

## Informationsrecht als Gestaltungsaufgabe: Eine transatlantische Begegnung

Inhaltsübersicht	Seite
I. Die Geschichte eines Begriffs	854
II. Cyberlaw – und das Recht des Pferdes	856
1. Lessigs Strukturargument	856
2. Coase' Transaktionsargument	858
3. Das Substanzargument als «tragische Wahl»	860
III. Europäisches Informationsrecht	863
IV. Die transatlantische Hürde	867
V. Wege und Ziele	868

In den Vereinigten Staaten, der Wiege des Internet, waren zu Beginn des dritten Jahrtausend fast 100 Millionen Menschen online, also über moderne integrierte, digitale Informations- und Kommunikationsnetze miteinander verbunden. Viele empfanden die Informations- und Kommunikationsumgebung, in der sie sich wiederfanden, als einen neuen Raum, der sich individuell und kollektiv «erobern» lässt. Der Begriff des «cyberspace», des durch das Netz geschaffenen Raumes, machte Karriere, und mit ihm das Wort vom «cyberlaw», der – jedenfalls für Juristen – «final frontier».

In den Vereinigten Staaten bevorzugt der öffentliche wie der juristische Diskurs das Wortungetüm vom «Cyberrecht». Es klingt spannend und modern, stellt einen direkten Konnex zum Internet und dem «cyberspace» her, und betont damit die Verbundenheit zu einer – wie absurd das auch sein mag – virtuellen geographischen Verortung. Der traditionellere Begriff «Informationsrecht» hatte dagegen nie eine Chance, auch weil den Amerikanern «information law» viel zu sehr nach Regulierung der geradezu verehrten Informations- und Meinungsfreiheit klingt.

In diesem Essay will ich mich, zu Ehren Jean Nicolas Drueys, dem Informationsrecht aus amerikanischem Blickwinkel und – wenn man so will – über den Umweg des «cyberlaws» nähern und aus dieser transatlantischen Perspektive ein wenig über seinen Inhalt, seine Funktion und seine Bedeutung mutmassen. Es ist nichts mehr

als eine Fussnote in der spannenden Diskussion zum Informationsrecht, die Druey wesentlich mitgeprägt hat<sup>1</sup>.

## I. Die Geschichte eines Begriffs

Cyberlaw. Jedenfalls zweimal wurde der Begriff anfangs von der Politik gekidnappt. Einmal als amerikanische Kongressabgeordnete sich anschickten mit gesetzlichen Mitteln dem Schmutz und Schund im Internet Herr zu werden. Es war 1996. Die Regierung Clinton wollte ihr Bundesgesetz zur weitgehenden Liberalisierung des regionalen und lokalen Telekommunikationsmarktes durch den Kongress bringen. Die in der Mehrheit befindlichen Republikaner fügten dem Telecom Act<sup>2</sup> in letzter Minute ein Gesetz zum (so lautet die wörtliche Übersetzung) «Anstand in der Kommunikation» (den «Communication Decency Act»)<sup>3</sup> an und verabschiedeten es. Der Präsident sah von einem Veto ab – das hätte die gesamte Telekom-Liberalisierung auf die lange Bank geschoben. Damit wurde erstmals auf Bundesebene «cyberlaw» geschaffen – Recht, um den schmutzigen cyberspace auszumisten.

Darauf erklärte die Internet-Ikone John Perry Barlow am World Economic Forum in Davos stellvertretend für viele Internet-Nutzer den cyberspace für unabhängig<sup>4</sup>. Gesetze der realen Welt hätten, so Barlow, in ihm keine Geltung. Ausserdem mangelte es ihnen an der Möglichkeit der Durchsetzung<sup>5</sup>. Für ihn ist cyberspace ein neuer Raum für eine neue Gesellschaft<sup>6</sup>. Nicht nur mit dem Titel – «Declaration of Independence» – wollte er ganz bewusst an jene Erklärung 220 Jahre zuvor anknüpfen, die zum Urtext nationaler Selbstbestimmung schlechthin wurde<sup>7</sup>.

Diese beiden Extrempositionen sind inzwischen weitgehend antiquiert. Der Communication Decency Act (CDA), der antrat den cyberspace zu säubern, wurde vom

<sup>1</sup> Vgl. nur JEAN NICOLAS DRUEY, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zürich/Baden-Baden 1995.

<sup>2</sup> Public L. N° 104-104, 110 Stat 56, kodifiziert als 18 U.S.C. und 47 U.S.C.

<sup>3</sup> 47 U.S.C. § 609 (1996).

<sup>4</sup> JOHN PERRY BARLOW, *A Declaration of Independence of Cyberspace*, 56 *The Humanist* 18–19 (1996), online unter [http://www.eff.org/pub/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/barlow\\_0296.declaration](http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration).

<sup>5</sup> Id., «Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders.»

<sup>6</sup> Id., «We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before.»

<sup>7</sup> Id., «In the United States, you have today created a law, the Telecommunications Reform Act, which repudiates your own Constitution and insults the dreams of Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeToqueville, and Brandeis. These dreams must now be born anew in us.»

Supreme Court in wesentlichen Teilen für verfassungswidrig erklärt<sup>8</sup>, gerade weil das Höchstgericht nicht einsehen wollte, warum die Informationsfreiheit im cyberspace strenger reglementiert sein müsse, als im «realen» Leben<sup>9</sup>. Und Barlows Sicht erhielt zwar Unterstützung als David Johnston und David Post eloquent argumentierten, cyberspace sei ein separater Platz, für den ein eigenes Recht, analog zum *lex mercatoria*, von den Betroffenen in freier Selbstbestimmung zu etablieren sei<sup>10</sup>. Nur die Gemeinschaft der Internet-Nutzer selbst könne – im Gegensatz zu Nationalstaaten – eine umfassende Rechtsdurchsetzung (im Wesentlichen durch erzwungenen Ausschluss aus der Gemeinschaft) garantieren<sup>11</sup>. Aber auch gegen diesen Sonderweg wandten sich bald die Gerichte in einer Reihe von Entscheidungen, von der Verurteilung des Ehepaares Thomas<sup>12</sup> bis zum Verbot des Musiktauschsystems Napster<sup>13</sup>. Wenn aber der cyberspace kein besonderer Ort ist, dann bedarf es auch keines cyberlaw, um diesem Ort sein Recht zu geben<sup>14</sup>.

Cyberlaw kann aber auch als Querschnittsmaterie betrachtet werden, als Summe aller Rechtsnormen, die Aktivitäten von Internet-Usern am Netz normieren. Der Bogen spannt sich von der Informations- und Meinungsfreiheit über das Recht am geistigen Eigentum und dem Datenschutz zu vertragsrechtlichen Fragen von Willenseinigung, Abschluss(ort) und Erfüllung. Dazu kommt Internationales Privatrecht (IPR) und Internationales Zivilverfahrensrecht (IZVR) verbunden mit Nachbargebieten im Telekommunikations- und Medienrecht. In diesem Sinn wird cyberlaw heute an amerikanischen Law Schools unterrichtet – von Harvard bis Stanford, von NYU bis Berkeley<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> *ACLU v. Reno*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>9</sup> Der Gesetzgeber hat das nicht begreifen (wollen). Sein Versuch, den Geist des CDA durch Verabschiedung eines abgeschwächten Children Online Protection Act (COPA, kodifiziert als 47 U.S.C. § 1401) zu retten, scheiterte ebenfalls am First Amendment (*ACLU v. Reno* [*ACLU II*], 217 F.3d 162 [3d Cir. 2000]). Dessen Nachfolgemodell, der Children Internet Protection Act (CIPA, kodifiziert als 20 U.S.C. § 9134 und 47 U.S.C. § 254(h)) ist wieder Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens.

<sup>10</sup> DAVID JOHNSON/DAVID POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 *Stanford Law Review* 1367 (1996).

<sup>11</sup> DAVID POST, *Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995 *Journal of Online Law* art. 3.

<sup>12</sup> *United States v. Thomas*, 74 F.3d 701 (6<sup>th</sup> Circuit, 1996).

<sup>13</sup> *A&M Recordings et al. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Circuit, 2001).

<sup>14</sup> So auch JACK L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, 65 *University of Chicago Law Review* 1199 (1998).

<sup>15</sup> Vgl. etwa die Lehrveranstaltungen des Berkman Centers, <http://cyber.law.harvard.edu>.

## II. Cyberlaw – und das Recht des Pferdes

Diesem Ansatz ist schon bald Richter Frank Easterbrook anlässlich eines der ersten Symposien zum Thema mit scharfer Kritik entgegengetreten. Er warf den cyberlaw-Anhängern vor, sie würden sich mit etwas beschäftigen, das sich genauso gut als kohärentes Ganzes zusammenfassen, analysieren und lehren lasse, wie das «Recht des Pferdes»<sup>16</sup>. Auch Rechtsfragen rund um die Pferdehaltung könne man zusammenfassen und als Querschnittsmaterie betrachten, aber niemand tue das – mit gutem Grund. Denn das «Recht des Pferdes» eröffnet Juristen keine neue Perspektiven, sondern impliziert lediglich die Anwendung bekannter rechtlicher Figuren auf einen bestimmten Kontext von Lebenssachverhalten<sup>17</sup>.

### 1. Lessigs Strukturargument

Easterbrooks Kritik ist überzogen. Vielen heute arrivierten juristischen Gebieten – vom Handelsrecht zum Arbeitsrecht – wurde einstmals mit ähnlichen Argumenten die Bedeutsamkeit abgesprochen. Mehr noch: Einer ganze Reihe von «modernen» Rechtsgebieten – vom Medizinrecht über das Verkehrsrecht bis zum Schirecht – könnte man ähnliche Vorwürfe machen. Und doch ist seine Kritik im Kern ernst zu nehmen.

Was lässt es über die Mode und den dotcom bubble hinaus tatsächlich notwendig erscheinen, dem cyberlaw Aufmerksamkeit zu schenken? Sind es nicht des Kaisers neue Kleider?

Lawrence Lessig antwortete Richter Easterbrook<sup>18</sup>. Zuerst gibt er ihm recht: Ja, so gesehen sei cyberlaw in der Tat kein eigenes Rechtsgebiet. Aber Easterbrook mache einen Fehler, indem er nicht erkenne, dass uns cyberlaw – die Frage nach der Schnittstelle von Recht und cyberspace – etwas für die gesamte Rechtsordnung bedeutsames vermitteln könne. Lessigs Fokus ist die Funktion von Recht als gesellschaftliches Regulierungsinstrument. In unserem Verständnis beschränkt die Rechtsordnung das Handeln der Bürger. Im cyberspace, so Lessig, bedarf es dafür nicht des Rechts. Die Rolle kann – besser und billiger – von technischen Strukturen übernommen werden.

<sup>16</sup> FRANK H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 *University of Chicago Legal Forum* 207 (1996).

<sup>17</sup> Easterbrook ist nicht der einzige Kritiker; vgl. nur JOSEPH H. SOMMER, *Against Cyberlaw*, 15 *Berkeley Technology Law Journal* 1145 (2000).

<sup>18</sup> LAWRENCE LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach*, 113 *Harvard Law Review* 501 (1999).

Wer wiederum die technischen Strukturen – Netze, Hardware, Software – kontrolliert, der sei der wahre Normsetzer. «Code [gemeint ist Softwarecode] is law», schreibt er plakativ<sup>19</sup>.

Je stärker sich die Regulierung gesellschaftlicher Kommunikation aber weg vom Recht und hin zur Technik verlagert, desto intensiver muss man die Techniker fragen, nach welchen Verfahren sie diese Regeln festlegen. Lessig sorgt sich dabei nicht nur unmittelbar um Verfahrensgerechtigkeit, Transparenz, Minderheitenrechte oder demokratische Legitimation, sondern ganz allgemein um die damit einhergehende Privatisierung des gesellschaftlichen Diskurses und Meinungsbildungsverfahrens<sup>20</sup>.

Mit dieser geschickten Zuspitzung auf die strukturelle Herausforderung des cyberspace für das Recht ist Lessig berühmt geworden, auch wenn andere vor ihm schon von dieser Herausforderung gesprochen haben<sup>21</sup>. Frederick Schauer hat darüber hinaus zur Vorsicht gemahnt: Nicht erst seit dem Internet normiert die Technik, wie wir miteinander umgehen<sup>22</sup>. Schauer verweist auf den Trabant aus DDR-Zeiten: Damit sei es unmöglich gewesen, schneller als 130 km/h zu fahren. Auch das sei eine technisch normierte Grenze. Deshalb aber sprechen wir noch nicht davon, dass der Trabant die Existenz der Rechtsordnung herausfordert.

Aber Lessigs Cyberspace-Strukturargument<sup>23</sup> und Schauers Trabant-Beispiel unterscheiden sich auf zweifache Weise voneinander: Funktional dient der Trabant der Fortbewegung, das Internet der Information und Kommunikation. Entgleitet der Gesellschaft die Normierung der Fortbewegung ist dies weniger bedeutsam als wenn andere über Information und Kommunikation der Menschen untereinander entscheiden. Zum zweiten sind – so hat schon Steinmüller festgehalten – digitale Informations- und Kommunikationstechnologien wesentlich flexibler gestaltbar<sup>24</sup>. Les-

<sup>19</sup> LAWRENCE LESSIG, *Code; and other Laws of Cyberspace*, New York 1999.

<sup>20</sup> Vgl. zuletzt LAWRENCE LESSIG, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*, New York 2001.

<sup>21</sup> Lessig selbst zitiert JOEL R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 *Texas Law Review* 553 (1998); den gleichen Ansatz hatten davor schon ROHAN SAMARAJIVA (*Electronic Public Space*, Vortrag Salzburg 1995), der meinte «space is no neutral container», und WILLIAM MITCHELL, *City of Bits: Space, Place, and the Infobahn*, Cambridge 1995, 111 ff.; rezipiert u.a. in VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Das Recht am Info-Highway*, Wien 1997, 40 f.

<sup>22</sup> FREDERICK SCHAUER in einem Vortrag vor der Subtech 2000 Konferenz, Juli 2000, Cambridge, MA; vgl. <http://www.subtech2000.harvard.edu>.

<sup>23</sup> Ich habe das wiederholt als «strukturelle Herausforderung» bezeichnet; vgl. VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Information Law Amid Bigger, Better Markets*, in JOSEPH NYE/JACK DONAHUE (HRSG), *Governance Amid Bigger, Better Markets*, Washington 2002, 266; VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *The International Lawyer in Times of Cyberspace*, in JENS DROLSHAMMER/MICHAEL PFEIFFER (HRSG), *The Internationalization of the Practice of Law*, The Hague 2001, 401.

<sup>24</sup> WILHELM STEINMÜLLER, *Riskante Netze, Informations- und Kommunikationstechnik zwischen Technologie-Abschätzung und Technik-Gestaltung*, Wien/München 1990, 30 f.

sigs Argument gewinnt an Wert durch die Kombination aus gesteigener Gestaltungsbedeutung und erhöhter Gestaltbarkeit des cyberspace. Er hat damit dem Begriff des cyberlaw neues, sinnvolles Leben eingehaucht.

Gesucht ist nicht mehr ein imaginiertes neues Rechtsgebiet errichtet aus Versatzstücken bereits bekannter Gebiete. Stattdessen mögen wir uns darauf konzentrieren, wie das Phänomen «cyberspace» (als Platzhalter für die neuen Informations- und Kommunikationsnetze) die Rechtsordnung an sich herausfordert. Der Einsatz hat sich verändert: Es geht nicht mehr um die Frage der Anwendung des Rechts auf den cyberspace – um seine rechtliche Fassung –, sondern vielmehr (und geradezu umgekehrt) um die von ihm ausgehende Gefahr für das Recht an sich. Für Lessig ist das ein zentraler Kern von Informationsrecht.

## 2. Coase' Transaktionsargument

Hinzu tritt eine weitere Dimension. Cyberspace impliziert viele wirtschaftliche Transaktionen am «globalen virtuellen Marktplatz». Transaktionen wiederum bedürfen, gerade wenn sie über zeitliche und örtliche Distanz abgeschlossen werden, des gegenseitigen Vertrauens der Transaktionspartner. Fehlt dieses Vertrauens, muss es aus anderer Quelle hinzutreten. Neben konkreten Quellen des Vertrauens – Bürgen, Garanten – ist das Recht eine abstrakte Vertrauensquelle: Es reicht mitunter, darauf zu vertrauen, dass im Konfliktfall die Rechtsordnung den Transaktionspartner zur vereinbarten Leistung zwingt<sup>25</sup>. Recht kann diese Funktion der Transaktionssicherung jedoch nur dann wahrnehmen, wenn die damit verbundenen Transaktionskosten relativ gesehen gering sind<sup>26</sup>. E-commerce-Transaktionen sind aber in der Regel durch relativ geringe Transaktionswerte bei relativ hohem Transaktionsvolumen gekennzeichnet. Das lässt das Recht als abstrakte Quelle des Vertrauens für E-commerce-Transaktionen unwirtschaftlich werden, besonders wenn diese Transaktionen über die Grenzen nationaler Rechtsordnungen hinaus abgeschlossen werden<sup>27</sup>.

Gelingt es dem Gesetzgeber nicht, die Transaktionskosten der Anwendung des Rechtes zu senken, werden Märkte nach Alternativen greifen<sup>28</sup>. In manchen Bereichen ist dies bereits geschehen: ICANN<sup>29</sup> sieht ein zwingendes ausserrechtliches Streit-

<sup>25</sup> Oder jedenfalls zum Ersatz des entstandenen Schadens.

<sup>26</sup> RONALD H. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

<sup>27</sup> Dazu VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Recht am Ende?*, FS Weissmann, Wien 2002, im Druck.

<sup>28</sup> Ich habe hier bewusst einen ökonomischen Ansatz gewählt. Man kann Information als Surrogat für Recht auch aus soziologischer Perspektive sehen; vgl. dazu schon Druey (FN 1), 39.

<sup>29</sup> The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), ein kalifornisches Non-profit-Unternehmen, das mit der Verwaltung des Internet-Adress-Systems betraut ist; <http://www.icann.org>.

beilegungsverfahren für Konflikte über Internet Domain Namen vor<sup>30</sup>. Amazon.com und andere E-commerce-Anbieter vertrauen weniger dem Recht, als den grossen, weltweiten Kreditkartenunternehmen die Durchsetzung ihrer Transaktionen an<sup>31</sup>. Und der virtuelle Marktplatz Ebay gibt seinen Kunden die Möglichkeit den jeweiligen Transaktionspartner zu bewerten<sup>32</sup>. Durch diesen Markt an Bewertungsinformationen konnte die Betrugsrate auf einen Fall je 60'000 abgeschlossene Transaktionen gesenkt werden – ganz ohne Recht<sup>33</sup>.

In dieser Infragestellung des Rechts ergänzt das Transaktionsargument Lessigs Strukturargument: Aus ökonomischen Gründen droht Recht durch andere Normen ersetzt zu werden, deren Entstehung und Anwendung nicht unseren bekannten Vorstellungen von Demokratie, Transparenz und Gerechtigkeit entsprechen. Die Beschäftigung mit cyberlaw wird so zu einem «test case» für das Recht an sich und gewinnt damit gleichzeitig – und keineswegs ungewollt – an Bedeutung. Bemerkenswert ist die gemeinsame Wurzel beider Argumentationsstränge: die Coase'sche Theorie der Transaktionskosten und der in Reaktion auf eine ökonomische Ineffizienz einhergehenden Gefahr der Verdrängung des Rechts. Ganz gleich, ob in die Debatte Recht aus prozessualer Sicht – also von den Transaktionen her – oder aus struktureller, institutioneller Sicht analysiert wird, es ist im Kern stets eine Diskussion auf dem Boden von «law and economics», der man durch den Hinweis auf die Gefährdung des Rechts an sich eine nachdrückliche Dramatik verleiht.

Für Mitteleuropäer muss das merkwürdig erscheinen. Zum ersten ist die Diskussion um die Transaktionskosten im grenzüberschreitenden E-commerce auch eine Diskussion über die rechtlichen Aspekte der Globalisierung<sup>34</sup>. Man könnte genauso

<sup>30</sup> Dazu MARTIN STOTTER, Domain Namen international: ICANN und ihr alternatives Streitbeilegungsverfahren, in VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER/Franz GALLA/Markus FALLENBÖCK (HRSG), *Das Recht der Domain Namen*, Wien 2001, 169; eine Bewertung nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bietet ANNETTE KUR, UDRP (2001), <http://www.intellecprop.mpg.de/Online-Publikationen/2002/UDRP-study-final-02.pdf>; kritisch dazu A. MICHAEL FROOMKIN, Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process, in CHRISTOPHER T. MARSDEN (HRSG), *Regulating the Global Information Society*, New York/London 2000, 211; sowie VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, Namenlose Zukunft?, in MAYER-SCHÖNBERGER/GALLA/FALLENBÖCK, 189.

<sup>31</sup> In den sechs Wochen vor Weihnachten 2001 etwa erhielt Amazon.com weltweit über 38 Millionen Einzelbestellungen mit einem Transaktionswert von weit unter 100 Euro; vgl die Pressemitteilungen unter <http://www.amazon.com>.

<sup>32</sup> Eine umfassende Analyse derartiger Märkte an Bewertungsinformationen bieten CHRISTOPHER AVERY/PAUL RESNICK/RICHARD ZECKHAUSER, *The Market for Evaluations*, *American Economic Review* 89(3), Juni 1999, 564.

<sup>33</sup> DEBORAH KONG, Internet auction fraud increases, *USA Today*, 23. Juni 2000.

<sup>34</sup> Diese Globalisierung der Gütermärkte unterscheidet sich von der Anfang des 20. Jahrhunderts stark ausgeprägten Internationalisierung, indem sie – wie erwähnt – die Hierarchie der traditionellen Handels- und Distributionsstrukturen durchbricht.

gut von der Notwendigkeit eines «Globalisierungsrechts» sprechen, ein Begriff der sich aber im Gegensatz zu cyberlaw bisher nicht verbreitet hat. Zum zweiten erinnert Lessigs Hinweis auf die normsetzenden Strukturen der Technik an eine frühere «Inkarnation» der informationsrechtlichen Diskussion, besonders in Deutschland. Vor allem Steinmüller<sup>35</sup> und Podlech<sup>36</sup> drängten Anfang der siebziger Jahre darauf Informationsrecht als Recht der Technologie-Abschätzung zu sehen. Die in der Strukturdebatte in den USA geforderte Offenlegung des Windows-Programmcodes, oder allgemeiner die (Re-)Demokratisierung des technischen Normsetzungsprozesses, ist ebenfalls der Versuch, die Folgen des Einsatzes von Informationstechnologien in die gesellschaftliche Diskussion – im Zuge von formalen Verfahren – zu re-integrieren<sup>37</sup>.

### 3. Das Substanzargument als «tragische Wahl»

«Law and economics» ist auch das Fundament eines dritten Typs von Cyberlaw-Debatten. Auf den ersten Blick scheint dieser Typ inhaltlich vielversprechender, weil er – im Gegensatz zu den beiden anderen dargestellten Diskussionen – nicht Technik oder virtuelle Transaktion, sondern die Information und die Rechtsbeziehung der Bürger zu ihr zum Ausgangspunkt der Überlegungen macht. An den beiden Themenbereichen «Schutz des geistigen Eigentums» und «Datenschutz» entwickeln sich daraus in den USA zwei mal zwei verwandte, im Folgenden kurz umrissene Argumentationsketten, die ich verkürzt darstelle.

#### a) Schutz geistigen Eigentums:

Variante aa): Durch die fortschreitende Digitalisierung geistiger Schöpfungen (Wort, Bild, Ton, Film) wird die Erstellung von Kopien nicht nur einfach. Kopien unterscheiden sich auch nicht mehr vom Original. Sie sind, im besten Sinn, selbst Originale. Deren weltweite Verbreitung ist über das Internet zu sehr geringen Kosten möglich. Die Schöpfer dieser Werke müssen hingegen zur Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte nationale Rechtsordnungen bemühen, die – soweit sie diese Rechte überhaupt durchsetzen können – zu langsam, zu teuer und zu partikulär sind. Der Schutz

<sup>35</sup> WILHELM STEINMÜLLER, Quo vadis Computer? – Vermutungen über Alternativen künftiger sozio-ökonomischer Entwicklungen, in GERD HOFFMANN/BARBARA TIETZE/ ADALBERT PODLECH (HRSG), Numerierte Bürger, Wuppertal 1975, 139.

<sup>36</sup> ADALBERT PODLECH, Datenschutz im Bereich der öffentlichen Verwaltung, München 1973.

<sup>37</sup> Dem scharfsinigen Beobachter kann die Ironie der Übereinstimmung von Lessig als Vertreter der Chicagoer Schule mit den systemtheoretischen Ansätzen Steinmüllers und Podlechs nicht verborgen bleiben.

geistigen Eigentums mag damit zwar formal noch nicht «tot» sein, aber in der Praxis setzen sich in Zeiten eines dezentralisierten, unkontrollierbaren Peer-to-Peer-Networking (Gnutella et al.) alle darüber hinweg<sup>38</sup>.

Variante bb): Die modernen Informations- und Kommunikationstechnologien (vor allem PC und Internet) erlauben erstmals einen umfassenden technischen Schutz aller Werke. Eine Kombination aus Hard- und Software kann ein illegales Vervielfältigen und Verbreiten ausschließen. Produzenten und Rechteinhaber haben ein nachhaltiges Interesse, diesen technischen Schutz geistigen Eigentums zu etablieren. Microsofts Digital Rights Management Software<sup>39</sup>, RealNetworks Real Jukebox<sup>40</sup> und Intels Chip-ID<sup>41</sup> sind erste Schritte in diese Richtung. Voraussetzung aber für diesen perfekten Schutz geistigen Eigentums ist die vollständige Transaktionstransparenz. Jede Aktivität, jedes Klicken, jedes Handeln am Computer und im Netz müssen vom System aufgezeichnet und analysiert werden. Das bedeutet die Abschaffung der Privatsphäre und der Anonymität. Mit anderen Worten: Geistiges Eigentum lässt sich auch in der Informationsgesellschaft schützen, aber nur gegen Aufgabe des Rechtes auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung<sup>42</sup>.

#### b) Datenschutz/informationelle Selbstbestimmung:

Variante aa): Durch die fortschreitende Digitalisierung personenbezogener Informationen wird deren Erfassung, Verarbeitung, Speicherung, und Weitergabe immer leichter. Wirtschaftlich spricht immer weniger für eine Informationsökologie und immer mehr für das Datensammeln auf Vorrat. Unter geschickter Ausnutzung eines Forum Shoppings lassen sich Informationsverarbeiter dort nieder, wo bei ausreichender Netz-Verbindung nationale Datenschutznormen am geringsten ausgebildet sind<sup>43</sup>. Die Verbringung personenbezogener Daten ins Ausland ohne Zustimmung des Betroffenen ist zwar in vielen nationalen Datenschutznormen untersagt. Aber wie beim Schutz geistigen Eigentums scheidet die Durchsetzung dieser nationalen Normen an den

<sup>38</sup> Vgl. DAMIEN A. RIEHL, Peer-to-Peer Distribution Systems: Will Napster, Gnutella, and Freenet Create a Copyright Nirvana or Gehenna?, 27 Wm. Mitchell Law Review 1761; GLYNN S. LUNNEY, The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act, 87 Va. Law Review 813.

<sup>39</sup> JOHN BORLAND, Microsoft plays OS card to cement anti-piracy role, CNET News.com, 1.2.2001.

<sup>40</sup> RealNetworks' Privacy Intrusion, Junkbusters, <http://www.junkbusters.com/ht/en/real.html>.

<sup>41</sup> JONATHAN WEINBERG, Hardware-Based ID, Rights Management, and Trusted Systems, 52 Stanford Law Review 1251.

<sup>42</sup> LESSIG (FN 19), 127 ff.

<sup>43</sup> Vgl. nur A. MICHAEL FROOMKIN, The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage, in BRIAN KAHIN/CHARLES NESSON (HRSG), Borders in Cyberspace, Cambridge 1997, 129.

damit verbundenen Kosten. «You have zero privacy anyway. Get over it.», rät launig Scott McNealy<sup>44</sup> und David Brin meint nicht nur pragmatisch, wir sollten diese gläserne Gesellschaft schätzen lernen, denn die informationelle Selbstbestimmung als subjektives Recht sei in der Informationsgesellschaft praktisch am Ende<sup>45</sup>.

Variante bb): Kenneth Laudon<sup>46</sup> schlägt vor, an personenbezogenen Informationen ein Quasi-Eigentumsrecht zu begründen. Damit würden die Betroffenen auf den ohnehin bereits bestehenden Märkten an personenbezogenen Informationen wenigstens eine wirtschaftliche Dispositionsrolle erhalten. Sie können dann selbst darüber bestimmen, wem sie für wieviel was an personenbezogenen Informationen für welchen Zweck überlassen. Die Durchsetzung der subjektiven Quasi-Eigentumsrechte auf einem derartigen weltweiten Markt personenbezogener Informationen soll einmal mehr die Technik übernehmen, denn nur mit ihrer Hilfe lassen sich – wie das Coase'sche Theorem<sup>47</sup> es verlangt – die Transaktionskosten legitimen Handelns gegenüber illegitimen Handelns relativ gering halten. Was Laudon fordert ist aber – und darauf hat Pamela Samuelson<sup>48</sup> hingewiesen – erneut ein perfektes technisches System der Überwachung jedes Einzelnen. Das aber hiesse nichts anderes als um das Recht auf Privatsphäre der Bürger zu schützen eben dieses wieder abzuschaffen – ein in der Tat hoher Preis<sup>49</sup>.

So scheinen wir vor einer durch und durch «tragischen Wahl» zu stehen. Uns bieten sich mehrere Strategien, die stets zum Ende eines zentralen Individualrechts unserer Gesellschaft führen. Cyberlaw als apokalyptischer Reiter? Das mag unterhalten und den Diskurs über zentrale gesellschaftliche Fragen informieren, anregen und gestalten. Aber es unterscheidet sich grundlegend von der in Europa geführten informationsrechtlichen Debatte.

<sup>44</sup> POLLY SPRENGER, Sun on Privacy: «Get Over It», *Wired News*, 26.1.1999, <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,17538,00.html>.

<sup>45</sup> DAVID BRIN, *The Transparent Society*, Reading 1998.

<sup>46</sup> KENNETH LAUDON, *Markets and Privacy*, *Communications of the ACM* 1996/9, 92; vgl. auch RICHARD S. MURPHY, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, 84 *Georgetown Law Journal* 2381 (1996); PATRICIA MELL, *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness*, 11 *Berkeley Technology Law Journal* 1 (1992).

<sup>47</sup> Das Coase'sche Theorem besagt, dass ein Recht stets bei jenem endet, der daraus den grössten Nutzen ziehen kann, unter der Voraussetzung vernachlässigbarer Transaktionskosten; vgl. COASE (FN 26).

<sup>48</sup> PAMELA SAMUELSON, *Privacy as Property?*, 52 *Stanford Law Review* 1125 (2000).

<sup>49</sup> Pikanterweise sieht LESSIG (FN 19), 161 f. in einem Quasi-Eigentumsrecht eine pragmatische Chance für den Datenschutz und übersieht dabei die Gefahr, die er für technische Strukturen zum Schutz geistigen Eigentums sehr wohl erkannt hat.

### III. Europäisches Informationsrecht

Natürlich: Auch in Europa hat man Lessig rezipiert<sup>50</sup> und ist sich der Herausforderung der Transaktionskosten im Ecommerce bewusst<sup>51</sup>. Jedenfalls in die akademischen Debatte fand auch hierorts die ökonomische Analyse des Rechts Eingang und machte Juristen mit dem Coase'schen Theorem vertraut<sup>52</sup>. Selbst Vorschläge, Teile der eigenen «persona» marktfähig zu machen, analog zu Laudons Vorstellungen in den USA, wurden eloquent und überzeugend vorgetragen<sup>53</sup>.

Doch den Brennpunkt der informationsrechtlichen Debatte konnten diese Einflüsse kaum verändern. In Deutschland hielt nach einer relativ kurzen Phase der Betonung der Technologie-Abschätzung<sup>54</sup>, Hans-Peter Bull fest, dass Informationsrecht nicht «Recht der Informationstechnik»<sup>55</sup> sei, sondern «Recht der Informationsbeziehungen»<sup>56</sup>. Und auch Jean Nicolas Druey sieht die Information als Fundament seiner Betrachtung. Für ihn ist Informationsrecht die Gesamtheit der Normen, die sich mit Information befassen<sup>57</sup>.

Aus diesen unterschiedlichen Auffassungen im amerikanischen und europäischen Diskurs ergibt sich – verständlicherweise – ein Spannungsfeld, das für beide Seiten von Bedeutung ist. Denn das Phänomen des cyberspace ist, wie Thomas Hoeren, treffend formuliert «de-territorialisiert»<sup>58</sup>. Dadurch aber wirkt jede Rechtsordnung unmittelbar in andere hinein. Es kommt zu so genannten «spill-over»-Effekten: Als ein bayerischer Staatsanwalt gegen den Geschäftsführer der deutschen Niederlassung

<sup>50</sup> Statt vieler BERND LUTTERBECK, Internet Governance, in HELMUT BÄUMLER (HRSG), E-Privacy – Datenschutz im Internet, Neuwied 2000; CHRISTIAN AHLERT, Lawrence Lessig, Spiegel Online, 27.9.2000, <http://www.spiegel.de/netzwelt/politik/0,1518,95412,00.html>.

<sup>51</sup> Vgl. nur HEINZ-DIETER ASSMANN/CHRISTIAN KIRCHNER/ERICH SCHANZE (HRSG), Ökonomische Analyse des Rechts, Stuttgart 1993.

<sup>52</sup> COASE (FN 26).

<sup>53</sup> BRUNO SEEMANN, Prominenz als Eigentum, Baden-Baden 1996; ANDREAS FREITAG, Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, Baden-Baden 1993; vgl. auch vorsichtiger HORST-PETER GÖTTING, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995; MICHAEL LEHMANN, Das wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht von Anbieter und Nachfrager, in HANS FORKEL (HRSG), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen: Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt/Main 1985, 255.

<sup>54</sup> STEINMÜLLER (FN 35); PODLECH (FN 36).

<sup>55</sup> Dieser Bereich heisst dementsprechend auch nicht *Informationstecht*, sondern *Informatikrecht*.

<sup>56</sup> HANS-PETER BULL, Vom Datenschutz zum Informationsrecht – Hoffnungen und Enttäuschungen, in HARALD HOHMANN (HRSG), Freiheitssicherung durch Datenschutz, Suhrkamp 1987, 173 hier 181.

<sup>57</sup> DRUEY (FN 1), 43.

<sup>58</sup> THOMAS HOEREN, Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, 2849.

von CompuServe, einem weltweiten Online-Service-Dienst der heute zu AOL/Time-Warner gehört, wegen der über CompuServe zugänglichen Informationen ermittelte, nahm die CompuServe-Zentrale in den USA eine grosse Menge an Informationen aus dem System<sup>59</sup>. Und der «Economist» fragte rhetorisch: «When Bavaria wrinkles its nose, must the whole world catch a cold?»<sup>60</sup> So werden Amerikaner und Europäer im cyberspace unmittelbar mit der jeweils anderen Rechtsordnung konfrontiert. Die daraus resultierenden Spannungen werden durch die zunehmende Verwobenheit des Internet und des E-commerce nur noch stärker offenkundig. Gleichzeitig fehlt, besonders für sensible Bereiche, ein objektives Verfahren der Beilegung dieser Spannungen. Das zeigt nicht zuletzt der lange Streit<sup>61</sup> um die extraterritoriale Dimension der EU-Datenschutz-Richtlinie<sup>62</sup>.

Aber warum können wir nicht erwarten, dass sich diese Spannungen im Laufe der Zeit entschärfen lassen? Warum ist gerade in einer Zeit der globalen Informationsvernetzung die Bildung eines gemeinsamen transatlantischen informationsrechtlichen Fundaments so schwierig?

x Die Europäer stellen – zu Recht – primär die Beziehungen zwischen Information und Individuum in den Mittelpunkt. Diese Verbindung zwischen Information und Mensch ist ein relationales Band, das die Rechtsordnung formal anerkennt. So wird es zum subjektiven Recht. Die Struktur dieses Bandes unterscheidet es aber von anderen subjektiven Rechten, deren Objekt nicht Information ist. Auch das subjektive Recht an Eigentum begründet ein Band zwischen einer Sache und dem darüber als Eigentümer Verfügungsberechtigten Individuum, aber dessen Struktur ist anders: Sie ist als Verfügungsrecht des Eigentümers über die Sache konzipiert. Diese klare Relation – vom Eigentümer zur Sache – ist dafür konstitutiv.

Die Struktur des Bandes zwischen Information und darüber Verfügungsberechtigtem Individuum ist hingegen eine andere. Natürlich hat sie – ähnlich dem Eigentumsrecht – auch die Dimension der Verfügungsgewalt. Aber, im Gegensatz zur Sache wirkt Information auch auf den damit verbundenen Menschen zurück. Für das Urheberrecht – ein vertrautes subjektives Recht an Information – ist uns das wohl bekannt: Ein Buch reflektiert auf den Autor, ein Bild eröffnet uns den Maler, ein

<sup>59</sup> Zum rechtlichen Context der Causa Somm ausführlich der mit der Verteidigung mitbeauftragte ULRICH SIEBER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen*, JZ 429 (Teil 1) und 494 (Teil 2) (1996).

<sup>60</sup> Sex on the Internet, *The Economist*, 6.1.1996, 18.

<sup>61</sup> Safe Harbor – Entscheidung der Kommission vom 26.7.2000, ABl L 215, 7 vom 25.8.2000, berichtigt durch ABl L 115, 14 vom 25.4.2001.

<sup>62</sup> RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281, 31 vom 23.11.1995.

Komponist offenbart sich durch seine Musik. Das gilt auch für personenbezogene Informationen. Auch sie sagen uns etwas über die betroffene Person. Bilder, Briefe und Tagebücher machen uns den Abgebildeten, den Autor zugänglich, sie reflektieren auf ihn zurück. Im Gegensatz zum Eigentumsrecht ist bei subjektiven Rechten an Information daher das Band zwischen Information und Individuum bidirektional, es wirkt in beide Richtungen.

Für das Urheberrecht ist diese Bidirektionalität jedenfalls im deutschsprachigen Raum bekannt. Sie ist nichts anderes als die im Monismus verwobenen vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Dimensionen<sup>63</sup>. Erstere betont die Verfügungsgewalt des Individuum über die Information. Zweitere repräsentiert die Rückwirkung der Information auf den Menschen. Durch diese Bidirektionalität unterscheiden sich subjektive Rechte an Information strukturell von anderen subjektiven Rechten. Horst-Peter Götting hat in seiner beeindruckenden Habilitationsschrift gezeigt, wie sich diese beiden Dimensionen auch in den Rechten am eigenen Bild und am eigenen Namen erkennen lassen<sup>64</sup>. Meine eigene Analyse lässt mich diese Liste noch durch andere subjektive Rechte, allen voran das informationelle Selbstbestimmungsrecht, soweit es als subjektives Recht an personenbezogener Information verstanden wird, ergänzen und vertiefen<sup>65</sup>.

Im Ergebnis impliziert dies ein besseres Verständnis für die Struktur der subjektiven Rechte an Information. Diese strukturelle Verwandtschaft bedeutet aber nicht, dass nun ein einheitliches subjektives Recht an Information kodifiziert werden könnte. Aufgrund der unterschiedlichen Formen und Kontexte bedürfen diese Rechte stets einer Konkretisierung. Aber diese ist im Grundsatz durch die bidirektionale Rechtsstruktur präformiert.

Der Vorteil einer einheitlichen strukturellen Sicht von subjektiven Rechten an Information ist die Vermeidung von Wertungswidersprüchen. So kann etwa nach österreichischem Recht jemand gegen die Veröffentlichung seines Bildes (dem kein zusätzlicher Nachrichtenwert zukommen darf) vorgehen, selbst wenn die damit verbundene Nachricht zutreffend ist<sup>66</sup>. Gegen die Nennung des eigenen Namens hingegen kann in analoger Weise – abgesehen von den Bestimmungen des MedienG<sup>67</sup> – nicht vorgegangen werden<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> EUGEN ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. A., Berlin 1980, 116.

<sup>64</sup> GÖTTING (FN 53).

<sup>65</sup> VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Information und Recht*, Wien/New York 2001.

<sup>66</sup> OGH 10.11.1992, ÖBl 1993, 36 = MR 1993, 59 = eclex 1993, 159 – Ronald Leitgeb; OGH 15.12.1992, MR 1993, 61 = ÖBl 1993, 39 – Austria Boss.

<sup>67</sup> Vgl. §§ 7, 7a, 7c öMedienG.

<sup>68</sup> OGH 22.10.1986, JBl 1987, 37.

Eigentümlich ist mitunter auch der Umfang des Rechtes: Während das Urheberpersönlichkeitsrecht auch nach dem Tod des Urhebers fort dauert<sup>69</sup>, endet der analoge persönlichkeitsrechtliche Anspruch am eigenen Namen<sup>70</sup>. Der Bildnisschutz hingegen dauert nur fort, insoweit Interessen von nahen Angehörigen dadurch betroffen sind<sup>71</sup>.

Vollends widersprüchlich ist schliesslich die Regelung finanzieller Entschädigung beim Eingriff in diese subjektiven Rechte. Wer das urheberrechtlich geschützte Werk eines Autors ohne dessen Zustimmung verbreitet, hat dafür ein angemessenes Entgelt zu leisten<sup>72</sup>. Ein auf einem Photo Abgebildeter hat diesen Anspruch hingegen nur, wenn er «prominent» ist<sup>73</sup>.

In einer Zeit der nahezu vollständigen Digitalisierung ist es nicht nachvollziehbar, warum unterschiedliche «Sorten» von Information so unterschiedlich behandelt werden. Das Modell einer gemeinsamen Struktur der subjektiven Rechte an Information kann die theoretische Grundlage für die Überwindung dieser (und vieler weiterer<sup>74</sup>) Wertungswidersprüche liefern. Ein derartiges Modell der Rechtsbeziehungen könnte in der Folge mit den von Druey untersuchten spiegelbildlichen Rechtsansprüchen kombiniert werden: nicht jenen *über*, sondern *auf* Information<sup>75</sup>. Das wäre eine innovative Fortentwicklung moderner informationsrechtlicher Ansätze.

Aber diese strukturelle Vereinheitlichung der Rechte an Information würde in den USA nicht Fuss fassen. Sie könnte im Gegenteil sogar zu einer Verstärkung des bereits beschriebenen transatlantischen Spannungsfeldes führen. Denn dem informationsrechtlichen Diskurs der USA ist die Sicht auf den innovativen Kern – die bidirektionale Rechtsbeziehung zwischen Information und Individuum – verstellt.

<sup>69</sup> § 60 öUrhG.

<sup>70</sup> WILLIBALD POSCH, in MICHAEL SCHWIMANN (HRSG), ABGB-Praxiskommentar, 2. A., Wien 1990, Rz 10 zu § 43.

<sup>71</sup> § 78 Abs. 1 i. V. m § 78 Abs. 2 i. V. m § 77 Abs. 2 öUrhG; vgl. dazu BGH 1989, JZ 1990, 37 – Emil Nolde.

<sup>72</sup> § 87 öUrhG.

<sup>73</sup> OGH 6.9.1983, ÖBl 1984, 141 – Fussballwerbung. Die deutsche Lehre fordert in diesem Fall die etwas flexiblere, aber grundsätzlich genauso problematische «kommerzielle Präformierung»; dazu JÜRGEN HELLE, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 2. A., Tübingen 1997, 217. Das österreichische Höchstgericht hat diese Idee «schlampig» übernommen.

<sup>74</sup> MAYER-SCHÖNBERGER (FN 65), 48 ff.; vgl. auch CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205.

<sup>75</sup> DRUEY (FN 1), 217 ff.

#### IV. Die transatlantische Hürde

Zum ersten fehlt den amerikanischen Verfügungsrechten an Information die persönlichkeitsrechtliche Komponente<sup>76</sup>. Zum zweiten kennen die Amerikaner keine dem Recht am eigenen Bild und Namen unmittelbar vergleichbaren subjektiven Rechte. Das «right to publicity» ist anders gebaut<sup>77</sup>. Zum dritten ist der Datenschutz auf Bundesebene kaum herausgebildet<sup>78</sup>. Der datenschutzrechtlichen Debatte auf einzelstaatlicher Ebene und in den Akademien mangelt es vielfach an theoretischer Fundierung. Zum vierten ist die amerikanische Rechtskultur aussergewöhnlich stark auf das Modell des Eigentumsrechts konzentriert. Subjektive Rechte an Information werden, so sie überhaupt ausdifferenziert sind, als «property right» verstanden<sup>79</sup>.

Voraussetzung für ein auf den bidirektionalen Rechtsbeziehungen aufbauendes Informationsrecht europäischer Prägung wäre folglich mit Veränderungen an der Ubiquität des Eigentumsrechts, – man möge mir diese Polemik entschuldigen – der «heiligen Kuh» amerikanischer Rechtskultur, verbunden<sup>80</sup>. Das ist unwahrscheinlich.

Das heisst nun nicht, dass der informationsrechtliche Rechtsrahmen in den USA in jedem Fall so bleibt, wie er ist. Veränderungen sind möglich, besonders wenn sie utilitaristisch begründbar sind. Schon in der Vergangenheit wurden fremde Rechtsfiguren in den amerikanischen informationsrechtlichen Kontext übernommen, ohne jedoch damit grundlegende Adaptierungen zu verbinden, falls dies im Gegenzug eine internationale Stärkung der «intellectual property rights» mit sich brachte<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Vgl. nur Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention, 10 Columbia-VLA Journal of Law and the Arts 513 (1986); das heisst aber nicht, dass das common law keine Möglichkeit bietet, vergleichbare persönlichkeitsrechtliche Ansprüche geltend zu machen; dazu JANE C. GINSBURG, Urheberpersönlichkeitsrechte im Rechtssystem des Common Law, GRURInt 1991, 593.

<sup>77</sup> Vgl. auch LEHMANN (FN 53).

<sup>78</sup> FRED H. CATE, Privacy in the Information Age, Washington 1997, 49 ff.

<sup>79</sup> Und dort, wo eine derartige Ausdifferenzierung noch nicht stattgefunden hat, wird sie entsprechend propagiert; vgl. LAUDON (FN 46), MURPHY (FN 46), MELL (FN 46).

<sup>80</sup> Dazu CAROL M. ROSE, Property & Persuasion, Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership, Westview 1994; kritisch MARGARET JANE RADIN, Reinterpreting Property, University of Chicago Press 1993.

<sup>81</sup> Um den Beitritt der USA zur RBÜ zur ermöglichen, wurde der Visual Artists Rights Act 1990 (Public Law 101-650, Title VI, Stat 5128-32; eine deutsche Übersetzung findet sich in ZUM 1992, 76) verabschiedet, der erstmals auch geistige Interesse der Urheber ausdrücklich schützt; zur mitunter heftigen Debatte dazu JOCHEN DIESELHORST, Das Ende des «amorales» Copyrights?, GRURInt 1992, 902; ADOLF DIETZ, Die USA und das «droit moral»: Idiosynkrasie oder Annäherung?, GRURInt 1989, 627.

Denkbar ist auch – auf den ersten Blick überraschend – die Schwächung der «intellectual property rights»; allerdings nicht aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit, sondern für den Fall, dass die daraus resultierende, verstärkte Informationsdiffusion ein effizienteres Wirtschaften erlaubt<sup>82</sup>.

## V. Wege und Ziele

Anders als die auf Vermeidung von Widersprüchen und Konsistenz abzielenden europäischen Ansätze verbindet sich in den USA Informationsrecht stets mit einem konkreten politischen Gestaltungsziel. Recht ist ein Mittel der gesellschaftlichen Gestaltung, und die Debatte darüber, welches Recht wie verändert werden soll, um diesen oder jenen positiven Nutzen zu erzielen, ist in Akademie und Praxis nicht nur legitim, sondern zentral. Im theoretisch überlegenen Europa hingegen versagt man sich regelmässig der Gestaltungsaufgabe. Das sei Rechts*politik* und damit nicht Aufgabe für Juristen. Verbindet sich aber juristische Theorie nicht mit dem praktischen Gestaltungswillen, kann Europa nicht Vorreiter werden und wenigstens versuchen, transatlantisch zu wirken.

Und genau das ist – überspitzt natürlich, wie es sich für einen Essay geziemt – der Zustand des Informationsrechts auf beiden Seiten des Atlantiks: Während das wissende Europa sich einmal mehr nicht traut, ist Amerika Helmut Qualtingers «Wilde auf der Maschin' [Motorrad]»<sup>83</sup>: Sie weiss zwar nicht wohin, ist aber mit Sicherheit schneller dort.

<sup>82</sup> Die Rechtsentstehungsgeschichte der Urheberrechtsnovellen in den USA hat jüngst mit diesem Ergebnis herausgearbeitet JESSICA LITMAN, *Digital Copyright*, Amherst 2001.

<sup>83</sup> HELMUT QUALTINGER, *Sämtliche Kabarett-Aufnahmen*, Wien 1996.