



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

§ 16 Digitaler Handel

Irion, K.; Burri, M.

Publication date

2022

Document Version

Submitted manuscript

Published in

Handels- und Kooperationsvertrag EU/VK

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Irion, K., & Burri, M. (2022). § 16 Digitaler Handel. In G. Kübek, C. J. Tams, & J. P. Terhechte (Eds.), *Handels- und Kooperationsvertrag EU/VK: Handbuch* (pp. 335-358). (Praxis Europarecht). Nomos.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

§ 16 Digitaler Handel

Kristina Irion und Mira Burri

In: G. Kübek, C.J. Tams, J.P. Terhechte (Hrsg.) *Handels- und Kooperationsvertrag EU/GB Handbuch* (Baden-Baden: Nomos, 2022), 343–368

Literatur:

Andersen, Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions, 18 *Journal of International Economic Law* (2015), 383; *Andrenelli/Gourdon/Moïsé*, International Technology Transfer Policies, 222 *OECD Trade Policy Papers* 4 (2019), abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/7103eabfen.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F7103eabf-en&mimeType=pdf> (zit.: *Andrenelli/Gourdon/Moïsé* International Technology Transfer Policies); *BEUC*, WTO E-Commerce Negotiations BEUC Recommendations, (2019), abrufbar unter https://www.beuc.eu/publications/beucx-2019-014_wto_e-commerce_negotiations_-_beuc_recommendations.pdf (zit.: *BEUC* WTO E-Commerce Negotiations); *Brakman/Garretsen/Kohl*, Consequences of Brexit and Options for a „Global Britain“, *Papers in Regional Science* 97 (2018), 55; *Burri*, The International Economic Law Framework for Digital Trade, 135 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (2015), 10; *Burri*, The Governance of Data and Data Flows in Trade Agreements: The Pitfalls of Legal Adaptation, 51 *UC Davies Law Review* (2017), 65; *Burri*, Data Flows and Global Trade Law, in Burri (Hrsg.), *Big Data and Global Trade Law*, 2021, S. 11 (zit.: *Burri* Data Flows and Global Trade Law); *Burri*, Towards a New Treaty on Digital Trade, 55 *Journal of World Trade* (2021), 77; *Burri*, Approaches to Digital Trade and Data Flow Regulation across Jurisdictions, 49 *Legal Issues of Economic Intergration* (2022); *Burri*, Interfacing Privacy and Trade, 53 *Case Western Journal of International Law* (2021), 35; *Burri/Polanco*, Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset, 23 *Journal of International Economic Law* (2020), 187; *Chander/Lê*, Data Nationalism, 64 *Emory Law Journal* (2015), 677; *Fahey*, Digital Trade and Data Equivalency: Research Briefing for the Welsh Parliament (Wales, UK: Welsh Parliament, 2020), abrufbar unter <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/24721/1/Fahey%20Research%20Briefing%20Digital%20Trade%20Data%20Equivalences%20final.pdf> (zit.: *Fahey* Digital Trade and Data Equivalency); *Gao*, Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation, 45 *Legal Issues of Economic Integration* (2018), 47; *Gibson*, Globalization and the Technology Standards Game: Balancing Concerns of Protectionism and Intellectual Property in International Standards, 22 *Berkeley Technology Law Journal* (2007), 1403; *EDSB*, Opinion 14/2021 regarding the European Commission Draft Implementing Decision pursuant to Regulation (EU) 2016/679 on the adequate protection of personal data in the United Kingdom, abrufbar unter https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_opinion142021_ukadequacy_gdpr.pdf_en.pdf (zit.: *EDSB* Opinion 14/2021); *Europäische Kommission*, Horizontal Provisions for Cross-border Data Flows and for Personal Data Protection, Pressemitteilung vom 18.5.2018, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/627665> (zit.: *Europäische Kommission* Horizontal Provisions for Cross-border Data Flows and for Personal Data Protection); *Europäische Kommission*, Neue Verbraucheragenda – Stärkung der Resilienz der Verbraucher/innen für eine nachhaltige Erholung, COM(2020) 696 final, vom 13.11.2020, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0696> (zit.: *Europäische Kommission* Neue Verbraucheragenda); *Europäische Kommission*, Durchführungsverordnung (EU) 2021/1772 der Kommission vom 28.6.2021 gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten durch das Vereinigte

Königreich (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen, C(2021)4800), abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32021D1772> (zit.: *Europäische Kommission* Durchführungsverordnung vom 28.6.2021 zur Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten durch das Vereinigte Königreich); *Europäische Kommission*, Überprüfung der Handelspolitik: Eine offene, nachhaltige und entschlossene Handelspolitik, COM(2021) 66 final, vom 18.2.2021, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2021:66:FIN> (zit.: *Europäische Kommission* Überprüfung der Handelspolitik); *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 21.5.2021 zu der Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten durch das Vereinigte Königreich (2021/2594(RSP)), abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0262_DE.html (zit.: *Europäisches Parlament* Entschließung vom 21.5.2021); *Hallak et al.*, EU-UK Trade and Cooperation Agreement: An Analytical Overview, European Parliamentary Research Service, Februar 2021, abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/679071/EPRS_IDA\(2021\)679071_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/679071/EPRS_IDA(2021)679071_EN.pdf) (zit.: *Hallak et al.* EU-UK Trade and Cooperation Agreement); *Henke et al.*, The Age of Analytics: Competing in a Data-Driven World, McKinsey Global Institute, 2016 (zit.: *Henke et al.* The Age of Analytics); *Irion*, AI Regulation in the European Union and Trade Law: How Can Accountability of AI and a High Level of Consumer Protection Prevail over a Trade Discipline on Source Code?, The Institute for Information Law, 2021, abrufbar unter https://www.ivir.nl/publicaties/download/Irion_study_ai_and_trade_21-01-26-1.pdf (zit.: *Irion* AI Regulation in the European Union and Trade Law); *Irion/Yakovleva/Bartl*, Trade and Privacy: Complicated Bedfellows? How to Achieve Data Protection-proof Free Trade Agreements, The Institute for Information Law, 2016, abrufbar unter <https://hdl.handle.net/11245/1.545479> (zit.: *Irion/Yakovleva/Bartl* Trade and Privacy); *Sands et al.*, The UK and Digital Trade: Which Way Forward?, Blavatnik School Working Paper, 2021 (zit.: *Sands et al.* The UK and Digital Trade); *Kleimann* (Hrsg.), EU Preferential Trade Agreements: Commerce, Foreign Policy, and Development Aspects, Florenz: European University Institute, 2013 (zit.: *Kleimann* EU Preferential Trade Agreements); *Mayer-Schönberger/Cukier*, Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think, 2013 (zit.: *Mayer-Schönberger/Cukier* Big Data); *Meltzer/Kerry*, Cybersecurity and Digital Trade: Getting It Right, 2019, abrufbar unter <https://www.brookings.edu/research/cybersecurity-and-digital-trade-getting-it-right/> (zit.: *Meltzer/Kerry* Cybersecurity and Digital Trade); *Natens/Zimmermann*, Prudential Carve-outs for Financial Services in EU FTAs, in Hahn/Van der Loo (Hrsg.), Law and Practice of the Common Commercial Policy, 2020, S. 259 (zit.: *Natens/Zimmermann* Prudential Carve-outs for Financial Services in EU FTAs); *UK Department for International Trade*, Liz Truss Launches Future Trade Strategy for UK Tech Industry, Pressemitteilung v. 9.6.2020, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/news/liz-truss-launches-future-trade-strategy-for-uk-tech-industry> (zit.: *UK Department for International Trade* Liz Truss Launches Future Trade Strategy for UK Tech Industry); *UK Government*, The Future Relationship with the EU: The UK's Approach to Negotiations, 3.2.2020, abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_with_the_EU.pdf (zit.: *UK Government* The Future Relationship with the EU); *UK Government*, National Data Strategy, Policy Paper, 2020, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/uk-national-data-strategy/national-data-strategy#data-2-5> (zit.: *UK Government* National Data Strategy); *USITC*, Digital Trade in the US and Global Economies, Part 1, Investigation No 332–531, 2013 (zit.: *USITC* Digital Trade in the US and Global Economies, Part 1); *USITC*, Digital Trade in the US and Global Economies, Part 2, Investigation No 332–540, 2014 (zit.: *USITC* Digital Trade in the US and Global Economies, Part 2); *USTR*, Findings of the Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, 2018 (zit.: *USTR* Findings of the Investigation into China's Acts); *Weber/Burri*, Classification of Services in the Digital Economy, 2012 (zit.: *Weber/Burri* Classification of Services in the Digital Economy); *WTO General Council*, Work Programme on Electronic Commerce, WT/L/274, 1998 (zit.: *WTO General Council* Work Programme

on Electronic Commerce); *WTO*, World Trade Report 2018: The Future of World Trade: How Digital Technologies Are Transforming Global Commerce, 2018 (zit.: *WTO* World Trade Report 2018); *WTO*, Joint Statement on Electronic Commerce, WT/L/1056, 25.1.2019 (zit.: *WTO* Joint Statement on Electronic Commerce); *WTO*, E-Commerce, Trade and the Covid-19 Pandemic, Information Note by the WTO Secretariat, 4.5.2020 (zit.: *WTO* E-Commerce, Trade and the Covid-19 Pandemic, Information Note); *Wunsch-Vincent*, The WTO, the Internet and Digital Products: EC and US Perspectives, 2006 (zit.: *Wunsch-Vincent* The WTO, the Internet and Digital Products); *Yakovleva*, Privacy Protection(ism): The Latest Wave of Trade Constraints on Regulatory Autonomy, 74 University of Miami Law Review (2020), 416; *Yakovleva/Irion*, Pitching Trade against Privacy: Reconciling EU Governance of Personal Data Flows with External Trade, 10 International Data Privacy Law (2020), 201; *Yakovleva/Irion*, Toward Compatibility of the EU Trade Policy with the General Data Protection Regulation, AJIL Unbound (2020), (zit.: *Yakovleva/Irion* Toward Compatibility of the EU Trade Policy with the General Data Protection Regulation).

A. Einleitung und Hintergrund

1

Mit dem fortschreitenden Prozess der Digitalisierung und der zentralen Bedeutung von Daten für die globale Wirtschaft¹ ist der digitale Handel auf der Agenda von politischen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern im Allgemeinen und Verhandlungsführerinnen und Verhandlungsführern bei Handelsfragen im Besonderen nach oben gerückt. Ungeachtet der jüngsten Wiederbelebung der E-Commerce-Verhandlungen in 2019,² wurde das Regelwerk der WTO³ bisher nicht an den digitalen Handel angepasst. Viele der tiefgreifenden Veränderungen, die die Entwicklung einer datengesteuerten Wirtschaft mit sich bringt, wurden deshalb außerhalb des multilateralen Handelsforums der WTO behandelt. Zahlreiche Staaten nutzen insbes. Freihandelsabkommen (engl.: *free trade agreements*, FTAs), um rechtlich mit der Entwicklung Schritt zu halten. FTAs werden somit genutzt, um Lücken im WTO-Recht zu überbrücken, als auch um **digitale Handelsbarrieren** auszuschließen, wie zB Maßnahmen zur Datenlokalisierung.⁴ Schließlich können in FTAs auch neuere Anliegen berücksichtigt werden, wie zB der Schutz der Privatsphäre und verbraucherschutzrechtliche Aspekte.

2

Derzeit enthalten etwa 188 der 353 zwischen den Jahren 2000 und 2021 abgeschlossenen Freihandelsabkommen Bestimmungen, die für den digitalen Handel relevant sind.⁵ In den Abkommen sind solche Bestimmungen nicht einheitlich geregelt und kommen in verschiedenen Teilen vor. Teilweise finden sich solche Bestimmungen in Kapiteln über Dienstleistungen oder den Schutz des geistigen Eigentums. In zunehmendem Maße sind sie in **speziellen Kapiteln**

¹ S. zB *Mayer-Schönberger/Cukier* Big Data; *Henke et al.* The Age of Analytics.; *WTO* World Trade Report 2018; *WTO* E-Commerce, Trade and the Covid-19 Pandemic, Information Note.

² *WTO* Joint Statement on Electronic Commerce. Stand: 29.3.2019 unterstützen 77 WTO-Mitglieder die Initiative. Für Details s. *Burri* 55 Journal of World Trade (2021), 77.

³ S. zB *Burri* 135 Zeitschrift für Schweizerisches Recht (2015), 10; *Burri* 51 UC Davies Law Review (2017), 65; *WTO* World Trade Report 2018, ebd.

⁴ S. zB *USITC* Digital Trade in the US and Global Economies, Part 1; *USITC* Digital Trade in the US and Global Economies, Part 2; *Chander/Lê* 64 Emory Law Journal (2015), 677.

⁵ *Burri/Polanco* 23 Journal of International Economic Law (2020), 187.

zum digitalen Handel enthalten,⁶ die zum wichtigsten ‚Labor‘ für die Entwicklung neuartiger internationaler Regeln geworden sind. Obwohl die Regelungen in den verschiedenen Freihandelsabkommen – in Bezug auf die behandelten Themen und die Dichte der Verpflichtungen – sehr heterogen sind,⁷ haben sich in den letzten fünf Jahren sehr detaillierte Standards mit unverkennbaren Merkmalen herausgebildet, die sich schnell verbreiten. Dabei kann eine deutliche Positionierung der beiden Hauptakteure USA und EU in Fragen der Regulierung des digitalen Handels beobachtet werden. In diesem Zusammenhang ist es interessant zu untersuchen, wie sich das Kapitel zum digitalen Handel des TCA in diese Landschaft einfügt.

3

Die Verhandlungsgeschichte des TCA zeigt deutlich, wie wichtig Fragen des digitalen Handels nach dem Brexit sind. Dies wiederum spiegelt die wachsende strategische Bedeutung des digitalen Handels und des grenzüberschreitenden Datenverkehrs wider. Der vorliegende Beitrag untersucht den regulatorischen Kontext (→ Rn. 4 f.), kommentiert ausführlich die inhaltlichen Bestimmungen des TCA (→ Rn. 6 ff.) und nimmt eine vergleichende Analyse des TCA-Kapitels zum digitalen Handel mit anderen Handelsabkommen der EU und anderer wichtiger Akteure vor (→ Rn. 30 ff.). Eine der Schlüsselfragen der Verhandlungen zwischen der EU und dem VK war das genaue Zusammenspiel zwischen der Verpflichtung der Vertragsparteien, grenzüberschreitende Datenströme zuzulassen, und dem Gebot, personenbezogene Daten und die Privatsphäre von Einzelpersonen zu schützen.⁸ Diese Thematik verdient daher besonders beleuchtet zu werden (→ Rn. 11 ff., 25 f., 29). Der Beitrag schließt mit einer Würdigung und einem Ausblick (→ Rn. 52).

B. Regelungskontext

4

Die Kapitel in FTAs zum digitalen Handel sind in zweifacher Hinsicht bedeutsam. Zum einen stellen sie einen Versuch dar, fehlende multilaterale Regelungen zum digitalen Handel durch bilaterale Regelungen zu kompensieren. Insbes. werden in den dafür vorgesehenen Kapiteln in FTAs viele der Fragen des E-Commerce-Programms der WTO von 1998 wieder aufgegriffen.⁹ Trotz Relevanz dieser Fragen und der Erkenntnis der WTO-Mitglieder, dass angesichts der durch das Internet ausgelösten technologischen Veränderungen Anpassungen erforderlich sein könnten, sind diese in den vergangenen zwei Jahrzehnten nicht in ein verbindliches Abkommen gemündet.¹⁰ Zum anderen enthalten die Kapitel zum digitalen Handel auch neue Regelungen, die im Rahmen der WTO-Verhandlungen nicht behandelt wurden. Diese Regelungen können in zwei breitere Kategorien eingeteilt werden: (1) Regelungen, die darauf abzielen, den **digitalen Handel** zu ermöglichen, indem sie sich mit der Förderung und Erleichterung des elektronischen Handels im Allgemeinen sowie mit bestimmten Themen wie papierlosem Handel und elektronischer Authentifizierung befassen; und (2) Regelungen, die sich mit **grenzüberschreitendem Datenverkehr**, neuen digitalen Handelsbarrieren und neueren Themen wie Cybersicherheit oder offenen Regierungsdaten befassen.

⁶ Für diese Kapitel werden je nach Abkommen unterschiedliche Bezeichnungen verwendet, zB e-Commerce, elektronischer oder digitaler Handel.

⁷ *Burri/Polanco* 23 *Journal of International Economic Law* (2020), 187; *Burri* *Data Flows and Global Trade Law*.

⁸ *Yakovleva/Irion* 10 *International Data Privacy Law* (2020), 201.

⁹ *WTO General Council* *Work Programme on Electronic Commerce*.

¹⁰ *Wunsch-Vincent* *The WTO, the Internet and Digital Products*.

5

Der Titel „Digitaler Handel“ des TCA (Zweiter Teil, Titel III) gestaltet die Wirtschaftsbeziehungen zwischen der EU und dem VK im Bereich des grenzüberschreitenden digitalen Handels seit dem Brexit und dem damit vollzogenen Austritt aus dem EU-Binnenmarkt. Dabei konnte der TCA Titel zum digitalen Handel bereits von einem hohen Maß an **regulatorischer Konvergenz** ausgehen, was in den Außenbeziehungen der EU zu anderen Drittstaaten nicht selbstverständlich ist. Genau auf dieser besonderen Beziehung bauen die Regelungen des Titel III zum digitalen Handel auf. Dieser Titel enthält Verpflichtungen, die bis zu einem gewissen Grad die digitalen Handelsvorlagen aus bilateralen und regionalen Handelsabkommen in anderen Teilen der Welt nachbilden (→ Rn. 37 ff.). Wie diese „neue Generation“ von Freihandelsabkommen strebt auch das TCA eine über den Standard des GATS hinausgehende Liberalisierung von Dienstleistungen an (sog. GATS-plus). Um dies zu erreichen, kombiniert das TCA Regelungen, die auf die Liberalisierung des grenzüberschreitenden Angebots von digitalen Dienstleistungen abzielen, mit Verpflichtungen, die eine regulatorische Harmonisierung zum Ziel haben.¹¹

C. Wesentliche Inhalte der Regelung

6

Mit nur 16 Artikeln deckt Titel III des Teils Zwei des TCA kurz und prägnant Fragen des digitalen Handels ab. Diese sind in drei Kapitel gegliedert. Kapitel 1 enthält allg. Bestimmungen, welche für Titel III maßgebend sind, so etwa dessen Ziel, Anwendungsbereich und relevante Definitionen (Art. 196 – 200 TCA). Kapitel 2 über den Datenverkehr und den Schutz personenbezogener Daten enthält zwei miteinander verknüpfte Verpflichtungen: Eine zu grenzüberschreitenden Datenflüssen (Art. 201 TCA) und eine betreffend den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre (Art. 202 TCA). In Kapitel 3 („Besondere Bestimmungen“) finden sich schließlich eine Reihe unterschiedlicher Regelungen, die in fünf Themengruppen gegliedert werden können: (1) Ermöglichung grenzüberschreitender digitaler Dienstleistungen; (2) Erleichterung elektronischer Transaktionen; (3) Online-Verbraucherschutz; (4) Offene Behördendaten; und (5) Zusammenarbeit in Regulierungsfragen.

I. Kapitel 1: Allgemeine Bestimmungen

7

Der Titel „Digitaler Handel“ des TCA hat das erklärte Ziel, „den digitalen Handel zu erleichtern, ungerechtfertigte Hemmnisse für den durch elektronische Mittel ermöglichten Handel zu beseitigen und eine offene, sichere und vertrauenswürdige Online-Umgebung für Unternehmen und Verbraucher zu gewährleisten“ (Art. 196 TCA). Seine Bestimmungen gelten für Maßnahmen einer Vertragspartei, die den mit elektronischen Mitteln ermöglichten Handel beeinträchtigen, mit **Ausnahme der audiovisuellen Dienste** (Art. 197 TCA). Letzteres spiegelt die langjährige Praxis der EU wider, audiovisuelle Dienstleistungen von ihren internationalen Handelsabkommen auszuschließen, selbst in Abkommen mit gleichgesinnten Partnern in Fragen des Kulturschutzes, wie zB Kanada.

8

Die Begriffsbestimmungen des Art. 124 des Titels II über Dienstleistungen und Investitionen gelten gemäß Art. 200 Abs. 1 TCA auch für die Regelungen zum digitalen Handel. So werden insbes. Schlüsselbegriffe des Titels II des TCA wie „Dienstleistung“, „grenzüberschreitender Dienstleistungshandel“ und „Dienstleister“ in Titel III übernommen (→ § 13 Rn. 29). In diesem

¹¹ [Yakovleva/Irion](#) 10 International Data Privacy Law (2020), 201.

Zusammenhang kommt auch Art. 212 TCA ins Spiel, mit dem sich die Vertragsparteien auf ein gemeinsames Verständnis von **Computerdienstleistungen** zum Zwecke der Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen und Investitionen gemäß Titel II einigen. Andere Dienstleistungen, selbst wenn sie durch Computer- und verwandte Dienstleistungen ermöglicht werden, aber nicht in Abs. 1 von Art. 212 TCA aufgeführt sind, sind nicht als Computer- und verwandte Dienstleistungen an sich zu betrachten. Dabei werden mehrere Dienste als Computer- und verwandte Dienste eingeordnet, unabhängig davon, ob sie über ein Netzwerk, wie zB das Internet, erbracht werden (Art. 212 TCA). Darunter subsumiert sind verschiedene kommerzielle Tätigkeiten in Zusammenhang mit der Bereitstellung von Computern oder Computersystemen sowie Computerprogramme, die definiert werden als „Gesamtheit der Anweisungen und/oder Befehle, die für den Betrieb oder die Kommunikation von Computern (als solche) notwendig sind“ (ebd.). Darüber hinaus sind Datenverarbeitung, Datenspeicherung, Datenhosting oder Datenbankdienstleistungen allg. als Computerdienstleistungen zu betrachten. Ein solches gemeinsames Verständnis dessen, was als Computer- und verwandte Dienstleistungen gilt, kann eine Reihe schwieriger Klassifizierungsfragen vermeiden, wenn es um die Auslegung der Verpflichtungsliste einer Vertragspartei geht. Dies ist seit Beginn des WTO-Programms für den elektronischen Handel ein heikles Thema.¹² Art. 200 TCA führt darüber hinaus eine Reihe von Definitionen und Begriffen ein, die hauptsächlich in Kapitel 2 des Titels III über den digitalen Handel im Zusammenhang mit der Harmonisierung von Transaktionen im elektronischen Geschäftsverkehr und einigen Grundlagen des Verbraucherschutzes verwendet werden.

9

Jenseits der begrifflichen Klarstellungen bekräftigen die Parteien in Art. 198 TCA ihr Recht, in ihrem Hoheitsgebiet Regelungen zur Erreichung legitimer politischer Ziele zu erlassen. Ausdrücklich genannt werden in diesem Zusammenhang der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der sozialen Dienstleistungen, des öffentlichen Bildungswesen, der Sicherheit, der Umwelt einschließlich des Klimawandels, der öffentlichen Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes, des Schutzes der Privatsphäre und des Datenschutzes oder der Förderung und des Schutzes der kulturellen Vielfalt. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend, wie die Formulierung „wie“ andeutet. Das gibt den Vertragsparteien einen Spielraum für die Beibehaltung und Einführung von Maßnahmen an der Schnittstelle zwischen digitalem Handel und einer Reihe von nicht-wirtschaftlichen Zielen. Regelungen, die die Parteien zur Erreichung dieser Ziele erlassen, müssen den Anforderungen der allg. Ausnahmen genügen (Art. 412 TCA), sofern kein speziellerer Ausnahmetatbestand einschlägig ist.

10

Darüber hinaus wird zwecks Klarstellung ein Verweis auf die **Ausnahmen** des TCA in das Kapitel zum digitalen Handel aufgenommen (Art. 199 TCA). Es handelt sich dabei um die allg. Ausnahmen aus legitimen Gründen des öffentlichen Interesses (Art. 412 TCA), die Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit (Art. 415 TCA) und die aufsichtsrechtliche Ausnahmeregelung zur Gewährleistung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems einer Vertragspartei (Art. 184 TCA). Sowohl bei den allg. Ausnahmen als auch bei den Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit handelt es sich um Standardausnahmen, deren Wortlaut sich an ihren jeweiligen Vorbildern im WTO-Recht (GATT Art. XX und Art. XXI sowie GATS Art. XIV und XIV**bis**) orientiert. Die Berufung auf die allg. Ausnahmen (Art. 412 TCA) setzt voraus, dass eine Maßnahme ein legitimes Ziel des öffentlichen Interesses auf eine möglichst wenig handelsbeschränkende Weise erreicht. Die Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit (Art. 415 TCA) hingegen sind weit weniger

¹² *Weber/Burri* Classification of Services in the Digital Economy.

konditioniert. Dafür genügt es, dass eine Verbindung zwischen der Maßnahme einer Vertragspartei und dem Sicherheitsziel objektiv nachgewiesen werden kann.¹³

II. Kapitel 2: Datenverkehr und Schutz personenbezogener Daten

11

Die zentralen Aussagen des TCA zum digitalen Handel – jedenfalls gemessen an seiner politisch-ökonomischen Brisanz sowie seiner zentralen Bedeutung für die heutige datengetriebene Wirtschaft – finden sich im Kapitel 2 „Datenverkehr und Schutz personenbezogener Daten“. Die gemeinsame Behandlung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs (Art. 201 TCA) und des Schutzes personenbezogener Daten und der Privatsphäre (Art. 202 TCA) ist angesichts ihrer gegenseitigen Abhängigkeit gerechtfertigt. Die Vereinbarkeit des **wirtschaftspolitischen Ziels** eines freien grenzüberschreitenden Datenverkehrs zwischen der EU und dem VK mit dem Ziel, ein hohes Niveau des Schutzes personenbezogener Daten zu gewährleisten, folgt im Großen und Ganzen der etablierten EU-Vorlage, welche weiter unten erörtert wird (→ Rn. 13 ff., 30 ff.).

1. Grenzüberschreitender Datenverkehr

12

Die gegenseitigen Verpflichtungen zum grenzüberschreitenden Datenverkehr, die den Handel in der digitalen Wirtschaft erleichtern sollen, sind in Art. 201 TCA verankert. Anstelle einer allg. Verpflichtung, die den grenzüberschreitenden Datenverkehr als solchen liberalisieren würde, listet der Titel zum digitalen Handel stattdessen **unzulässige Einschränkungen des grenzüberschreitenden Datenverkehrs** auf. Art. 201 TCA sieht vier spezifische Maßnahmen vor, die die Parteien nicht ergreifen dürfen, um den grenzüberschreitenden Datenverkehr einzuschränken. Diese umfassen: *Erstens*, „die Nutzung von Rechenanlagen oder Netzelementen im Gebiet der Vertragspartei für die Verarbeitung vorschreibt, auch durch die Vorgabe der Nutzung von Rechenanlagen oder Netzelementen, die im Gebiet einer Vertragspartei zertifiziert oder zugelassen sind“; *zweitens*, „die Lokalisierung von Daten im Gebiet der Vertragspartei zur Speicherung oder Verarbeitung verlangt“; *drittens*, „die Speicherung oder Verarbeitung im Gebiet der anderen Vertragspartei verbietet“; oder *viertens*, „die grenzüberschreitende Übermittlung von Daten von der Nutzung von Rechenanlagen oder Netzelementen im Gebiet der Vertragsparteien oder von Lokalisierungsanforderungen im Gebiet der Vertragsparteien abhängig macht.“ Die vierte Einschränkung ist insofern interessant, als dass sie nicht nur die Beziehung zwischen der EU und dem VK betrifft, sondern auch Maßnahmen verbietet, die darauf abzielen, die Möglichkeit der Weitergabe von Daten, die von der anderen Partei empfangen wurden, zu beschränken. Auf Antrag einer Partei kann die Liste der aufgeführten Beschränkungen in Zukunft überprüft werden. Zu beachten ist, dass Teil 4 zu den Telekommunikationsdiensten eine spezielle Bestimmung zum grenzüberschreitenden Informationsverkehr enthält, die anderen Regeln folgt.¹⁴

2. Schutz der persönlichen Daten und der Privatsphäre

13

Gemäß Art. 202 Abs. 2 TCA erkennen die Parteien an, dass „Einzelpersonen ein Recht auf den **Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre** haben und dass hohe Standards in

¹³ S. *Meltzer/Kerry* Cybersecurity and Digital Trade.

¹⁴ S. Art. 170 Abs. 3 TCA.

dieser Hinsicht zum Vertrauen in die digitale Wirtschaft und zur Entwicklung des Handels beitragen.“ Art. 202 TCA gibt fast wortwörtlich die „horizontalen Bestimmungen über grenzüberschreitende Datenströme und für den Schutz personenbezogener Daten“ der Kommission wieder.¹⁵ Das TCA ändert die Textvorlage geringfügig, indem es den Verweis auf den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre als ein „Grundrecht“ weglässt, obwohl dies für die EU und das VK gleichermaßen gelten würde: Während die Charta der Grundrechte der EU (GRC) sowohl das Recht auf Privatleben (Art. 7 GRC) als auch ein eigenständiges Recht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRC) verankert, hat das VK die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) über den *Human Rights Act* von 1998 in sein nationales Recht übernommen. Art. 8 EMRK garantiert das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens als ein übergreifendes Recht, das auch den Schutz personenbezogener Daten umfasst.¹⁶ Abgesehen von der symbolischen Dimension hat der Verzicht auf die Erwähnung des „Grundrechts“ auf den Schutz personenbezogener Daten im TCA Kapitel über den digitalen Handel zunächst keine rechtlichen Konsequenzen.

14

Die Formulierung, mit der der Wert des Schutzes personenbezogener Daten und der Privatsphäre unterstrichen wird, ist jedoch deklaratorischer Natur („anerkennen“) und damit vergleichbar mit der Bekräftigung des Regelungsrechts (Art. 198 TCA). Man beachte in diesem Zusammenhang auch Art. 769 TCA über den Schutz personenbezogener Daten des Titels II über die Grundlagen der Zusammenarbeit, in welchem die Vertragsparteien „ihre Verpflichtung, ein **hohes Niveau des Schutzes personenbezogener Daten** zu gewährleisten“, bekräftigen (§ 6 Rz. 10). Abs. 4 des Art. 769 TCA verlangt, dass wenn „dieses Abkommen oder etwaige Zusatzabkommen die Übermittlung personenbezogener Daten [vorsehen], [...] diese Übermittlung im Einklang mit den Vorschriften der übermittelnden Vertragspartei über die internationale Übermittlung personenbezogener Daten erfolgen [muss].“ Wenn es bei bilateralen Handelsabkommen jedoch darum geht, durchsetzbare Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien zu schaffen, werden diese Erklärungen nur in Verbindung mit einer durchsetzbaren Bestimmung oder aber innerhalb der allg. Ausnahmen für die Regelung des öffentlichen Interesses anerkannt (Art. 412 TCA).

15

Die eigentliche Ausnahmeregelung befindet sich in Art. 202 Abs. 2 TCA: „Dieses Abkommen hindert eine Vertragspartei nicht daran, Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre, auch im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Datenverkehr, zu erlassen oder beizubehalten, sofern das Recht der Vertragspartei Instrumente vorsieht, die Übermittlungen unter allgemein geltenden Bedingungen [...] zum Schutz der übermittelten Daten ermöglichen.“ Auf diese Weise wird es einer Vertragspartei ermöglicht, auch eine dem Art. 201 TCA **zuwiderlaufende Maßnahme** zu ergreifen, die die grenzüberschreitende Übermittlung personenbezogener Daten an die andere Vertragspartei oder die Weiterübermittlung der Daten an Drittstaaten regelt – und damit einschränkt. Die Bestimmung ist ähnlich formuliert wie die „aufsichtsrechtliche Ausnahmeregelung“, die in den Kapiteln über Finanzdienstleistungen verwendet wird.¹⁷ Dies ist nach handelsrechtlichen Maßstäben eine sehr robuste Konstruktion,

¹⁵ *Europäische Kommission* Horizontal Provisions for Cross-border Data Flows and for Personal Data Protection; s.a. *Yakovleva/Irion* 10 International Data Privacy Law (2020), 201 (217 f.); *Yakovleva/Irion* Towards Compatibility of the EU Trade Policy with the General Data Protection Regulation, S. 11.

¹⁶ S. zB *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* [GC], no. 931/13, ECHR 2017.

¹⁷ Art. 184 TCA; *Natens/Zimmermann* Prudential Carve-outs for Financial Services in EU FTAs.

um eingegangene Verpflichtungen auszugleichen, da die rechtliche Messlatte im Vergleich zu den allg. Ausnahmen viel niedriger angesetzt ist.¹⁸

16

Bei genauer Lektüre wird deutlich, dass Art. 202 Abs. 2 TCA Einschränkungen des grenzüberschreitenden Datenverkehrs unter zwei **Voraussetzungen** zulässt. Erstens muss die Maßnahme den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre zum Ziel haben, wodurch nicht damit zusammenhängende Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Bestimmung ausgeschlossen werden. Zweitens muss das Recht der Vertragspartei „allgemein geltende Bedingungen“ zum Schutz der übermittelten Daten vorsehen.¹⁹ Gemäß einer erläuternden Fußnote beziehen sich „allgemein geltende Bedingungen“ auf „objektiv formulierte Bedingungen [...], die horizontal für eine unbestimmte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern gelten und somit eine Reihe von Situationen und Fällen abdecken.“ Mit anderen Worten: Die Ausgleichsvorschrift soll eine allg. anwendbare Maßnahme begünstigen, nicht aber eine individuelle Maßnahme, die für bestimmte Unternehmen gelten würde. Diese Ausnahme dient dazu, sowohl die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)²⁰ als auch den britischen *Data Protection Act* von 2018 von den im TCA eingegangenen Verpflichtungen, dh in erster Linie des Art. 201 TCA, auszunehmen.²¹ Einzelmaßnahmen, die den grenzüberschreitenden Datenverkehr einschränken, sind gemäß den Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit (Art. 415 TCA) oder den allg. Ausnahmen aus legitimen Gründen des öffentlichen Interesses (Art. 412 TCA) zu rechtfertigen.

3. Das Verhältnis zur EU-Datenschutzgrundverordnung

17

Die EU-Außenhandelspolitik hat die Grundrechte auf Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten sorgfältig in ihre Strategie für den digitalen Handel eingeflochten, um den DSGVO-Ansatz mit seinem hohen Schutzniveau, insbes. bezüglich der Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer, nicht zu gefährden.²² Die Europäische Kommission unterstreicht in ihrer „Überprüfung der Handelspolitik“ aus dem Jahr 2021, dass „die EU weiterhin gegen ungerechtfertigte Hindernisse für den Datenverkehr vorgehen und zugleich ihre Regelungsautonomie im Bereich des Datenschutzes und der Privatsphäre wahren [wird].“²³ Diese Positionierung basiert auf den bereits erwähnten „**horizontalen Bestimmungen** über grenzüberschreitende Datenströme und für den Schutz personenbezogener Daten in EU-Handels- und Investitionsabkommen“ aus dem Jahr 2018,²⁴ die das Ergebnis eines umfassenden Konsultationsprozesses zwischen allen Mitgliedstaaten (zu einer Zeit, zu der das VK noch ein EU-Mitgliedstaat war) und Interessenvertreterinnen und -vertretern von Unternehmen, Verbraucherinnen und Verbrauchern und anderen interessierten Parteien, einschließlich

¹⁸ S. Art. 412 TCA.

¹⁹ Art. 202 Abs. 2 TCA.

²⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

²¹ Abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>.

²² *Irion/Yakovleva/Bartl* Trade and Privacy.

²³ *Europäische Kommission* Überprüfung der Handelspolitik.

²⁴ *Europäische Kommission* Horizontal Provisions for Cross-border Data Flows and for Personal Data Protection; s. a. *Yakovleva/Irion* 10 International Data Privacy Law (2020), 201 (217 f.); *Yakovleva/Irion* Toward Compatibility of the EU Trade Policy with the General Data Protection Regulation, 11.

Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, sind. Tatsächlich sind diese „horizontalen Bestimmungen“ in Titel 3 des TCA zum ersten Mal in ein bilaterales Handelsabkommen der EU verbindlich aufgenommen worden, was ihre Akzeptanz verdeutlicht.

18

Für die britische Regierung hat der digitale Handel strategische Priorität. Neue Handelsabkommen mit ambitionierten Kapiteln zum digitalen Handel, die zum Ziel haben, den „internationalen Datenverkehr“²⁵ zu fördern, bieten eine Möglichkeit, den **Austritt Großbritanniens aus dem digitalen EU-Binnenmarkt** zu kompensieren, und britische Unternehmen in die globale digitale Wirtschaft einzubeziehen.²⁶ Dass sich die EU und das VK im TCA auf ein relativ hohes Schutzniveau verständigt haben, überrascht dabei nicht. Im Ausgangsszenario besteht die besondere Situation, dass das VK als ehemaliger Mitgliedstaat der EU die DSGVO wortwörtlich in das nationale Recht übernommen hat.²⁷ Es stellt sich jedoch die Frage, wie weit das VK mit anderen Handelspartnern als der EU gehen möchte. Derzeit führt das VK Handelsgespräche mit Australien, Neuseeland, Kanada und den USA. Zudem strebt es den Beitritt zum *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP) an.²⁸ Während das VK die Handelsverhandlungen vorantreibt, wäre eine gewisse Vorsicht angebracht. *Sands et al.* betonen „die Notwendigkeit eines robusten, evidenzbasierten Ansatzes für die digitale Handelspolitik, der die Perspektiven eines breiten Spektrums britischer Interessengruppen berücksichtigt.“²⁹

19

Dies könnte zu einer interessanten neuen Wendung in der Art und Weise führen, wie die DSGVO mit grenzüberschreitenden Datenverkehrsverpflichtungen in internationalen Handelsabkommen interagiert. Bislang überprüfte die Europäische Kommission im Rahmen eines **DSGVO-Angemessenheitsbeschlusses** nicht die in internationalen Handelsabkommen eingegangenen Verpflichtungen eines Drittlandes.³⁰ Es setzt sich jedoch zunehmend die Erkenntnis durch, dass es die Beziehungen zur EU beeinträchtigen könnte, wenn das VK mit weiteren Handelspartnern weitergehende Verpflichtungen bezüglich des grenzüberschreitenden Datenverkehrs zulasten des Schutzes personenbezogener Daten eingeht.³¹ Erste Anzeichen hierfür finden sich in der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten durch das VK vom 21.5.2021.³² Das Europäische Parlament ist zu Recht besorgt über die potenzielle Weitergabe personenbezogener Daten von EU-Bürgerinnen und Bürgern und EU-Einwohnerinnen und Einwohnern, falls das VK in künftigen Handelsabkommen weitreichende Verpflichtungen zum grenzüberschreitenden Datenverkehr eingeht, wobei insbes. der Antrag des VK auf Beitritt zum CPTTP und ein mögliches Handelsabkommen zwischen den USA und dem VK Erwähnung finden.³³ In diesem

²⁵ *UK Department for International Trade* Liz Truss Launches Future Trade Strategy for UK Tech Industry; *UK Government* National Data Strategy; *UK Government* The Future Relationship with the EU, Rn. 58.

²⁶ *Brakman/Garretsen/Kohl* Papers in Regional Science 97 (2018), 55.

²⁷ The Data Protection, Privacy and Electronic Communications (DPPEC) (Amendments etc) (EU Exit) Regulations 2019, abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2019/419/contents/made>, geändert durch die DPPEC Regulations 2020, abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348213522>.

²⁸ *Sands et al.* The UK and Digital Trade, S. 4.

²⁹ *Ebd.*, S. 51 f.

³⁰ Art. 45 DSGVO.

³¹ *Fahey* Digital Trade and Data Equivalency, S. 12.

³² *Europäisches Parlament* Entschließung vom 21.5.2021.

³³ *Ebd.*, Abs. 22–23.

Zusammenhang fordern das Europäische Parlament und der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) die Europäische Kommission dazu auf, bei der Bewertung des angemessenen Schutzniveaus für personenbezogene Daten des VK die in internationalen Handelsabkommen eingegangenen Verpflichtungen auch mit zu berücksichtigen.³⁴

4. Übergangsmechanismen

20

Die Regelungen des Titels 3 werden ergänzt durch die Übergangsbestimmung des Art. 782 TCA. Diese sieht vor, dass die obligatorischen Schutzbestimmungen, die aufgrund der DSGVO für Datenübermittlungen in Drittstaaten vorgesehen sind, für bis zu sechs Monate nach Inkrafttreten des Abkommens oder bis zur Annahme eines **Angemessenheitsbeschlusses** durch die Europäische Kommission aufgeschoben werden. Als Teil des TCA, das auf Art. 217 AEUV beruht, steht der Mechanismus über dem Sekundärrecht, wie zB der DSGVO, er muss jedoch mit dem Primärrecht, wie etwa der EU-Grundrechtecharta, vereinbar sein.³⁵ Mit der Annahme des Beschlusses zur Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten zugunsten des VK durch die Europäische Kommission ist die Übergangsbestimmung wieder hinfällig geworden.³⁶ Dennoch hat die EU hiermit einen Präzedenzfall geschaffen, wonach der Austausch personenbezogener Daten zumindest übergangsweise mithilfe eines Freihandelsabkommens ermöglicht werden kann.

III. Kapitel 3: Besondere Bestimmungen

21

In Kapitel 3 über besondere Bestimmungen sind verschiedene Themen zusammengefasst, die – wie einleitend dargelegt – fünf Themen erfassen: (1) Ermöglichung grenzüberschreitender digitaler Dienstleistungen; (2) Erleichterung elektronischer Transaktionen; (3) Online-Verbraucherschutz; (4) Offene Behördendaten; und (5) Zusammenarbeit in Regulierungsfragen. In diesem Kapitel werden die in Art. 200 TCA vorgesehenen Definitionen und Begriffe in der Reihenfolge ihres Erscheinens verwendet.³⁷

1. Ermöglichung digitaler Dienste und Schutz des Software-Quellcodes

22

Die erste Gruppe von Bestimmungen zielt darauf ab, die grenzüberschreitende Erbringung digitaler Dienstleistungen davor zu schützen, dass sie aufgrund ihrer elektronischen Übermittlung gegenüber anderen Dienstleistungen benachteiligt werden. Es sollen keine Zölle auf elektronische Übermittlungen erhoben werden (Art. 203 TCA). Darüber hinaus sollen die Vertragsparteien keine vorherige Genehmigung für die Erbringung einer Dienstleistung auf elektronischem Wege allein aus dem Grund verlangen, dass die Dienstleistung online erbracht wird (Art. 204 TCA). Diese Bestimmungen stellen die **Technologieneutralität** sicher und können

³⁴ *Ebd.*, Rn. 24; *EDSB* Opinion 14/2021.

³⁵ *Hallak et al.* EU-UK Trade and Cooperation Agreement; s. a. *Irion/Yakovleva/Bartl* Trade and Privacy, S. 16 f.

³⁶ *Europäische Kommission* Durchführungsverordnung vom 28.6.2021 zur Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten durch das Vereinigte Königreich.

³⁷ „Verbraucher“, „Direktmarketing-Mitteilung“, „elektronische Authentifizierung“, „Dienst für die Zustellung elektronischer Einschreiben“, „elektronisches Siegel“, „elektronische Signatur“, „elektronischer Zeitstempel“, „elektronischer Vertrauensdienst“, „staatliche Daten“, „öffentlicher Telekommunikationsdienst“ und „Nutzer“.

zudem als Reaktion auf die laufenden Bemühungen im Rahmen des E-Commerce-Programms der WTO verstanden werden, die darauf abzielen, das Moratorium für Zölle auf elektronische Übertragungen zu verstetigen. Die EU verfolgt in dieser Hinsicht einen eigenen Ansatz, um Definitionsfragen rund um den Geltungsbereich des Moratoriums zu vermeiden, indem sie elektronische Übermittlungen als Dienstleistungen definiert.³⁸

23

Art. 207 TCA über den **Schutz des Quellcodes von Software** ist ein relativ neuer Bestandteil im internationalen Handelsrecht, der sich, wie weiter unten erläutert werden wird, zunehmend in neueren FTA-Kapiteln zum digitalen Handel verbreitet. Diese Verpflichtung zielt darauf ab, den Quellcode von Software gegen die Maßnahme einer Vertragspartei zu schützen, die „die Übertragung von oder den Zugriff auf den Quellcode von Software, die einer natürlichen oder juristischen Person der anderen Vertragspartei gehört“ verlangt.³⁹ Verglichen mit dem Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der EU und Japan zeigt die Formulierung des Art. 207 TCA eine gewisse Entwicklung in der Regel-Ausnahme-Logik, die vielschichtiger und konditionierter ist. Die Verpflichtung in Art. 207 TCA verhindert nicht die Anordnung der Offenlegung durch ein Gericht in einem Gerichtsverfahren oder Untersuchungen durch Regulierungsbehörden oder Verwaltungsgerichte.⁴⁰ Eine Vertragspartei kann die Anordnung des Zugangs zum Software-Quellcode im Rahmen eines **Zertifizierungsverfahrens** rechtfertigen, sofern die Anforderungen der allg. Ausnahmen und der Sicherheitsausnahmen erfüllt sind.⁴¹ Damit sind zB gesetzlich vorgeschriebene **Konformitätsbewertungen** von Produkten gemeint, die im EU Binnenmarkt in den Verkehr gebracht werden.

24

Der handelsrechtliche Schutz von Quellcodes soll das Risiko eines erzwungenen Technologietransfers abwenden.⁴² Weder die EU und ihre Mitgliedstaaten noch das VK wurden bisher mit Praktiken in Verbindung gebracht, die auf einen erzwungenen Technologietransfer hinauslaufen würden. Während Rechtssicherheit ein wesentlicher Beweggrund sein kann, eine Verpflichtung zum Schutz von Quellcodes von Software einzuführen, besteht das Risiko, dass die neue Verpflichtung aus Art. 207 TCA über ihr erklärtes Ziel hinauschießt. Insbes. wurden Bedenken geäußert, dass diese Verpflichtung zum Schutz von Quellcodes von Software einer Digitalpolitik im Wege stehen könnte, die Interoperabilität, Rechenschaftspflicht und **Überprüfbarkeit digitaler Technologien und künstlicher Intelligenz** vorsieht.⁴³ Auch ist die Beziehung zu den Rechten des geistigen Eigentums, wie zB der urheberrechtliche Schutz von Software-Quellcode, sowie zu den Gesetzen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht klar definiert; noch ist die Notwendigkeit des zusätzlichen Schutzes gerechtfertigt.⁴⁴

2. Erleichterung von Transaktionen im elektronischen Geschäftsverkehr

25

Die Erleichterung des elektronischen Geschäftsverkehrs im grenzüberschreitenden Kontext erfordert ein gewisses Maß an Harmonisierung zwischen den Vertragsparteien, um

³⁸ Zum Vergleich mit anderen Ansätzen s. *Burri/Polanco* 23 *Journal of International Economic Law* (2020), 187 (198–200).

³⁹ Art. 207 Abs. 1 TCA.

⁴⁰ Art. 207 Abs. 3 lit. (a) TCA.

⁴¹ Art. 207 Abs. 2 lit. (a) TCA.

⁴² S. *Andrenelli/Gourdon/Moisé* *International Technology Transfer Policies*.

⁴³ S. *Irion* *AI Regulation in the European Union and Trade Law*.

⁴⁴ *Ebd.*, 61.

elektronische Transaktionen zu ermöglichen. Gemäß Art. 205 TCA stellt jede Vertragspartei sicher, dass Verträge auf elektronischem Weg abgeschlossen werden können. Eine Reihe von Rechtsverhältnissen ist von dieser allg. Regel ausgenommen, nämlich: a) Rundfunkdienstleistungen; b) Glücksspieldienstleistungen; c) Dienstleistungen der Rechtsvertretung; d) Dienstleistungen von Notaren oder gleichwertigen Berufen, die in einem direkten und spezifischen Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt stehen; e) Verträge, die ein persönliches Erscheinen erfordern; f.) Verträge, die Rechte an Immobilien begründen oder übertragen; g) Verträge, bei denen die Mitwirkung von Gerichten, Behörden oder öffentliche Befugnisse ausübenden Berufen gesetzlich vorgeschrieben ist; h) Bürgschaftsverträge, Verträge über Sicherheiten, die von Personen außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit eingegangen werden; oder i) Verträge im Bereich des Familienrechts oder des Erbrechts. Diese Ausnahmen wehren Forderungen nach rechtlichen Änderungen in diesen unterschiedlichen Bereichen ab, die oft auch auf EU-Ebene nicht vollständig harmonisiert sind.

26

Gemäß Art. 206 TCA steht es den Parteien einer elektronischen Transaktion frei, gemeinsam die geeigneten **elektronischen Authentifizierungsmethoden** für ihre Transaktion zu bestimmen, und die Vertragsparteien des TCA können keine Maßnahmen erlassen oder beibehalten, die diese Freiheit einschränken.⁴⁵ Darüber hinaus dürfen keine Maßnahmen ergriffen werden, welche die Parteien einer elektronischen Transaktion daran hindern, gegenüber Gerichts- und Verwaltungsbehörden nachzuweisen, dass die Verwendung einer elektronischen Authentifizierung oder eines elektronischen Vertrauensdienstes in dieser Transaktion den geltenden rechtlichen Anforderungen entspricht.⁴⁶ Die in Art. 206 Abs. 1 TCA enthaltene allg. Verpflichtung besagt, dass keine Vertragspartei die Rechtswirkung und die Zulässigkeit eines elektronischen Dokuments, einer elektronischen Signatur, eines elektronischen Siegels oder eines elektronischen Zeitstempels oder von Daten, die unter Verwendung eines elektronischen Einschreibedienstes gesendet und empfangen werden, als Beweismittel in Gerichtsverfahren allein mit der Begründung verweigern kann, dass sie in elektronischer Form vorliegen.⁴⁷ Die Definitionen der in dieser Verpflichtung verwendeten Begriffe finden sich in Art. 200 TCA, was eindeutig dazu beiträgt, die Bürokratie in den Transaktionsbeziehungen abzubauen und für technologische Neutralität zu sorgen.

3. Online-Verbraucherschutz

27

Bestimmungen zum Online-Verbraucherschutz sind in der jüngeren Generation von Freihandelsabkommen üblich. Die EU verfolgt einen besonderen Ansatz, der nicht nur den Verbraucherschutz im engeren Sinne fördert, sondern auch ein Umfeld des Vertrauens in den elektronischen Handel schaffen soll. Die Anerkennung der verschiedenen Verbraucherschutzinteressen und wie diese im grenzüberschreitenden elektronischen Handel betroffen sein können, war ein wichtiges politisches Ziel für europäische Verbraucherschutzorganisationen⁴⁸ und steht im Einklang mit dem Wunsch der EU, das Vertrauen der Verbraucherinnen und Verbraucher innerhalb der EU-Grenzen und darüber hinaus

⁴⁵ Art. 206 Abs. 2 lit. (a) TCA.

⁴⁶ Art. 206 Abs. 2 lit. (b) TCA. Art. 206 Abs. 3 TCA lässt bestimmte Ausnahmen zu, die eine Zertifizierung durch eine akkreditierte Behörde oder die Einhaltung bestimmter Leistungsstandards erfordern können, welche objektiv, transparent und nichtdiskriminierend sein müssen.

⁴⁷ Art. 206 Abs. 1 TCA.

⁴⁸ S. *BEUC* WTO E-Commerce Negotiations.

zu stärken.⁴⁹ Zwei Verpflichtungen des digitalen Handelstitels zielen darauf ab, Verbraucherinnen und Verbraucher vor **betrügerischen und irreführenden Geschäftspraktiken** im elektronischen Handel sowie vor **unerbetenen Direktmarketing-Mitteilungen** zu schützen. Art. 208 TCA über das Online-Verbrauchervertrauen ist als bindende Verpflichtung formuliert, die von den Vertragsparteien verlangt, einen wirksamen Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher bei Transaktionen im elektronischen Handel zu gewährleisten. Zugleich zählt die Bestimmung beispielhaft auf, wie ein solcher Schutz erreicht werden kann: zB durch Maßnahmen zur Einhaltung redlicher Geschäftspraktiken,⁵⁰ erhöhte Transparenz, einschließlich der Bereitstellung genauer Informationen über die Waren oder Dienstleistungen und die Vertragsbedingungen,⁵¹ sowie Ansprüche auf Wiedergutmachung.⁵² Art. 208 Abs. 3 TCA enthält einige institutionelle Elemente, da die Parteien hier die Bedeutung funktionierender Verbraucherschutzbehörden mit angemessenen Durchsetzungsbefugnissen und die Zusammenarbeit zwischen diesen Behörden anerkennen. Art. 209 TCA befasst sich mit unerbetenen Direktmarketing-Mitteilungen („Spam“). Eine solche Bestimmung über Spam ist in Freihandelsabkommen wie auch in innerstaatlichen Rechtsrahmen üblich geworden und dürfte keine zusätzlichen Umsetzungsbemühungen erfordern.

4. Offene staatliche Daten

28

Art. 210 des Titels „Digitaler Handel“ enthält eine ehrgeizige Bestimmung zu offenen staatlichen Daten. Der Begriff „staatliche Daten“ wird definiert als „Daten, die sich im Besitz staatlicher Stellen aller Ebenen und von nichtstaatlichen Stellen in Ausübung der ihnen von den Behörden aller Ebenen übertragenen Befugnisse befinden oder von ihnen gehalten werden [...]“⁵³ Das TCA schafft keine verbindliche Verpflichtung, Daten, die sich im Besitz von staatlichen Stellen befinden, für den offenen Zugang und die Wiederverwendung zu öffnen. Vielmehr wird versucht, zum **gemeinsamen Verständnis der Rolle offener staatlicher Daten** beizutragen: „Die Vertragsparteien erkennen an, dass die Erleichterung des öffentlichen Zugangs zu und der Nutzung von staatlichen Daten zur Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, der Wettbewerbsfähigkeit, der Produktivität und der Innovation beiträgt.“⁵⁴ Wichtig ist, dass die Bestimmung auch gewisse Modalitäten festlegt, welche die Nutzung von Regierungsdaten ermöglichen können – etwa, dass sie maschinenlesbar sind, mit beschreibenden Metadaten zu versehen sind und regelmäßig aktualisiert werden.⁵⁵ Ob offene staatliche Daten Gegenstand des internationalen Handelsrechts sein sollten, ist jedoch fraglich.

5. Zusammenarbeit in Regulierungsfragen

29

Art. 211 des Titels „Digitaler Handel“ legt die Grundlage für die Zusammenarbeit zwischen der EU und dem VK in Regulierungsfragen in Bezug auf den digitalen Handel. Die Vertragsparteien vereinbaren Informationen über Regulierungsfragen im Zusammenhang mit dem digitalen Handel auszutauschen. Ausdrücklich erwähnt ist der **Informationsaustausch** im Zusammenhang mit der Anerkennung und Erleichterung von interoperablen elektronischen Authentifizierungsdiensten

⁴⁹ S. *Europäische Kommission* Neue Verbraucheragenda.

⁵⁰ Art. 208 Abs. 1 lit. (b) TCA.

⁵¹ Art. 208 Abs. 1 lit. (c) TCA.

⁵² Art. 208 Abs. 1 lit. (d) TCA.

⁵³ Art. 200 Abs. 2 lit. (i) TCA.

⁵⁴ Art. 210 Abs. 1 TCA.

⁵⁵ Art. 210 Abs. 2 lit. (a), (b) und (e) TCA.

und elektronischen Vertrauensdiensten, die Behandlung von Direktmarketing-Kommunikation sowie der Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher. Darüber hinaus ist auch jede andere Angelegenheit erfasst, die für die Entwicklung des digitalen Handels relevant ist, einschließlich neuer Technologien. Die Zusammenarbeit in Regulierungsfragen erstreckt sich ausdrücklich nicht auf die Vorschriften und Garantien einer Vertragspartei für den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre, auch nicht für die grenzüberschreitende Übermittlung personenbezogener Daten. Die Ausnahme des Datenschutzrechts von der Zusammenarbeit in Regulierungsfragen unterstreicht noch einmal den besonderen Schutz, den diese Regulierung in der EU genießt.⁵⁶

D. Vergleichende Analyse des TCA mit anderen Kapiteln zum digitalen Handel

30

Wie eingangs dargelegt, sind Kapitel zum digitalen Handel zum wichtigsten ‚Labor‘ für die Entwicklung neuartiger internationaler Regeln geworden. Die anschließende vergleichende Analyse des TCA-Kapitels zum digitalen Handel mit anderen Handelsabkommen der EU und anderer wichtiger Akteure gewährleistet dessen Einordnung im internationalen Vergleich. Daraus erschließt sich zum einen die Konsolidierung des im TCA erstmalig verbindlich festgeschriebenen EU-Ansatzes, der neue Maßstäbe in der EU-Außenhandelsstrategie für das digitale Zeitalter setzt. Zum anderen erschließen sich auch deutliche Unterschiede im Vergleich zu den weitergehenden Verbindlichkeiten zum grenzüberschreitenden digitalen Handel, die in internationalen Handelsabkommen unter dem maßgeblichen Einfluss der Vereinigten Staaten und gleichgesinnter Partner eingegangen wurden.

I. Vergleich des TCA mit anderen EU-Freihandelsabkommen

31

Die in bilateralen Handelsabkommen der EU enthaltenen Kapitel zum digitalen Handel sind nicht sehr kohärent, insbes. verglichen mit der klaren Haltung, welche die Vereinigten Staaten seit Beginn ihrer „Digitalen Agenda“ im Jahr 2001 eingenommen haben. Auch die EU-Vorlage hat sich im Laufe der Zeit entwickelt und verändert. Dies lässt sich mit dem neu gesetzten Schwerpunkt der EU auf digitale Technologien als Teil ihrer Innovations- und Wachstumsstrategie und mit ihrer neuen außenpolitischen Ausrichtung nach dem Vertrag von Lissabon erklären, die Freihandelsabkommen als **wesentliches strategisches Element** beinhaltet.⁵⁷

32

Das Abkommen mit Chile (unterzeichnet 2002) war das erste, das substantielle Bestimmungen zum elektronischen Handel enthielt. Die Wortwahl war jedoch noch zurückhaltend und beschränkte sich auf weiche Kooperationszusagen im Dienstleistungskapitel⁵⁸ und in den Bereichen Informationstechnologie, Informationsgesellschaft und Telekommunikation.⁵⁹ In neueren Abkommen, wie etwa dem Freihandelsabkommen zwischen der EU und Südkorea (unterzeichnet 2009), ist die Sprache viel konkreter und verbindlicher. Es ahmt einige der US-

⁵⁶ *Europäische Kommission* Horizontal Provisions for Cross-border Data Flows and for Personal Data Protection.

⁵⁷ *Kleimann* EU Preferential Trade Agreements.

⁵⁸ Art. 102 EU-Chile FTA. In dem Abkommen heißt es: „Die Aufnahme dieser Bestimmung in dieses Kapitel erfolgt unbeschadet des chilenischen Standpunkts zu der Frage, ob der elektronische Geschäftsverkehr als Erbringung von Dienstleistungen anzusehen ist oder nicht“.

⁵⁹ Art. 37 EU-Chile FTA.

Vorlagenbestimmungen nach und bestätigt die Anwendbarkeit der WTO-Abkommen für Maßnahmen, die den elektronischen Handel betreffen, sowie ein dauerhaftes zollfreies Moratorium für elektronische Übertragungen. Als besonders hartnäckige Verfechterin des Datenschutzes hat die EU auch von ihren FTA-Partnern die Verpflichtung zur Kompatibilität mit den internationalen Datenschutzstandards eingefordert.⁶⁰ Die Zusammenarbeit wird zunehmend konkreter und umfasst die gegenseitige Anerkennung von Zertifikaten für elektronische Signaturen, die Koordinierung der Haftung von Internetdienstleistern, den Online-Verbraucherschutz und den papierlosen Handel.⁶¹

33

Das 2016 geschlossene CETA Abkommen mit Kanada geht noch einen Schritt weiter. Die CETA-Bestimmungen betreffen Verpflichtungen zur Gewährleistung von a) Klarheit, Transparenz und Berechenbarkeit ihres internen Regulierungsrahmens; b) Interoperabilität, Innovation und Wettbewerb zwecks Erleichterung des elektronischen Geschäftsverkehrs; sowie c) leichtere Nutzung des elektronischen Geschäftsverkehrs durch kleine und mittlere Unternehmen.⁶² Der EU ist es gelungen, die Verpflichtungen zum Schutz der Privatsphäre zu vertiefen und das CETA Abkommen enthält eine spezifische Norm zum Vertrauen im elektronischen Geschäftsverkehr, welche die Vertragsparteien verpflichtet, Gesetze, Verordnungen oder Verwaltungsmaßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten von Nutzerinnen und Nutzern, die am elektronischen Geschäftsverkehr teilnehmen, unter Berücksichtigung internationaler Datenschutzstandards zu erlassen oder beizubehalten.⁶³ Dennoch gibt es keine tiefgreifenden Verpflichtungen zum digitalen Handel; auch gibt es keine Regeln zu Daten und zum Datenverkehr.

34

Insgesamt hat sich die EU bei der Aufnahme von Normen zu Daten in ihren Freihandelsabkommen zurückhaltend gezeigt. Erst in jüngster Zeit hat die EU einen Schritt in Richtung entsprechender Bestimmungen gemacht, indem die Vertragsparteien vereinbart haben, in künftigen Verhandlungen Verpflichtungen in Bezug auf den grenzüberschreitenden Informationsfluss zu berücksichtigen. Eine solche Klausel findet sich im FTA zwischen der EU und Japan von 2018⁶⁴ sowie in der Modernisierung des Handelsteils des globalen Abkommens zwischen der EU und Mexiko. In den beiden letztgenannten Abkommen verpflichten sich die Parteien, innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens die Notwendigkeit der Aufnahme von Bestimmungen über den freien Datenverkehr in den Vertrag neu zu bewerten. Dies signalisierte eine Neupositionierung der EU in der Frage der grenzüberschreitenden Datenströme, welche nun in den derzeit verhandelten Abkommen der EU mit Australien,⁶⁵ Neuseeland⁶⁶ und Tunesien uneingeschränkt befürwortet wird.⁶⁷ Die Kapitelentwürfe zum digitalen Handel dieser Abkommen enthalten Normen zum freien Datenfluss und

⁶⁰ Art. 7.48 EU-Südkorea FTA.

⁶¹ Art. 7.49 EU-Südkorea FTA.

⁶² Art. 16.5 CETA.

⁶³ Art. 16.4 CETA.

⁶⁴ Art. 8.81 EU-Japan WPA.

⁶⁵ Der Textentwurf ist verfügbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/december/tradoc_157570.pdf.

⁶⁶ Der Textentwurf ist verfügbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/december/tradoc_157581.pdf.

⁶⁷ Textentwurf verfügbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157660.%20ALECA%202019%20-%20texte%20commerce%20numerique.pdf (Original in Französisch).

Datenlokalisierungsverbote. Diese Neupositionierung und die neueren Verpflichtungen sind jedoch gleichzeitig mit einem hohen Datenschutzniveau verbunden.

35

In ihren derzeit verhandelten Handelsabkommen sowie im EU-Vorschlag für die WTO-Regeln zum elektronischen Handel⁶⁸ folgt die EU einer insbes. durch das TCA etablierten Vorlage⁶⁹: Einerseits versuchen die EU und ihre Partner, Maßnahmen zur Datenlokalisierung zu verbieten und sich für einen freien grenzüberschreitenden Datenverkehr einzusetzen. Andererseits sind diese Zugeständnisse aber an Bedingungen geknüpft, die den grenzüberschreitenden Datenverkehr nur dann zulassen, wenn sie mit den hohen Datenschutzstandards der DSGVO vereinbar sind.⁷⁰ Die EU möchte sich auch das Recht vorbehalten, zu prüfen, wie sich die Umsetzung des Freihandelsabkommens im Bereich der Datenströme auf die Bedingungen des Schutzes der Privatsphäre auswirkt. Daher gibt es eine Überprüfungsmöglichkeit innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens, und es steht den Parteien frei, jederzeit eine Überprüfung der Liste der Einschränkungen vorzuschlagen.⁷¹ Darüber hinaus gibt es eine breite Ausnahmeregelung unter dem Recht zur Regulierung.⁷² Damit bewahrt sich die EU einen **großen Regulierungsspielraum** für ihre aktuellen und zukünftigen Datenschutzmaßnahmen. Die Ausnahmeregelung unterscheidet sich zudem grundlegend von der objektiven Prüfung der Erforderlichkeit im Rahmen der CPTPP und des USMCA, wie weiter unten erörtert wird, oder derjenigen im Rahmen des WTO-Rechts, da sie subjektiv ist und das Recht der EU auf Regulierung wahrt.⁷³

36

Ferner ist offensichtlich, dass die EU-Vorlage für den digitalen Handel erheblich erweitert wurde, um Regeln für das Vertrauen der Online-Verbraucherinnen und Verbraucher, Quellcode und offene staatliche Daten aufzunehmen. Gleichwohl ist anzumerken, dass die EU ihre Vorlage je nach Handelspartner anzupassen scheint – so enthält die derzeit verhandelte Modernisierung des Abkommens mit Chile, zumindest bisher, keine Bestimmungen zu Datenströmen und Datenschutz,⁷⁴ während das verhandelte Abkommen mit Indonesien lediglich einen Platzhalter für Regeln zum Datenverkehr enthält.⁷⁵ Das kürzlich unterzeichnete Abkommen mit Vietnam, das am 1.8.2020 in Kraft getreten ist, hat nur wenige Kooperationsbestimmungen zum elektronischen Handel als Teil des Dienstleistungskapitels und es wird weder auf Daten- noch auf Datenschutz Bezug genommen.⁷⁶

⁶⁸ WTO Joint Statement on Electronic Commerce.

⁶⁹ S. *Europäische Kommission* Horizontal Provisions for Cross-border Data Flows and for Personal Data Protection; s. a. *Yakovleva/Irion* 10 International Data Privacy Law (2020), 201.

⁷⁰ S. zB Art. 6 Abs. 1 Entwurf des EU-Australien FTA. Derselbe Wortlaut findet sich in den Entwürfen für die Freihandelsabkommen EU-Neuseeland und EU-Tunesien.

⁷¹ S. zB Art. 5 Abs. 2 Entwurf des Freihandelsabkommens EU-Australien. Derselbe Wortlaut findet sich in den Entwürfen für die Freihandelsabkommen EU-Neuseeland und EU-Tunesien.

⁷² S. zB Art. 2 Entwurf des Freihandelsabkommens EU-Australien. Derselbe Wortlaut findet sich in den Entwürfen für die Freihandelsabkommen EU-Neuseeland und EU-Tunesien.

⁷³ *Yakovleva* University of Miami Law Review (2020), 416 (496).

⁷⁴ Der Textentwurf ist verfügbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156582.pdf.

⁷⁵ Der Textentwurf ist verfügbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156106.pdf.

⁷⁶ Der vollständige Text der Vereinbarung ist verfügbar unter <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

II. Vergleich des TCA mit anderen digitalen Handelsvorlagen

37

Während die EU mit dem TCA erstmalig über ein verabschiedetes Abkommen mit wichtigen inhaltlichen Bestimmungen zum digitalen Handel und insbes. zu Datenströmen verfügt, hat sich in anderen Freihandelsabkommen bereits viel getan, meist auf Betreiben der USA. Das digitale Kapitel des TCA imitiert in diesem Sinne einige der Regeln solcher Abkommen und ist daher nicht als innovativ zu betrachten.

38

Die USA haben ihre „**Digitale Agenda**“⁷⁷ seit deren Erscheinen im Jahr 2001 beharrlich vorangetrieben. Die Abkommen, die seither mit Australien, Bahrain, Chile, Marokko, Oman, Peru, Singapur, den mittelamerikanischen Ländern, Panama, Kolumbien, Südkorea und der aktualisierten NAFTA abgeschlossen wurden, enthalten alle wichtigen WTO-plus- und WTO-extra-Bestimmungen im weiteren Bereich des digitalen Handels. Bedeutsam ist, dass sich die Verbreitung der US-Vorlage nicht auf US-Abkommen beschränkt, sondern auch in anderen Freihandelsabkommen zu finden ist, wie etwa in den Singapur-Australien, Thailand-Australien, Neuseeland-Singapur, Japan-Singapur und Südkorea-Singapur Abkommen. Viele, auch kleinere Staaten, wie zB Kolumbien, sind im Bereich der *Data Governance* aktiv geworden und sogar Länder wie China haben, wenn auch mit deutlichen Unterschieden, einige Elemente der US-Vorlage als Teil der jüngsten *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP) übernommen.⁷⁸ In den nächsten Abschnitten wird das Kapitel zum Digital Handel des TCA mit einigen spezifischen Regelungsbeständen verglichen, insbes. mit denen des CPTPP, des USMCA und des DEPA, welche in den letzten Jahren entwickelt wurden und sehr weit reichen.

1. Die Transpazifische Partnerschaft

39

Das Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) wurde 2017 zwischen elf Ländern des pazifischen Raums⁷⁹ vereinbart und trat am 30.12.2018 in Kraft. Das CPTPP-Kapitel zum elektronischen Handel schuf die bisher umfassendste Vorlage für Freihandelsabkommen und enthält mehrere bislang unbekannte Merkmale. Ungeachtet der Tatsache, dass sich die USA mit dem Beginn der Trump-Administration aus dem Abkommen zurückgezogen haben, spiegelt das Kapitel immer noch die Verhandlungsposition der USA wider, sich Verpflichtungen zum digitalen Handel im Sinne ihrer „Digitalen Agenda“ zu sichern.

40

Ähnlich wie das TCA stellt auch der Anwendungsbereich des CPTPP-Kapitels zum elektronischen Handel klar, dass es „für Maßnahmen gilt, die von einer Vertragspartei angenommen oder beibehalten werden und den Handel mit elektronischen Mitteln beeinträchtigen“.⁸⁰ Audiovisuelle Dienstleistungen sind nicht ausgeschlossen, das öffentliche Beschaffungswesen jedoch schon.⁸¹ Es gibt auch insofern eine Reihe von Ähnlichkeiten, als dass das CPTPP einige der Überbleibsel des WTO-Programms für den elektronischen Handel

⁷⁷ *US Congress* Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2001; s. a. *Gao* 45 Legal Issues of Economic Integration (2018), 47.

⁷⁸ S. *Burri* 49 Legal Issues of Economic Integration (2022).

⁷⁹ Australien, Brunei, Kanada, Chile, Japan, Malaysia, Mexiko, Neuseeland, Peru, Singapur und Vietnam.

⁸⁰ Art. 14.2 Abs. 2 CPTPP.

⁸¹ Art. 14.2 Abs. 3 CPTPP.

aufgreift und den Online-Handel erleichtern will. In diesem Sinne verbietet Art. 14.3 CPTPP die Erhebung von Zöllen auf elektronische Übertragungen, einschließlich elektronisch übermittelter Inhalte, und Art. 14.4 befürwortet die nichtdiskriminierende Behandlung digitaler Produkte.⁸² Hier gehen die Verpflichtungen der CPTPP-Vertragsparteien über das TCA und insgesamt über die Haltung der EU hinaus, elektronische Übertragungen als Dienstleistungen zu definieren. Art. 14.5 CPTPP soll den innerstaatlichen Rahmen für elektronische Transaktionen gestalten, indem er verbindliche Verpflichtungen für die Parteien enthält, „a) jede unnötige regulatorische Belastung elektronischer Transaktionen zu vermeiden und b) die Mitwirkung interessierter Personen an der Entwicklung ihres Rechtsrahmens für elektronische Transaktionen zu erleichtern.“⁸³ Die Bestimmungen über den papierlosen Handel und die elektronische Authentifizierung und elektronische Signaturen ergänzen dies, indem sie die Gleichwertigkeit elektronischer und physischer Formen sicherstellen.⁸⁴ Auch der papierlose Handel ist enthalten⁸⁵ – eine Bestimmung, die seltsamerweise im TCA fehlt.

41

Die übrigen Bestimmungen des CPTPP-Kapitels zum elektronischen Handel befassen sich mit den aufkommenden Problemen der Datenwirtschaft. Zentral ist, dass das CPTPP ausdrücklich versucht, die Verwendung von Maßnahmen zur Datenlokalisierung einzuschränken. Art. 14.13(2) verbietet es den Vertragsparteien, von einer „erfassten Person zu verlangen, dass sie Rechenanlagen im Hoheitsgebiet dieser Vertragspartei als Bedingung für die Durchführung von Geschäften in diesem Hoheitsgebiet nutzt oder aufstellt“.⁸⁶ Zudem findet sich eine strikte Regel: „Jede Vertragspartei gestattet die **grenzüberschreitende Übermittlung von Informationen** auf elektronischem Wege, einschließlich personenbezogener Daten, wenn diese Tätigkeit der Ausübung der Geschäftstätigkeit einer erfassten Person dient“.⁸⁷ Diese Regel hat eindeutig einen weiten Anwendungsbereich und die meisten über das Internet übertragenen Daten dürften darunter fallen. Bemerkenswert ist zudem die ausdrückliche Erwähnung personenbezogener Daten.

42

Maßnahmen, die digitale Datenströme einschränken oder Lokalisierungsanforderungen implementieren, sind nur dann zulässig, wenn sie nicht auf eine „willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels“ hinauslaufen und nicht „größere Beschränkungen für den Transfer von Informationen auferlegen, als zur Erreichung des Ziels erforderlich sind“.⁸⁸ Diese nicht-diskriminierenden Bedingungen ähneln dem strengen Test, der in Art. XIV GATS und Art. XX GATT 1994 formuliert ist. Dieser Test zielt darauf ab, Handels- und Nicht-Handelsinteressen auszugleichen, indem er bestimmte Verstöße „entschuldigt“ aber auch extrem schwer zu bestehen ist, wie wir aus der bestehenden WTO-Rechtsprechung wissen.⁸⁹ Der Test des CPTPP unterscheidet sich von den WTO-Normen in einem wichtigen Punkt: Während es im GATT und GATS eine Aufzählung von Zielen der öffentlichen Ordnung gibt, enthält das CPTPP keine solche Aufzählung und spricht lediglich von

⁸² Die Verpflichtung gilt nicht für Subventionen oder Zuschüsse, einschließlich staatlich geförderter Kredite, Bürgschaften und Versicherungen, sowie für den Rundfunk. Sie kann auch durch die im IP-Kapitel genannten Rechte und Pflichten eingeschränkt werden. Art. 14.2 Abs. 3 CPTPP.

⁸³ Art. 14.5 Abs. 2 CPTPP.

⁸⁴ Art. 14.6 CPTPP.

⁸⁵ Art. 14.9 CPTPP.

⁸⁶ Das Verbot von Lokalisierungsmaßnahmen wird in Bezug auf Finanzdienstleistungen aufgeweicht und gilt nicht für das öffentliche Beschaffungswesen.

⁸⁷ Art. 14.11 Abs. 2 CPTPP (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸⁸ Art. 14.11 Abs. 3 CPTPP.

⁸⁹ S. zB *Andersen* 18 *Journal of International Economic Law* (2015), 383.

einem „legitimen Ziel der öffentlichen Ordnung“.⁹⁰ Dies erlaubt den Unterzeichnern des CPTPP eine gewisse regulatorische Autonomie, unterscheidet sich aber deutlich von den weitergehenden Schutzmechanismen, die das TCA bietet.

43

Im CPTPP wurde zum ersten Mal in einem Freihandelsabkommen der **Quellcode** erwähnt,⁹¹ und diese Bestimmung wird nun, wenn auch mit anderen Ausnahmen,⁹² im TCA repliziert. Die Regelung, die größtenteils auf Druck der US-amerikanischen IT-Industrie eingefügt wurde, zielt darauf ab, Softwareunternehmen zu schützen und ihre Bedenken hinsichtlich des Verlusts von geistigem Eigentum, insbes. des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen, auszuräumen. Die Bestimmung kann auch als Reaktion auf Chinas Forderungen nach Zugang zum Quellcode von Softwareherstellern, die auf seinem Markt verkaufen, interpretiert werden.⁹³ Wie bereits erwähnt, kann der Nutzen dieser Bestimmung für die TCA-Parteien in Frage gestellt werden.

44

Neben den aufgezeigten Gemeinsamkeiten zwischen dem TCA und den CPTPP-Regeln für den digitalen Handel gibt es auch wichtige Unterschiede. Die **auffälligste Divergenz** besteht im Bereich des Schutzes der Privatsphäre und des Datenschutzes. Art. 14.8(2) CPTPP verlangt von jeder Partei, „einen Rechtsrahmen zu schaffen oder beizubehalten, der den Schutz der personenbezogenen Daten der Nutzer des elektronischen Handels gewährleistet“. Es werden jedoch keine Standards oder Maßstäbe für den Rechtsrahmen festgelegt, abgesehen von einer allgemeinen Forderung, dass die CPTPP-Parteien „Grundsätze oder Leitlinien einschlägiger internationaler Gremien berücksichtigen“.⁹⁴ Eine Fußnote sorgt insofern für etwas Klarheit: „[...] [E]ine Vertragspartei kann der Verpflichtung in diesem Absatz nachkommen, indem sie Maßnahmen wie ein umfassendes Gesetz zum Schutz der Privatsphäre, zum Schutz personenbezogener Informationen oder personenbezogener Daten, sektorspezifische Gesetze zum Schutz der Privatsphäre oder Gesetze, die die Durchsetzung freiwilliger Verpflichtungen von Unternehmen in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre vorsehen, erlässt oder beibehält“.⁹⁵ Die Vertragsparteien werden außerdem aufgefordert, die Kompatibilität zwischen ihren Datenschutzregelungen zu fördern, indem sie im Wesentlichen niedrigere Standards als gleichwertig behandeln.⁹⁶ Die Zielsetzung dieser Normen kann als eine Priorisierung des Handels gegenüber den Datenschutzrechten interpretiert werden. Hierauf wurde von den USA während der TPP-Verhandlungen hingewirkt, da die USA selbst einen relativ schwachen und lückenhaften Schutz der Privatsphäre vorsehen.⁹⁷ Zeitlich fiel dieser Vorstoß auch in die Phase, in der die USA befürchteten, das Privileg des transatlantischen Datentransfers zu verlieren. Zwei folgenschwere Urteile des EuGH, die die rechtliche Grundlage für das Safe-Harbor-Abkommen zwischen der EU

⁹⁰ Art. 14.11 Abs. 3 CPTPP.

⁹¹ Art.14.17 CPTPP.

⁹² Das Verbot gilt nur für Software für den Massenmarkt oder Produkte, die solche Software enthalten. Das bedeutet, dass maßgeschneiderte Produkte ausgeschlossen sind, ebenso wie Software, die für kritische Infrastrukturen verwendet wird, und solche in kommerziell ausgehandelten Verträgen.

⁹³ *USTR Findings of the Investigation into China's Acts*; *Gibson* 22 Berkeley Technology Law Journal (2007), 1403.

⁹⁴ Art. 14.8 Abs. 2 CPTPP.

⁹⁵ *Ebd.*, in Fn. 6.

⁹⁶ Art. 14.8 Abs. 5 CPTPP.

⁹⁷ S. zB *Burri* 53 Case Western Journal of International Law (2021), 35.

und den USA sowie dessen Nachfolger, das so genannte *Privacy Shield*, für ungültig erklärten, lassen diese Sorge durchaus berechtigt erscheinen.⁹⁸

45

Neben den Datenschutznormen enthält das CPTPP auch Bestimmungen zum Online-Verbraucherschutz⁹⁹ und zur Spam-Kontrolle.¹⁰⁰ Diese sind jedoch ziemlich schwach. Das Gleiche gilt für die neu eingeführten Regeln zur Cybersicherheit¹⁰¹ sowie für die Regeln zur Netzneutralität.¹⁰²

2. Das USA-Mexiko-Kanada Abkommen und das USA-Japan Abkommen zum digitalen Handel

46

Nach dem Ausstieg der USA aus der TPP herrschte eine gewisse Unsicherheit darüber, welche Richtung die USA bei ihren Handelsabkommen im Allgemeinen und in Fragen des digitalen Handels im Besonderen einschlagen werden. Das neu verhandelte NAFTA, welches nun als „United States Mexico Canada Agreement“ (USMCA) bezeichnet wird, räumt diese Unsicherheit wieder aus, da die USA nahtlos an ihre bereits erwähnte „Digitale Agenda“ anknüpft. Das umfassende USMCA Kapitel zum „Digitaler Handel“ folgt sämtlichen kritischen Linien des CPTPP und geht zT darüber hinaus.

47

Über diese Ähnlichkeiten hinaus führt das USMCA einige Neuerungen ein. Wichtig beim Vergleich mit dem TCA ist, dass die USMCA-Parteien zwar immer noch dem Handel Vorrang gegenüber dem Schutz der Privatsphäre einräumen, sich aber auch verpflichten, Prinzipien und Richtlinien relevanter internationaler Gremien zu berücksichtigen, wie zB das „APEC Privacy Framework“ und die „OECD-Richtlinien über Datenschutz und grenzüberschreitende Ströme personenbezogener Daten“ von 2013.¹⁰³ Die Vertragsparteien erkennen auch die wichtigsten Grundsätze des Datenschutzes an, zu denen die Begrenzung der Datenerhebung, die Wahlmöglichkeit, die Datenqualität, die Zweckbestimmung, die Nutzungsbeschränkung, die Sicherheitsvorkehrungen, die Transparenz, die Beteiligung des Einzelnen und die Rechenschaftspflicht gehören.¹⁰⁴ Ferner streben sie an, Rechtsmittel für etwaige Verstöße vorzusehen.¹⁰⁵ Dies ist insofern interessant, als dass es möglicherweise über das hinausgeht, was die USA in ihren nationalen Gesetzen zum Datenschutz vorsehen. Zudem spiegeln die Regelungen einige der Prinzipien wider, für die sich die EU im Bereich des Datenschutzes einsetzt.

⁹⁸ EuGH Ur. v. 6.10.2015 – C-362/14, ECLI: EU:C:2015:650 – *Schrems I*. Die spätere EU-US-„Privacy-Shield“-Vereinbarung, die Safe Harbor ersetzte, wurde ebenfalls durch ein kürzlich ergangenes Urteil für ungültig erklärt: EuGH Ur. v. 16.7.2020 – C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – *Schrems II*.

⁹⁹ Art. 14.7 CPTPP.

¹⁰⁰ Art. 14.14 CPTPP.

¹⁰¹ Art. 14.16 CPTPP.

¹⁰² Art. 14.10 CPTPP.

¹⁰³ Art. 19.8 Abs. 2 USMCA.

¹⁰⁴ Art. 19.8 Abs. 3 USMCA.

¹⁰⁵ Art. 19.8 Abs. 4 und 5 USMCA.

48

Drei weitere Neuerungen des USMCA sind zu nennen. Die erste, die nun auch im TCA enthalten ist, betrifft offene staatliche Daten.¹⁰⁶ Die zweite findet sich in der Aufnahme von „**Algorithmen**“ als Teil des Verbots von Anforderungen an die Übertragung von oder den Zugang zu Quellcode in Art. 19.16 USMCA. Das dritte Novum bezieht sich auf „**interaktive Computerdienste**“ verbunden mit der Zusage der Parteien, deren Haftung zu beschränken.¹⁰⁷

49

Der Ansatz der USA in Bezug auf digitale Handelsfragen wird auch durch das jüngste US-amerikanisch-japanische Abkommen zum digitalen Handel (Digital Trade Agreement, DTA) bestätigt, das am 7.10.2019 als Teil des Handelsabkommens zwischen den USA und Japan unterzeichnet wurde.¹⁰⁸ Das DTA übernimmt fast alle Bestimmungen des USMCA und des CPTPP, einschließlich der neuen USMCA-Bestimmungen zu offenen Regierungsdaten,¹⁰⁹ Quellcode¹¹⁰ und interaktiven Computerdiensten¹¹¹, umfasst aber insbes. auch Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, wodurch seine Auswirkungen viel umfassender sind.

3. Das Digital Economy Partnership Agreement

50

Das 2020 *Digital Economy Partnership Agreement* (DEPA)¹¹² zwischen Chile, Neuseeland und Singapur, die alle auch Vertragsparteien des CPTPP sind, ist nicht als reines Handelsabkommen konzipiert, sondern soll die breiteren Themen der digitalen Wirtschaft behandeln. In diesem Sinne ist sein Geltungsbereich weit, offen und flexibel und erfasst mehrere aufkommende Themen des digitalen Zeitalters. Das Abkommen ist nicht zwingend trilateral; Drittstaaten können ihm beitreten.¹¹³ Das DEPA folgt einem einzigartigen **modularen Ansatz**, der neben den üblichen Themen des digitalen Handels, jedoch mit tieferen Verpflichtungen, neue Bereiche anspricht, wie etwa die Schaffung eines breiteren Vertrauensumfelds (Modul 5), digitale Identitäten (Modul 7) und digitale Inklusion (Modul 11), aufkommende Trends und Technologien (Modul 8) sowie Innovation und die digitale Wirtschaft (Modul 9).

51

Das DEPA ist insgesamt ein zukunftsorientiertes Abkommen mit viel stärkeren Anforderungen an die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien, wie zB an ethische und Governance-Rahmenwerke, die den vertrauenswürdigen, sicheren und verantwortungsvollen Einsatz von KI-Technologien unterstützen¹¹⁴ Ein solcher zukunftsorientierter Ansatz mit engeren Kooperationsinitiativen im Bereich der Datenökonomie fehlt im TCA dagegen völlig; das VK

¹⁰⁶ Art. 19.8 USMCA.

¹⁰⁷ Art. 19.17 Abs. 2 USMCA.

¹⁰⁸ Für den Text der Vereinbarungen s.: <https://ustr.gov/countries-regions/japan-korea-apec/japan/us-japan-trade-agreement-negotiations/us-japan-digital-trade-agreement-text..>

¹⁰⁹ Art. 20 US-Japan DTA.

¹¹⁰ Art. 17 US-Japan DTA.

¹¹¹ Art. 18 US-Japan DTA.

¹¹² Details und der Text der DEPA finden sich unter <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/digital-economy-partnership-agreement/>.

¹¹³ Art. 16.2 DEPA.

¹¹⁴ Art. 8.2 Abs. 2 und 3 DEPA.

möchte aber dem Weg der Digital Economy-Abkommen folgen und hat bereits ein solches Abkommen mit Singapore vereinbart.

E. Wertung und Ausblick

52

Das Kapitel über den Digitalen Handel ist ein wichtiger Teil des TCA, das neue Maßstäbe in der EU-Außenhandelsstrategie für das digitale Zeitalter setzt. In diesem Sinne unterscheidet sich das Kapitel zum Digitalen Handel wesentlich von früheren EU-Freihandelsabkommen, während es im Vergleich zu anderen Freihandelsabkommen und speziellen Abkommen zum digitalen Handel, wie dem DEPA, nicht unbedingt sehr innovativ ist. Die Bestimmungen des Titels III verkörpern den aktuellen Ansatz der EU, umfassende Regelungen zum digitalen Handel zu formulieren und das Zusammenspiel zwischen freiem grenzüberschreitendem Datenverkehr und dem Schutz personenbezogener Daten detailliert zu regeln. Damit stellt das Kapitel sicher, dass der weitgehende Schutz personenbezogener Daten von EU-Bürgerinnen und -Bürgern im Verhältnis zum VK Bestand hat. Dies kann für das VK problematisch sein, wenn es seine globale digitale Strategie fortsetzt und Abkommen mit den CPTPP-Vertragsparteien und den USA anstrebt, die liberaler sind, und damit kein Datenschutzniveau bieten, das dem der EU im Wesentlichen entspricht. Das TCA Kapitel zum Digitalen Handel kann in diesem Sinne eine neue Dynamik beim Zusammenspiel dieser unterschiedlichen Regime auslösen, die auch Reaktionen seitens der EU hervorrufen kann.