

Vaios Karavas
Gunther Teubner
Frankfurt

http://www.CompanyNameSucks.com: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber „Privaten“ im autonomen Recht des Internet?

(erschienen in: Wolfgang Hoffmann-Riem und Karl-Heinz Ladeur (Hg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, Nomos Baden-Baden 2003, 249-272)

I. Easy cases - hard cases

1. Easy case: „oil-of-elf.de“

In den bisher entschiedenen Konflikten um Domain-Namen im globalen Adressensystem des Internet hatten die deutschen Gerichte relativ einfache Rechtsfragen zu beantworten. Unter welchen Bedingungen verletzt ein Domain-Name, der mit einem anderen Namen verwechselbar ist, die Rechte des Nameninhabers? In den bisherigen Entscheidungen wurde eine Verletzung immer dann bejaht, wenn

- Name und Domain-Name in ihrem unterscheidungskräftigen Teil identisch oder doch verwechslungsfähig sind,
- dem Nutzer des Domain-Namens kein eigenes Namensrecht zukommt, und
- die Verwendung geeignet ist, einen Irrtum über die Herkunft der Web-Seite zu erregen.¹

Abgesehen von den Fällen der Gleichnamigkeit² und der Nutzung von allgemeinen Begriffen,³ in denen die Rechtsprechung zu einer differenzierten Betrachtung gezwungen war, spielten weitergehende Erwägungen selten eine Rolle, weil die Verletzten ihre Rechte vielfach nur dann geltend machten, wenn die Fälle eindeutig lagen, etwa wenn der Nutzer des Domain-Namens weder selbst eine Berechtigung zur Führung des Domain-Namens noch sonst ein berechtigtes Interesse an der Nutzung geltend machen konnte.

¹ Dazu P. Mayer, Marke oder Meinungsfreiheit? Warum Greenpeace zu Recht die Domain „oil-of-elf“ benutzt hat, 2001, <http://www.freedomforlinks.de/Pages/oil-of-elf.html>.

² Siehe BGHZ 149, 191 – „shell.de“ und die Kommentare von D. C. Becker, Von Namen und Nummern – Zur Behandlung von Kollisionen unerträglicher Rechtsmassen im Internet, in: G. Teubner/C. Joerges (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003 (im Erscheinen); J. Dittrich, Namensverletzung gem. § 12 BGB durch eine Domain trotz Gleichnamigkeit, JurPC: Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik, Web-Dok. 144/2002, <http://www.jurpc.de>; M. Körner, Gleichnamigkeitskonflikte bei Internet-Domain-Namen – Die „shell.de“ Entscheidung des BGH, NJW 2002, S. 3442-3444.

³ Zur Nutzung von Gattungsbegriffen als Domain-Namen siehe den Fall „Mitwohnzentrale.de“, BGH, Urteil vom 17.05.2001 – I ZR 251/99 –, BGHZ 148, 13 ff.; Anmerkungen dazu von D. C. Becker, Fn. 2; P. Zumbansen, Paving The Way For Cyberlaw: Two FCJ Decisions on Domain Names, German Law Journal 2 (2001), www.germanlawjournal.com/printphp?id=28.

Anders lag es im Fall „oil-of-elf.de“⁴: Die Umweltschutzorganisation Greenpeace hatte auf einer Web-Seite unter der Domain „oil-of-elf.de“ kritische Kommentare zur Umweltpolitik des Ölkonzerns TotalFinaElf veröffentlicht. Vor dem Landgericht Berlin erwirkte der Konzern erfolgreich eine einstweilige Verfügung.⁵ Das Gericht folgte der üblichen Begründung. Die Domain „oil-of-elf.de“ enthalte den geschützten Namen Elf und verletze daher die Rechte des Ölkonzerns. Das Kammergericht Berlin dagegen gab Greenpeace recht und hob die einstweilige Verfügung auf.⁶ Es machte deutlich, daß es nicht einfach um die vordergründige Frage geht, ob eine Namensleugnung oder Zuordnungsverwirrung vorliegt, sondern darum, ob es im Rahmen einer politischen Auseinandersetzung einer Umweltschutzorganisation erlaubt ist, einen Domain-Namen zu führen, der gezielt Elemente des Unternehmenskennzeichens des kritisierten Ölkonzerns benutzt. Genauer hatte das Kammergericht zu klären, ob

- der Domain-Name „oil-of-elf.de“ das Namensrecht von TotalFinaElf überhaupt verletzt,
- falls dies der Fall ist, ob nicht dennoch die Benutzung der firmenkritischen Domain „oil-of-elf.de“ durch die Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist, und schließlich
- ob in einem solchen Konflikt das Grundrecht vor dem einfachen Marken- und Namensrecht (bzw. den dahinter stehenden Grundrechten von TotalFinaElf) Vorrang hat.

Das Kammergericht sah schon gar keine Verletzung des Unternehmenskennzeichens des Ölkonzerns, denn nach Wortlaut und Schutzzweck setze § 15 MarkenG ein Handeln des Verletzers „im geschäftlichen Verkehr“ voraus. Greenpeace aber habe im Rahmen einer Vereins- oder Verbandstätigkeit mit ausschließlich ideeller Zielsetzung gehandelt.

Ein ergänzender Schutz für Unternehmenskennzeichen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs als Namensverletzung nach § 12 BGB komme ebenfalls nicht in Betracht. An einer hinreichenden Interessenverletzung fehle es, weil keine Zuordnungsverwirrung über die Herkunft der Seite bestehe. Auch wenn Suchmaschinen benutzt würden, sei der Inhalt der Seite so eindeutig und klar, dass keine Zweifel an der Herkunft entstehen könnten. Ein verständiger Internet-Nutzer sei sich der nur groben Vorauswahl der Suchmaschinen bewusst und werde deshalb auch nicht sogleich entmutigt eine weitere Suche nach der Web-Seite des Ölkonzerns aufgeben, wenn er nach dem Suchergebnis zuerst die Web-Seite von Greenpeace aufgerufen habe. Gleiches gilt nach Auffassung des Gerichts für Meta-Tags, d.h. für Unternehmensschlagwörter, welche die Suche nach Web-Seiten über Suchmaschinen erleichtern.

Bemerkenswert sind die Argumente des Gerichts zum Grundrecht der Meinungsfreiheit gegenüber privaten Akteuren im Internet. Zum erstenmal in Deutschland wurden in einem Konflikt zwischen Privaten um Domain-Namen explizit die Grundrechte herangezogen. Bei der Frage, ob der Name des Ölkonzerns „unbefugt“ im Sinne von § 12 BGB gebraucht wurde, brachte das Kammergericht die Meinungsfreiheit gegen

⁴ Für eine ausführliche Darstellung der Geschichte des Prozesses:
http://archiv.greenpeace.de/GP_DOK_3P/BRENNPUN/F0011D.HTM.

⁵ LG Berlin, Beschluß vom 18.01.2001 – 16.0.33/01,
http://archiv.greenpeace.de/GP_DOK_3P/BRENNPUN/F0011C6.PDF.

⁶ Kammergericht, Urteil vom 23.10.2001 – 5 U 101/01, JurPC: Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik, Web-Dok. 130/2002, <http://www.jurpc.de>.

private Akteure im Internet in Stellung. Die Abwägung zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung der Umweltschutzorganisation (Art. 5 Abs. 1 GG) und den wirtschaftlichen Grundrechten des Ölkonzerns (Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) führte im konkreten Fall zu einem Vorrang der Meinungsfreiheit. In der Sache ging es bei der Registrierung des provokativen Domain-Namens „oil-of-elf“ um den Effekt, in der umweltpolitischen Auseinandersetzung eine größere Öffentlichkeit zu erreichen, was nach Auffassung des Gerichts vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG umfasst ist.

Fälle wie dieser werden in der amerikanischen Literatur unter dem Begriff SLAPP (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*) diskutiert.⁷ Mächtige gesellschaftliche Akteure versuchen politische Kritik zu unterbinden, indem sie sich auf Marken-, Namens- oder Urheberrechtsverletzungen berufen.⁸ Ein politischer Konflikt, in dem es um Umweltschutz und die Verantwortung von deutschen Produzenten und Verbrauchern für Umweltskandale in (vermeintlich) fernen Ländern geht, kann so in die Niederungen des deutschen Marken- und Namensrechts verlagert werden.⁹ Nach dem Urteil des Kammergerichts aber konnte sich Greenpeace bei seinem Versuch, Öffentlichkeit herzustellen, gegenüber den geschäftlichen Interessen des Elf-Konzerns erfolgreich auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen.

2. Hard case: „oil-of-elf.com“

Jetzt kommt eine kleine Variation. Wie wäre der Fall entschieden worden, wenn die deutsche Greenpeace die Bezeichnung „oil-of-elf“ nicht unter der länderspezifischen Top Level Domain (*country code TLD*) „.de“, sondern unter der generischen Top Level Domain (*generic TLD*) „.com“ registriert hätte und der französische Ölkonzern einen Anspruch auf Löschung oder Übertragung der Domain nach der ICANN *Uniform Dispute Resolution Policy* (im folgenden: UDRP) geltend gemacht hätte?

Die Intuition sagt, genauso. Aber dies ist alles andere als selbstverständlich. Im ersten Fall entscheidet ein staatliches Gericht, das an das nationale Recht gebunden ist. Im zweiten Fall kommt der Fall vor ein *administrative panel* einer privaten Streitschlichtungs-Organisation wie dem *WIPO-Arbitration Center*, das von ICANN akkreditiert ist und den Fall nicht nach nationalem Recht, sondern nach der UDRP und den ergänzenden *Rules* zu entscheiden hat. Und unser Fall ist durchaus kein bloßes *hypothetical*. Häufig schon hatten *administrative panels* ganz ähnliche Fälle zu „oil-of-elf“ zu entscheiden, Fälle, in denen die Namen bekannter Unternehmen mit dem Zusatz „sucks“, auf Web-Seiten benutzt wurden, die der Parodie und/oder Kritik an dem Unternehmen und dessen Originalwebseite dienen. Bisher kamen insgesamt 35 „*CompanyNameSucks*“-Fälle vor die ICANN-Panels.

Nach den Regeln der UDRP sind ausschließlich Domain-Namen im Bereich der generischen Top-Level-Domains, also der nicht länderspezifischen Domains „.com“,

⁷ P. Mayer, Fn. 1.

⁸ Aus der amerikanischen Rechtsordnung vgl. z.B. den „Scientology-Fall“, *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communications Servs., Inc.*, 923 F. Supp. 1231, (N. D. Ca. 1995); Zum Konflikt zwischen *copyright* und *free speech* im Bezug auf den vorgenannten Fall vgl. u.a. Y. Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, *New York University Law Review* 74 (1999), S. 354-446, 356.

⁹ P. Mayer, Fn. 1.

„.net“, “.org“ u.s.w. beschwerdefähig.¹⁰ Die Anwendung der UDRP beschränkt sich zudem auf solche Domainstreitigkeiten, in denen sich der Kennzeicheninhaber auf eine missbräuchliche Domainregistrierung beruft. In unserem Fall hätte also der Ölkonzern TotalFinaElf nach § 4a der UDRP geltend machen müssen:

- i. that the domain name is identical or confusingly similar in a trademark or service mark in which the complainant has rights;
- ii. that the respondent has no rights or legitimate interests in the domain name; and
- iii. that the domain name has been registered and is being used in bad faith.

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein, damit eine Beschwerde nach der UDRP begründet ist.

Die Entscheidungspraxis der ICANN-Panels zur Verwechslungsgefahr weist extreme Unterschiede auf. Dies zeigen die eben erwähnten Kritik- oder Parodie-Web-Seiten, die sogenannten *CompanyNameSucks*-Fälle. Teilweise haben die Panels eine Verwechslungsgefahr mit der Begründung angenommen, dass das Wort „sucks“ von den nicht-englischsprachigen Internet-Nutzern nicht als Kritik oder Parodie verstanden wird, sondern als eine mit dem Waren- oder Dienstleistungszeichen des Klägers assoziierte Domain.¹¹ In anderen Fällen wiederum wurde eine Verwechslungsgefahr abgelehnt, weil aus dem Begriff „sucks“ bereits eindeutig der kritische Inhalt der Web-Seite erkenntlich sei.¹² In unserem Fall ist die Zeichenähnlichkeit des Domain-Namens „oil-of-elf“ mit dem Unternehmenskennzeichen „Elf Oil“ des Klägers so groß, dass ein angerufenes Panel eine Verwechslungsgefahr bejahen dürfte.

Es käme also auf *bad faith* bei Registrierung und Nutzung der Domain an. Nach § 4b der UDRP entscheidet sich dies nach der folgenden, nicht abschließenden Liste von Indizien:

- i. the respondent has registered or acquired the domain name primarily for purposes of selling, renting, or otherwise transferring the domain name registra-

¹⁰ Demnach entfaltet die UDRP für Domain-Namen der länderspezifischen Top-Level-Domains (ccTLDs) keine Wirkung, mit Ausnahme der länderspezifischen Top-Level-Domains einzelner Staaten (wie z.B. Tuvalu).

¹¹ Siehe z.B. *Société Accor contre M. Philippe Hartmann* (D2001-0007): "under French law, whether a trademark may be freely used for a parody is controversial ... in the case of a public not speaking English, or even speaking some English but being unfamiliar with the slang, the meaning of the word 'sucks' may not be understood, nor its use in order to designate Web sites aimed at 'cyberprotest'"; *Diageo plc v. John Zuccarini, Individually and t/a Cupcake Patrol* (D2000 – 0996): "As the Internet extends far beyond the Anglophone world, a more difficult question arises as to whether non-english speaking users of the Internet would be confused into believing that such a site is owned and / or controlled by the Complainant. Because the word 'sucks' is a slang word with which all English speakers may not be familiar, this Administrative Panel concludes that there may well be circumstances where Internet users are not aware of the abusive connotations of the word and consequently associate the domain name with the owner of the trademark"; *National Westminster Bank PLC v. Purge I.T. and Purge I.T. Ltd* (D2000 – 0636); *Caixa d'Estalvis y Pensions de Barcelona ("La Caixa") v. Namezero.com* (D2001-0360): "Although converting 'c's into 'k's is a way of expressing feelings similar to those expressed by the word 'sucks' in English, this practice is part of a countercultural Latin jargon and is unlikely to be understood by most Internet users throughout the world. They would not understand LAKAIXA as a political parody of LA CAIXA, but as something phonetically identical, and graphically confusingly similar, with respect to Complainant's world-famous trademark LA CAIXA."

¹² *Lockheed Martin Corporation v. Dan Parisi* (D2000-1015); *McLane Company, Inc. v. Fred Craig* (D2000-1455).

- tion to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of the respondent's documented out-of-pocket costs directly related to the domain name; or
- ii. the respondent has registered the domain name in order to prevent the owner of the trademark or service mark from reflecting the mark in a corresponding domain name, provided that the respondent has engaged in a pattern of such conduct; or
 - iii. the respondent has registered the domain name primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor; or
 - iv. the respondent has intentionally used the domain name to attract, for commercial use, Internet users to the respondent's web site or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with the complainant's mark as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of the respondent's web site or location or of a product or service on the respondent's web site or location.

Nach § 4c UDRP ist gleichwohl die Voraussetzung der bösgläubigen Registrierung und Nutzung des Domain-Namens (§ 4a (iii) UDRP) als nicht erfüllt zu betrachten, wenn der Domain-Name-Inhaber ein eigenes Recht bzw. ein berechtigtes Interesse am Domain-Namen hat. Das ist der Fall, wenn

- i. before any notice of the dispute, the respondent has used or made demonstrable preparations to use the domain name or a name corresponding to the domain name in connection with a bona fide offering of goods or services; or
- ii. the respondent has been commonly known by the domain name, even if he has acquired no trademark or service mark rights; or
- iii. the respondent is making a legitimate noncommercial or fair use of the domain name, without intent for commercial gain to misleadingly divert consumers or to tarnish the trademark or service mark at issue.

Fallen Kritik- und Protestseiten unter den Anwendungsbereich der UDRP? Und müssen die ICANN-Panels das Grundrecht der freien Meinungsäußerung berücksichtigen? Dann müßten auch die Grundsätze der Drittwirkung der Grundrechte gegenüber dem Konzern Elf gelten. Es wird zwar oft betont, dass die ICANN-Panels für Grundrechtsabwägungen wenig geeignete Foren sind und dass sich der Anwendungsbereich der UDRP nur auf Fälle der missbräuchlichen Registrierung beschränkt. Trotz heftiger Kritik haben die ICANN-Panels aber solche heißen Themen wie den Konflikt zwischen Kennzeichenrechten und Meinungsfreiheit angefasst und dadurch den Anwendungsbereich der UDRP beträchtlich erweitert. Vielleicht auch deswegen, weil die angeblichen Ausnahmefälle eher die Regel sind und die Fälle des *cybersquatting* umgekehrt die Ausnahme darstellen.

In manchen Entscheidungen haben die ICANN-Panels in der Tat explizit auf *free speech*, wenn auch mit sehr vagen, juristisch wenig aussagekräftigen Formulierungen, rekurriert, und die Führung eines Domain-Namens zum Zweck der politischen Meinungsäußerung als legitim erklärt. In anderen Fällen haben sie zwar Kritik und Parodie im Internet als legitim erklärt, dann aber im Einzelfall die kritische Domain verboten.

3. Offene Fragen

Aber auf welche Grundrechte welcher nationalen Rechtsordnung kann das ICANN-Panel in unserem Fall rekurrieren? Die Behauptung, dass die ICANN-Panels keine Gerichte sind, sondern lediglich *administrative panels*, denen keine streitentscheidende Funktion zukommt, sondern nur Aufsicht und Durchführung des Verfahrens obliegt, trägt wenig zur Klärung bei.¹³ Die sogenannten *administrative panels* entscheiden inzwischen die meisten der Rechtsstreite faktisch endgültig, wenn auch noch die Möglichkeit besteht, ein nationales Gericht anzurufen, was nur selten geschieht. Ihre Entscheidungen werden sogar vollstreckt, schnell und wirksam auf elektronischem Wege. Die Vollstreckung der Panel-*Decisions* erfolgt über die von ICANN-akkreditierten Vergabe- und Registrierstellen, die sich vertraglich verpflichten, die UDRP anzuerkennen, diese auch zum Bestandteil der Verträge zwischen den Domain-Nutzern und den Registrierstellen zu machen, und nach den Regeln der UDRP bei Vorlage einer Panel-*Decision* eines ICANN-akkreditierten *Dispute Resolution Providers* die streitgegenständliche Domain zu übertragen oder zu löschen.

Obwohl die ICANN-Panels die Regeln der UDRP und nicht Normen staatlichen Rechts anwenden, lehnen sie sich doch oft an US-amerikanisches Recht an. Das würde hier heißen, dass das *first amendment* der amerikanischen Verfassung Anwendung findet. Dann hätten wir es mit einem impliziten extraterritorialen Effekt der amerikanischen Rechtsordnung auf das globalisierte Internet zu tun. Erleben wir nach Jahrzehnten eines Kulturimperialismus des *american way of life* in der wirklichen Welt jetzt in den virtuellen Welten eine neue Expansion der *lex americana*?¹⁴ Für eine Grundrechtsdrittwirkung gegenüber Privaten gälte dann die *state action doctrine* der US-Verfassung.¹⁵

Die Alternative heißt, daß nach internationalen Privatrecht das jeweils einschlägig nationale Recht gilt, „that the panel determines to be appropriate in the light of all the relevant circumstances“, wie es auch ausdrücklich im WIPO *Final Report* (aber auch in § 15 der ICANN *Rules*¹⁶) steht. Dann wäre je nach dem anzuwendendem nationalen Kollisionsrecht die Frage, ob das französische Privatrecht und damit mit-

¹³ So z.B. T. Bettinger, ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, CR 2000, S. 234-239, 235.

¹⁴ S. P. Huntington, Transnational Organizations in World Politics, World Politics 25 (1973), S. 333-268, 344: „Transnationalism is the American way of expansion“.

¹⁵ Zur allgemeineren Diskussion über die Anwendung der *state action doctrine* im Internet vgl. P. S. Berman, Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation, University of Colorado Law Review 71 (2000), S. 1263-1310; I. Dmitrieva, Will Tomorrow Be Free? Application of State Action Doctrine to Private Internet Providers, in: Vogelsang/Compaine (Hrsg.), The Internet Upheaval, 2000, S. 3-28; S. Gey, Reopening the Public Forum – From Sidewalks to Cyberspace, Ohio State Law Journal 58 (1998), S. 1535-1634; D. Goldstone, A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyberspace Speech, University of Colorado Law Review 69 (1998), S. 1-70; N. D. Zatz, Sidewalks in Cyberspace: Making Space for Public Forums in the Electronic Environment, Harvard Journal of Law & Technology 12 (1998), S. 149-240; Das Problem der Drittwirkung der Grundrechte im Internet scheint hingegen die deutsche Grundrechtsdogmatik kaum beschäftigt zu haben. Siehe hierfür die Randbemerkungen von K. H. Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet, MMR 2001, S. 787-792; im Bezug auf die Sperrung von Inhalten durch den Host-Provider vgl. R. Pichler, Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit und neue Medien: Zwischen interessengerechter Auflösung von Rechtsgutkollisionen und "Zensur", AfP 1999, S. 429-439, 433 ff.; und F. C. Mayer, Recht und Cyberspace, NJW 1996, S. 1782-1791, 1787 ff.

¹⁶ § 15 (a) ICANN Rules: „A Panel shall decide a complaint on the basis of the statements and documents submitted and in accordance with the Policy, these Rules and any rules and principles of law that it deems applicable.“

telbar die Verfassung Frankreichs oder das deutsche Privatrecht und damit die deutsche Drittwirkungslehre anwendbar ist.¹⁷

Es gibt einen dritten Weg, der gerade im Internet besondere Aufmerksamkeit verlangt: Entwickelt sich analog zur *lex mercatoria* eine autonome *lex digitalis* mit einem eigenständigen *ordre public transnational*, in dessen Rahmen die Schiedsgerichte auch Grundrechtsprobleme und Drittwirkungsfragen speziell für das Internet zu entscheiden hätten?

Unsere kleine Variation von „.de“ zu „.com“ hat also die Problematik verkompliziert. Womöglich deutet sich hier eine nationale Fragmentierung des Rechts des Internet an, die für die national definierten Top-Level-Domains die Anwendung des nationalen Rechts erlaubt. Wie die Tageszeitungen berichten, hat Google schon heimlich damit angefangen, unterschiedliche Grundrechtsstandards zu praktizieren, indem es im Bereich der deutschen und der französischen TLDs „.de“ und „.fr“ aus den über Google.de präsentierten Suchergebnissen Seiten mit politisch radikalen Inhalten herausfilterte, die über Google.com aber weiterhin angezeigt werden.¹⁸ Aber damit beginnen erst die Probleme. Denn besonders für die nicht national definierten Top-Level-Domains „.com“ etc. wie auch im geringeren Maße für die nationalen Domains „.de“ etc. heißt jetzt die Frage nicht nur, ob die Grundrechte eine Drittwirkung auch im virtuellen Raum des Internet entfalten, sondern auch, welche nationalen Grundrechte nach Kollisionsrecht anwendbar sind. Ja darüber hinaus fragt sich, ob die Transnationalität des Sachverhaltes es ausschließt, daß die Regeln des Internationalen Privatrechts überhaupt greifen, so daß man sogar nach Kollisionsrecht gezwungen ist, eigenständige Sachnormen auch bei der Drittwirkung von Grundrechten zu entwickeln.¹⁹ Zudem stellt sich das Problem, welchen Rechtsstatus die ICANN-Panels, diese merkwürdigen Hybridformen zwischen Privatrecht und öffentliches Recht, überhaupt haben.²⁰ Und schließlich erhebt sich die Frage nach der Rechtsqualität der Regeln, die sie zur Regelung von grundrechtsspezifischen Problemen im Cyberspace anwenden.

4. Thesen

(1) *Internetadäquate Drittwirkung:*

Nach deutschem Recht dürfte eine digitale Drittwirkung der Grundrechte unbestritten sein. Was aber heißt hier "indirekte" Drittwirkung? Nicht einfach eine Transformation der Grundrechte über die privatrechtlichen Generalklauseln ist angezeigt, sondern eine eigenständige Rekonstruktion der Grundrechte nach der Eigenlogik des Sozialsystems Internet.

¹⁷ Zur Problematik des anwendbaren Rechts bei Kennzeichenkonflikten im Internet siehe A. Kur, Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet, WRB 2000, S. 935-940.

¹⁸ FAZ vom 28.10.2002, S. 46: „.com, .de oder .fr?“

¹⁹ Zur Problematik der Entwicklung von Sachnormen im internationalen Privatrecht siehe G. Kegel/K. Schurig, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (Erster Teil § 8 III 4: Materieprivatrechtliche Lösungen im IPR, S. 269 ff.; E. Steindorff, Sachnormen im internationalen Privatrecht, 1958.

²⁰ Zu dieser Frage siehe M. Froomkin, Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process, in: C. T. Mardsen (Hrsg.), Regulating the Global Information Society, 2000, S. 211-232; im Bezug auf ICANN vgl. J. Zittrain, ICANN: Between the Public and the Private, Comments Before Congress, Berkeley Technology Law Journal 14 (1999), <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol14/Zittrain/html/reader.html>.

(2) Grundrechtsgeltung im autonomen Recht des Internet:

Hochproblematisch dagegen dürfte die Frage sein, ob die ICANN-Panels Grundrechte gegenüber „Privaten“ auch im Rahmen des quasi-autonomen Recht der ICANN-policy heranziehen müssen oder auch nur dürfen? Die These hierzu lautet: Die ICANN-Panels positivieren Grundrechte im Cyberspace aufgrund einer Fiktion. Sie stützen sich auf die Fiktion des *common core*, der weltweiten Geltung allgemeiner Rechtsprinzipien, die Grund- und Menschenrechte einschließen, und positivieren mit deren Hilfe internetspezifische Grundrechte im Rahmen eines *common law* des Internet.

II. Digitale Drittwirkung nach deutschem Recht

1. „Indirekte“ Drittwirkung im Internet?

Im ersten Fall „oil-of-elf.de“, in dem ohne Zweifel deutsches Recht anzuwenden ist, scheint die herkömmliche Drittwirkungslehre keine großen Probleme zu bereiten. Denn mit der „indirekten“ Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht bewegt man sich auf sicherem dogmatischen Boden. Doch die in jüngster Zeit immer massiver werdende Kritik an dieser Lehre, besonders von privatrechtlicher Seite, läßt den *easy case* in einem anderen Licht erscheinen, besonders wenn man das neuartige Anwendungsgebiet des Internet für eine Drittwirkung gegen Private in Betracht zieht. Denn was heißt hier "indirekte" Drittwirkung? Die heute verbreitete Sicht, die eine privatrechtskonforme Grundrechtswirkung dadurch erreichen will, daß sie die Grundrechte nicht „direkt“ in subjektive Rechte des Privatrechts transformiert, sondern nur „indirekt“ über die Generalklauseln des Privatrechts zur näheren Ausgestaltung und Begrenzung privater subjektiver Rechte einwirken läßt, ist schlicht unzureichend.²¹

²¹ Hierfür ein kleiner repräsentativer Teil der inzwischen unüberschaubaren Literatur zur Drittwirkung der Grundrechte: *H. D. Jarass*, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 35-53; *C. W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz, Berlin 1999; *U. Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, AcP 1998, S. 171-260; *ders.*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, JA 1997, S. 57-64; *D. Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Vertragsrecht, 1997; *E. Schmidt*, Verfassungsgerichtliche Einwirkungen auf zivilistische Grundprinzipien und Institutionen, KritV 1995, S. 424-451; *J. Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373-383; *S. Oeter*, Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 1994, S. 529-563; *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988; *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 475 ff.; *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtssprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, FS. H. Nawiasky, 1956, S. 157-190. Unzureichend sind aber auch neuere Theorien zur Grundrechtsdogmatik, die das Problem der Drittwirkung der Grundrechte jetzt in „mehrpole Grundrechtsverhältnisse“ oder anders in „Dreiecksbeziehungen“ zwischen Staat (Staat, Verwaltung, Justiz) und den beiden Streitparteien uminterpretieren. Denn sie beruhen auch auf der verengten öffentlichrechtlichen Sicht der Übertragung der politischen Verfassung auf die Gesellschaft; hierfür vgl. insbesondere *C. Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, 2001 und *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 2001. Für eine Kritik aus systemtheoretischen Sicht *G. Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, KritV 2000, S. 388-404; aus demokratietheoretischer Sicht *O. Gerstenberg*, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregulierung, in: U. Neumann/L. Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 141-156.

Denn sie ist nur an der Integrität der Privatrechtsdogmatik interessiert, stößt aber zu den zwei entscheidenden Fragen der Grundrechtsdrittwirkung in nicht-staatlichen Sozialbereichen gar nicht vor: (1) Welche spezifischen Autonomiegefährdungen resultieren aus der Eigendynamik des jeweiligen Sozialbereichs? (2) Wie müssen entsprechend die Grundrechte im Sozialbereich rekonstruiert werden, um gegenüber dessen Eigendynamik überhaupt wirken zu können? Die Ausdehnung des staatsbezogenen Grundrechtsverständnisses auf den Kontext der *private governance regimes* erfordert also nicht bloß eine „privatrechtsadäquate“, sondern eine „sozialbereichsadäquate“ Umgestaltung des klassischen Modells der Grundrechte in allen seinen Bestandteilen: Individuum - Staat - Macht - subjektives Recht.²² Das ist an anderer Stelle schon genauer ausgeführt worden.²³ Für den Sozialbereich der Wirtschaft ist eine solche Transformation der Grundrechte schon weit vorangeschritten, indem man auf Grundrechtsgefährdungen durch Marktprozesse mit marktadäquaten Reformulierungen der Grundrechte zu reagieren sucht. Das gleiche gilt für Grundrechtsgefährdungen im formal organisierten Sozialbereich, auf die die Dogmatik mit organisationsadäquaten Prozeduralisierungen der Grundrechte antwortet.

Für den Sozialbereich des Internet aber sind diese Fragen überhaupt erst zu formulieren, ehe man an eine „internetspezifische“ Ausformung der Grundrechte denken kann. Hier rückt der berühmt-berüchtigte „Code“ des Internet, die digitalisierte Verkörperung von Verhaltensnormen in der Architektur des Cyberspace, ins Zentrum der Aufmerksamkeit.²⁴ Zunächst stellt sich die Frage der internetspezifischen Grundrechtsrisiken: Welche spezielle Gefährdungen individueller Autonomie ergeben sich aus der spezifischen Verhaltensregulierung durch den „Code“? Und wie wird die Autonomie gesellschaftlicher Institutionen vom „Code“ tangiert? Sodann stellt sich die Frage, wie die Grundrechte netzwerkgerecht zu rekonstruieren sind: Welche inhaltlichen und prozeduralen Kontrollen des „Code“ sind nötig, um individuelle Grundrechte und institutionelle Bereichsautonomie gegenüber digitalen Verkörperungen von Rechtsnormen sichern zu können?

Dabei geht es gar nicht primär um Mißbrauch von digitalen Machtpositionen, sondern um die grundrechtsrelevanten Folgen der strukturellen Unterschiede von „Code“ und Recht. Wenn eine Umorientierung der Dogmatik der Drittwirkung angezielt ist, dann muß man sie an solchen Grundstrukturen des Internet ausrichten. Soweit der „Code“

²² Einen solchen Ansatz für die Kunstfreiheit im privaten Kontext probieren C. Graber/G. Teubner, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere, Oxford Journal of Legal Studies 1998, S. 61-74. Zur englischen Debatte über Grundrechte im privaten Kontext A. Clapham, Human Rights in the Private Sphere, 1996; H. Collins, Justice in Dismissal, 1992; J. Raz, The Morality of Freedom, 1986; W. N. Nelson, Human Rights and Human Obligations, Nomos 23 (1981), S. 281-296.

²³ G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2003, (im Erscheinen); ders. Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes, Rechtshistorisches Journal 1998, S. 234-245, 257 ff.; C. Graber/G. Teubner, Fn. 22.

²⁴ Die Diskussion über den Code hat fast „naturrechtliche“ Dimensionen angenommen; siehe E. Brousseau, Internet Regulation: Does Self Regulation Require an Institutional Framework, 2001, <http://www.isnie.org/ISNIE01/Papers01/broussaeu.pdf>; L. Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999; J. R. Reidenberg, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, Texas Law Review 76 (1998), S. 553-584, http://reidenberg.home.sprynet.com/lex_informatica.pdf; J. Boyle, Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors, 1997, www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/foucault.htm.

reicht, stellt er die normative Ordnung des symbolischen Raums Internet auf eine völlig neue Grundlage, weil das Verhalten der Netzteilnehmer nicht von Rechtsnormen reguliert wird, sondern von den elektronischen Zwängen der Netzwerkprotokolle. Was bedeutet dann die Umstellung von traditionellen Rechtsnormen auf Netzwerkprotokolle für die Kommunikationsverfassung des Internet (Entscheidungen und Argumentationen) und für Autonomieräume individueller oder institutioneller Art (Grundrechte)? Was also sind die grundrechtsrelevanten Probleme des *digital embodiment of law*, also der digitalen Verkörperung von Rechtsnormen?

2. Code-spezifische Grundrechtsrisiken und Grundrechtsausformungen

Eine erste Antwort ergibt sich aus dem *self-enforcing* Charakter des Code. Was in der unter Internet-Juristen vorherrschenden instrumentalistischen Steuerungsperspektive als großer Vorteil des Code erscheint,²⁵ wird zum Alptraum des Rechtsstaats. Traditionelles Recht beruht auf der institutionellen, verfahrensmäßigen und personellen Trennung von Rechtssetzung, Rechtsanwendung und zwangsweiser Durchsetzung. Das gilt weitgehend auch für Rechtssetzungsprozesse im privaten Sektor. Digitalisierung aber bewirkt nun eine Art Kernfusion von Rechtssetzung, Anwendung und Vollstreckung. Es verschwindet damit eine konstitutionelle Gewaltenteilung innerhalb des Rechtsprozesses und eine wichtige Garantie für individuelle und institutionelle Autonomiespielräume.

Einen zweiten Hinweis gibt die Trias von Verhaltenssteuerung, Erwartungsaufbau und Konfliktregulierung.²⁶ Traditionelles Recht läßt sich nicht auf eine dieser Funktionen reduzieren, sondern verwirklicht alle drei, allerdings nur unter der Bedingung ihrer Dissoziierung, mit je eigenen Institutionen, eigener Rechtskultur und eigenen rechtsstaatlichen Sicherungen. Auch in dieser Trennung steckt eine (heimliche) Verfassungsgarantie gesellschaftlicher Autonomie. Denn hohe normative Anforderungen, die zur Klärung von Konflikten beitragen, müssen nicht notwendig als gesellschaftlich wirksame Erwartungen institutionalisiert werden, von ihrer Umsetzung in reales Verhalten ganz zu schweigen. In der digitalen Verkörperung von Rechtsnormen im Code aber wird diese Trias auf die einzige Funktion der elektronischen Verhaltenssteuerung reduziert. Damit gehen autonomiesichernde Pufferzonen zwischen Konfliktnormen, Erwartungsnormen und Verhaltensnormen verloren. Der Code des Internet bringt die zivilisatorischen Errungenschaften der Dissoziierung und die verfassungsmäßig-rechtsstaatlichen Sicherungen der drei Dimensionen zum Verschwinden.

Kalkülisierung von Normativität ist ein weiterer grundrechtsrelevanter Aspekt des Code. Traditionell war die vieldiskutierte Formalität des Rechts letztlich nur begrenzt möglich. Die Wirkungen, welche die Juristen am herkömmlichen Formalrecht schätzen oder fürchten, sind vergleichsweise harmlos gegenüber der im Code gelungenen Digitalisierung, die eine bisher ungekannte Formalität von Normen erzwingt. Denn die strikt binäre Fassung 0 – 1, die in der wirklichen Welt nur den Rechtscode im systemtheoretischen Sinne, also die Differenz Recht/Unrecht betrifft, wird in der vir-

²⁵ In dieser instrumentalistischen Sicht unterscheiden sich die beiden Protagonisten der Internet-Verfassung nur wenig: L. Lessig, Fn. 24; D. Post, Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace, Journal of Online Law 1995, <http://warthog.cc.wm.edu/law/publications/jol/post.html>.

²⁶ Zu dieser Funktionstrias des Rechts N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 156 ff.

tuellen Welt auf die Rechtsprogramme, also die gesamte Konditionalisierung der Rechtsentscheidung ausgedehnt. Das schließt, soweit der Internet-Code reicht, jegliche Interpretationsspielräume in den Programmen aus. Normative Erwartungen von Verhaltensweisen, die immer schon interpretiert, angepaßt, manipuliert, umgebogen werden können, wandeln sich zu rigiden kognitiven Erwartungen von faktischen Zuständen (Inklusion/Exklusion). Ein apokryphes Lernen, wie es in permanenten Mikrovariationen des Rechts durch neue Sachverhalte oder neue soziale Bewertungen stattfindet, ist im Code ausgeschlossen. Auch Rechtsargumente können im Anwendungsbereich des Code selbst keine Rolle mehr spielen. Argumente sind nur noch bei der Inkraftsetzung oder der offiziellen Änderung des Code zugelassen, nicht mehr aber in der juristischen Daueraufgabe der Auslegung, Anwendung, Durchsetzung von Normen. In der Sache bedeutet dies, daß jegliche Informalität im Anwendungsbereich des Code vollständig ausgeschaltet ist. Was im traditionellen Recht immer miterlaubt war, nämlich Ausnahmen vom Recht zu machen, Billigkeitserwägungen einzuschalten, das Recht schlicht zu umgehen, oder einfach auf nicht-rechtliche Kommunikation zu rekurrieren, funktioniert innerhalb des Internet-Code nicht. Die Digitalisierung erlaubt keinen informellen Dispens vom Code. Kein Wunder, daß in einer solchen Situation, die auf „brauchbare Illegalität“ verzichten muß, die Figur des *hacker*, der den Code zu brechen versteht, geradezu zum Robin-Hood-Mythos wird.

Wenn dies die code-spezifischen Autonomiegefährdungen richtig kennzeichnet, dann wird deutlich, daß bestimmte rechtspolitische Forderungen an den Code durchaus verfassungspolitische Qualität besitzen. Die *open-source*-Bewegung, die bei jeder Vermarktung von Software strikt die Offenlegung des Quellcodes fordert, damit die Kontrollstruktur der Programme jederzeit nachprüfbar ist, erscheint dann nicht mehr bloß als eine Gruppe sympathischer Idealisten.²⁷ Oder: wenn Lessig fordert, daß die Digitalisierung von Verhaltenssteuerung über den Code immer vom Prinzip des *narrow tailoring* begleitet sein müßte, dann ist dies die Steigerung der Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegenüber dem Code im Vergleich zur Rechtsnorm, die auch von Privatakteuren respektiert werden muß. Gerichtliche Überprüfungen, aber auch andere öffentliche Kontrollen von Meta-Normen des Codes gewinnen dann eine Bedeutung, die über die vergleichbaren Kontrollen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Verbandssatzungen im wirklichen Raum weit hinausgehen. Das gleiche gilt für das Wettbewerbsrecht im Internet, da es nicht nur um die Öffnung von Märkten, sondern zugleich um das Offenhalten von alternativen Code-Regulierungen geht.

Um auf unseren Eingangsfall zurückzukommen: Im Streit um „oil-of-elf“ werden natürlich nicht alle dieser code-spezifischen Autonomiegefährdungen relevant, hier müßte man andere Konstellationen, insbesondere Zugang zu Internet-Providern und Selektivität der Suchmaschinen, um nur zwei zu nennen, heranziehen. Doch lassen sich in den *CompanyNameSucks*-Fällen einige Elemente internetspezifischer Grundrechtsrisiken und internetadäquater Reaktionen beobachten, welche die Streitentscheidung beeinflussen. Internetspezifisch schon ist die Schärfe des Konflikts zwischen Marken- und Namensinhabern und ihrer Gegenspieler. Das Domain-Namens-System besitzt nicht die Flexibilität der Namensnutzung der wirklichen Welt, in der die legitime Benutzung von Kennzeichen und Namen nach Produkten, Märkten und

²⁷ Vgl. hierfür Y. Benkler, Looking Trough the Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain, Conference Paper 2001, <http://james-boyle.com>; L. Lessig, The Future of Ideas, New York 2001, S. 13 ff.

Regionen differenziert werden kann, was häufig eine Mehrfachbenutzung des gleichen Namens konfliktfrei ermöglicht. Das Internet aber läßt weltweit nur eine einzige Adresse im gleichen Top-Level-Domain zu. Die Differenzierung von unterschiedlichen Top-Level-Domains ist nur eine unzureichende Kompensation dieses Defizits. Dieser code-spezifische Monopolisierungseffekt wird zudem durch die verbreitete Praxis des *reverse domain hijacking* nochmals verschärft, gegen die noch kein juristisches Heilmittel erdacht ist. Unternehmen pflegen nicht nur das Zentrum, sondern auch die Peripherie des semantischen Raums ihres Namens wirksam abzusichern, indem sie zusätzlich zum *companyname* auch *companynamesucks*, *companyname-reallysucks*, *companynamereallyreallysucks* etc. eintragen lassen. Und auf soziale Abfederung durch „brauchbare Illegalität“ kann man sich in diesem Konflikt nicht verlassen. Wenn die IP-Adressen bzw. Domain-Namen durch die von ICANN beauftragten Vergabe- und Registrierungsorganisationen einmal vergeben sind oder wenn Entscheidungen der ICANN-Panels elektronisch vollstreckt sind, dann löst dies eine Automatik aus, die im Internet keine Grauzone der zwar rechtswidrigen, aber dennoch pragmatisch erlaubten Namensbenutzung mehr duldet.

Nicht nur in den Grundrechtsrisiken, auch in der Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes läßt unser Ausgangsfall internetspezifische Elemente erkennen. Die Frage heißt: Wie läßt sich im dezentralisierten Raum des Internet überhaupt „Öffentlichkeit herstellen“? Wie kann eine Kritik der Unternehmenspolitik von FinaTotalElf überhaupt das relevante Publikum erreichen? Gesucht sind also internetspezifische Äquivalente der Massenmedien einerseits, des an den Unternehmenssitz anknüpfenden örtlichen Protestes andererseits, deren Nutzung für Warenkritik Grundrechtsschutz beanspruchen darf. Im Prinzip ist die Web-Seite des Unternehmens das Äquivalent des Unternehmenssitzes in der wirklichen Welt und der Domain-Name die entscheidende Verknüpfung, die für eine politische Diskussion des Konzerns überhaupt erst „Öffentlichkeit herstellt“. Das Argument macht deutlich, warum eine parodierende oder kritische Benutzung gerade des Unternehmenskennzeichens überragenden Grundrechtsschutz verdient .

III. Digitale Drittwirkung in der UDRP?

„Once again, we American panelists have tended to assume that American jurisprudence and American Constitutional protections should be given precedence on the Internet.“²⁸
Scott Donahey, Panelist

Und wie steht es mit der digitalen Drittwirkung der Grundrechte in der UDRP?²⁹ Zunächst soll die Problematik anhand eines von einem ICANN-Panel entschiedenen

²⁸ S. M. Donahey, Divergence in the UDRP and the Need for Appellate Review, 2002, <http://udrplaw.net/DonaheyPaper.htm>.

²⁹ Zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte in der UDRP siehe A. Goldstein, ICANNSucks.biz (And Why You Can't Say That): How Fair Use of Trademarks in Domain Names is Being Restrained, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal 12 (2002), S. 1151-1186; M. Mueller, Ruling the Root – Internet Governance and the Taming of Cyberspace, 2002, S. 245 ff.; K. Blackman, The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: A Cheaper Way to Hijack Names and Suppress Critics, Harvard Journal of Law & Technology 15 (2001), S. 211-256; D. C. Najarian, Internet Domains and Trademarks Claims: First Amendment Considerations, Journal of Law & Technology 41 (2001), S. 127 ff., wie auch unter http://www.idea.piercelaw.edu/articles/41/41_1/5.Najarian.pdf; R. S. Sorgen, Trademark Confronts Free Speech on the Information Superhighway: “Cybergrippers” Face a Constitutional Collision, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 22 (2001), S. 115-152.

Falles geschildert werden. Im Präzedenzfall *Bridgestone Firestone et al vs. Jack Myers* (D2000-0190) hat das angerufene ICANN-Panel ausgeführt:

„Although free speech is not listed as one of the Policy’s examples of a right or legitimate interest in a domain name, the list is not exclusive, and the panel concludes that the exercise of free speech for criticism and commentary also demonstrates a right or legitimate interest in the domain name under Paragraph 4 (c)(iii). The Internet is above all a framework for global communication, and the right to free speech should be one of the foundations of internet law. “

Hier bekennt sich das ICANN-Panel explizit zur digitalen Grundrechtsgeltung. Worauf beruhen aber diese in mehreren Entscheidungen auftauchenden Grundrechtsgeltungsbekennnisse? Welche ist ihre rechtliche Grundlage? Dazu bleiben die Ausführungen der ICANN-Panels dunkel und vage. Es wird zwar festgestellt, dass die Verwendung eines Domain-Namens zum Zweck der Ausführung des Rechts auf freie Meinungsäußerung als legitimes und berechtigtes Interesse gemäß Paragraph 4(c)(iii) anerkannt werden soll. Es bleibt aber unklar, wo diese *free speech rights*, auf die die ICANN-Panels rekurren, verankert sind.

Ist das *first amendment* der amerikanischen Verfassung die Rechtsquelle, auf die sich Entscheidungen mit Formulierungen wie „*free speech doctrines*“, „*inalienable freedom of speech and expression*“ oder einfach „*free speech*“ berufen? Man kann zwar beobachten, wie sich die ICANN-Panels häufig sowohl an Entscheidungen der U.S. Gerichte als auch an U.S. Gesetzesvorhaben orientieren. Das geschieht regelmäßig, wenn ein Fall einen starken Bezug zur amerikanischen Rechtsordnung aufweist. So hat z.B. das Panel in der vorgenannten Entscheidung bemerkt, dass

„the Panel’s jurisdiction is limited to the determination whether the Complainant has proved the necessary elements of a claim for transfer or cancellation of a domain name under the Policy and the Rules. The discussion and decision herein will therefore be governed by the terms of the Policy, although reference by analogy may be made to principles of U.S. law, as two of the Complainants are U.S. corporations, Respondent is a U.S. resident, and both parties have cited U.S. law in their submissions. “

Diese Ausführungen des Schiedsgerichts scheinen allerdings auch mit den Bestimmungen des *WIPO Final Reports* übereinzustimmen. So steht im *WIPO Final Report*, dass

„in applying the definition of abusive registration ... in the administrative procedure, the panel of decision-makers appointed in the procedure shall, to the extent necessary, make reference to the law or rule of laws that it determines to be applicable in view of the circumstances of the case. Thus, for example, if the parties to the procedure were resident in one country, the domain name was registered through a registrar in that country and the evidence of bad faith registration and use of the domain name related to activity in the same country, it would be appropriate for the decision-maker to refer to the law of the country concerned in applying the definition. “

Wie ist es aber mit internationalen Konflikten? Sollte dann von den ICANN-Panels kollisionsrechtlich untersucht werden, welches nationale Recht in dem jeweiligen Fall anwendbar ist? Die Anwendung des jeweiligen nationalen Rechts von den ICANN-

Panels würde aber dann dazu führen, dass im Internet und zwar innerhalb der Entscheidungspraxis der ICANN-Panels selbst das Schutzniveau der Meinungsfreiheit gemäß der Maßgabe des jeweilig anwendbaren nationalen Rechts beträchtlich variieren würde. Oder wie Froomkin auch bemerkt,

„the consequence of this would be that people in countries with strong protection for freedom of expression would have greater protection in the WIPO alternative dispute resolution than would people from, for example, North Korea.“³⁰

Ob eine solche Einteilung des Internet in verschiedene Räume nach nationalstaatlichen Maßstäben wünschenswert ist, erscheint als hoch problematisch, jedenfalls im Bereich der generischen TLDs. Außerdem würde die kollisionsrechtliche Lösung die Informationsverarbeitungskapazitäten der ICANN-Panels extrem überfordern.³¹

Oder sind die ICANN-Panels gar keine geeignete Foren, um solche Fälle, die grundrechtsrelevante Fragen aufwerfen, überhaupt zu entscheiden? So meint beispielsweise Blackman, dass obwohl eine Drittwirkung der Grundrechte bei solchen Fällen erforderlich ist, die ICANN-Panels aus institutioneller Sicht keine geeignete Foren sind, solche Grundrechtsfragen zu entscheiden.³² Weiterhin schlägt er die Ablehnung der Beschwerde bei *hard cases* und die Verweisung des *complainant* auf den staatlichen Gerichtsweg vor, denn „the court system is the only viable institution that can resolve these questions“.³³ Blackman's Kritik ist in mancher Hinsicht berechtigt, sein Ansatz nimmt aber gleichwohl die Gründe nicht wahr, die zur Entstehung und zum Erfolg dieses transnationalen Streitschlichtungssystems beigetragen haben. Eine solche Politik der Trennung zwischen *easy cases* und *hard cases* würde in der Mehrzahl der Fälle zu einer Ablehnung der Beschwerde führen, wenn man in Betracht zieht, dass die meisten der Fälle keine eindeutige Fälle von *cybersquatting* sind, was sich letztlich gegen die Vorteile dieses alternativen Streitschlichtungssystems auswirken würde. Man bedarf also ganz anderer Mechanismen zur effektiven Kontrolle der Entscheidungspraxis der ICANN-Panels.

IV. „*Ordre public transnational*“ der „*lex mercatoria*“ und der „*lex digitalis*“?

1. Autonome Rechtsordnung?

Hier lohnt ein Seitenblick auf den paradigmatischen Fall einer nicht-staatlichen autonomen Rechtsordnung mit transnationalem Geltungsanspruch, der berühmten *lex mercatoria*. Lassen sich durch einen Vergleich mit dem *ordre public transnational* des internationalen Wirtschaftsrecht Lösungsgesichtspunkte für unsere Frage nach der Grundrechtsdrittwirkung im privaten Raum des Internet gewinnen? Um Mißverständnisse von vornherein abzuwehren: Von einer autarken Rechtsordnung, die nur auf privater Selbstregulierung in totaler Isolierung von politischer Regulierung beruht, ist in beiden Fällen nicht die Rede. Denn offensichtlich sind beide, die *lex digitalis* ebenso wie die *lex mercatoria*, hybride Regelsysteme mit je unterschiedlichen Anteilen an

³⁰ M. A. Froomkin, ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy - Causes and (Partial) Cures, Brooklin Law Review 2002, S. 637-718, 640.

³¹ M. A. Froomkin, Fn. 30, S. 643 ff.

³² K. Blackman, Fn. 29.

³³ K. Blackman, Fn. 29, S. 241.

autonomen Recht, nationalstaatlichem Recht und Völkerrecht.³⁴ Auch die globale Bukowina kann sich von den Einflüssen der Metropole nicht gänzlich freimachen, sondern ist, um eine beliebte Metapher zu verwenden, ein *semi-autonomous social field*.³⁵

Die *lex mercatoria* verfügt aber über die längeren historischen Erfahrungen in der ausgedehnten Fallpraxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und in den passionierten rechtsdogmatischen und rechtstheoretischen Debatten um ihre „Rechtsnatur“. Entgegen allen etatistischen Kritikern, die in der *lex mercatoria* nur ein „Phantom spekulativer Sorbonne-Professoren“ sahen und Elemente eines nicht-staatlichen und zugleich anationalen Rechts für denkunmöglich hielten, dürfte sich heute, nicht zuletzt aufgrund ihres durchschlagenden ökonomischen Erfolges ihre Anerkennung als eigenständige Rechtsordnung durchgesetzt haben.³⁶ Läßt sich dann die zur Zeit avancierteste Definition der *lex mercatoria* auch auf die *lex digitalis* übertragen? Die Frage heißt, ob für die Entscheidungspraxis der ICANN-Panels die folgenden vier Merkmale zutreffen:

- (1) „ein autonomes Rechtssystem mit Anspruch auf globale Geltung jenseits des nationalen Rechts und des Völkerrechts,“
- (2) „das in Rechtserzeugungsprozessen der globalen Zivilgesellschaft gesetzt und weiterentwickelt wird,“
- (3) „sich auf allgemeine Rechtsprinzipien und zugleich auf soziale Normen gründet und“
- (4) „von privaten Streitschlichtungsinstanzen angewendet und fortgebildet und – häufig – von privaten Normierungsinstanzen kodifiziert wird“.³⁷

Statt an dieser Stelle die Grundsatzdebatte zu eröffnen, ob auch im Cyberspace eine „globale Bukowina“ zu finden ist, sollen hier beide Regelsysteme in Bezug auf ihre Rechtsqualität hin miteinander verglichen werden. Damit läßt sich die Frage klären, ob die in ihrem Geltungsanspruch als Rechtsordnung sehr viel problematischere *lex digitalis* klassischen Rechtsphänomenen näher oder ferner steht als die inzwischen weitgehend etablierte *lex mercatoria*.

³⁴ In der systemtheoretischen Sicht der *lex mercatoria* wurde diese Pluralität immer schon vorausgesetzt. Danach müssen folgende Fragen gestellt werden: „Wo findet die konkrete Normproduktion tatsächlich statt? In der nationalen Politik oder in internationalen Beziehungen? Vor nationalen oder vor internationalen Gerichten? Oder aber in ökonomischen und anderen sozialen Prozessen in a-nationalen globalem Kontext? Rechtserfahrung scheint die Hypothese zuzulassen, daß sich das globale Wirtschaftsrecht in allen drei Dimensionen entwickelt. Dies setzt freilich eine pluralistische Theorie der Normproduktion voraus, welche die Rechtsproduktion durch politische, rechtliche und soziale Prozesse als einander gleichberechtigt anerkennt.“ G. Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 1996, S. 255-290.

³⁵ S. F. Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, *Law and Society Review* 7 (1973), S. 719-746.

³⁶ Für eine informative Darstellung der Theorie-Debatten über die *lex mercatoria* und ihre Rechtsnatur siehe P. Zumbansen, *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, *European Law Journal* 8 (2002), S. 400-432; K. P. Berger, *The Law Merchant and the New Market Place: A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, *International Arbitration Law Review* 2000, S. 91-102.

³⁷ G. P. Calliess, *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, S. 185-216, 187.

In beiden Fällen geht es um Konfliktlösung durch private Instanzen, die von den Streitparteien konsentiert ist. Von der bloßen Mediation unterscheiden sie sich dadurch, daß eine dritte Instanz bindende Entscheidungen fällt. Anders als in der bloßen *equitable arbitration* fällt die Entscheidung auch nicht bloß nach Billigkeitserwägungen und ohne Begründung. Die ICANN-Panels wenden zur Streitentscheidung *lege artis* die Normen der UDRP an, was sich inhaltlich und methodisch nicht von der Anwendung „echter“ Rechtsnormen unterscheidet. Ebenso wie in den internationalen Schiedsgerichten der Wirtschaft wird nach einem Prozeß der elaborierter Normanwendung letztlich über Recht/Unrecht des begehrten Antrags entschieden. Die Begründung der Entscheidung enthält regelmäßig die Elemente der Sachverhaltsfeststellung, der Normauslegung und der Subsumtion.

In beiden Fällen handelt es sich um ein nicht-staatliches und anationales Regelanwendungssystem. Die *lex mercatoria* stützt sich in ihrem Geltungsanspruch auf Verträge, Handelsbräuche, Allgemeine Geschäftsbedingungen, *restatements of law* (Unidroit-Prinzipien des Internationalen Handelsrechts, Lando-Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts) und die von den Schiedsgerichten ergangenen Entscheidungen. Ähnlich stützt sich die *lex digitalis* auf privatautonome Akte der Internet-Nutzer, die expliziten Regeln der UDRP, der *Rules for Uniform Dispute Resolution Policy*, wie auch der jeweiligen *Supplemental Rules* der von ICANN-akkreditierten *Dispute Resolution Providers* und zuletzt die Entscheidungen der ICANN-Panels.

Beide Regelwerke haben eine stärkere Affinität zum *common law* als zum kodifizierten Recht des Kontinents. Sie wachsen inkrementell aufgrund von entschiedenen Einzelfällen und ihrer pfadabhängigen Verknüpfung. Beide kennen zwar keine vereinheitlichte Hierarchie von Entscheidungsinstanzen, aber doch eine ausgeprägte heterarchische Bezugnahme auf andere Schiedsgerichte, wie sie auch zwischen den Gerichten der Länder des *common law* üblich und entscheidungswirksam ist. Im internationalen Wirtschaftsrecht findet eine wechselseitige Beobachtung der Schiedsgerichte, besonders der *Big Three* (New York, Paris, Teheran), statt, die verstärkt wird durch die Bemühungen der Rechtswissenschaft, aus den verschiedenen Schiedsgerichtsentscheidungen einheitliche Rechtsprinzipien und Normen zu entwickeln.

Hier nun zeigen sich erste deutliche Unterschiede zwischen den beiden transnationalen Rechtsregimes. Während die Entwicklung der *lex mercatoria* zu einem genuinen Fallrechtssystem darunter leidet, daß ihre Entscheidungen nicht öffentlich verhandelt werden und daß nur wenige von ihnen in Entscheidungssammlungen oder Zeitschriften publiziert werden, und wenn, dann nur in verkürzter Form, zeigt die Praxis der ICANN-Panels sehr viel ausgeprägtere Züge der Evolution eines echten Fallrechts.³⁸ Sämtliche Entscheidungen der Panels werden im Internet veröffentlicht, so daß sich der juristische Diskurs in Entscheidungspraxis und Rechtsdogmatik darauf beziehen kann. Die ICANN-Panels selbst nehmen explizit und sehr ausführlich Bezug auf bereits vorentschiedene Fälle und folgen dezidiert, wenn auch ohne formale Präjudizienbindung, den Entscheidungspraktiken des *stare decisis* gegenüber Präzedenzfällen, des *distinguishing* von Sachverhaltselementen und des *overruling* von Fallrechtsnormen.

³⁸ Siehe hierfür die entsprechenden Vorschläge von G. P. Calliess, Fn. 37, S. 201 ff.

Freilich weist auch die Entscheidungspraxis der *lex digitalis* eine sehr hohe Inkonsistenz der Entscheidungen auf, ähnlich wie dies bei der *lex mercatoria* seit langem gerichtsnotorisch ist.³⁹ Aber während es in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit jedenfalls zur Zeit völlig unrealistisch ist, eine Angleichung der Entscheidungen durch Gerichtshierarchien zu erwarten, ist dies für das Internet durchaus realistisch. Wie schon in der juristischen Diskussion vorgeschlagen, wäre es ein wichtiger Schritt für die weitere Entwicklung dieser hybriden Rechtsordnung, in das System der ICANN-Schiedsgerichtsbarkeit eine Berufungsinstanz, die sich um die Konsistenz der Entscheidungspraxis angesichts der Vielzahl von divergierenden Urteilen sorgen würde, einzubauen.⁴⁰

Auch in einem weiteren Aspekt ist die Rechtsqualität der *lex digitalis* sehr viel stärker ausgeprägt als die der *lex mercatoria*. Immer wieder wird deren Rechtscharakter deswegen angezweifelt, weil die internationalen Schiedsgerichte nicht ausreichend präzise definierte Entscheidungsnormen anwenden, sondern nur sehr unzureichend vertextete Regeln, vage Leitlinien und allgemeine Prinzipien. Demgegenüber zeichnen sich – code-bedingt – die Entscheidungsnormen der ICANN-Gerichte durch vergleichsweise hohe Explizitheit, sorgfältige Vertextung und tatbestandliche Präzision aus. Das betrifft sowohl die Regeln der UDRP als auch die Panel-Entscheidungen selbst.

Ihre politische Legitimität ist freilich die Achillesferse der beiden autonomen Rechtsordnungen. Auf die üblichen Legitimationsketten demokratischer Willensbildung können sie sich – wie bekanntlich ein großer Teil der nationalen Rechtsordnungen, denen aber trotzdem die Rechtsqualität nicht abgesprochen wird - im Prinzip nicht berufen. Allenfalls Spurenelemente politischer Legitimation finden sich in der *lex mercatoria*, die sich auf die völkerrechtliche Legitimierung von Schiedsgerichtssprüchen in der New York Convention berufen kann. Ironischerweise wird dadurch der Autonomiepielraum der autonomen Rechtsbildung nicht etwa zugunsten öffentlich-demokratischer Kontrollen verringert, sondern im Gegenteil vergrößert. Die *lex digitalis* verfügt demgegenüber über eine stärkere politische Legitimationskette, nämlich aus den periodisch zu erneuernden Vereinbarungen zwischen ICANN und dem US-Handelsministerium.⁴¹ Eine weitere politische Legitimation ergibt sich aus dem Entstehungsprozeß der Regeln der UDRP. Auf Betreiben der US-Regierung hat hier die *World Intellectual Property Organization* (WIPO) einen ausgedehnten internationalen Konsultationsprozeß organisiert, aufgrund dessen ein Zwischenbericht erstellt wurde, den dann die *non-profit-organization* ICANN weitgehend als Grundlage ihrer privaten Normsetzung benutzte.

Die größten Unterschiede zwischen *lex digitalis* und *lex mercatoria* zeigen sich in der Sanktionierung, Durchsetzung, Vollstreckung und Implementation ihrer Entscheidungen. Die traditionelle Rechtstheorie in der Nachfolge von so unterschiedlichen Autoren wie Austin, Weber, Kelsen macht in der Tat den Rechtscharakter von Normen gerade an den Sanktionen fest. Hier liegt der stärkste Einwand gegen den autono-

³⁹ Trotz der hohen Inkonsistenz der Entscheidungen der ICANN-Panels lässt sich die Emergenz eines globalen „*common law*“ im Bezug auf missbräuchliche Registrierungen von Domain-Namen beobachten; R. Badgley, Internet Domain Names and ICANN Arbitration: The Emerging „Law“ of Domain Name Custody Disputes, Texas Review of Law and Politics 5 (2001), S. 343-392.

⁴⁰ Vgl. hierfür den Vorschlag von S. M. Donahey, Fn. 28.

⁴¹ Zur Entstehungsgeschichte von ICANN und seinen Beziehungen zur amerikanischen Regierung vgl. M. Mueller, Fn. 29; und M. Hutter in diesem Band.

men Charakter der *lex mercatoria*: Wenn es darauf ankommt, reichen eben die informellen Sanktionen der Wirtschaft nicht aus und es bedarf der Anerkennung durch nationale Gerichte, um sie durch nationale Instanzen vollstrecken zu lassen. Damit wird an zentraler Stelle ihr Charakter als autonomes Recht in Frage gestellt. Ganz anders die Vollstreckungslage im Internet. Nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen, in der die Parteien die Chance haben, ordentliche Gerichte anzurufen, geben die ICANN-Panels Anweisung an den *registrar*, die Entscheidung unmittelbar elektronisch zu vollstrecken. Der *registrar* löscht die Eintragung oder er transferiert den Domain-Namen an den Beschwerdeführer und dies mit unmittelbarer und rechtlich verbindlicher Wirkung.

Der Vergleich zeigt also ein einigermaßen verblüffendes Ergebnis. Die nur wenige Jahre zählende Entscheidungspraxis der ICANN-Panels weist – in ihrem Präjudizienwesen, in ihrem Normcharakter, in ihrer politischen Legitimation und insbesondere in ihrer Normdurchsetzung - sehr viel stärker ausgeprägte Rechtsqualitäten auf als die inzwischen schon altbewährte *lex mercatoria*, deren Anerkennung als eigenständige Rechtsordnung durch nationale Gerichte und die internationale Rechtsdogmatik wenn nicht bereits vollzogen ist, so doch jedenfalls sehr weit fortgeschritten ist.

2. Grundrechtsgeltung im autonomen Rechtsregime?

Die *lex digitalis* zählt damit ebenso wie die *lex mercatoria* und andere autonome transnationale Rechtsregimes zu den Rechtsphänomenen, die die Globalisierung des Rechts in einem ganz anderen als dem üblichen Lichte erscheinen lassen. Globalisierung heißt dann nicht einfach eine Tendenz zur Vereinheitlichung, Harmonisierung oder wenigstens Konvergenz der Rechtsordnungen, sondern bedeutet eine drastische Veränderung der Binnendifferenzierung des Rechts. Traditionell ist das Rechtssystem der Weltgesellschaft nach dem Prinzip der Territorialität in relativ autonome nationale Rechtsordnungen intern differenziert. Diese Binnendifferenzierung wird heute nicht abgelöst, sondern überlagert von einem anderen Differenzierungsprinzip: der Differenzierung des Rechts nach transnationalen einheitlichen Rechtsregimes, die ihre Außengrenzen nicht territorial, sondern *issue*-spezifisch definieren und einen globalen Geltungsanspruch erheben.⁴² Daß es sich bei ihnen, ob sie nun auf Staatenvereinbarungen, auf privaten Vertragssystemen transnationaler Akteure oder auf hybrider Grundlage beruhen, um genuine Rechtsregimes (und nicht nur um politische oder ökonomische Gebilde oder um ein Ensemble sozialer Normen) handelt, wird daran deutlich, daß sie über eigene konstitutionelle Institutionen verfügen, die ihre Normbildungen reflexiv normieren. Das heißt, daß ihr primärer Normbildungsprozeß von einem institutionalisierten sekundären Entscheidungs- und Normierungsprozeß überlagert ist, der in einem eigenständigen Verfahren über die Rechtsqualität entscheidet.⁴³

Dieser konstitutionelle sekundäre Normierungsprozeß entscheidet dann über unsere Frage der Grundrechtsgeltung im autonomen Recht des Internet. Wieder hilft ein Sei-

⁴² Speziell im Bezug auf ICANN als „*Global Regulatory Regime*“ siehe die Analysen von *D. Lehmkuhl*, *The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on regulation Beyond the Nation State, and Related Problems*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, S. 61-78, 71 ff.; *M. Mueller*, Fn. 29, S. 211 ff.; *C. Walter*, *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), S. 171-201, 186 f.

⁴³ Dazu *G. Teubner* (2003), Fn. 23.

tenblick auf die *lex mercatoria*. Bekanntlich beruht sie letztlich auf vertraglicher Grundlage unter privaten Akteuren – *contrats sans loi* -, sowohl was ihre materiellen Normen als auch was die Institutionalisierung der internationalen Schiedsgerichte bestimmt. Sie steht dann aber vor einem anscheinend unlösbaren Dilemma: Wie kann die *lex mercatoria*, wenn sie auf Vertrag zwischen den Parteien beruht, gegen den Willen der Vertragsparteien Grundrechte als zwingendes Recht geltend machen? Entsprechend wurde auch die Existenz von zwingendem Recht in der *lex mercatoria* bestritten. Ganz pragmatisch und ohne rechtstheoretische Reflexion der Grundlagenproblematik hat sich hier aber inzwischen die Praxis der Schiedsgerichte durchgesetzt, die auch für die *lex digitalis* in Zukunft vorbildlich sein dürfte:

„It is generally recognized that the arbitrator can, in the name of "truly international public policy," refuse to give effect to certain agreements of the parties. Likewise, if the object of a law is to guarantee the respect of principles the arbitral tribunal considers as forming a part of transnational or "truly" international public policy, it must find that such law prevails over the will of the parties.

The content of transnational public policy is not well-defined. It is usually paraphrased as 'fundamental principles of civilized nations'. These principles may encompass ... basic procedural and conflict principles, prohibition of unlawful expropriations, and the refusal to recognize the effect of corporate personality in certain situations of abuse [and] violations of human rights, drug dealing, or terrorism as violations of transnational public policy.“⁴⁴

Hier hat also ein sekundärer Normierungsprozeß von konstitutioneller Qualität eingesetzt, der die „*rules of recognition*“ innerhalb der *lex mercatoria* ausdehnt von der traditionellen Rechtsgeltung der Verträge, Handelsbräuche, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *restatements of law* und Schiedssprüchen hin auf den Geltungsanspruch der fundamentalen Rechtsprinzipien der zivilisierten Nationen, die dann auch die Geltung von Grundrechten innerhalb der autonomen Rechtsordnung normieren.⁴⁵

Natürlich wissen wir ebenso wie die Praktiker der *lex mercatoria*, daß die Berufung auf eine effektive Geltung der fundamentalen Rechtsprinzipien der zivilisierten Nationen reine Fiktion ist. Deren angebliche Geltung läßt sich weder auf Naturrecht noch auf universalistische oder relativistische Menschenrechtsphilosophien gründen. Diese Fiktionen werden aber gebraucht, damit man die eigentliche Positivierung von Grundrechten innerhalb des jeweiligen Rechtsregimes durch richterliches Fallrecht kaschieren kann. Positiver ausgedrückt, sie sind das semantische Material, das ohne selbst über positive Rechtsgeltung zu verfügen, es den Schiedsrichtern erlaubt, Grundrechte innerhalb der *lex mercatoria* oder der *lex digitalis* zu positivieren.

Die Grundrechtsgeltung im Internet beruht also auf zwei Elementen, auf dem Rekurs auf die Fiktion des *common core*, der allgemeinen Rechtsgrundsätze der zivilisierten Nationen und auf den Positivierungsakten der Schiedsgerichtsentscheidung, die in einem *common-law*-ähnlichen rekursiven auf Fallrecht beruhenden Entschei-

⁴⁴ N. Voser, Current Development: Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration, *The American Review of International Arbitration* 7 (1996), S. 319-357, 349 f.

⁴⁵ U. Stein, *Lex mercatoria – Realität und Theorie*, 1995, S. 170 ff.

dungsprozeß eine Grundrechtsordnung für das autonome Rechtsregime des Internet aufbaut, das die hauptsächlich im staatlichen Raum entstandenen Grundrechte entsprechend den digitalen Grundrechtsrisiken und -chancen rekonstruiert und ihre Geltung innerhalb des Anwendungsbereichs des autonomen Rechts konstituiert.

Damit dürfte auch die Richtung gewiesen sein, in dem Grundrechtskonflikte zwischen nationalen Rechtsordnungen innerhalb des Internet zu lösen sind. Im Recht der Domainvergabe sind solche Konflikte aufgetaucht, als nazistische Organisationen u.a. die Domain-Namen „bundesinnenministerium.com“ und „verfassungschutz.org“⁴⁶ registrierten. Dies ist jetzt keine Frage des Kollisionsrechtes mehr, das zwischen Geltungsansprüchen unterschiedlicher nationaler Grundrechte Kriterien zu entwickeln hätte, um die Lösung nur einer der beteiligten Rechtsordnungen zuzuweisen. Die Unangemessenheit, ja Willkür der Wahl eines nationalen Grundrechtsstandards im globalisierten Internet ist deutlich. Vielmehr haben die ICANN-Gerichte in einem Auseinandersetzungsprozeß mit der Fachöffentlichkeit⁴⁷ und der generellen öffentlichen Meinung eigenständig Grundrechtsstandards zu entwickeln, die generell innerhalb des Internet für alle Beteiligten zu gelten haben.

⁴⁶ Bundesrepublik Deutschland (Federal Republic of Germany) v. RJG Engineering Inc. Case (D2001-1401); Bundesrepublik Deutschland (Republic of Germany) vs. RJG Engineering Inc./Gerhard Lauck (D2002-0110).

⁴⁷ Insbesondere empirische Untersuchungen von Sozialwissenschaftlern wie z.B. Michael Geist haben eine lebhaften Diskussion über die Entscheidungspraxis der ICANN-Panels entfacht, *M. Geist*, Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in ICANN UDRP, August 2001, <http://aix1u0ttawy.ca/~geist/>.