

Die Forschungsstelle Recht im DFN-Verein – Geschichte, Status und Perspektiven



Thomas Hoeren

Institut für Informations-,
Telekommunikations- und Medienrecht
- Zivilrechtliche Abteilung -
Leonardo-Campus 9
48149 Münster
Deutschland
hoeren@uni-muenster.de

Prof. Dr. Thomas Hoeren. Geboren am 22. August 1961 in Dinslaken. 1980–1987 Studium der Theologie und Rechtswissenschaften in Münster, Tübingen und London. 1986 Erwerb des Grades eines kirchlichen Lizentiaten der Theologie. 1987 Erstes Juristisches Staatsexamen, 1991 Zweites Juristisches Staatsexamen. 1989 Promotion an der Universität Münster (Thema der Dissertation: „Softwareüberlassung als Sachkauf“). 1994 Habilitation an der Universität Münster (Thema der Habilitation: „Selbstregulierung im Banken- und Versicherungsrecht“). 1995–1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf (Professur für Bürgerliches Recht und internationales Wirtschaftsrecht). Seit April 1996 Richter am OLG Düsseldorf. Seit April 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (Professor für Informationsrecht und Rechtsinformatik) sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrechts (ITM).

Zusammenfassung

Die „Forschungsstelle Recht im DFN“ ist ein mit jungen Wissenschaftlern mit besonderen Fachkenntnissen besetztes Projekt unter dem Dach des DFN-Vereins, das sich mit einschlägigen Rechtsfragen befasst und den Mitgliedern des DFN über Artikel, Handlungsempfehlungen, Mustertexte, Seminare und Vorträge Hilfestellung für den rechtlichen sicheren Umgang mit dem Wissenschaftsnetz gibt.

Auf Grundlage der Arbeiten der Forschungsstelle Recht im DFN verfügt der DFN-Verein über eine umfangreiche Materialsammlung, die im Webauftreten des DFN-Vereins zu finden ist. Kennzeichnend für dieses Projekt ist die konstruktive Zusammenarbeit der anfangs untereinander fremdelnden Wissenschaftler aus Recht und Technik, die sich als überaus fruchtbar für die Feststellung des technisch Machbaren und rechtlich Möglichen erweist. Nicht ohne Grund hat sich der Gesetzgeber in verschiedenen einschlägigen Gesetzgebungsverfahren auch auf Stellungnahmen der Forschungsstelle Recht im DFN gestützt.

1996 kam es zur Gründung der Forschungsstelle Recht beim DFN-Verein, eine Art Rechtsberatungsstelle für den

DFN-Verein und seine vielfältigen Mitglieder, die im Laufe der Jahre viele tausend Anfragen beantwortet hat. Ungezählt sind die Vorträge, die die Mitarbeiter der Forschungsstelle zusammen mit mir für den DFN-Verein gehalten haben. Die ungezählten telefonischen und schriftlichen Anfragen sind in Aufsätze, Checklisten, Bücher eingeflossen, die den Mitgliedern der DFN-Familie zur Verfügung stehen. Aus diesem breiten Erfahrungsschatz sei einiges an Themen resümiert.

1 Phase der Variation (1995–1998)

Das Internetrecht stand am Anfang mitten in der Anarchie. Etwa ab 1995 machten sich erste Juristen in Deutschland Gedanken über den Zusammenhang von Internet und Recht. Doch schon die Fragestellung galt damals als absurd. Amerikanische Wissenschaftler wie David Post betonten damals noch, dass es absolut unzulässig sei, rechtliche Ansätze des Internet anzudenken. Das Internet sei ein rechtsfreier Raum; Andy Müller-Maguhn, Deutschlands oberster Hacker, sprach von den Juristen als Diebe des virtuellen Raums. Damals kam es auch zu einem eigentümlichen „Clash of Cultures“. Erstmals trafen EDV-Rechtler auf Immaterialgüterrechtler. Ich erinnere mich noch an eine Tagung im Europäischen Patentamt, organisiert vom Institut für Urheber- und Medienrecht, bei der es um Rechtsfragen des Internet ging. Die sonst sehr selbstreferentiell-hermetische Urheberrechtsszene bemerkte während der Veranstaltung, dass eine Reihe von Gesichtern ihr gänzlich unbekannt war. Es handelte sich um Juristen aus dem Bereich des EDV-Rechts, die von der technischen Seite her Interesse an dem Thema Internet hatten. Die beiden Gruppen prallten bei der Veranstaltung unversöhnlich aufeinander und sind bis heute noch nicht aneinander gewöhnt.

Die Forschungsstelle Recht hat diese Entwicklung von Anfang an gestaltend mitverfolgt. Ein typischer Einleitungssatz vieler Stellungnahmen aus dieser Zeit war: „Die Frage ist bislang kaum in der Literatur behandelt worden und ist derzeit als ungelöst anzusehen. Eine abschließende Stellungnahme zu diesem komplexen Problem kann daher noch nicht gegeben werden.“ Typische Themen dieser Art waren z. B.

- die Zulässigkeit der Speicherung von IP-Adressen und Rechnerbezeichnungen bei Abrufen im WWW.
- Missbrauch eines DFN-Accounts (für Privatpersonen) zur Versendung von ca. 20000 Spam-Mails,
- Abmahnungen durch Scientology wegen der angeblich urheberrechtswidrigen Verbreitung von internen Papieren über den Universitätsserver durch einen Studenten.
- Auskunftersuchen der Kripo zur Identifikation eines Nutzers anhand der IP-Adresse durch Auswertung der Log-Files.

Es zeigte sich, dass die Anwendung bestehender Gesetze zwar schwierig, aber durchaus gewinnbringend war. Vieles konnte man im Übrigen durch Benutzungsordnungen und Musterverträge regeln. So entstanden in diesen Jahren die ersten Benutzungsordnungen für die Rechenzentren sowie z. B. die Geschäftsbedingungen für das WiN-Shuttle.

2 Die Phase der Selektion (1997–2001)

Noch während in einzelnen Teilbereichen anarchisch über den rechtsfreien Raum Internet resümiert wurde, kamen erste Gesetzgebungsinitiativen auf. Insbesondere der ehrgeizige Bundesforschungsminister Rüttgers scharfte eine Spezialistengruppe um sich, um sich mit Pilotgesetzgebungsverfahren zum Internetrecht einen Namen zu machen. Zu schaffen war das erste Teledienstgesetz mit Regelungen zur Haftung von Internet Providern. Hinzu kam europaweit das erste Signaturgesetz. Parallel dazu wurde das Telekommunikationsgesetz verabschiedet mit der damals noch offenen Option eigener Vorschriften zur Überwachung des Telekommunikationsverkehrs. Auch im Urheberrecht ging es vorwärts. Mit der Verabschiedung der Sonderbestimmung zum Datenbankrecht wurden auch wesentliche Inhalte des WWW einem sondergesetzlichen Schutz unterstellt. Auch die Rechtsprechung blieb nicht untätig. Insbesondere auf dem Gebiet des Domainrechts entwickelte sich allmählich eine bunte Judikatur, die sogar allmählich Konturen annahm, insbesondere als der Bundesgerichtshof mit ersten Entscheidungen aufwarten konnte.

Diese Entwicklungen hinterließen auch ihre deutlichen Spuren beim DFN-Verein. Erstellte wurde eine Vielzahl rechtspolitischer Stellungnahmen zu wichtigen Gesetzgebungsvorhaben, in denen insbesondere die Positionen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen deutlich gemacht wurden. Zu nennen ist hier u. a.

- der Entwurf eines Übereinkommens des Europarates über Datenkriminalität (Draft Convention on Crime in Cyberspace)
- die Neuordnung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)
- der Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr
- das Telekommunikationsgesetz insbesondere im Hinblick auf die Telekommunikationsüberwachung
- die ersten Regelungen zum Signaturrecht.

Hinzu kamen erste Diskussionen mit der Musikindustrie, die die Access Provider zur Verwendung eines speziellen Filtersystems verpflichten sollten. Nach ausführlicher rechtlicher und technischer Diskussion zwischen DFN-Verein und IFPI wurde das Rights Protection System von Novell zu Grabe getragen. Erstellte wurden im Übrigen Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Auftrag zur Registrierung einer deutschen Internet-Top-Level-Domain (DE-Domain), Datenschutzpolizies für das CERT, Checklisten für den Umgang mit den Strafverfolgungsbehörden und zu DFN@home u. a.

3 Die Phase der Stabilisierung (2001–2006)

In der Zwischenzeit werden die einmal gesetzten Pfähle zementiert. Aufgrund veränderter Vorgaben aus Brüssel wur-

de das Haftungssystem im Teledienstgesetz noch einmal angepasst. Auch kam es zu einem neuen Signaturgesetz. Im Übrigen werden die erreichten Leitideen verfeinert und so genannte Second Generation Issues thematisiert. So ist am Beispiel des Domainrechts in der Zwischenzeit klar, wie ein effektiver Rechtsschutz gegen Domaingrabbing aussehen kann. Neu hinzugekommen ist als Spezialfrage das Thema, wie man durch eine Domain aufgrund entsprechender Benutzung einen kennzeichenrechtlichen Schutz bekommen kann. Typische Fragen der zweiten Generation sind auch Themen wie die Zulässigkeit der Spam-Filterung, des Virenschutzes und der Anwendung des Signaturrechts in der Praxis.

4 Neue Entwicklungen (seit 2006)

Die digitale Gesellschaft hat sich weiter entwickelt und nimmt immer mehr Einfluss auf die Gesellschaft und die Gesetzgebung. Dies wird bestimmt durch Vorgaben der EU, bspw. im Fall der Vorratsdatenspeicherung, aber auch durch Alleingänge der Bundesregierung, wie im Fall der diskutierten Internetsperren und das Zugangserschwerungsgesetz. Betrachtet wurden die Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und dort gerade der Auskunftsanspruch der Rechteinhaber, zu dem die Forschungsstelle Recht mehrere Stellungnahmen erarbeitete. Andere Themen waren weiterhin die rechtliche Bewertung von Viren und gerade auch Spamfiltermethoden. Der Vielzahl von technischen Möglichkeiten vom Black- bis zum Whitelisting stehen die rechtlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes, sowie des Datenschutzrechtes gegenüber.

Auch der Bereich der Privatisierung von Diensten macht vor den Mitgliedern des DFN Vereins nicht halt. Mehrere Hochschulen und Institute überlegen bspw. ihre E-Mail Dienste von privaten Unternehmen abwickeln zu lassen oder für ihre Dokumente Cloud-Computing Dienste zu verwenden. Gerade bei solchen Verträgen zwischen privaten Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen bedarf es einer genauen Überprüfung der Dienste und der zu schließenden Verträge. Auch politische Themen sind weiterhin auf der Agenda der Forschungsstelle so wurden Themen wie Vorratsdatenspeicherung, das BSI Gesetz und das ACTA Abkommen betrachtet und kommentiert. In Zukunft werden vermehrt Stellungnahmen zum neuen Bundesdatenschutzgesetz und gegebenenfalls dessen Umsetzung auf Länderebene zu erwarten sein. Jedoch sind auch Themen wie die Vorratsdatenspeicherung, Internetsperren und die Umsetzung eines dritten Urheberrechtsreformkorbes weiterhin zu beobachten. Und wie wird die Forschungsstelle Recht diese Entwicklungen begleiten? Auch in Zukunft wird die Forschungsstelle – in enger Verbindung mit Frau Annette Rülke (dem „guten Geist“ in Berlin) und den anderen MitarbeiterInnen der DFN-Geschäftsstelle – mit Stellungnahmen, Vorträgen, Workshops, Checklisten, Vertragsmustern, Telefonauskünften, Aufsätzen, Briefings und vielen E-Mails die Forschungseinrichtungen und Hochschulen begleiten.

Und doch bedarf es künftig auch einer tiefergehenden Forschung, einer Klärung rechtsdogmatischer Fragen gerade für den DFN-Verein und seine Mitglieder: die Frage der Regulierung.

5 Die Zukunft: Regulierung des Informationsrechts

Jede Regulierung verfolgt letztlich das Ziel, bestimmten Werten (z. B. Schutz bestimmter Gruppen, freier Zugang zu bestimmten Information oder generell Gerechtigkeit und ein gerechter Ausgleich widerstreitender Interessen), die vom Regulierenden für allgemein erstrebenswert anerkannt werden, Geltung zu verschaffen. Dabei kann es um die Durchsetzung schon bestehender Wertentscheidungen gehen (Verbot der Verbreitung von Kinderpornographie, Verbot der Verletzung von Persönlichkeits- oder Urheberrechten), aber auch um neue Fragen (sollen Provider haften oder möglichst ungehindert Informationen verbreiten, ist ein stärkerer Verbraucherschutz erforderlich, besteht Regelungsbedarf für digitale Signaturen etc.). Hieraus ergeben sich mit Blick auf das Internet verschiedene Fragen:

Wer ist zur Regulierung (und Bestimmung der erstrebenswerten Werte) berufen?

Ist eine Regulierung oder eine erneute oder (z. B. zur Sicherstellung besserer Durchsetzung bestehender Regeln) ergänzende Regulierung erforderlich?

Mit welchen Mitteln ist eine sinnvolle und effektive Regulierung möglich?

a) Wer soll regulieren?

Die Frage, wer regulieren soll, lässt sich aufgrund der bisherigen Diskussion aufteilen. Zum einen ist zu entscheiden, ob die Regulierungsaufgaben nach wie vor von prinzipiell (ebenefalls denkbare Ausnahmen wären überstaatliche oder zwischenstaatliche Organisationen) territorial bezogenen Staatsorganen wahrzunehmen sind, oder ob das Internet ein Raum der Selbstregulierung sein soll.

So interessant die Theorie der Self-Regulation auf den ersten Blick erscheint, so erforderlich erscheint auch eine kritische Untersuchung des Vorschlags. Fraglich ist vor allem, ob mit dem Verständnis des Internets als ein eigenständiger Raum die Probleme der Grenzüberschreitung wirklich gelöst werden. Möglicherweise kommt es nur zu einer Problemverlagerung, wenn zwar nicht mehr gefragt wird, wo territoriale Grenzen im Cyberspace überschritten werden, man aber die Frage stellen muss, wo die Grenze vom Cyberspace zur realen Welt (und dort wieder: zu welchem Teil der realen Welt) überschritten wird. Entscheidend scheint zu sein, dass die Wirkung von Verhalten im Cyberspace eben nicht auf dessen „Bewohner“ beschränkt bleibt, sondern immer auch By-stander in der realen Welt treffen kann und tatsächlich trifft. Bei konsequenter Durchführung des Gedankens der Selbstregulierung droht den Außenstehenden letztlich eine Verweigerung effektiven Rechtsschutzes.

Fraglich ist ferner, ob die Befürwortung kompletter Selbstregulierung nicht zu vorschnell ist. Zieht man die von Kuhn begründete Theorie des Paradigmawechsels heran, ist zu bedenken, dass hiernach ein neues Paradigma erst dann eine Chance auf Anerkennung hat, wenn das alte Paradigma der normalen Wissenschaft sich unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten zur Rätsellösung als ungeeignet erwiesen hat und die normale Wissenschaft daher in eine Krise gestürzt hat.

Dieser Punkt ist möglicherweise noch nicht erreicht, da eine umfassende Anwendung des alten Paradigmas noch gar nicht stattgefunden hat. Dieses hält Instrumentarien zur Bewältigung grenzüberschreitender Sachverhalte bereit, nämlich das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht. Vorab wäre daher zu untersuchen – und damit schließt sich der zweite Teil der Frage, wer regulieren soll, an: nämlich welcher Staat in welchen Fällen – ob diese Instrumentarien nicht sinnvoll auch im Zeitalter grenzenloser Informationsverbreitung angewendet werden können.

b) Wie könnte eine sinnvolle und effektive Regulierung aussehen?

Als Mittel der Regulierung stehen mehrere Methoden zur Auswahl, deren Analyse hinsichtlich der Geeignetheit, der Effektivität und den zu erwartenden Problemen unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Rechtssysteme einen Schwerpunkt bilden sollte.

Gesetzgebung

Das Mittel der formellen staatlichen Gesetzgebung ist zurzeit wohl der häufigste Regulierungsansatz. Als Beispiele können hier das EGG und das TMG in Deutschland und die Vielzahl von Richtlinien der EU genannt werden. Ebenso vielzählig wie diese Regelungen sind aber auch die Beispiele gescheiterter oder fragwürdiger Regelungen. Viele Gesetze erscheinen überstürzt, weil der Versuch unternommen wird, die zeitliche Herausforderung der technischen Entwicklung anzunehmen. Gesetze werden in großer Eile erarbeitet, ohne dass in dieser Eile eine seriöse Erfassung der Problematik in ihrer ganzen Komplexität überhaupt möglich wäre – und trotz der Eile sind die meisten Regelungen schon im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens technisch überholt. Der Versuch des Gesetzgebers, mit der Technik Schritt zu halten, führt letztlich wohl nur zu einem permanenten erfolglosen Anpassungsbedarf.

Vor dem Hintergrund dieser Probleme bedürfen folgende Punkte einer Klärung durch die Informationsrechtswissenschaft:

Wie könnte die Gesetzgebungstechnik im Online-Umfeld sinnvollerweise aussehen? Zu untersuchen wäre z. B., ob es dem Gesetzgeber möglich ist, technische Entwicklungen zu antizipieren und so die „Haltbarkeit“ der Regelungen zu verlängern. Hierher gehört auch die Frage, ob eine Gesetzgebung möglich ist, die sich von konkreten technischen Ausgestaltungen gänzlich löst und mit funktionellen Regelungen operiert – oder ob eine aussagekräftige Gesetzgebung nicht vielmehr technische Grundlagen ganz konkret bezeichnen muss, um Probleme gezielt zu regulieren.

Interessant erscheint auch die Untersuchung des Regulierungsobjekts. Sollen Gesetze das gewünschte Ziel unmittelbar ansprechen oder empfiehlt sich eine mittelbare Regulierung durch Vorgaben für die zugrundeliegende Technik. Abzugrenzen von einer solchen Regulierung der Technik (durch letztlich andere Zwecke verfolgende Gesetze) wäre dann die Regulierung durch Technik, die indes starke Gefahren der Benachteiligung technisch unterlegener Gruppen mit sich bringt. Möglicherweise ändert sich auch der Ansatz des Staates, wie er seine Schutzpflichten wahrnimmt. Der

im hochtechnisierten Umfeld oft praktisch wirkungslose unmittelbare Rechtsgüterschutz durch Androhung von Sanktionen könnte von der Pflicht des Staates ersetzt oder ergänzt werden, seinen Bürgern technischen Selbstschutz zu ermöglichen.

Regulierung durch Nichtregulierung?

Das angesprochene Problem der gesetzgeberischen Eile, beim Versuch mit technischen Entwicklungen Schritt zu halten, und die begrenzte „Haltbarkeit“ entsprechender Regelungen führt zu einem anderen Regulierungsansatz – der Regulierung durch Nicht-Regulierung.

Bei prinzipiell neuen Fragen kann dies z. B. durch sog. Moratorien geschehen, die dazu dienen, Klarheit über das Ausmaß der Problematik zu erlangen und abzuwarten, bis neue technische Tendenzen erkennbar werden.

Aber auch bei prinzipiell bekannten Problemen, die im Online-Bereich in einer neuen Dimension auftreten, erscheint eine Untersuchung des Ansatzes der Regulierung durch Nicht-Regulierung interessant. Damit ist die Frage angesprochen ob – auch zur effektiven Rechtsdurchsetzung – tatsächlich eine gesetzgeberische Neu- oder Ergänzungsregulierung erforderlich ist oder ob die Entwicklung nicht vielmehr ganz oder wenigstens zunächst der praktischen Rechtsanwendung vor allem der Rechtsprechung überlassen werden kann.

Die Ausgangsposition ist die, dass das geltende Recht zunächst natürlich auch dann gilt, wenn die geregelten Fragen im online Umfeld auftreten. Aufgrund ihrer Pflicht zur Justizgewährung werden daher zwingend auch die Gerichte mit diesen Fragen konfrontiert und müssen unter Beachtung der tatsächlichen Besonderheiten und Neuartigkeiten zu einer Entscheidung kommen. So entwickelt sich mit der Zeit ein Internet-Case-Law. Dieser zwingende Vorgang könnte auch als Form der Regulierung verstanden werden, eben als Regulierung durch Nicht- (gesetzgeberische) Regulierung bzw. als Regulierung durch Rechtsprechung.

Die Vorteile dieser Form der Regulierung könnten in Folgendem bestehen:

Für die Rechtsentwicklung steht insgesamt ein längerer Zeitraum zur Verfügung, da anders als bei Gesetzen kein finales Datum des Inkrafttretens eine Grenze setzt.

Die Regulierung durch Rechtsprechung erscheint wesentlich flexibler als starre gesetzliche Regeln und sie ist weniger statisch. Die Entwicklung findet in einem dynamischen Prozess unter Einschaltung mehrerer Richter, Instanzen, Rechtsanwälten und Gutachtern statt; eine Fehlentscheidung ist in einem anderen Verfahren oder in höherer Instanz viel leichter korrigierbar als eine gesetzliche Fehlentscheidung; den jeweiligen technischen Gegebenheiten und Besonderheiten des Falles kann individuell und zeitgemäß Rechnung getragen werden – Gerichte können immer vom technischen Status quo im Zeitpunkt der Entscheidung ausgehen; die Folge könnte eine größere Einzelfallgerechtigkeit sein.

So interessant dieser Ansatz klingt, so scheint doch seine Realisierbarkeit in besonderem Ausmaß vom jeweiligen Rechtssystem, dem jeweiligen Rechtsverständnis und der jeweiligen Rechtskultur abzuhängen.

In Kontinentaleuropa und speziell in Deutschland sieht sich eine Regulierung durch Rechtsprechung der Grenze des strengen Rechtspositivismus gegenüber. Die bestehenden Gesetze lassen dem Richter mitunter kaum Spielräume oder Anpassungsmöglichkeiten, selbst wenn sie neuen tatsächlichen Gegebenheiten kaum noch gebührend Rechnung tragen. Die Angst vor zu viel richterlicher Freiheit ist unter Hinweis auf die Bedeutung der Rechtssicherheit groß. Zugunsten der Rechtssicherheit müssen letztlich auch Einschränkungen zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit in Kauf genommen werden. Jedoch scheint die Gefahr zu wachsen, dass aufgrund einer sich rapide ändernden tatsächlichen Umwelt die typischerweise in abstrakten gesetzlichen Vorschriften verkörperte Balance zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit gestört wird, weil die Vorschriften den neuen Umständen nicht mehr angemessen Rechnung tragen können.