

## Rechtssicherheit und Marktbeherrschung im elektronischen Welthandel: die Globalisierung des Rechts als Herausforderung der Rechts- und Wirtschaftstheorie

in: Juergen B. Donges, Stefan Mai (Hrsg.), *E-Commerce und Wirtschaftspolitik*, Stuttgart (Lucius & Lucius) 2001, S. 189-206

### 1. Einleitung

Der elektronische Handel wird die Wirtschaft tiefgreifend verändern: insoweit herrscht weitgehend Einigkeit. Welche konkreten Auswirkungen sich aus der Etablierung eines elektronischen Weltmarktplatzes für die Handels- und Wettbewerbsstrukturen ergeben werden, ist hingegen unklar. Gegenwärtig konkurrieren zwei unterschiedliche Visionen:

Nach einer Ansicht wird die Welt zwar etwas virtueller und vor allem effizienter, im übrigen bleibt aber alles wie es ist. Die Aufregung um die New Economy ist danach völlig übertrieben, in einer anstehenden Konsolidierungsphase [S.190] werden die meisten Internet-Start-Ups vom Markt verschwinden oder von den großen etablierten Unternehmen übernommen. Wenige Global Player werden die elektronischen Weltmärkte unter sich aufteilen, wobei diese jeweils über regionale Tochterunternehmen tätig werden. Für kleine Unternehmen verbleiben allenfalls Marktnischen.

Die Gegenvision beschreibt den elektronischen Handel als Welt des vollständigen Wettbewerbs. Marktzutrittsschranken werden durch das Internet weitgehend beseitigt, so dass auch kleine Unternehmen mit minimalen Investitionen Zugang zum Weltmarkt erlangen können. Standort und Größe eines Unternehmens verlieren an Bedeutung, während Flexibilität, Innovationskraft und Schnelligkeit zu alles entscheidenden Faktoren werden. Zwischen einer auf hoher Markttransparenz beruhenden neuen Verbrauchersouveränität und einem verschärften internationalen Standortwettbewerb werden den „mice“ gegenüber den „elephants“ die besseren Chancen eingeräumt.

Wenn einem die zweite Vision aus wettbewerbspolitischer Sicht auch sympathischer erscheinen mag, so liegt die Wahrheit doch wahrscheinlich – wie so häufig – irgendwo in der Mitte (Klodt, 2001). Der elektronische Handel birgt spezifische Herausforderungen an die Rechts- und Wirtschaftspolitik. So haben die Europäische Union und der deutsche Gesetzgeber in den vergangenen Jahren eine Reihe von Maßnahmen ergriffen, die wirksame elektronische Vertragsschlüsse ermöglichen und gleichzeitig die Rechte des Verbrauchers sichern sollen (Hübner, 2001).<sup>1</sup> Die Politik stößt allerdings auf Grenzen, wo es um inhärent globale Probleme geht (Schäfer, 1999; Engel, 2000). Wo etwa soll der institutionelle Rahmen für den grenzüberschreitenden elektronischen Handel herkommen und wer tritt den Beherrschern der elektronischen Weltmärkte [S.191] entgegen? Diesen Fragen an eine als interdisziplinäre Institutionentheorie verstandene Rechts- und Wirtschaftstheorie, die im Zweifelsfall auch ohne Staat und Politik auskommen muss, wird im folgenden nachgegangen.

### 2. Elektronischer Handel: jenseits von Transaktionskosten

Fasst man unter E-Commerce zunächst einmal sämtliche Phänomene der Kommerzialisierung des Internet, so stellt sich das Internet als gigantische Maschine zur Reduktion von Transaktionskosten dar (Kenney/Curry, 2000, 34). Denn das Internet ist eine Infrastruktur, die Information und Kommunikation weltweit nahezu in Echtzeit zu sehr geringen, entfernungsunabhängigen Kosten ermöglicht. Bezeichnen Transaktionskosten diejenigen Reibungsverluste, die bei der Bestimmung, Übertragung und Durchsetzung von Verfügungsrechten für einen bestimmten Leistungsaustausch entstehen, so handelt es sich dabei vornehmlich um Kosten der Information und Kommunikation (Picot 1993, 4194). Gliedert man die Transaktionskosten nach Anbahnungs-, Vereinbarungs-, Abwicklungs-, Kontroll- und Anpassungskosten (Picot 1993, 4195; ähnlich Bonus/Maselli, 2000, 3075), so scheint der Schwerpunkt der Kostenersparnis durch das Internet im Bereich der Anbahnungskosten, also der Kosten der Information über potentielle Vertragspartner, Preise, Qualität und sonstige Konditionen, zu liegen. In den übrigen Bereichen sinken zwar die Kosten der Kommunikation an sich, nicht unbedingt aber der damit verbundene Zeitaufwand, der weitgehend vom Grad der Standardisierung des Leistungsaustausches abhängig ist.

Der konkrete Umfang der Kostenvorteile hängt im übrigen vom Ausmaß der Elektronisierung des Handels ab: je mehr Verfahrensschritte im Prozess des Leistungsaustausches online vorgenommen werden, desto höher die Kostenvorteile gegenüber dem traditionellen Handel. Im Idealfall der digitalisierbaren Güter (Musik, Video) und Dienstleistungen (E-Banking) kann die gesamte Transaktion, von der Anbahnung (Information) über den

\* Diese Arbeit wurde von der Volkswagen-Stiftung im Rahmen des Forschungsvorhabens „Globales Recht für grenzüberschreitende Schuldverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern im elektronischen Geschäftsverkehr“ gefördert.

1 Auf europäischer Ebene sind als wichtigste Maßnahmen die Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG), die Signaturrichtlinie (99/13/EG) und die E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG) zu nennen. Eine E-Banking-Richtlinie (KOM (1999) 559) befindet sich in Vorbereitung. Der deutsche Gesetzgeber ist der EU durch Erlass des Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes und den korrespondierenden Mediendiensteestaatsvertrag zum Teil mit der Folge eines entsprechenden Anpassungsbedarfs an die später erlassenen Richtlinien vorausgeeilt, während er die Umsetzungsfrist im Falle des Fernabsatzgesetzes sogar knapp überschritten hat.

Vertragsschluss, die Lieferung und Bezahlung bis hin zur Behandlung von Leistungsstörungen (Reklamation, Rückabwicklung, Streitschlichtung) elektronisch [S.192] abgewickelt werden. Bei der Lieferung physischer Waren an Verbraucher (Bücher) stehen den Kosteneinsparungen bei der Vertragsanbahnung hingegen erhöhte Aufwendungen im Bereich der Logistik gegenüber.<sup>2</sup>

Aus der Art des beschriebenen Kostensenkungspotentials lassen sich m.E. zwei Schlussfolgerungen im Hinblick auf zukünftige Änderungen der Handelsstrukturen ableiten:

- Erstens wird der Direktvertrieb zwischen Produzenten und Endabnehmern deutlich zunehmen. Zahlreiche Intermediäre, ja sogar ganze Handelsstufen verlieren im elektronischen Handel weitgehend ihre Funktion.<sup>3</sup>
- Zweitens wird der grenzüberschreitende Waren- und Dienstleistungsverkehr als Folge der Ubiquität des Internet (Engel, 2000) extreme Zuwachsraten aufweisen. Insbesondere im Bereich der digitalisierbaren Güter und elektronischen Dienstleistungen wirkt E-Commerce als Katalysator einer Globalisierung, die jenseits der internationalen Kaufmannschaft auch kleinere und mittlere Unternehmen und den Verbraucher miteinbezieht.

Diese Schlussfolgerungen sind nicht deckungsgleich, führen zusammen genommen aber zu der These, dass ein Unternehmer das in den Möglichkeiten [S.193] des E-Commerce enthaltene Potential zur Senkung der Transaktionskosten optimal nutzt, wenn er die von ihm hergestellten Produkte weltweit direkt an den Endabnehmer vertreibt.<sup>4</sup> Das ergibt sich schon daraus, dass der räumlich relevante Markt im elektronischen Handel per se der Weltmarkt ist. Wer einen E-Shop eröffnet, erreicht damit – jedenfalls bei Verwendung der Weltsprache Englisch – potentiell alle Internetnutzer der Welt. Während die Transaktionskosten im traditionellen Außenhandel besonders hoch sind (*Streit/Mangels* 1996, 75), müssten im elektronischen Handel hingegen erst besondere technische Vorkehrungen getroffen werden, um den räumlich relevanten Markt einzuzugrenzen.<sup>5</sup> Folglich ist das Einsparpotential gerade im grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr besonders hoch.

### 3. Die Bedeutung rechtlicher Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Handel

Wirtschaftliche Transaktionen bedürfen eines institutionellen Rahmens, um die Transaktionskosten durch Stabilisierung von Verhaltenserwartungen soweit zu senken, dass das Vorkommen solcher Transaktionen überhaupt wahrscheinlich wird. Im Binnenhandel wird diese Funktion vom nationalstaatlichen Wirtschaftsrecht erfüllt. Der institutionelle Rahmen kann freilich in Abhängigkeit vom Maß an Rechtssicherheit, welches gewährleistet wird, mehr oder weniger effizient ausfallen. Recht selbst ist damit ein Transaktionskostenfaktor und als solcher Gegenstand der ökonomischen Analyse des Rechts (*Posner*, 1998). Im Rahmen einer Analyse des Binnenhandels mag man diese rechtlichen Transaktionskosten mit der Neoklassik noch als Konstante ausklammern können, weil alle Transaktionspartner von den Vor- und Nachteilen [S.194] gleichermaßen betroffen sind. Bei grenzüberschreitenden Transaktionen werden hingegen mehrere nationale Rechtssysteme berührt, so dass sich jeweils die Frage stellt, welches Recht anwendbar ist, ob eine Doppelregulierung greift etc.

Dabei ist nach öffentlichem und privatem Wirtschaftsrecht zu unterscheiden. So unterliegt etwa ein Anbieter von Finanzdienstleistungen zunächst in seinem Heimatstaat öffentlich-rechtlichen Aufsichtsregeln zum Schutz der Anleger und zur Wahrung der Stabilität des Finanzsystems. Will er diese Finanzdienstleistungen auch in einem anderen Staat erbringen, so unterliegt er zusätzlich dem Marktrecht im Vertriebsstaat, d.h. der Vertrieb des Produktes muss den dortigen Behörden angezeigt werden, bestimmte länderspezifische Anforderungen müssen erfüllt werden usw. (*Calliess*, 2000). Darüber hinaus stellt sich die Frage, welchem Privatrecht die vertraglichen Beziehungen mit den Anlegern unterliegen. Hierzu enthält jede nationale Privatrechtsordnung eigene Kollisionsregeln, das sog. Internationale Privatrecht, so dass die Frage nach der Geltung einer bestimmten Privatrechtsordnung häufig davon abhängt, vor welchem Gericht Klage erhoben wird. Das Internationale Privatrecht bietet damit keine hinreichende Rechtssicherheit, um grenzüberschreitende Transaktionen zu fördern (*Streit/Mangels* 1996, 81).

Das gilt insbesondere dann, wenn ein Anbieter – wie im Falle des inhärent globalen E-Commerce - aus seinem Heimatstaat heraus Produkte in eine Vielzahl von anderen Ländern exportieren möchte, da dann ebenso

2 An dieser Stelle sei angemerkt, dass der Transaktionskostenbegriff zuweilen sehr weit gebraucht wird. Ob die Kosten der Einrichtung und Unterhaltung eines stationären Handelssystems als Vertriebskosten noch zu den Transaktionskosten gehören (so *Kenny/Curry* 2000), mag Ansichtssache sein, Logistikkosten dürften jedenfalls nicht mehr dazu zählen, wenn man der o.g. Definition folgt, da ja nicht die Kosten des Leistungsaustausches selbst, sondern die der Übertragung von Verfügungsrechten gemeint sind.

3 Natürlich bleibt in einigen Bereichen die Bündelungsfunktion des Handels erhalten (z.B. Lebensmittel). Bei höherwertigen Produkten hat der Direktvertrieb hingegen Aussicht auf Erfolg, wenn vergleichbar dem klassischen Fabrikverkauf die Kostenvorteile teilweise an den Verbraucher weitergegeben werden. Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob der Begriff „E-Commerce“ wirklich zutreffend mit „elektronischer Handel“ übersetzt ist. Denn Handel treiben im klassischen Sinne nur die Kaufleute, die selbst nichts produzieren, sondern nur kaufen und weiterverkaufen. Präziser erscheint der juristisch gebräuchliche Terminus „elektronischer Geschäftsverkehr“.

4 Unbestritten kann es auch im E-Commerce zahlreiche Gründe für die Einschaltung von Intermediären, seien dies unabhängige Handelsplattformen, elektronische Marktplätze oder virtuelle Kaufhäuser, geben. Inhaber begehrter Marken sowie Anbieter von einmaligen bzw. konkurrenzlosen Produkten haben aber wenig Grund, Dritte am Vertrieb zu beteiligen.

5 Zu den Möglichkeiten eines „Zoning“ des Internet über digitale Signaturen vgl. *Lessig* (1999), 30 ff.

viele unterschiedliche Rechtsordnungen zu berücksichtigen sind (Junker 1999). Diese rechtliche Komplexität wird beim Handel unter Kaufleuten (B2B) reduziert, weil nach dem Internationalen Privatrecht vieler Länder das anzuwendende Privatrecht entweder durch freie Vereinbarung der Parteien bestimmt wird, oder aber mangels einer solchen Rechtswahl das Recht am Sitz desjenigen gilt, der die „vertragscharakteristische Leistung“ erbringt, also kein Geld zahlt, sondern eine Ware liefert oder eine Dienstleistung erbringt. Im grenzüberschreitenden B2B-E-Commerce unterliegt der Anbieter von Waren und Dienstleistungen damit regelmäßig nur einer Privatrechtsordnung, nämlich der eigenen (Herkunftsstaatprinzip) oder einer gewählten (Rechtswahlfreiheit).

[S.195] Im Verkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern sind diese Grundsätze hingegen eingeschränkt. Aus Gründen des Verbraucherschutzes gilt etwa im harmonisierten Internationalen Privatrecht der Europäischen Union (EVÜ) grundsätzlich das Privatrecht am Wohnort des Verbrauchers, von dessen Verbraucherschutzniveau auch im Wege der Rechtswahl nicht zu Ungunsten des Verbrauchers abgewichen werden darf (Mankowski, 1999; Calliess 2001). Grenzüberschreitender B2C-E-Commerce unterliegt deshalb den je unterschiedlichen Verbraucherschutzrechtlichen Anforderungen aller beteiligten Staaten. Die Kosten der Abstimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers mit allen involvierten Privatrechtsordnungen – falls eine solche aufgrund von Inkohärenzen nicht überhaupt unmöglich ist – sind absurd. Das internationale Verbraucherschutzrecht stellt sich damit für kleinere und mittlere Unternehmen als Zutrittschranke zum globalen Markt dar. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die rechtlichen Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Handel extrem hoch ausfallen.

Im Rahmen der traditionellen Außenhandelsstrukturen ist dies allerdings kein größeres Problem. Denn der grenzüberschreitende Warenverkehr wird von der internationalen Kaufmannschaft in einer Weise organisiert, die die rechtlichen Transaktionskosten als eher marginal erscheinen lässt. Die Rechnung ist relativ einfach: wenn sehr große Volumina bewegt werden, dann fallen selbst hohe Rechtsberatungskosten bei international tätigen Anwaltsbüros gemessen am Umsatz kaum ins Gewicht. Kleine grenzüberschreitende Transaktionen lohnen im gegenwärtigen institutionellen Rahmen hingegen nicht. Die internationale Kaufmannschaft hat im Import/Export-Geschäft deshalb eine Bündelungsfunktion übernommen, die darüber hinaus zur Folge hat, dass der Kreis der Transaktionspartner überschaubar bleibt. Da in kleinen Gruppen ein höheres Maß an sozialer Kontrolle erfolgt, konnten die Kaufleute sich zudem jenseits der nationalen Rechtssysteme auf ein eigenes, von sozialen Sanktionen getragenes Soft-Law-System, die *lex mercatoria*, stützen, welches wesentlich auf internationalen Handelsbräuchen und einer außerstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit fußt (Streit/Mangels, 1996; Berger, 2000).

[S.196] Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr hat dagegen bisher nur in Nischen stattgefunden. Unter grenzüberschreitendem Dienstleistungsverkehr werden in Anlehnung an die Unterscheidung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit im EG-Vertrag solche Transaktionen verstanden, bei denen der Leistungserbringer im Staat des Leistungsempfängers nicht über eine eigenständige Niederlassung verfügt. Verträge werden dann entweder über Fernkommunikationsmittel (Post, Telefon) geschlossen, oder der Verbraucher reist zum Leistungserbringer, bzw. der Verbraucher wird von einem Reisevertreter des Leistungserbringers aufgesucht. Letzteres lohnt allerdings wiederum nur ab einem bestimmten Transaktionsvolumen. So werden etwa sog. „High Net Worth Individuals“, also Privatanleger mit mindestens einer Million DM verfügbaren Anlagekapitals, von Angestellten Schweizer Banken in Deutschland besucht. Zur Vermeidung der Anwendbarkeit deutschen Bankaufsichtsrechts fungieren diese formal nicht als Vertreter, sondern bloß als Boten. Auch von Produzenten feiner englischer Herrenschuhe ist bekannt, dass diese Ihre Kunden zum Aufmassservice in Deutschland aufsuchen.<sup>6</sup>

Im Retailgeschäft werden hingegen nur einige Global Player über eigenständige Tochtergesellschaften tätig, die dann vollumfänglich dem deutschen öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht unterliegen. Die hohen rechtlichen und tatsächlichen Aufwendungen, die mit der Etablierung von Tochtergesellschaften verbunden sind, lohnen sich nur, wenn sie als versunkene Transaktionskosten in der Folge auf eine breite Transaktionsbasis im B2C-Massengeschäft umgelegt werden können. [S.197]

#### 4. Recht für den elektronischen Weltmarkt: institutionelle Experimente jenseits des Staates

Wenn als Folge des Abbaus faktischer Transaktionskosten durch das Internet (s.o. 2.) die Möglichkeit entsteht, auch wertmäßig kleinste Transaktionen im Business to Consumer (B2C) Bereich grenzüberschreitend abzuwickeln, dann wird die Abwesenheit von Rechtssicherheit allerdings zum Problem. Anders formuliert steigt das relative Gewicht rechtlicher Transaktionskosten im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr enorm an, weil die faktischen Transaktionskosten in diesem Bereich durch die Etablierung des E-Commerce minimiert werden. Aus

---

<sup>6</sup> Aufgrund hoher faktischer Transaktionskosten kommen grenzüberschreitende Dienstleistungen im traditionellen Handel sehr selten vor. Da sie im Gegensatz zum grenzüberschreitenden Warenverkehr nur schwer kontrollierbar sind, unterliegen sie gegenwärtig kaum einer rechtlichen Regulierung. Gemäß dem Territorialitätsprinzip ist der Anwendungsbereich nationaler Dienstleistungsregulierungen regelmäßig nur dann eröffnet, wenn der Dienstleistende eine Betriebsstätte im Vertriebsstaat hat. Eine WTO-E-Commerce Initiative müsste deshalb weniger auf die Beseitigung von Hindernissen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs (Hauser/Wunsch-Vincent, 2001), als auf eine Verhinderung der erstmaligen Regulierung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen zielen.

diesem Befund ergibt sich ein hoher Normierungsbedarf im Hinblick auf einen institutionellen Ordnungsrahmen für den globalen B2C-E-Commerce.

Solange dieser Normierungsbedarf nicht gedeckt wird, spricht vieles dafür, dass die beschriebenen Potentiale des B2C-E-Commerce nicht ausgeschöpft werden können. In der Tat findet ein globaler E-Commerce im Sinne der zweiten Vision gegenwärtig kaum statt. Vielmehr realisiert sich bisher eher die erste Vision, wenn die Global Player des E-Commerce jeweils über eigene Tochtergesellschaften in Deutschland bzw. im Europäischen Binnenmarkt tätig werden. Die Unternehmensorganisation von AOL-Europe, Amazon.de oder Yahoo-Deutschland unterscheidet sich in rechtlicher Hinsicht nicht von der des traditionellen Handels, etwa des amerikanischen Katalogversandhauses *Land's End*, das in Deutschland über eine Niederlassung nach deutschem Recht tätig wird.

Wie wird also das normative Vakuum, das der gegenwärtige Rechtsrahmen lässt, zukünftig ausgefüllt? Aus transaktionskostenanalytischer Sicht wäre die Lösung über ein internationales Einheitsrecht ideal, da die rechtlichen Transaktionskosten im grenzüberschreitenden E-Commerce dann denen im nationalstaatlichen Binnenhandel entsprächen. Die Abwesenheit eines funktionsfähigen globalen politischen Systems macht eine solche Lösung allerdings sehr unwahrscheinlich. Im gegenwärtigen institutionellen Rahmen wäre lediglich der Weg über einen völkerrechtlichen Vertrag denkbar, der sodann von den einzelnen Staaten in nationales Privatrecht umgesetzt werden müsste. Ein [S.198] Blick auf die schier unendliche Entstehungsgeschichte des UN-Kaufrechts, dessen Anwendungsgebiet auf den internationalen Warenkauf zwischen Kaufleuten beschränkt ist, zeigt, dass mit einer vergleichbaren Regelung für den B2C-E-Commerce in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden kann.

Daher stellt sich die Frage, ob sich im Vorfeld eines in weiter Ferne liegenden Einheitsrechts nicht ein globales Soft-Law-System für elektronische Verbraucherverträge vergleichbar etwa der *lex mercatoria* entwickelt lässt (Johnson/Post 1996; Mefford 1998). Ein global einheitlicher Verbraucherschutzstandard kann sich dabei als Gewohnheitsrecht zunächst ganz automatisch – gleichsam als *unintended side effect* – aus dem zunehmenden praktischen Vollzug von grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen ergeben, indem sich bestimmte im Rahmen der Privatautonomie im Einzelfall vereinbarte Vertragsklauseln (etwa ein Rücktritts- oder Umtauschrecht) in der Rechtspraxis durchsetzen (Berger 1999). Im Gegensatz zum Wettbewerb der Rechtsordnungen als Wettbewerb zwischen in sich systematisierten, auf Vollständigkeit angelegten Regelungsentwürfen (Streit/Wolgemuth 1999) bedarf die Entstehung von Gewohnheitsrecht im Wettbewerb einzelner Vertragsklauseln aber eines ganz erheblichen Zeitraums und wird kaum in absehbarer Zeit zum nötigen Maß an Rechtssicherheit führen.

Als Alternative bietet es sich deshalb an, einheitliche Verbraucherschutzstandards und effektive Verfahren zu deren Durchsetzung mit den Mitteln der Selbstregulierung zu etablieren, an die sich die Wirtschaft im Wege der freiwilligen Selbstverpflichtung bindet. Unter dem Stichwort Selbstregulierung im Internet werden neben dem Verbraucherschutz vor allem Fragen des Datenschutzes und der Datensicherheit (Carblanc 2000) sowie der Kontrolle von Inhalten im Hinblick auf den Jugendschutz (Waltermann/Machill 2000) diskutiert. Vorbild für eine Selbstregulierung des Internet in diesen traditionellen Bereichen nationalstaatlicher Politik ist die seit Entstehung des Internet relativ erfolgreiche Etablierung und Fortentwicklung technischer Standards (Protokolle, Domain-Namen, Adressen, Root Server etc.) unter dem Dach der Internet Society (ISOC), deren Aufgaben teilweise von der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) übernommen wurden (Mayer 2000).

[S.199] In die Entwicklung und Etablierung effektiver Selbststeuerungsmechanismen speziell auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr sind zahlreiche staatliche, internationale und private transnationale Organisationen involviert, von der Europäischen Kommission und der Federal Trade Commission über die OECD, G 7 (8), WTO, ITU, UNCITRAL, UN/CEFACT, ISO, CEN, ICC, Unidroit bis hin zum Trans Atlantic Consumer Dialogue (TACD), dem Global Business Dialogue on E-Commerce (GBDe), der Bertelsmann-Stiftung, Internet-Service-Provider-Verbänden etc. (Calliess 2001). Internetregulierung scheint hier nur im Wettbewerb hybrider Akteure zwischen Staat, Wirtschaft und ziviler Bürgergesellschaft möglich (Jayasuria 1999; Perrit 2000; Grewlich 2000; Engel/Keller 2000).

Ziel insbesondere der privaten Akteure, die teils (z.B. GBDe) auf Anregung staatlicher Akteure (EU-Kommission) etabliert wurden (der aktivierende Staat), ist es, im Wege der Selbstregulierung etwa durch Bildung von Kartellen der großen Internet Service und Content Provider weltweit gültige Standards für Jugend-, Daten- und Verbraucherschutz in Codes of Conduct niederzulegen und zu deren Durchsetzung trustmarks, filtersoftware sowie nicht-staatliche Konfliktlösungsmechanismen (Alternative Dispute Resolution, „ADR“) zu etablieren (GBDe 2000). Damit soll im Interesse der New-Economy einerseits das Vertrauen der Verbraucher gewonnen werden, weil sich nur ein „clean and safe internet“ vermarkten lässt (Pichler 2000), andererseits soll – wie bei jeder Selbstregulierungsinitiative – eine kontraproduktive (national-, supra- oder internationale) staatliche Überregulierung verhindert und das derzeitige Regulierungschaos beseitigt werden (Christiansen 2000).

Es bleibt abzuwarten, ob es den privaten Selbstregulierungsinitiativen im Regulierungswettbewerb gelingt, Rechtssicherheit für den elektronischen Welthandel zu schaffen. Wie gezeigt wurde, ist die Beseitigung von Rechtsunsicherheit als Transaktionskostenfaktor gerade für kleinere und mittlere Unternehmen, und damit für die Entwicklung der Wettbewerbsstrukturen im Welthandel von entscheidender Bedeutung. Es besteht allerdings die Gefahr, dass sich innerhalb der Selbstregulierungskartelle (GBDe) vornehmlich die Interessen [S.200] der

Global Player durchsetzen. Durch Marktbeherrscher dominierte private Rechtsregimes für den elektronischen Weltmarkt führten dann zu einer Verlagerung des Problems von der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit.

## 5. Programme als Recht: die neue Macht der Marktbeherrscher

Es ist ein gesellschaftspolitisches Experiment ohne Vorbild, dass eine Infrastruktur, die wie das Internet nicht nur die Wirtschaft, sondern alle sozialen Bereiche revolutionieren wird, im Wettbewerb zwischen privaten Akteuren aufgebaut wird. Die Vorteile dieses Vorgehens sind bekannt: Der Staat wäre mit der Finanzierung der nötigen Investitionen überfordert, das Risiko von innovationshemmenden Fehlinvestitionen wird im Infrastruktur- und Technologiewettbewerb gemindert. Auf der Kehrseite ist dies allerdings mit einem enormen Machtzuwachs auf der Seite der beteiligten Internet Access-, Service- und Contentprovider verbunden. Mit dem Wortspiel „Code as Law“ hat *Lawrence Lessig* (1999) darauf aufmerksam gemacht, dass der Bereich des „Politischen“ in der virtuellen Welt des „Cyberspace“ ins Unendliche ausgedehnt wird, weil die Naturgesetze der realen Welt durch prinzipiell änderbare und damit entscheidungsabhängige Regeln ersetzt werden, die im scheinbar unpolitischen Gewand der Netzarchitektur und der Softwareprogramme unsichtbar die Handlungsmöglichkeiten der Nutzer strukturieren und begrenzen.

Da die Neue Ökonomie durch hohe Netzwerkexternalitäten und einen Alles-oder-nichts-Wettbewerb geprägt ist, läuft die klassische, auf die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen gerichtete Wettbewerbspolitik zunehmend ins Leere, während das Offenhalten von Netzen i.S.v. diskriminierungsfreiem Zugang für Dritte an Bedeutung gewinnt (*Klodt* 2001). Jenseits der kartellrechtlichen Zielsetzung einer Verhinderung des Missbrauchs von Marktmacht zum Nachteil von Wettbewerbern oder zur Ausbeutung der Verbraucher werden sich Zugangsansprüche i.S.d. „essential-facilities“-Doktrin zukünftig auch gegen nicht vornehmlich wettbewerbsbezogene Maßnahmen der Marktbeherrscher richten müssen. Denn wenn die öffentliche [S.201] Infrastruktur der Straßen und Plätze an Bedeutung verliert, weil öffentliche Kommunikation zunehmend in den virtuellen Räumen des Internet stattfindet, dann stellt sich irgendwann die Frage nach der Demonstrations- und Meinungsfreiheit im Internet. Je erfolgreicher die neue Ökonomie ist, desto eher wird das Internet zu einer wesentlichen Infrastruktur. Aus grundrechtstheoretischer Sicht macht es dann aber keinen Unterschied, ob diese Infrastruktur von Privaten oder vom Staat bereitgestellt wird. In einem „Winner-take-all“ Wettbewerb besteht für den Nutzer nämlich kein relevanter Unterschied mehr zwischen diesen Alternativen. Netzarchitektur und Software der Marktbeherrscher müssen deshalb grundrechtskonform, d.h. im Hinblick auf die Freiheitsrechte der Nutzer ausgestaltet werden.

Wer aber schafft eine freiheitliche Verfassung des Internet und wer setzt diese durch? Ein Weltkartellrecht mit behördlicher Durchsetzung erscheint illusorisch. An Selbstregulierung dürfte hier jedes Interesse fehlen, so dass letztlich nur die dezentrale Durchsetzung von Grundrechten und kartellrechtlichen Zugangsansprüchen durch nationale Gerichte bleibt, wobei Regelbildung (i.S.d. der Begründung konkreter Ansprüche gegen Marktbeherrscher im Wege der Grundrechtskonkretisierung) und Regeldurchsetzung in einem rechtsschöpferischen Akt zusammenfallen würden. Wichtig wäre dabei, dass sich die nationalen Gerichte als Teil eines internationalen Diskurses verstehen, in welchem um die angemessene Begründung und Anwendung allgemeiner Grundsätze des Kartellrechts und universell gültiger Menschenrechte gerungen wird. Aufgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften wäre es in diesem Zusammenhang, diesen Diskurs durch Ausarbeitung wettbewerbstheoretischer, bzw. rechts- und wirtschaftsphilosophischer Maßstäbe anzuregen und zu strukturieren.

## 6. Fazit

Worin liegen nun die entscheidenden Herausforderungen, die der globale elektronische Handel für die Wissenschaften von Wirtschaft, Politik und Recht mit sich bringt, und wie können diese bewältigt werden? Zusammenfassend [S.202] kann zunächst festgehalten werden, dass das Internet als Katalysator der Globalisierung wirkt, indem es die faktischen Kosten von Transaktionen i.S.v. Informations- und Kommunikationskosten minimiert, was sich insbesondere im grenzüberschreitenden Handel auswirkt. Als Folge steigt die relative Bedeutung der rechtlich begründeten Transaktionskosten, so dass die Schaffung eines auch für den Massenverkehr mit niedrigen Transaktionsvolumen geeigneten institutionellen Rahmens ins Zentrum des Interesses rückt. Das Internationale Privatrecht und das öffentliche Wirtschaftsaufsichtsrecht sind gegenwärtig auf den traditionellen internationalen Handel sowie auf Direktinvestitionen multinationaler Konzerne ausgerichtet, für kleinere und mittlere Unternehmen, die im grenzüberschreitenden B2C-E-Commerce tätig werden wollen, wirkt der Rechtsrahmen dagegen als Marktzutrittsschranke. Die nötige Rechtssicherheit könnte nur ein globales Recht des elektronischen Handels gewährleisten. Mangels eines funktionsfähigen politischen Weltsystems ist ein entsprechendes internationales Einheitsrecht nicht zu erwarten. Interessierte Global Player versuchen daher gegenwärtig, einen globalen Rechtsrahmen als selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft im Wege der Selbstregulierung („lead by the industry and, driven by the markets“: *GBDe*, 2000) nach dem Vorbild der *lex mercatoria* zu schaffen. An diesem Prozess beteiligen sich auch verschiedene internationale Organisationen staatlicher (OECD) oder zivilgesellschaftlicher (TACD) Herkunft. Die großen Unternehmen der Weltwirtschaft werden aber nicht nur explizit normierend tätig, sondern treten darüber hinaus ganz unscheinbar als implizite Gesetzgeber auf, wenn sie als marktbeherrschende und vertikal integrierte Access-, Service- und Contentprovider (AOL Time Warner) über Netzarchitektur und Softwarecodes die „Naturgesetze“ des Cyberspace bestimmen.

Aus der so beschriebenen Entwicklung ergibt sich *erstens* die Frage, ob ein „Global Law without a State“ (Teubner 1997) im Wege der Co-Regulierung zwischen internationalen staatlichen, privatwirtschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Akteuren entstehen und unter welchen Bedingungen ein solches Regelsystem funktionsfähig und legitim sein kann. *Zweitens* ist zu untersuchen, wie die von der Globalisierung weitgehend ausgeschlossenen Systeme [S.203] Recht und Politik auf diese Entwicklung reagieren können, um die neue Macht der globalen Ökonomie in einen klassischen Freiheiten sichernden Rechtsrahmen einzubinden. Gesucht wird ein funktionales Äquivalent für den auf globaler Ebene nicht institutionalisierten demokratischen Rechtsstaat (Calliess, 1999, 269).

Diese Fragen bewegen sich außerhalb des Rahmens einer auf den Nationalstaat ausgerichteten Rechts- und Wirtschaftspolitik und sind – gerade deshalb – besonders interessant. Ihre Beantwortung bedarf theoretischer Ansätze, die den Rechtsbegriff von seiner Verengung auf staatlich gesetztes Recht befreien, indem soziale Normen und Prozesse der Institutionalisierung einbezogen werden. Neben der Rechtssoziologie bietet hier die Neue Institutionenökonomik vielversprechende Ansätze, von denen die Rechtstheorie lernen kann (Kirchner, 1997). In einem interdisziplinären Gespräch könnte die Wirtschaftswissenschaft andererseits vom Recht lernen, dass die Frage nach einer Weltordnung für den elektronischen Handel bzw. nach einer Konstitutionalisierung der globalen Ökonomie nicht unter reinen Effizienzgesichtspunkten lösbar ist, sondern der normativen Stellungnahme bedarf, ja eigentlich nur auf der Grundlage eines Hintergrundkonsenses über gewisse universell gültige Rechtsprinzipien möglich ist.

## 7. Literaturverzeichnis

- Berger, Klaus Peter (1999), *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer.
- Berger, Klaus Peter (2000), *The New Law Merchant and the Global Market Place: A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, *International Arbitration Law Review*, S. 91.
- Bonus, Holger; Maselli, Anke (2000), *Transaktionskostenökonomik*, in: *Gabler Wirtschafts Lexikon*, 15. Aufl., S. 3074.
- Calliess, Graf-Peter (2001), *Globale Kommunikation – staatenloses Recht. Zur (Selbst-) Regulierung des Internet durch prozedurales Recht am Beispiel des Verbraucherschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Beiheft Nr. 79, S. 61-79.
- Calliess, Graf-Peter (2000), *Heimatstaatprinzip und Europa-Pass im europäischen Finanzmarktrecht*, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)*, S. 432-442.
- Calliess, Graf-Peter (1999), *Prozedurales Recht*, Baden-Baden.
- Carblanc, Anne (2000), *Privacy Protection and Redress in the Online-Environment: Fostering Effective Alternative Dispute Resolution*, Conference Paper, ([http://www.oecd.int/subject/e\\_commerce](http://www.oecd.int/subject/e_commerce)).
- Christiansen, Per (2000), *Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und staatliche Eingriffe im Internet*, *MultiMedia und Recht*, S. 123.
- Engel, Christoph (2000), *Das Internet und der Nationalstaat*, in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Bd. 39, S. 353.
- Engel, Christoph; Keller, Kenneth H. (eds.) (2000), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden.
- GBDe (2000), *Global Business Dialogue on Electronic Commerce, Summary of Recommendations Affecting Consumer Confidence*, ([www.gbde.org](http://www.gbde.org)).
- Grewlich, Klaus W. (2000), *Governance im Cyberspace – Regulierung globaler Netze im Systemwettbewerb?*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, S. 337.
- Hauser, Heinz; Wunsch-Vincent, Sascha (2001), *Eine WTO E-Commerce Initiative?*, in: *Juergen B. Donges, Stefan Mai (Hrsg.), E-Commerce und Wirtschaftspolitik, Stuttgart (Lucius & Lucius) 2001*, S. 93-148
- Hübner, Ulrich (2001), *Rechtliche Aspekte und Datensicherheit*, in: *Juergen B. Donges, Stefan Mai (Hrsg.), E-Commerce und Wirtschaftspolitik, Stuttgart (Lucius & Lucius) 2001*, S. 169-188
- Jayasuriya, Kanishka (1999), *Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6 No. 2, p. 425 (<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol6/no2/toc.html>).
- Johnson, David R.; Post, David G. (1996), *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, *48 Stanford Law Review* 1367, ([www.cli.org](http://www.cli.org))
- Junker, Abbo (1999), *Internationales Vertragsrecht im Internet. Im Blickpunkt: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, S. 809.
- Kenney, Martin; Curry, James (2000), *Beyond Transaction Costs: E-commerce an the Power of the Internet Dataspace*, Working Paper 18, E-Conomy Projekt, Berkeley (<http://e-conomy.berkeley.edu>).

- Kirchner, Christian (1997), Kartellrecht und neue Institutionenökonomik: Interdisziplinäre Überlegungen, in: Kruse; Stockmann; Vollmer (Hrsg.), Festschrift für Ingo Schmidt, S. 33.
- Klodt, Henning (2001), Marktstrukturen in der neuen Ökonomie, in: Juergen B. Donges, Stefan Mai (Hrsg.), *E-Commerce und Wirtschaftspolitik*, Stuttgart (Lucius & Lucius) 2001, S. 31-48
- Lessig, Lawrence (1999), *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York.
- Mankowski, Peter (1999), Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, S. 203.
- Mayer, Patrick (2000), Selbstregulierung im Internet: Institutionen und Verfahren zur Setzung technischer Standards, *Kommunikation & Recht*, S. 13.
- Mefford, Aron (1998), *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 5 No. 1 p. 211 (<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.html>).
- Perrit, Henry H. (2000), Hybrid International Institutions for Regulating Electronic Commerce and Political Discourse on the Internet, *MultiMedia und Recht*, Beilage 7/2000, S. 1.
- Pichler, Rufus (2000), Trust and Reliance – Enforcement and Compliance: Enhancing Consumer Confidence in the Electronic Marketplace, *JSM Thesis*, ([www.law.stanford.edu/library/special/rufus.thesis.pdf](http://www.law.stanford.edu/library/special/rufus.thesis.pdf)).
- Picot, Arnold (1993), Transaktionskostenansatz, in: Wittmann (Hrsg.), *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, 5. Aufl., S. 4194.
- Posner, Richard A. (1998), *Economic Analysis of Law*, 5<sup>th</sup> ed.
- Schäfer, Wolf (1999), Globalisierung: Entmonopolisierung des Nationalen?, in: *Schriften des Vereins für Socialpolitik N.F.* Bd. 263, S. 9.
- Streit, Manfred E.; Mangels, Antje (1996), Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, *ORDO* 47, S. 73.
- Streit, Manfred E.; Wohlgemuth, Michael (Hrsg.) (1999), *Systemwettbewerb als Herausforderung von Politik und Theorie*, Baden-Baden.
- Teubner, Gunther (ed.) (1997), *Global Law Without A State*. Aldershot, Dartmouth.
- Teubner, Gunther (1996), Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal*, S. 255.
- Waltermann, Jens; Machill, Marcel (eds.) (2000), *Protecting our Children on the Internet*, Bertelsmann Foundation, Gütersloh.

Dr. Galf-Peter Calliess  
 Johann Wolfgang Goethe-Universität  
 Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Zivilrecht  
 Abteilung Wirtschaftsrecht  
 Senckenberganlage 31  
 60325 Frankfurt am Main  
*email: calliess@web.de*