der Rechtspolitik: Wer wird gewinnen? Wer wird verlieren? Misstrauen fördert flexible Organisationen: Man trifft sich an verschiedenen Orten, man organisiert sich lokal, national, transnational, international, aber «flexibel», nur zu bestimmten Zwecken, unter Webseiten, die inaktiv geschaltet werden können, um aus der rechtspolitischen Aufmerksamkeit verschwinden zu können, wenn der Zweck erreicht ist. Diese Verbindungsformen – man zögert von Organisationsformen überhaupt noch zu sprechen – erfassen auch – um noch einen weiteren, schon seit längerem löslich werdenden Begriff zu gebrauchen – den «öffentlichen Sektor.» Neben der Zusammenarbeit in den klassischen Organisationen mit unterschiedlichen Konjunkturen treten auch hier zunehmend ad-hoc-Gruppierungen wechselnder, anlassbezogener Zusammensetzung.

Und zwischen all diesen bilden sich epistemische Gemeinschaften, die immer mehr an Bedeutung gewinnen, d.h. Gemeinschaften zumeist von Einzelpersonen mit vielleicht unterschiedlichen politischen Einstellungen, aber mit gemeinsamen professionellem Hintergrund, die sich einem gemeinsamen Ziel und internationaler Zusammenarbeit verpflichtet sehen, sei es eigen- oder fremdnützig. Die eindrückliche Analyse globaler Regulierungskräfte von Braithwaite und Drahos⁴⁰ nennt hier als Beispiele für einflussreiche Zusammenarbeitsformen internationale professionelle Gruppierungen zu «corporate governance», aber auch zu so eher alltäglichen Fragen wie der Rechnungslegung internationaler Unternehmen. Die internationale Kern-

³⁹ Siehe FN 20.

⁴⁰ JOHN BRAITHWAITE; PETER DRAHOS: Global Business Regulation. Cambridge 2000, 622 f.

gruppe der «Gründergeneration» des Datenschutzes könnte ebenso als Beispiel genannt werden⁴¹.

Hinzutreten Zusammenarbeitsformen zwischen Vertretern von Nichtregierungsorganisationen, Politik und internationalen Unternehmen, die dann ihrerseits wieder zu formbeständigeren Gruppierungen führen, oder sich in Ablösung aus solchen Gruppierungen neu herausbilden. In all diesen Verbänden kurzfristiger, mittelfristiger und langfristiger Zusammenarbeit, in all diesen Netzwerken entstehen Pläne, Analysen, Kritiken, Entwürfe und Gegenentwürfe bestehender normativer Praxis und Vorformen späterer Regulierung.

4. Handlungsformen

Von Zeit, Ort und Akteuren geht der Blick zu den Handlungen selbst, zu den sich verändernden Formen der Regulierungstätigkeit. Zumindest an den Äusserungen der Beteiligten gemessen scheinen lokal, regional, überregional und global Formen des Handelns in den Vordergrund zu treten, bei denen die Gemeinsamkeit den Vorrang vor der Durchsetzbarkeit zu haben scheint oder – vorsichtiger formuliert – wo die Gemeinsamkeit zur notwendigen Bedingung der Durchsetzbarkeit wird, in dem Sinne, als nur dasjenige als durchsetzbar gilt, auf das man sich gemeinsam geeinigt hat oder zumindest dem Gemeinsamen der Vorrang einzuräumen sei vor dem Erzwungenen⁴². Diese Entwicklung ist ihrerseits schon – zumindest in der Wortwahl – Weiterentwicklung dessen, was als Selbstregulierungsdiskussion begonnen hat, und nun differenzierter «Ko-Regulierung» oder «Hybridregulierung» genannt wird⁴³. Dabei wird ein breites Instrumentarium aufgefächert: von der Selbstbindung zur korporativen Unterwerfung, von ethischen Regeln zu gesetzlichen Regelungen, immer unter der teils impliziten, teils expliziten Voraussetzung, dass die angemessene Beteiligung von Partikularinteressen zu für die Allgemeinheit nützlichen Ergebnissen führen wird. Die Transparenz- und Kontrollstrukturen wachsen hier nur langsam mit: Die vielfachen Vernetzungen der Akteure, die wechselnden Handlungsorte, die Verwischung

⁴¹ Vgl. COLIN J. BENNETT, *Different Processes, One Result: The Convergence of Data Protection Policy in Europe and the United States*, in: *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 1, No. 4, Oct. 1988, 415–441.

⁴² Zur Problematik solcher internationaler Regulierungsstrategien am Beispiel des Strafrechts zuletzt: KARSTEN BREMER, *Radikal-politische Inhalte im Internet – ist ein Umdenken erforderlich?* in: *Multimedia und Recht* 2002, 147–152, 149ff. mit allerdings sehr bedenklicher Lösungsalternative.

⁴³ Ausführlich: MONROE PRICE/STEFAN VERHULST, *The Concept of Selfregulation and the Internet*, in: Jens Waltermann/Marcel Machill (Hrsg.), *Protecting Our Children on the Internet – Towards a New Culture of Responsibility*, Gütersloh 2000, 133–198.

gen zwischen öffentlichen und privaten Akteuren zeigen ihre Wirkung: Jedem kontrollierenden Nachgriff von ausserhalb dieser Partikularinteressen scheinen sich diese Formen der Zusammenarbeit entweder nach oben in das Internationale oder nach unten in das Lokale oder zur einen Seite ins Allgemeine oder zur anderen Seite in das Spezielle zu entziehen.

Spürt man geduldiger nach, verharrt man länger beim Betrachten, wird noch eine weitere Ablaufstruktur sichtbar: Hinter den Netzstrukturen der Zusammenarbeit werden (oder bleiben?) Hegemonialstrukturen sichtbar. Ansätze der Zusammenarbeit verkümmern, wenn sie nicht von der Hegemonialmacht aufgenommen werden; deren Anregungen werden im Vergleich zu den Anregungen anderer zeitlich beschleunigt umgesetzt⁴⁴. Auch hier gibt es einen grossen Formenreichtum der Einflussnahme: etwa bilaterale Abstimmungen oder unilaterale «Vorregelung», die die wirtschaftlich abhängigen zum Nachregulieren zwingt, oder multilaterale Verhandlungen mit dem Ziel der Isolation.

Dieser neue Formenreichtum hat seine Kosten, und die Kosten werden sichtbar: Die Ableitung von Legitimität wird angreifbarer: Bürger wählen Parlamente, Parlamente bestätigen Regierungen, Regierungen entsenden Vertreter, Vertreter verhandeln mit anderen Vertretern anderer Regierungen, die Ergebnisse kommen in die Parlamente zurück und die Parlamente können zumeist nur annehmen oder ablehnen; ihr Einfluss auf Verhandlungsinhalte und -strategien ist gering. Dieser Lauf der Dinge wurde – mit gelegentlichen Brüchen – im Interesse internationaler Handlungsfähigkeit nationaler Demokratien hingenommen. Aber seit dem der Spielraumverlust nationalen Handelns offensichtlich geworden ist und die Rhetorik von Transparenz und Partizipation auf ihre Verwirklichung durch Technologie verweist, wird ein solches Effektivitätsargument brüchig. Die nationalen Europapolitiken und die Institutionen der Europäischen Union etwa erleben diese Brüchigkeit jeden Tag neu. Auch ist hegemoniale Einflussnahme nationalem Recht nicht fremd. Nicht umsonst haben Autoren wie Hardt und Negri bei der Beschreibung der Gegenwart mit dem Titel «Empire» Assoziationen mit der Vergangenheit geweckt⁴⁵. Und einer der ureigensten Kernbereiche des EU-Rechts, das Wettbewerbsrecht, kann seine geographische Herkunft nicht leugnen⁴⁶. Aber noch Anderes deutet sich an, welches dem vielleicht Gewohnten andere Konturen gibt.

⁴⁴ Hier wäre eine Mikrountersuchung des «Datenschutzkonfliktes» zwischen der Europäischen Union und den USA und das Zusammenwirken zwischen den USA und dem Europarat bei der sogenannten Cybercrime-Konvention (Council of Europe, ETS 185, Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001 – <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm> – 15.3.2002) aufschlussreich.

⁴⁵ MICHAEL HARDT/ANTONIO NEGRI, *Empire*. London/Cambridge Mass. 2000.

⁴⁶ DAVID J GERBER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Oxford University Press, extended paperback edition, Oxford/New York 2001.

5. Bewegungen

a) Formveränderungen

Unter veränderten Entstehungsbedingungen entsteht Verändertes. Auch diese Prozesse der Formveränderung wirken schon länger: Das gilt für den Charakter der Normen: Verbindlichkeiten werden ausserhalb tradierter Verfahren zu erzeugen und zu erhalten versucht: das «Softlaw», das «weiche Recht» wird vielfach erwähnt⁴⁷. Der Europäischen Kommission ist es kürzlich gelungen, selbst «Häufig gestellte Fragen» in den Kreis des Normativen aufzunehmen⁴⁸.

b) Das Verständnis von Technologie

Das Aufeinandertreffen von Recht und Technik oder – weiter gefasst – Recht und Technologie vollzieht sich ebenfalls nicht erst seit dem Internet. Die Bewältigungsmöglichkeiten und -formen sind spätestens seit dem Ende des 19. Jahrhunderts Thema im Recht – zunächst als Anlagensicherheits- und Haftungsrecht. Im 20. Jahrhundert, nach dem Zweiten Weltkrieg, entzog sich auch die Rechtswissenschaft nicht der grundsätzlichen gesellschaftlichen Debatte um Technik, die allerdings zunächst vor allem durch den Einfluss der Philosophie eher zivilisationskritisch geprägt war, zumindest aber ambivalent blieb⁴⁹. Schon bald bekam mit der Atomenergie Technik allerdings dann eine konkrete Form, mit der sich Recht auseinander zu setzen hatte⁵⁰. Diese Auseinandersetzung wurde schliesslich Teil der sich schon zuvor herausbildenden Teildisziplin «Umweltrecht»⁵¹.

⁴⁷ Statt vieler: PETER H. SCHUCK, *The Limits of Law, Essays on Democratic Governance*, Boulder 2000; A. CLAIR CUTLER/VIRGINIA HAUFLE/TONY PORTERS (Hrsg.), *Private Authority and International Affairs*, New York 1999 und die detaillierte Fallstudie zu Kanada: G. BRUCE DOERN/MARGARET M. HILL/MICHAEL J. PRINCE/RICHARD J. SCHULTZ, *Changing the Rules, Canadian Regulatory Regimes and Institutions*, Toronto 1999.

⁴⁸ 2000/520/EG: Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäss der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ueber die Angemessenheit des von den Grundsätzen des «sicheren Hafens» und der diesbezüglichen «Häufig gestellten Fragen» (FAQ) gewährleisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2000) 2441) (Text von Bedeutung fuer den EWR.) – ABl. L 215/7 vom 25.8.2000.

⁴⁹ Zur philosophischen Auseinandersetzung: FRIEDRICH RAPP/GÜNTER ROPOHL, *Historische und systematische Übersicht*, in: CHRISTOPH HUBIG/ALOIS HUNING/GÜNTER ROPOHL, *Nachdenken über Technik*, Berlin 2000, 41–52 mit einer Vielzahl von Nachweisen. Zur Rezeption in der Rechtswissenschaft etwa: SCHWEIZERISCHER JURISTENVEREIN, *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter*. Festschrift, Zürich 1961.

⁵⁰ Z.B.: ALEXANDER ROSSNAGEL (Hrsg.), *Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse*, Opladen 1984.

⁵¹ Vgl. die Reihe «Umwelt- und Technikrecht» der Forschungsstelle für Umwelt- und Technikrecht an der Universität Trier (seit 1986).

An all das ist hier zu erinnern, denn auch die Auseinandersetzungen mit den Formen der Datenverarbeitung auf die zu Beginn dieser Betrachtung verwiesen wurde, verstanden sich als «Technikrecht.» Die Erinnerung tut schon deshalb not, weil – gewissermassen re-importiert – sowohl im Kontext der Datenschutzfragen als auch für die Regulierung des Internet Technik (Software, Architektur, Kodierung, Nano-regulierung) als komplementäre, wenn nicht gar Recht substituierende Lösung rechtlicher Probleme wieder in die Diskussion eingebracht wurde⁵².

Gleichzeitig sucht sich das Recht – so scheint es – mit der immer wieder wiederholten Formel von der «technikneutralen Regulierung» von der Technik – hier und jetzt der Informations- und Kommunikationstechnik lösen zu wollen. Der Mythos von der Technikneutralität war geradezu der Geburtsmythos des Internetrechts. Dabei geht es auch um konkrete regelungspolitische Interessen. Technikneutralität meint dann: Da das Internet gemeinsamer Träger konvergierender Medien ist, sind die jeweiligen Regelungsannahmen bisher technisch verschiedener Medien allesamt in Frage zu stellen – mit dem Ziel geringerer Regulierungsintensität. Wie jeder Mythos enthält er einen wahren Kern: Nicht jede technologische Veränderung kann man mit daraufhin geänderten Regeln begleiten. Zum einen liegt das an der mittelfristige Erwartungen setzenden Normativität des Rechts: die Grundprinzipien des Schutzes der Privatsphäre behalten ihr Gewicht unabhängig davon, ob Karteikarten gezogen werden oder «Data Mining» betrieben wird. Zum anderen sind es zwar sehr oft Projektionen von Technik, die Unsicherheit und damit Regelungsdruck erzeugen. Dennoch muss die gesetzgeberische Antwort hinreichend nah an konkreter Technik bleiben, um sich überhaupt als angemessene Antwort politisch rechtfertigen zu können. Technische Konzepte etwa zur elektronischen Unterschrift auf der Basis asymmetrischer Verschlüsselung gibt es schon seit dem Beginn der 80er-Jahre⁵³; eine Regelung zur elektronischen Unterschrift – obgleich damals zur Erleichterung des Zugangs zu Online-Datenbanken erwünscht – stiess aber allgemein auf Unverständnis. Es war zu früh; Regelungen wären unter den «Regelungswut-Verdacht» gefallen.

c) Disziplinarität

Die Disziplinarität des Rechts ist Ausdruck der Binnendifferenzierung des Rechts, die wiederum vielfältige Ursachen hat, denen hier nicht nachgespürt zu werden braucht. Aber es fällt im Blick auf aktuelle Entwicklungen zum und neben dem

⁵² Ansätze hierzu z.B. in: LAWRENCE LESSIG, Code and other laws of cyberspace, New York 1999, 85 ff.

⁵³ K. LENK/J.W GOEBEL/R. SCHMALZ: Das elektronische Informationsgeschäft. Rechts- und Organisationsprobleme im Zusammenhang mit dem Projekt OSIS (Open shops for Information Services). Frankfurt/Main 1986. HERBERT BURKERT, OSIS und das Recht – Ein Beitrag zur rechtlichen Technologiegestaltung, in: Der GMD-Spiegel 1/86, 43–47.

Internet auf, wie spät etwa – abgesehen von wenigen Ausnahmen – die Vertreter der klassischen Teildisziplinen der Internationalität und Immaterialität des Rechts zu neuen Erscheinungsformen des Rechts vorgedrungen sind. Das mag wissenschaftssoziologische Gründe haben. Aber es gibt zu denken: Liegt auch das an der sprichwörtlichen Langsamkeit der Gesamtdisziplin? Oder war es die Abgeklärtheit der Wissenden, die Erscheinungen wie Globalisierung und Internet allenfalls als *accidentalia*, nicht aber *essentialia* betrachteten, wohl wissend, dass man über kurz oder lang an ihrer Teildisziplin nicht vorbeikommen werde. Und in der Tat zeigten sich dann bald die Folgen der Disziplinierung – in doppelter Hinsicht: Das Aufholen der traditionellen Teildisziplinen mit den Tatbeständen des Internet etwa bedeutete auch, dass man den traditionellen Werten wieder zu ihrem Recht verhelfen konnte. Diese Rückeroberung des Terrains von den Enthusiasten der Veränderung vollzieht sich noch, aber sie vollzieht nicht ganz bruchlos. In einigen Bereichen ist es – aus einer solchen Perspektive bereits zu spät: Der Datenschutz etwa, der sich längst vor den Erscheinungsformen des Internet entwickelt hatte, hat sich – nicht zuletzt durch die Professionalisierung der verschiedenen Typen von Datenschutzverantwortlichen – als Teildisziplin gegenüber den anderen Teildisziplinen abgesetzt, wenn auch immer noch nicht eigenständig akademisch etabliert. Das bedeutet allerdings nicht, dass er in seinen Inhalten und wertenden Aussagen unangefochten ist; hier unterliegt auch der Datenschutz den Pendelbewegungen nervöser Zivilgesellschaften.

Trotz dieses «Erfolges» bleibt beim Datenschutz deutlich und ist beim Internetrecht offensichtlich, dass sich hier Lebenssachverhalte bündeln, die nur dann angemessenen Lösungen zugeführt werden können, wenn sich die Teildisziplinen des Rechts zusammenfinden: Die vielfältigen Bezüge des Urheberrechts z.B. in digitalen Netzen – um bei dem bereits einmal vorgeführten Angeschuldigten zu bleiben – zum Datenschutzrecht, zum Wettbewerbsrecht, zur Informationsfreiheit und zum Informationszugang sind bereits vielfältig angerührt worden.

d) Symbole

Recht selbst ist (weitgehend) Information und Kommunikation – Jean Nicolas Druey hat darauf hingewiesen⁵⁴. Mit der Erweiterung des Medienspektrums trifft – und das seit den Möglichkeiten der Digitalisierung – rechtliche Eindeutigkeit auf mediale Beliebigkeit. Die Wandlungsformen des Digitalen erlauben Plastizität, wo das Recht in seinen Darstellungsformen auf Festigkeit baut, sie ermöglichen Mehrdeutigkeit, wo das Recht Eindeutigkeit in der Vermittlung sucht. Zugleich ermöglicht Digitalisierung aber auch Fixierung und Kontrolle, in weit grösserem Masse als in der analogen

⁵⁴ JEAN NICOLAS DRUEY, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zürich/Baden-Baden 1995, 29 ff.

Welt, freilich unter grossen Verlusten für die Sinnlichkeit des Rechts; die Sinnlichkeit des Rechts rührt immer aber auch an seine Sinnhaftigkeit und damit an seine Wirkkraft. Wieder erscheint die digitale Signatur als ein gutes Beispiel: Sie ersetzt zwar (weitgehend) die Funktionalität der eigenhändigen Unterschrift⁵⁵; aber das «Durchwischen» einer Chipkarte und das Eintippen einer persönlichen Kennzahl oder das Auslesen eines Fingerabdrucks tragen ganz andere Mitbedeutungen als die Rituale und sinnlichen Wirkungen einer eigenhändigen Unterschrift. Da gibt dann doch eine andere Entwicklung zu denken: Um das Problem der Identifizierung des Berechtigten gegenüber der eingesetzten Karte zu lösen, wurde ein biometrisches Verfahren vorgeschlagen, bei dem eine mikroskopische Blutprobe des Unterzeichnenden zu einem in dieser Karte ablaufenden DNA-Vergleich herangezogen wird. Ein entsprechender Prototyp wurde bereits vorgestellt⁵⁶. Dies wäre dann in der Tat eine Rückkehr zur alten Rechtssymbolik über neue Technik. – Das sich verändernde Recht wird über die Gestalt (oder das Design?) seiner Symbole nachzudenken haben.

6. Zusammenfassung

Nachdem wir im ersten Abschnitt auf eine Reihe von Erscheinungen gesehen haben, die mit dem Sammelbegriff «Internetrecht» gefasst werden, haben wir in diesem zweiten Abschnitt die Kommunikationsform «Internet» zwar nicht ganz aus den Augen verloren, aber doch vor allem versucht, auch Entwicklungen im Kontext des Internet aufzugreifen. Die Fragen, ob dieser Kontext durch das Internet mit beeinflusst wurde oder wird, oder ob diese Erscheinungen im Kontext und das Internet gemeinsame Ursachen haben, blieben offen.

In diesem zweiten Teil aber, im «Recht zu Zeiten des Internets» sind immer wieder Begriffe aufgetaucht, die auf Netzstrukturen und netzbezogene Handlungsformen bei der Regelerstellung verweisen. Recht wird – so scheint es – selbst zu (einem strukturellen) «Internet», während es das Internet zu regulieren sucht⁵⁷. Das verweist zumindest auf Verknüpfungen zwischen der Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie und Entwicklungen im Recht: Erst ein gewisser Entwick-

⁵⁵ Hierzu ausführlich zuletzt CHRISTIANE RAPP, *Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen*, München 2002, 45 ff.

⁵⁶ STEVE SILBERMAN, *The New ID*, in: *wired* 9.01 (January 2001), 162 ff.

⁵⁷ Näher zu dieser These: HERBERT BURKERT, *Internet und Recht, Ansätze zu einem Versuch einer etwas allgemeineren Betrachtung mit ungewissem Ausgang*. In: OLGA DROSSU/KURT VAN HAAREN/DETLEV HENSCHKE/HERBERT KUBICEK/MARGRET MÄNIG-RAANE; RAINER RILLING/RUDI SCHMIEDE/UWE WÖTZEL/FRIEDER OTTO WOLF (Hrsg.), *Machtfragen der Informationsgesellschaft*, Marburg 1999, 385–393.

lungsstand der Technologie, so scheint es, erlaubt es dem Recht, vernetzte Formen für die Generierung von Recht angemessen zu nutzen.

Der Hinweis auf solche Strukturen führt aber auch zur Frage, ob sich hinter dem Umgang des Rechts mit dem Objekt Internet bzw. Internetdiensten nicht auch eine Struktur wahrnehmen lässt, ob nicht hinter dem Phänotyp Recht auch eine Genotyp Recht sichtbar werden könnte. Liesse sich – vor dem Hintergrund informationstechnologischer Entwicklungen – nicht über den jeweiligen technologischen Entwicklungsstand hinaus – etwa jetzt beim «Mobile Commerce»⁵⁸ – Allgemeineres auffinden oder gar gestalten? Sollte man nicht zumindest einen Strukturierungsversuch in heuristischer Absicht versuchen, wie er etwa kürzlich von de Leyssac und Parleani für den Bereich «Marktrecht» unternommen wurde⁵⁹, eine Arbeit, die gerade auch aus solchen methodischen und strukturellen Gründen lesenswert ist.

III. Informationsrecht

1. Allgemeine Überlegungen

Die schon mit dem ersten Auftreten der elektronischen Datenverarbeitung beginnende Auseinandersetzung des Rechts mit diesen Formen der Informationstechnologie⁶⁰ hatte immer auch die Frage mit einbezogen, ob sich nicht für den Umgang mit Informationen «an sich» Regeln aufstellen liessen, die gewissermassen hinter den jeweiligen konkreten Erscheinungsformen der Informationsverarbeitungs- und Medientechnologie (Grossdatenverarbeitung, verteilte Datenverarbeitung, individualisierte Datenverarbeitung, vernetzte Datenverarbeitung, Internet – Fernsehen, Bildschirmtext, Videotext, «Video on Demand», WWW-Anwendungen, etc.) wirken. Diese allgemeineren Überlegungen, die etwa in der Veröffentlichung «EDV und Recht»⁶¹ und der nachfolgenden Auflage⁶² der Regensburger Gruppe um Steinmüller angedacht sind, wurden immer wieder unterbrochen: der Aufstieg des Datenschutzrechts, die wechselnden informationstechnischen Ausformungen gesellschaftlicher

⁵⁸ Dazu: URS GASSER, Rechtliche Aspekte des M-Commerce, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002, 13–29.

⁵⁹ CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC/GILBERT PARLEANI, Droit du Marché, Paris 2002.

⁶⁰ HERBERT FIEDLER, Rechenautomaten als Hilfsmittel der Gesetzesanwendung, in: Deutsche Rentenversicherung 1962, 40–47.

⁶¹ WILHELM STEINMÜLLER (Hrsg.), EDV und Recht, Einführung in die Rechtsinformatik, Berlin 1970.

⁶² WILHELM STEINMÜLLER (Hrsg.), ADV und Recht, Einführung in die Rechtsinformatik und das Recht der Informationsverarbeitung, Berlin 1976.

Kommunikation vom Bildschirmtext bis eben hin zum Internet und seinen verschiedenen Diensten haben immer wieder und immer wieder neu konkrete technikbezogene Interpretationsprobleme in den Vordergrund treten lassen. Das Interesse am sich jeweils verändernden Speziellen hat das Interesse am Allgemeinen aber nie ganz in den Hintergrund drängen können.

Die Motive für eine solche allgemeine Betrachtung sind und waren vielfältig und überlagern sich: Von einer solchen Betrachtung kann man sich erhoffen, zu einer «technikneutraleren» Sichtweise zu gelangen – wenn schon – wie ausgeführt – die Neutralität selbst nicht zu verwirklichen ist. Eine solche Betrachtung wäre möglicherweise auch «gerechter», wenn sie eben nicht nach den Zufälligkeiten technischer Ausprägungen differenziert oder gar diskriminiert.

Dem – wissenschaftlichen – Interesse am Allgemeinen von Information und Kommunikation und am Bezug zum Recht hat Drueys «Information als Gegenstand des Rechts» neuen Antrieb gegeben⁶³. Druey hat es auf sich genommen – schon vor diesem Werk⁶⁴ – in die vielfältigen Beziehungen von Recht, Information und Kommunikation gerade losgelöst, wenn auch nicht abgeschieden von technologischen Veränderungen einzudringen. Druey hat dabei dem genauen Blick auf die oft widersprüchlichen Erscheinungen von Information und Recht zwar den Vorzug gegeben gegenüber Versuchungen der «Weltmetropole juristischen Systemdenkens»⁶⁵. Dennoch hat auch er Zusammenführungen gesucht⁶⁶. Für eine solche Ordnung hat er die Matrix «Informierter/Nichtinformierter und Information Nicht-Information» als Ausgangsmuster genommen und in konkreten Informationskonfliktsituationen durchgespielt. Zusammen mit Rainer J. Schweizer hat der Autor dieses Beitrags vom gleichen Erkenntnisinteresse getragen versucht, ansatzweise den deduktiven Weg zu gehen und zu solchen Strukturierungen aus dem Material des Verwaltungsrechts zu gelangen⁶⁷. Gemeinsam ist diesen Ansätzen der – wenn man so will «St. Galler Schu-

⁶³ JEAN NICOLAS DRUEY FN 54.

⁶⁴ Siehe etwa: JEAN NICOLAS DRUEY, *Geheimnisshäre des Unternehmens*, Basel 1977. DERS., *Privatrecht als Recht der Kommunikation*, in: *Schweizer Juristen Zeitschrift* 1983, 185–196.

⁶⁵ DRUEY (FN 54), 106 FN 48.

⁶⁶ DRUEY (FN 54), 113 ff. Vgl. auch die anregende Rezeption durch ROLF WEBER, *Entwicklungstendenzen im Recht der Information und Informationstechnologie*. In: SCHWEIZERISCHER ANWALTSVERBAND: *Information, Technologie und Recht (neuere Entwicklungen und ihre Relevanz für die Rechtsberatungsberufe)*. Bern 1996, 7–24 und DERS., *Informations- und Kommunikationsrecht, Allgemeiner Überblick*, in: H. KOLLER, G. MÜLLER, R. RHINOW, U. ZIMMERLI (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) – Rolf H. Weber (Hrsg.) Informations- und Kommunikationsrecht. 1.* Basel 1996, 1–46.

⁶⁷ RAINER J. SCHWEIZER; HERBERT BURKERT: *Verwaltungsinformationsrecht*. In: H. KOLLER, G. MÜLLER, R. RHINOW, U. ZIMMERLI (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) – ROLF H. WEBER (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht. 2.* Basel 1996, 1–45.

le des Informationsrechts» – die Erwartung, hinter dem Speziellen der technischen Ausgestaltung und in den verschiedenen aufgesuchten Rechtsbereichen zu Erkenntnissen allgemeinerer Art über den angemessenen Umgang mit Information in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu gelangen. Dabei geht es nicht, oder doch nicht allein oder in erster Linie um die Konstruktion oder Re-Konstruktion eines «subjektiven Rechts an Information», wie etwa von Pinnackaers⁶⁸ und Mayer-Schönberger⁶⁹ unternommen. Es geht auch (nicht mehr) darum, mit primär hochschulpolitischer Zielsetzung die Gegenstandsbereiche einer Teildisziplin zu umschreiben⁷⁰. Vielmehr stehen hier vor allem auch Fragen der angemessenen Organisation von Informationsflüssen und der Einrichtung von «Informationsinstitutionen» im Vordergrund. Es werden dabei normative Vorgaben der Rechtsordnung unter «systemanalytischen» Betrachtungsaspekten wie Informationsfluss, Informationsumgang Informations- und Kommunikationsorganisation aufgesucht, um hieraus normative Aussagen bezogen auf Information und Kommunikation interpretierend zu entnehmen und für die Analyse nachfolgenden Rechtsmaterials verfügbar zu machen. Dabei kann – allein schon wegen der Veränderbarkeit und Veränderung von Recht und ohne hier in methodische Grundfragen allzu tief eindringen zu müssen – nicht rein geschieden werden zwischen der Analyse einer verfassungsmässig vorgefundenen (genauer aus dem Verfassungsmaterial durch Auslegung gestalteten) Informations- und Kommunikationsverfassungsordnung⁷¹ und nachfolgend auftretendem Material aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, welches dann an dieser Ordnung zu messen wäre. Der Prozess ist komplexer und bedingt ein dem Recht nicht ungewohntes hermeneutisches Wandern zwischen dem, was interpretiert wird, und dem Interpretationsmassstab. Dabei müssen und – wie die Arbeit von Urs Gasser zeigt – können auch Erkenntnisse anderer Wissenschaftskontexte mit Gewinn herangezogen werden⁷². Im Zuge solcher Arbeit wird vor dem Hintergrund der normativen Aussagen zu Information und Kommunikation nach Konsistenz und Leerstellen, Ergänzungs- und Strukturie-

⁶⁸ J.C.S. PINCKAERS, From privacy toward a new intellectual property right in persona. The right of publicity (United States) and commercial portrait law (Netherlands) balanced with freedom of speech and free trade principles. Amst., 1996.

⁶⁹ VIKTOR MAYER-SCHOENBERGER, Information und Recht, Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht. Wien, New York 2001, insbes. 175 ff.

⁷⁰ ULRICH SIEBER, Rechtsinformatik und Informationsrecht – Herausforderungen und Zukunftsperspektiven an der Schnittstelle von Informatik und Recht, Jura 1993, 561–571.

⁷¹ Ansätze hierzu (allerdings noch beschränkt auf aktuelle Informationskonflikte um Datenschutz und Informationsfreiheit: RUPRECHT B. KAMLAH: Hinweise aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Regelung eines materiellen Informationsrechts. In: WILHELM STEINMÜLLER (Hrsg.), Informationsrecht und Informationspolitik, München/Wien 1976, 196.

⁷² URS GASSER, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, München 2002, 44 ff.

rungsmöglichkeiten gesucht, um die Kommunikationsfähigkeit von Recht in den Bereichen Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu erhalten, wobei diese Bereiche ihrerseits bereits stark durchdrungen sind von Informations-, Kommunikations- und Vernetzungswahrnehmungsmustern, einer Kommunikationsfähigkeit aber, die zugleich die dem Recht eigene Eigenschaft wahrt, normativ zu fordern.

2. Ein Beispiel

Für ein konkretes und aktuelles «informationsrechtliches» Problem, wie z.B. die Beurteilung des von der deutschen Bundesregierung vorgestellten Entwurfs eines Verbraucherinformationsgesetzes⁷³, wäre die Aufgabe einer informationsrechtlichen Analyse, zunächst ein *allgemeines* informationsrechtliches Rahmenkonzept zu schaffen⁷⁴. Dafür wären Aussagen notwendig

- zur angemessenen Gestaltung der Informationsmachtbalance zwischen Individuum, Staat (einschliesslich der Informationsbalancen innerhalb seiner Binnenstruktur) und Wirtschaft;
- zur Sicherung/Erweiterung von informations- und kommunikationsbezogenen Grundrechten und zwar sowohl offensiver wie defensiver Ansprüche unter Wahrung der Vorhersehbarkeit, Gleichheit, Erforderlichkeit, und Verhältnismässigkeit;
- zur Informationsinfrastruktur und Informationsverantwortung des Staates und daraus abgeleiteten Handlungspflichten;
- zu Funktionsäquivalenten und -verlusten⁷⁵ bei informationstechnologischen Veränderungsprozessen und dazu gehörigen öffentlichen und privaten Gewährleistungspflichten;
- zur Erweiterung der Wahlmöglichkeiten in Bezug auf Informationsinhalte, Kommunikationskanäle, Anzahl und Form kommunikativer Interaktionen aller Beteiligten;

⁷³ [Durch das Gesetz – HB] «[...] erhalten Verbraucherinnen und Verbraucher bei Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen Anspruch auf Informationen über Produkte, die den Behörden vorliegen [...] Die Behörden erhalten darüber hinaus das Recht, über bestimmte Sachverhalte aktiv zu informieren.[...]» Presseerklärung des deutschen Verbraucherschutzministeriums Nr. 75 13. März 2002 [<http://www.verbraucherministerium.de/presse-woche-2002/PM-075-2002.htm> – 15.3.2002]

⁷⁴ Vgl. DRUEY [FN 10], 139 ff. und 171ff.

⁷⁵ Hierzu: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, In: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, 9–58, 46 ff.

- zur Eröffnung bestehender Informationsreservoirs und Erweiterung der Informationskanäle;
- zur Erweiterung der Verknüpfungsmöglichkeiten zwischen Information, Kommunikation und Handeln;
- zur institutionellen Absicherung von Transparenz, Kontrolle, Dokumentation und Lernen;
- zur Förderung der informationellen und kommunikativen Selbstorganisation von Individuen und Gruppen.

Die *spezifischen* informationsrechtlichen Fragen (neben den ohnehin notwendigen Fragen etwa zur logischen Konsistenz, Normenklarheit, Vorhersehbarkeit und zu den ökonomischen und sozialen Auswirkungen), die vor diesem Hintergrund an dieses konkrete rechtspolitische Vorhaben zu stellen wären, wären dann u.a. (auch hier nur beispielhaft genannt):

- Wie passt sich die vorgesehene Regelung in die bisherige Regelungsstruktur der Informationsbeziehungen zwischen Bürger/Staat, Konsument/Wirtschaft, Wirtschaft/Staat ein?
- Welche bestehenden Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten werden reduziert, formalisiert oder wie erweitert?
- Entstehen neue Informationskanäle, werden neue Informationen generiert und/oder zugänglich gemacht? Entstehen neue Informationsreservoirs oder werden bestehende (unter wie geänderten Bedingungen) zugänglich? Wie wird der weitere Zufluss an Informationen ermöglicht/gesichert/beschränkt?
- Wer entscheidet mit welcher Rechtfertigung in welchem Verfahren unter wessen Beteiligung nach welchen Kriterien über welche formalen und inhaltlichen Filter bzw. Zugangsbeschränkungen – aber auch über welche Informationsrisiken?
- Welche Informations- und Kommunikationsinteressen finden mit welcher Gewichtung nach Einsatz welchen Aufwandes welche Berücksichtigung?
- Welche Informations- und Metainformationsrechte und -pflichten treffen welche Beteiligte?
- Wird die informationelle Selbstorganisation der Bürger/Konsumenten gefördert?
- Wer trägt mit welcher Rechtfertigung welche Kosten der materiellen Generierung und des Transportes?

Derartige Untersuchungen könnten dann ihrerseits dazu beizutragen im wissenschaftlichen Diskurs den allgemeinen informationsrechtlichen Rahmen zu hinterfragen, zu modifizieren, zu verfeinern und zu ergänzen.

3. Weitere Themen

Vor dem Hintergrund der Beobachtungen zum Internetrecht und zu den Veränderungen im «Recht zu Zeiten des Internet» böten sich weitere Themen an wie der «informierte Konsument» oder der «mündige (Informations)Bürger.»⁷⁶ Hier wie dort sind die Informationspflichten und -rechte, die Gewährleistung stützender Informationsinstitutionen und die Ausgestaltung der Kommunikationsprozesse im Streit. Besonders deutlich wird dies etwa bei der Auseinandersetzung um die Kommerzialisierung von Informationen aus dem öffentlichen Sektor, in der die informationelle Konsumentenrolle pointiert der Rolle des Information beanspruchenden Bürgers gegenübergestellt wird. Informationsrechtliche Beachtung hätte auch – zumindest im EU-europäischen Rechtsraum – die Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger an der Ausgestaltung von Netzinfrastrukturen etwa den örtlichen Telekommunikations- und Kabelnetzen verdient. Eine solche Lücke erschliesst sich allerdings gerade erst dann, wenn man im Sinne einer informationsrechtlichen Strukturierungsheuristik, wie sie oben angedacht wurde, über die partikular abgesteckten Bereiche Telekommunikationsrecht, Medienrecht und verfassungsrechtliche Beteiligungsansprüche hinaustritt. Und schliesslich: Eine der auch gesellschaftspolitisch wichtigsten Fragen aus dem «Recht zu Zeiten des Internet» wurde schon angesprochen: der Paradigmenwechsel im Recht des geistigen Eigentums (wobei man sich zögernd fragt welchen dieser Begriffe man eigentlich in Anführungszeichen zu setzen hätte).

IV. Ausblick

Aus einer Vielzahl derartiger Analysen – etwa auch im privatrechtlichen Bereich – entwickelt sich ein Rahmen, der es auch ermöglichen wird, teildisziplinäre Schranken im Recht zu überwinden. So könnten dann andere wichtige Fragen vor dem Hintergrund der Medienform «Internet» und der zusammen mit dem Internet auftretenden Veränderungen im Recht umfassender behandelt werden. Die Voraussetzungen für eine solche ergänzende Entwicklung im Informationsrecht – die andere nicht ersetzen könnte und auch nicht sollte – ist freilich auch die Bereitschaft, jenseits aktueller Wellen der Medienentwicklung länger und grundsätzlicher an diesen grundlegenden Themen verbleiben zu wollen. Das schliesst auch die Verpflichtung ein, sich tagesaktuellen Fragen mit dem eigenen Erkenntnisstand zu stellen und Grundsatzwissen an diesen kurzfristigen Veränderungen immer wieder zu überprüfen, allerdings, ohne sich jeweils nach aktuellem Bedarf kurzfristigen Verwertungsinteressen

⁷⁶ Auch hierzu ausführlicher: HERBERT BURKERT FN 28.

auszuliefern. Das verlangt auch und nicht zuletzt, sich deutlicher als das bisher etwa im «Internetrecht» geschehen ist, der Normativität des Rechts zu stellen. Nun hat das «Nichtbenennen» von normativen Letztbegründungen seine eigenen Gründe. Naturrechtliche Traditionen sind durch verfassungspositivistische und verfahrensorientierte Grundannahmen ersetzt worden. Gelegentlich scheint diese normative Verweigerung der Vermeidung des unendlichen Rekurses in den Sozialwissenschaften zu ähneln, die auf diese Weise der Verpflichtung entgehen, die Grundannahmen ihrer eigenen Grundannahmen aufsuchen zu müssen. Im Recht hat die Vermeidung zudem noch praktische Gründe: Interessen im demokratischen Rechtsstaat sind komplexe Gebilde, haben ihre eigenen Widersprüche, so dass normative Zuweisungen schnell in «Politikverdacht» geraten. Dabei bieten gerade sich neu herausbildende oder als solche wahrgenommene Rechtsgebiete – wie schon mehrfach angedeutet – genügend Anschauung von neu hervortretenden, zurücktretenden, koalierenden und zerfallenden Interessengruppierungen und damit für eine «Politikgewissheit», bevor diese Interessen wieder hinter die Vorhänge neu gewobener Dogmatik treten. Phasen des Übergangs werfen helleres Licht, schärfen die Konturen vor allem auf sich herausbildende und verändernde Machtstrukturen; aber nur gelegentlich wird all das beschreiben, was zu sehen ist und bewertet, was beschrieben wurde. Recht, Informationsrecht, ist hier gefragt als Gegengewicht zu Macht, als Element der Machtbalance, als Recht der Informationsmachtbalance. Dies ist allerdings keine Balance des permanenten Gleichgewichts, sondern eher ein dynamisches Gleichgewicht, das trotz oder vielleicht gerade wegen der permanenten Verschiebungen zumindest mittelfristige Stabilität erreichen kann. In diesem Sinne sollte Recht vor allem dort unterstützend wirken, wo nicht oder nicht ausreichend über Machtressourcen verfügt wird. Im Gegensatz zu einer ökonomischen Betrachtungsweise steht Recht – hier Informationsrecht – durchaus unter Zeitdruck. Und hier sind wir wieder beim oben angesprochenen Problem der Regulierungszeit. Aber hier ist nicht von dem zu langsamen Recht aus der Mythologie des Internetrechts die Rede. Hier geht es vielmehr darum, dass Recht nicht warten kann und auch nicht wartet, bis diese Gegenmächte – etwa aufgrund von Marktmechanismen – sich soweit entwickelt haben, dass Ungleichgewichte wieder stabilisiert werden.

Informationsrecht ist daher auch ungeduldiges Recht. Damit hat es zwar – gerade wegen der Mythen, die sich um Recht ranken, sein eigenes Marketingproblem: Es steht – wie so manch anderes Rechtsgebiete – in der Spannung zwischen Anpassung an Veränderung und Sicherung eines zumindest mittelfristigen Erwartungshorizontes. Die Bewältigung dieser Spannung wird dem Recht gelegentlich als Langsamkeit gedeutet; die Übernahme der normativen Aufgabe, um Machtverschiebungen zu bewältigen, bevor sie ein Markt ausgeglichen hat, wird als Regulierungseifer kritisiert: Das Recht macht es niemandem Recht. Darin wird auch die zukünftige Aufgabe des Informationsrechts liegen.