

Einleitung

Das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik des Sekundärrechts ist zuletzt vor allem durch Art.3 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr in die Diskussion geraten, was mit der beachtlichen Ausweitung von dessen Reichweite auch auf das Zivilrecht und den daraus resultierenden Folgen für das Internationale Privatrecht zusammenhängt (vgl. 1.Teil: B).

Dennoch hat dieser weite (horizontale) Regelungsansatz bereits Nachahmer gefunden: Auch Art.16 des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt enthält ein Herkunftslandprinzip, das zudem bemerkenswerte Ergänzungen im Vergleich zur sog. E-Commerce-Richtlinie aufweist. Die Fortentwicklung des Herkunftslandprinzips als Regelungstechnik ist auch im Hinblick auf weitere ebenso kontrovers diskutierte Vorschläge in aktuellen Rechtssetzungsverfahren ungewiss (vgl. 1.Teil: C.).

Indes ist das Herkunftslandprinzip in den vielfältigsten Ausprägungen bereits aus zahlreichen Rechtsakten des Sekundärrechts vor allem als Sendestaatsprinzip aus der sog. Fernseh-Richtlinie bekannt, so dass von einer anerkannten Regelungstechnik gesprochen werden kann (vgl. 1.Teil: D.).

Es wird zu zeigen sein, dass das Herkunftslandprinzip – trotz aller Kritik – in der Lage ist, eine sinnvolle Rolle bei der Entstehung und innerhalb eines künftigen europäischen Justizraums für Zivilsachen zu spielen. Vor allem kann es als Kollisionsregel mit besonderer Funktion für die Entwicklung des Binnenmarktes in ein künftiges System des Gemeinschaftskollisionsrechts eingepasst werden. Bei den laufenden Verhandlungen über die Verordnungen ‚Rom I und II‘ über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht könnten umfangreiche Klarstellungen im Hinblick auf das Verhältnis des IPR zum Gemeinschaftsrecht erfolgen (vgl. 2.Teil).

Ziel der Arbeit ist es, trotz aller Vielseitigkeit, die gewachsenen Grundstrukturen der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip und das besondere Potential des Ansatzes als Zentralnorm für die Vollendung eines wirklichen Binnenmarktes gerade vor dem Hintergrund der verbesserten Kommunikationsmöglichkeiten durch das Internet sowie als Integrationshebel für die weitere Rechtsangleichung herauszuarbeiten. Zudem sollen immer wieder geäußerte Sorgen im Hinblick auf das Herkunftslandprinzip zerstreut werden (vgl. 3.Teil).

1. Teil: Das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik des Sekundärrechts

Der Herkunftslandgedanke mit seinen Ursprüngen im primären Gemeinschaftsrecht fand in den vielfältigsten Ausprägungen und mit Auswirkungen auf die unterschiedlichsten Rechtsgebiete, auch im Privat-, aber vor allem im verwaltungsrechtlichen Aufsichtsrecht, Verwendung. Anhand verschiedener Beispiele werden bereits Grundstrukturen einer Regelungstechnik erkennbar. Das Sendestaatsprinzip der Fernseh-Richtlinie¹ hat vor allem durch die Konkretisierung des Niederlassungsbegriffs Modellcharakter (Vgl. 1. Teil: D.).

Eine beachtliche Ausweitung hat dieser Regelungsansatz in Art. 3 E-Commerce-Richtlinie² erfahren. Durch die erstmalig ausdrückliche Normierung eines „koordinierten Bereiches“ soll das Herkunftslandprinzip grundsätzlich (horizontal) sämtliche Anforderungen an DIG ungeachtet des Rechtsgebietes und der durch die E-Commerce-Richtlinie selbst vorgenommenen Harmonisierung erfassen. Hiermit wird versucht, die weit reichenden Auswirkungen der erleichterten Kommunikation durch das Internet für die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und des Binnenmarktes nutzbar zu machen. Indes begrenzen zahlreiche Ausnahmenvorschriften das Herkunftslandprinzip und sollen auf diese Weise ein Absinken des Schutzniveaus verhindern (Vgl. 1. Teil: B.).

Art. 16 des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt³ entwickelt diesen Ansatz fort (Vgl. 1. Teil: C.).

Letztlich könnte das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik zu einem umfassenden Integrationsansatz im Interesse des Binnenmarktes ausgebaut werden, der mehr Rechtssicherheit für die Anbieter schafft, aber auch weitere notwendige Harmonisierungsmaßnahmen und eine verstärkte Kooperation der Mitgliedstaaten initiiert. Der Streit um das Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum IPR rückt dabei in den Hintergrund.

¹ Richtlinie (RL) 89/552/ EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. EG L 298 v. 17.10.1989, 23ff geändert durch RL 97/36/ EG des Europäischen Parlaments (EPs) und des Rates, ABl. EG L 202 v. 30.7.1997, 60ff; konsolidierte Fassung in GRUR Int. 1998, 120ff; des Weiteren auch: Fernseh-Richtlinie bzw. F-RL; Änderungsrichtlinie von 1997: F-ÄndRL.

² RL 2000/31/EG des EPs und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb. des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG L 178 v. 17.7.2000, 1ff; des Weiteren: E-RL bzw. E-Commerce-Richtlinie.

³ Vorschlag für eine RL des EPs und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004), 2 endg. v. 25.2.2004, 2ff – des Weiteren: D-RL bzw. Vorschlag.

A. Einführung und Terminologie

Mit dem Begriff Herkunftslandprinzip werden die unterschiedlichsten Bedeutungen verbunden, was vor allem auf die vielfältige Übertragung des primärrechtlichen Binnenmarktgedankens auf das Sekundärrecht zurückzuführen sein dürfte. Es finden zahlreiche Begriffe wie Vertrauens- bzw. Anerkennungsprinzip⁴ vor allem mit Blick auf den ursprünglich öffentlich-rechtlichen Einschlag der Regelungstechnik⁵, (vor allem im Hinblick auf Art.23ff EG) Herkunfts-⁶ oder Ursprungs- (lands-⁷) -prinzip oder auch (im Hinblick auf Art.3 E-RL) Niederlassungs-⁸ bzw. Ansässigkeitsprinzip⁹ oder auch Binnenmarktklausel sinnverwandt Verwendung. Terminologische Streitigkeiten führen indes m.E. nicht weiter. Die genannten Begriffe haben jeweils in gewisser Hinsicht ihre Berechtigung: Für die Betonung des Vertrauens- und Anerkennungsgedankens spricht deren fundamentale Bedeutung für die Regelungstechnik Herkunftslandprinzip: Gegenseitiges Vertrauen ist Grundvoraussetzung für dessen Anwendung, wobei auch die gegenseitige „Anerkennung“ der jeweiligen mitgliedstaatlichen Standards eine Rolle spielt, auch wenn dies nicht im rechtstechnischen Sinn, sondern im eigentlichen Wortsinn (Respekt, Achtung) zu verstehen wäre. Gleichwohl übersteigern diese weiten Begriffe womöglich den technischen Ansatz der Regelungstechnik. Im Folgenden wird an geeigneter Stelle immer wieder auf terminologische Fragestellungen eingegangen werden¹⁰. Die ‚Herkunft des Herkunftslandprinzips‘ als Regelungstechnik des Sekundärrechts ist in der primärrechtlichen Grundfreiheitendogmatik, genauer in der

⁴ Ebenso: Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bzw. des wechselseitigen Vertrauens; aus dem Primärrecht bekannter Grundsatz: Grabitz/ Hilf (- Leible), EGV I, Art.28, Rn.26, Streinz, Rn.973ff; Bleckmann, Rn.2182ff; zur E-RL: Ahrens, CR 2000, 835 (837); Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (66); gegen den Begriff „Anerkennung“: Jayme/ Kohler, IPRax 2001 501 (502): „wirr und ungenau“, lediglich gerichtliche oder behördliche Entscheidungen seien anerkennungsfähig; ebenso: Diskussionsbericht zum Vortrag von Leible, in: Nordhausen, 95: Begriff der gegenseitigen Anerkennung gehöre weggeschlossen; vgl. jüngst Coester-Waltjen, in: FS Jayme, Bd. I, 121 (122), die eine strenge Trennung von Herkunftsland- und Anerkennungsprinzip fordert.

⁵ Vgl. hierzu vor allem: 1.Teil: D.

⁶ Für „Herkunftsprinzip“: Steindorff, ZHR 150 (1986), 687 (689); Grandpierre, 57ff, 75ff (m.w.N.).

⁷ Vgl. Dausers, EuZW 1990, 8 (10); Sack, WRP 1994, 281 (288) unterscheidet das Ursprungs- (Land, in dem die Ware hergestellt worden ist) und das Herkunftsland (Land, in dem sich die Ware zuletzt befand, bevor sie in das Einfuhrland importiert wurde); dies führt jedenfalls bei ‚virtuellen‘ Diensten der Informationsgesellschaft i.S.d. E-RL nicht weiter; für Herkunftslandprinzip: Drasch, insb. 205.

⁸ Vgl. Hamann, ZUM 2000, 290 (291); Berger, NJW 2001, 1530 (1531); zustimmend: Mankowski, CR 2000, 763 (767); ders., EWS 2002, 401 (401): Vorteil größerer Präzision, weil das Herkunftsland als „das Land, in welchem der Diensteanbieter *niedergelassen* ist“, definiert ist; Grabitz/ Hilf (- Marly) EGV III, A 4, Art.3, Rn.1.

⁹ Vgl. Thünken, 24, der zudem auf den folgenden Seiten den Begriff „Herkunftslandprinzip“ aus Sicht des Kollisionsrechts analysiert; instruktiv vor allem 33ff: zur Anknüpfung an die „Herkunft“ und ihre Bedeutung im IPR.

¹⁰ Vgl. noch: 1.Teil: B.II.; 1.Teil: C.II.4.c; die Vielseitigkeit belegt auch 1.Teil: D.; zusammenfassend: 3.Teil.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

A. EINFÜHRUNG UND TERMINOLOGIE

sog. Cassis-Rechtsprechung zu suchen¹¹. Hiernach sind formal unterschiedslos wirkende Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht gemeinschaftsrechtswidrig, sofern diese nach der „Cassis-Formel“ notwendig sind, um zwingenden, im Allgemeininteresse liegenden Erfordernissen gerecht zu werden und dem gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹² entsprechen¹³. Eine beschränkende Maßnahme ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit insbesondere nicht erforderlich, wenn eine ebenso wirksame Alternative besteht, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger oder gar nicht betrifft. Wenn den jeweiligen Schutzinteressen bereits durch die Beachtung der Regelungen des Herkunftsstaates hinreichend Rechnung getragen wird, kann eine Verdoppelung dieser Anforderungen im Bestimmungsstaat keinesfalls notwendig sein. Damit ist das Herkunftslandprinzip im Primärrecht Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁴. Dieser Gedanke wurde schrittweise auf die anderen Grundfreiheiten übertragen¹⁵.

Dahinter steht ein allgemeiner Binnenmarktgedanke: In einem gemeinsamen Markt könnte es für Bestimmungsländer grundsätzlich hinnehmbar sein, rechtmäßig im Herkunftsland hergestellte und vertriebene Waren bzw. erbrachte Dienste auch bei sich als rechtmäßig anzusehen und deren jeweiliges Regelungs- und Kontrollniveau prima facie als gleichwertig anzuerkennen. Im Vertrauen auf den jeweiligen Standard im Herkunftsland werden divergierende Anforderungen an Waren oder Dienstleistungen hingenommen, wobei die Bestimmungsländer weiterhin ausnahmsweise eigene Vorschriften durchsetzen

¹¹ Vgl. statt vieler: Leible, in: Nordhausen, 71 (72); Thünken, 31f: Grundfreiheiten als „großer Bruder“ des Herkunftslandprinzips; als Ausgangspunkt: EuGH („Cassis de Dijon“) v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, I-649 (662ff), zur Warenverkehrsfreiheit.

¹² Vgl. jeweils m.w.N. Kischel, EuR 2000, 380ff; Rosenboom, 38ff (speziell zur Dienstleistungsfreiheit); Maßnahmen müssen zur Erreichung eines als legitim anerkannten Zieles geeignet und erforderlich sein und dürfen nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu ihm stehen.

¹³ Vgl. zu Art.28 EG bspw. EuGH („Mars“) v. 6.7.95, Rs.C-470/93, Slg.1996, I-1923 (1942); EuGH („Familiapress ./ . Bauer Verlag“) v. 26.6.97, Rs. C-368/95, Slg.1997, I-3689 (3716); EuGH („Brandsma“) v. 27.6.96, Rs.293/94, Slg. 1996, I-3159 (3177, Rn.12); EuGH („Celestini“) v. 5.6.97, Rs. C-105/94, Slg. 1997, I-2971 (3013, Rn.34); EuGH („Harpegnies“) v. 17.9.98, Rs.C-400/96, Slg.1998, I-5121 (5137, Rn.35); hierzu m.w.N: Grabitz/ Hilf (- Leible), EGV I, Art.28, Rn.26; Grandpierre, 20ff; Drasch, 25ff.

¹⁴ Vgl. ebenso: Rosenboom, 40ff m.w.N; Leible, in: Nordhausen, 71 (72).

¹⁵ Vgl. z.B. zu Art.49 EG: EuGH („Säger“) v. 25.7.91, Rs.C-76/90, Slg.1991, I-4221 (4244, Rn.15); EuGH („Vander Elst“) v. 9.8.94, Rs. C-43/93, Slg. 1994, I-3803 (3824, Rn.16); EuGH („Guiot“) v. 28.3.96, Rs. C-272/94, Slg.1996, I-1905 (1920, Rn.20); hierzu ausführlich m.w.N.: Rosenboom, 4ff, 59ff; Grandpierre, 55ff; Drasch, 123ff; zu Art.39 EG z.B. EuGH („Ramrath“) v. 20.5.92, Rs. C-106/91, Slg. 1992, I-3351 (3384, Rn.29); zu Art.43 EG z.B. EuGH („Vlassopoulou“) v. 7.5.91, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2357 (2384, Rn.16ff); EuGH („Borrell“) v. 7.5.92, Rs. C-104/91, Slg.1992, I-3003 (3028).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

A. EINFÜHRUNG UND TERMINOLOGIE

können, die durch zwingende Erfordernisse i.S.d. Cassis-Formel bzw. nach Art.30 bzw. 55 i.V.m.46 EG gerechtfertigt sind¹⁶.

Diesem Denkansatz folgend hat die Kommission im Weißbuch zur Vollen-
dung des Binnenmarktes von 1985 die „gegenseitige Anerkennung“ als zusätz-
liche Strategie zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes erkannt¹⁷. Ausge-
hend von der Feststellung, dass die Ziele der nationalen Gesetzgebung im We-
sentlichen gleichwertig seien, seien die in einem Mitgliedstaat nach dessen Re-
geln rechtmäßig in Verkehr gebrachten Waren bzw. erbrachten Dienstleistun-
gen grundsätzlich in der gesamten Gemeinschaft als verkehrsfähig anzusehen.
Das Weißbuch markiert einen Paradigmenwechsel der Kommission in deren
Strategie zur Rechtsangleichung in der EG, von einem Harmonisierungskon-
zept mit möglichst umfassender „Positivintegration“ durch detaillierte Rechts-
angleichung hin zu einem Ansatz der das „Anerkennungsprinzip“ mit der not-
wendigen (jedenfalls Minimal-) Harmonisierung kombiniert¹⁸. Hierbei gilt es,
die richtige Balance zwischen den erforderlichen gemeinschaftsweiten Stan-
dards und dem Herkunftslandgedanken zu finden. Durch Harmonisierung
kann ein ausreichendes EU-weites Schutzniveaus definiert werden, wobei auch
mitgliedstaatliche Regelungsinteressen Berücksichtigung finden können. Das
Herkunftslandprinzip gewährt durch die „Anerkennung“ von Rechtslagen ver-
gleichbare Marktbedingungen, wodurch die Verkehrsfähigkeit von Waren und
Dienstleistungsangeboten gesteigert wird. Vertrauen wird vor allem durch eine
effiziente Kontrolle im Herkunftsland oder umfangreiche Rechtsangleichung
geschaffen. Die Fernseh- und E-Commerce-Richtlinie, genauso wie der Vor-
schlag für eine Dienstleistungsrichtlinie und andere darzustellende Beispiele
stehen gleichermaßen in der Tradition dieser Strategie und können als promi-
nente Fortentwicklungen des hier skizzierten Binnenmarktgedankens angese-
hen werden. Ein Schwerpunkt der folgenden Untersuchung wird sein, Merk-
male von Umsetzungsvorschriften dieses Binnenmarktgedankens im sekundä-
ren Gemeinschaftsrecht herauszuarbeiten, die es (auch terminologisch) erlau-
ben, von einer Regelungstechnik ‚Herkunftslandprinzip‘ zu sprechen.

¹⁶ Vgl. ähnlich Jayme/ Kohler, IPRax 2001, 501 (501), mit dem Hinweis, dass eine systematische „Nicht - Anerken-
nung“ in einzelnen Bereichen mit Hilfe der Ausnahmen ein Indiz für weiteren Harmonisierungsbedarf ist.

¹⁷ Vgl. ausdrücklich die Bezeichnung im Weißbuch zur Vollen- dung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg. v.
14.6.1985, Rn. 61ff; dazu jeweils m.w.N.: Oliver, Nr.6.79ff; GTE (- Müller-Graff), Art.30, Rn.191; von Borries/
Petschke, DVBl. 1996, 1343.

¹⁸ Vgl. ausführlich m.w.N. Rosenboom, 83ff; Sedemund, 37ff.

B. Die beachtliche Ausweitung der Reichweite des sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips in der E-Commerce-Richtlinie

Seit der Verabschiedung der Fernseh-Richtlinie im Jahre 1989 stand das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik des Sekundärrechts nicht mehr so im Blickpunkt wie bei den Arbeiten zur E-Commerce-Richtlinie. Trotz bestehender Vorbilder im Primär- und Sekundärrecht sahen einige in Art.3 E-RL¹⁹ einen „völlig neuen Ansatz der Kommission“²⁰ und eine „weit über den Online-Sektor hinausragende grundlegende rechtspolitische Entscheidung und Weichenstellung“²¹. Art.3 war schon während des Gesetzgebungsverfahrens heftig umstritten²² und bleibt es weiterhin. Dem Interesse an einer Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs (eG) im Binnenmarkt standen die Schutzinteressen der Vertragspartner der Anbieter (v.a. Anleger- und Verbraucher) sowie das Interesse der Mitgliedstaaten an der Regelung des eigenen Marktes gegenüber²³. Somit lassen sich auch einige Unstimmigkeiten im Hinblick auf Art.3 – z.B. die bestenfalls unklaren Formulierungen in Art.1 Abs.4 und Erwägungsgrund 23 zum Verhältnis des Art.3 zum IPR oder die heterogene Liste der Ausnahmebestimmungen im Anhang – nur als das Ergebnis eines „politischen“ Kompromisses deuten. Nie zuvor wurde ein Herkunftslandprinzip mit einer derart enormen – horizontalen – Reichweite konzipiert²⁴, wodurch in Reaktion auf die Vielseitigkeit der zu regelnden Materie querschnittsartig Online-Aktivitäten in ihrer gesamten Bandbreite erfasst werden sollen. (Indes mindern zahlreiche Ausnahmen die Tragweite deutlich.) Hierdurch sollen die enormen Chancen genutzt werden, die das Internet für eine praktische Vollendung des Binnenmarktes bietet, denn es erleichtert und ermöglicht teilweise erst den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Arbeitnehmern und Kapital.

¹⁹ Alle Artikelangaben in Teil B. ohne nähere Bezeichnung sind solche der E-Commerce-Richtlinie (E-RL).

²⁰ Vgl. Bodewig, GRUR Int. 2000, 475 (476), der indes Art.3 auch als Nachbildung des Art.2, 2a F-RL erkennt.

²¹ Vgl. Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (7); Ohly, GRUR Int. 2001, 899: „gordischen Knoten durchschlagen“.

²² Vgl. statt vieler: Spindler, ZRP 2001, 203 (204) „Schlacht“ um das Herkunftslandprinzip; Tettenborn, in: Lehmann, Electronic Business, 44 (52); Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.3, Rn.1.

²³ Vgl. Borges, 885.

²⁴ Grund hierfür sind die weiten Definitionen der Begriffe „Dienst der Informationsgesellschaft“ (Art.2 lit. a) und „koordinierter Bereich“ (Art.2 lit. h), hierzu ausführlich: 1.Teil: B.II.2. a., b., d.

I. Das Internet als Motor der Rechtsentwicklung und Mittel zur wirklichen Vollendung des Binnenmarktes

Das Internet belebt die Rechtsentwicklung, indem es eine weit reichende Überprüfung der nationalen, regionalen und internationalen Gesetzgebungen erforderlich macht. Als Kommunikationsmittel findet es immer umfassendere Verwendung. Es ermöglicht namentlich die Abgabe und den Austausch von Erklärungen, womit weite Teile der Lebens- und damit Rechtswirklichkeit von den praktischen Auswirkungen des Internet betroffen sind: das Vertragsrecht, die transaktionsbezogene Teile des Wirtschaftskollisionsrechts, das Bereicherungs- und Deliktsrecht, das Kapitalmarktrecht, das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, das Produkt- und Anlagenhaftungsrecht usw. Gleichzeitig kann aufgrund der drastisch vereinfachten grenzüberschreitenden Kommunikationsmöglichkeiten, ein funktionsfähiger Binnenmarkt praktisch in einer so nicht gekannten Bandbreite Wirklichkeit werden²⁵.

1. Globalisierung der Rechtsbeziehungen als Herausforderung für die Rechtsordnungen, insbesondere das Kollisionsrecht

Das Internet und damit auch der eG kennen keine nationalen Grenzen²⁶. Zwar entstehen dadurch nur partiell neue Rechtsprobleme, vor allem aber erhalten bestehende Rechtsfragen des Sach-, Kollisions- und Verfahrensrechts eine veränderte Bedeutung²⁷. Eine Rechtsordnung, die an die neuartigen Gegebenheiten des Internets angepasst ist, muss die divergierenden Interessen der Internet-Diensteanbieter, der Nutzer aber auch die Ordnungsinteressen der Staaten zum Ausgleich bringen und dabei gleichzeitig die für die Entwicklung des eG erforderliche Rechtssicherheit schaffen. Dies kann in Reaktion auf die neue technische Wirklichkeit erforderlich sein²⁸, genauso können gewachsene Überregulierungen in einem Internet-Umfeld besonders anachronistisch erscheinen.

²⁵ Vgl. zum Vorhergehenden: Hohl/ Leible/ Sosnitzer, Vernetztes Recht, passim; Hoffmann, NJW-Beilage 2001, Heft 14, 5ff; Raynaud, MOCI 2001, 44ff; Wissmann, EuZW 2000, 289; Moritz, CR 2000, 61 (65f); der eG stellt neue Anforderungen an den Normgeber. Das Internet bleibt ein sehr dynamisches Umfeld, was besonders flexible Vorschriften erfordert. Zwar stellt es letztlich „nur“ ein Kommunikationsmittel dar; damit sind allerdings weite Bereiche des Lebens, das essentiell auf Kommunikation aufbaut, betroffen.

²⁶ Vgl. Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (250); Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (909).

²⁷ Vgl. Hoeren, NJW 1998, 2849: „Das Internet schafft keine neuen Rechtsprobleme“; erweiternd: Borges, 923: „Aber es wirft alle Probleme erneut auf“; hierzu: Thünken, 36ff (Dematerialisierung des Geschäftsverkehrs; insb. Auswirkungen des eG auf die Anknüpfungsmomente des IPR)

²⁸ Beispielhaft seien die Signaturrichtlinie (RL 1999/93/EG v. 13.12.1999, ABl. EG L 13 v. 19.1.2000, 12ff) und die Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG, ABl. EG L 201 v. 31.7.2002, 37ff.) genannt, die ohne Zweifel den neuen technischen Anforderungen und Möglichkeiten begeben.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Gerade die traditionellen Anknüpfungskriterien im Kollisionsrecht stehen wegen der faktischen Zunahme grenzüberschreitender Sachverhalte vor neuen Herausforderungen²⁹. Für Online-Aktivitäten besteht aufgrund der im Prinzip unbeschränkten weltweiten Ausstrahlung ein gesteigertes Rechtsanwendungsrisiko, denn uneinheitliche IPR-Regeln können zur Anwendung verschiedener Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Anforderungen führen³⁰.

Die prinzipiell zwischenstaatliche Grundausrichtung des IPR passt zudem nicht wirklich zum ‚globalen‘ E-Commerce. Dessen Anknüpfungskriterien dienen auch (gerade im öffentlichen Recht oder Strafrecht) der Durchsetzung nationaler Rechtsanwendungsinteressen gegenüber ausländischen Rechtssubjekten³¹. Zudem kann das eigentliche Ziel des Kollisionsrechts, international gleichförmige Entscheidungen durch einheitliche Zuweisung von Sachverhalten zu Rechtsordnungen zu erhalten³², bei sog. Multi-State Sachverhalten zu komplexen Mehrfachanknüpfungen führen³³. Nur global vereinheitlichtes IPR für Internet-Sachverhalte durch Abschluss völkerrechtlicher Verträge könnte Abhilfe schaffen. Dies steht trotz einiger Bemühungen in Teilgebieten³⁴ wenn überhaupt nur langfristig zu erwarten. Reformierte nationale Regelungen dürften letztlich der weltweiten Herausforderung nicht gerecht werden.

Auch das regionale europäische Gemeinschaftsrecht steht auf dem Prüfstand, könnte aber wegen des fortgeschrittenen Integrationsgrades Standortvorteile für einen EU-weiten eG bereithalten. Beim grenzüberschreitenden Handel kann auf einem bereits harmonisierten oder sich weiterentwickelnden Sach-, Kollisions- und Zivilprozessrecht aufgebaut werden³⁵, was innerhalb der EU für das IPR viel einfachere Verweisungen im Interesse des eG erlauben könnte.

²⁹ Vgl. hierzu mit zahlreichen weiteren Nachweisen Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633f (635), insb. Fn.1.

³⁰ Vgl. statt vieler: Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (636); Höder, 42f.

³¹ Eine Ausdehnung der eigenen Rechtsordnung auf Einflüsse aus dem Ausland mit Hilfe des IPR schafft zudem keine Vollstreckungsmöglichkeiten (vgl. Spindler, *MMR* 2000, 18-25), da der Zugriff auf Inhalte auf ausländischen Servern begrenzt und die Sanktionierung der Zugangsvermittler problematisch ist (instruktiv: *CompuServe-Fall*, AG München 28.5.1998, *NJW* 1998, 2836; LG München I 17.11.1999, *MMR* 2000, 171); hierzu: Sieber, *Rn.*193, 364f (432, 535). Hierauf kann nicht weiter eingegangen werden.

³² *MünchKomm-Sonnenberger*, Einl. IPR, *Rn.*9ff; Kropholler, §§ 1, 3; 1ff, 16ff; Kegel/ Schurig, § 2 II.3, 139f.

³³ Vgl. hierzu m.w.N. Höder, 6ff; Dethloff, *JZ* 2000, 179 (183); aus Sicht der Grundfreiheiten: Drasch, 205ff, 312ff; Grandpierre, 116ff; aus Sicht des internationalen Deliktsrecht: Kegel/ Schurig § 18 IV, S.732;

³⁴ Vgl. z.B. die Haager Konferenz oder UNCITRAL im zivilrechtlichen Bereich; den Global Business Dialogue auf Wirtschaftsebene (www.gbde.com); im öffentlich-rechtlichem Kapitalmarktrecht die IOSCO (International Organization of Securities Commissions); letztlich sind indes nur Lösungen mit einem gewissen Spielraum auf der Basis des kleinsten gemeinsamen Nenners zu erwarten, vgl. Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (637).

³⁵ Die Sachrechts- und Kollisionsnormharmonisierung in der EU schreitet weiter voran; für das Zivilprozessrecht gilt bereits die Verordnung (EG) Nr.44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („Brüssel I“); vgl. noch ausführlich m.w.N.: 2.Teil.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

2. Die Erleichterung grenzüberschreitenden Handels durch das Internet und der Europäische Binnenmarkt

Vom eG sind für den ohnehin stetig wachsenden³⁶ Binnenmarkt bedeutsame Impulse für grenzüberschreitende Waren- und Dienstleistungsströme zu erwarten³⁷. Selbst wenn die anfänglich euphorischen Prognosen mittlerweile zurückhaltender ausfallen³⁸ ist dessen Siegeszug schon mit Blick auf die fortschreitendere Vernetzung der Gesellschaft trotz unterschiedlichster Vorhersagen höchstwahrscheinlich³⁹. Zwar schafft das Internet selbst (überwiegend) keine eigenen Produkte, es senkt indes als Vermarktungsplattform⁴⁰ die Marktzutrittskosten erheblich⁴¹ und steigert damit den Wettbewerb, gerade durch Einbeziehung kleiner und mittlerer Unternehmen⁴²: Dies ist für Anbieter ohnehin, aber auch für „Nachfrager“ interessant, die bisher lediglich ihren Heimatmarkt im Blick hatten. Sie können bereits im niedrigen Preissegment auf einfachem Wege einen EU-weiten Preisvergleich wagen⁴³. Insofern baut das Internet bisher bestehende praktische Hemmnisse für den Binnenmarkt ab, so dass fortbestehende rechtliche Hemmnisse stärker in den Blickpunkt rücken.

³⁶ Lag im Waren- und auch im Dienstleistungsverkehr Mitte der 80er Jahre das Verhältnis zwischen dem grenzüberschreitenden Transaktionsvolumen aller EU-Mitgliedstaaten mit anderen Mitgliedstaaten und dem mit Drittstaaten noch bei 1:1, lag es Mitte der 90er Jahre schon bei 2:1 und steigt derzeit weiter; vgl. hierzu mit umfangreichen Nachweisen auf einschlägige Berichte der Kommission und Statistiken von Eurostat, Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 246 (252, Fn.13-15).

³⁷ Vgl. etwa Mankowski, *GRUR Int.* 1999, 909 (909); hierbei ist auch das technische Potential zu berücksichtigen, z.B. Entwicklung von Breitbandtechnologien: 3G-Mobil-Telefonie (UMTS) oder digitales Fernsehen.

³⁸ Vgl. Daten aus dem Ersten Bericht der Kommission über die Anwendung der E-RL, KOM (2003) 702 endg. v. 21.11.2003, 5f (des weiteren: Erster Bericht): der eG business-to-consumer werde Schätzungen zufolge von 10 Mrd. Euro im Jahr 2000 auf 70 Mrd. Euro im Jahr 2003 steigen, Quelle: European Information Technology Observatory, www.eito.org; voraussichtlich 54 % aller Internetnutzer würden 2006 ihre Einkäufe über das Internet erledigen, Quelle: Interactive Advertising Bureau UK, 2002, www.iabuk.net; vgl. speziell für den Arzneimittelhandel online König/ Müller/ Trafkowski, *EWS* 2000, 97 (97); allgemein KPMG, *eBusiness in der deutschen Wirtschaft* (2000), 3; dies. *One to one Marketing im Electronic Commerce* (2000), 1 (10); Boehme-Neßler, *EWS* 2001, 149 (149); Reich/ Nordhausen, 1ff; Haft/ Eisele, *JuS* 2001, 113 (113ff); Süßenberger, 13ff.

³⁹ Im Jahre 2002 nutzen bereits ca. 185 Millionen Europäer das Internet, vgl. Interactive Advertising Bureau UK, 2002, www.iabuk.net, Schätzungen von eMarketer zufolge sollten bis Ende 2003 190 Millionen Nutzer erreicht sein, vgl. www.europemedia.net; seit Verabschiedung der E-RL ist der Internet-Durchdringungsgrad in den Haushalten der EU von 18% im Jahr 2000 auf 43% im November 2002 gestiegen; von kleinen Unternehmen (bis 49 Beschäftigte) hatten 2002 84% einen Internetzugang; ca.70% aller Unternehmen in der EU haben eine eigene Webseite. Mehr als zwei Drittel der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) nutzen das Internet für ihre Geschäftstätigkeit, *Europäischer eBusiness-Bericht 2002/2003*, Business W@tch der Kommission: www.ebusiness-watch.org oder www.europa.eu.int/comm/enterprise/ict/policy/watch/index.htm.

⁴⁰ Die Werbeausgaben wachsen besonders im Bereich der Online-Werbung, gerade weil diese flexibler als herkömmliche Werbung auf die Bedürfnisse der Kunden ausgerichtet werden kann, z.B. suchrelevante Werbung, „one-to-one“-Angebote per E-Mail, die aufgrund sog. Nutzerprofile erstellt werden, vgl. Erster Bericht, 6.

⁴¹ Vgl. Engel, 353 (359f, 377); Perrit, *MMR-Beilage* 7/2000, 1 (1).

⁴² Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 246 (251): „die wettbewerbspolitisch größte Bedeutung des Internet“.

⁴³ Das Internet kann vielseitig genutzt werden, z.B. als Informationsquelle und um Angebote zu vergleichen; Online-Werbung, Webseiten, E-Mails, „Suchmaschinen-Marketing“ haben großen Einfluss auf den Verkauf von Produkten, selbst wenn der Verkauf selbst nicht online erfolgt, vgl. Erster Bericht, 6 (Fn.19).

II. Regelungssystematik des Art.3 E-Commerce-Richtlinie

Art.3 E-RL statuiert in Kapitel I („Allgemeine Bestimmungen“) unter der Artikelbezeichnung „Binnenmarkt“ ein Herkunftslandprinzip mit folgendem Wortlaut:

Art.3 Abs.1: „Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.“

Art. 3 Abs.2: „Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.“

Art.3 Abs.3: „Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die im Anhang genannten Bereiche.“

Art.3 Abs.4: „Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft von Absatz 2 abweichen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind: (...).“

Das Verständnis des Art.3 wird durch eine komplizierte Systematik erschwert⁴⁴. Die Absätze 1 und 2 enthalten sowohl tatbestands- als auch rechtsfolgespezifische Merkmale, die ineinander verwoben sind. Zudem wird die Normaussage durch teilweise weit reichende Ausnahmen durchbrochen⁴⁵. Der Anwendungsbereich des Art.3 ist auf „Dienste der Informationsgesellschaft“ (Art.2 lit. a⁴⁶) beschränkt, für die indes direkt keine Rechte und Pflichten entstehen. Die Rechtsfolgen treffen – solange der „koordinierte Bereich“ (Art.2 lit. h⁴⁷) betroffen ist – lediglich die Mitgliedstaaten und zwar aus zwei Richtungen⁴⁸:

- Dem Mitgliedstaat als ‚Herkunftsland‘ wird eine Kontroll- und Überwachungspflicht in Absatz 1 auferlegt⁴⁹, die sich auf „DIG, die von einem in (dessen) Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden“ bezieht und die „die in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften, die in den koordinierten Bereich fallen“ umfasst. Dieser ‚Tatbestand‘ legt fest, wer wen in welchem Umfang kontrollieren darf. Das Herkunftsland hat seine Rechtsvorschriften gegenüber den in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbietern durchzusetzen (Kontrolle an der Quelle⁵⁰).

⁴⁴ Vgl. Spindler, ZRP 2001, 203 (204): „dunkel und widersprüchlich“; Borges, 886 findet den Wortlaut „vergleichsweise schlicht, zugleich geheimnisvoll unklar und verklausuliert“.

⁴⁵ Vgl. u.a. Art.3 Abs.4-6; Art.3 Abs.3 i.V.m Anhang; Art.1 Abs.5; hierzu 1.Teil: B.II.3.

⁴⁶ Vgl. hierzu: 1.Teil: B.II.2.a. (des Weiteren auch als DIG abgekürzt).

⁴⁷ Vgl. hierzu 1.Teil: B.II.2.b.

⁴⁸ Vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (66).

⁴⁹ Vgl. Erwägungsgrund 22: „Die Aufsicht über DIG hat am Herkunftsort zu erfolgen, ...“; im Folgenden soll auch von den im Online-Recht geläufigen Bezeichnungen Sitz- und Abrufstaat ausgegangen werden.

⁵⁰ Vgl. zur Wortwahl: Brenn, ÖJZ 1999, 481 (482); bereits Erwägungsgrund 8 des Vorschlags für eine E-RL v. 18.11.98, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG C 30 v. 5.2.1999, 4ff, (nachstehend: erster Vorschlag) ebenso wie Erwägungsgrund 8 des geänderten Vorschlags v. 17.8.1999, KOM (1999) 427 endg., ABl. EG C 248 E v. 29.8.00, 69ff

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

- Für die Mitgliedstaaten als ‚Bestimmungsländer‘ gilt ein Beschränkungsverbot nach Absatz 2, solange der freie Verkehr von DIG aus Gründen eingeschränkt werden soll, die in den koordinierten Bereich fallen. Die Abrufstaaten dürfen dies lediglich aus Gründen, die außerhalb des koordinierten Bereichs liegen oder falls ansonsten die Anwendung des Art.3 ausgeschlossen ist. Die Bestimmungsländer sind somit verpflichtet, die Kontrolle an der Quelle anzuerkennen und müssen grundsätzlich auf eine Überprüfung der „ausländischen“ DIG anhand ihrer geltenden Vorschriften verzichten.

Im Hinblick auf die zwei unterschiedlichen Rechtsfolgen besteht terminologischer Streit: Teilweise werden die Absätze 1 und 2 explizit als zwei separate Regelungen verstanden⁵¹; andere sprechen – ohne genauere Begründung – vom „Herkunftslandprinzip in Art.3 Abs.2“⁵².

Die enge Verzahnung der sich ergänzenden und bedingenden Pflichten beider Absätze spricht indes m.E. für eine einheitliche Betrachtungsweise: Erst dieses Zusammenspiel lässt ein hinter beiden Regeln stehendes ‚Prinzip‘ zur Förderung des Binnenmarktes erkennen⁵³. Die Einflussbereiche der Mitgliedstaaten werden klar abgegrenzt. Die Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftsstaates wird herausgestellt; im Gegenzug „verzichten“ die Abrufstaaten auf eine Kontrolle der DIG von Anbietern mit Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten, weil sie darauf vertrauen, dass diese schon genügend in ihren Sitzstaaten überprüft worden sind und den dortigen Standard als mit dem ihren gleichwertig anerkennen⁵⁴. Wenn im Folgenden von der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip gesprochen wird, ist damit nach hiesigem Verständnis lediglich eine Vorschrift gemeint, die die genannten wechselseitigen Pflichten der Mitgliedstaaten begründet. Darüber hinaus enthält die Regelungssystematik des Herkunftslandprinzips noch weitere charakteristische Merkmale, die zu gegebener Zeit darzustellen sind.

(nachstehend: geänderter Vorschlag) stellten unmissverständlich fest, dass die Aufsicht über DIG am Herkunftsort erfolgen „muss“.

⁵¹ Borges, 891ff, spricht von zwei separaten Bestandteilen des Herkunftslandprinzips und trennt bei seiner Untersuchung strikt zwischen dem „Anwendungsgebot“ in Absatz 1 und dem „Beschränkungsverbot“ in Absatz 2.

⁵² Vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (104); wohl auch Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305), vermutlich weil der Schwerpunkt auf dem Beschränkungsverbot gesehen wird; genauso könnte Art.3 Abs.1 zum Herkunftslandprinzip erklärt werden, denn nur er legt die Pflichten des Herkunftslandes fest.

⁵³ Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (66) sprechen im Englischen von der „internal market clause“ (also: Binnenmarkt – Klausel); vgl. nochmals die Artikelüberschrift des Art.3: „Binnenmarkt“.

⁵⁴ Hier klingt der bereits angesprochene Vertrauens bzw. Anerkennungsgedanke an, ähnlich: Ahrens, CR 2000, 835 (837); Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (66); vgl. schon 1.Teil: A.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

1. Das zentrale Verständnisproblem: Art.3 und das Kollisionsrecht

Bereits bei einer oberflächlichen Lektüre wird die zentrale Streitfrage zur E-Commerce-Richtlinie deutlich⁵⁵: das Verhältnis zwischen Art.3 und dem traditionell, je nach Rechtsgebiet die Interessen unterschiedlich gewichtenden nationalen Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten der EG⁵⁶: Wenn (grundsätzlich) ein Diensteanbieter lediglich von seinem Herkunftsland auf der Grundlage der dort geltenden Rechtsordnung beurteilt wird, und in den Abrufstaaten keine Überprüfung anhand des dort geltenden Rechts stattfindet, dann muss ein Anbieter von DIG (grundsätzlich) nur den im Niederlassungsstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, womit indirekt das auf DIG anwendbare Recht im Binnenmarkt vorgegeben wird⁵⁷. Folge einer solchen Auslegung, die angesichts des insofern eindeutigen Wortlautes des Art.3 Abs.1, 2 zwingend erscheint, wäre eine grundsätzliche Abkehr vom Bestimmungslandprinzip, etwa vom Marktortprinzip im Wettbewerbsrecht⁵⁸. Dem steht indes (scheinbar) die Feststellung des Art.1 Abs.4 entgegen, dass die Richtlinie keine „*zusätzlichen Regeln*“ im Bereich des IPR schaffen soll. Diese verwirrende Ausgangslage ist ohne Zweifel ein Dilemma⁵⁹ und die zweifelhaften Formulierungskünste sind Ausdruck eines tiefgehenden konzeptionellen Konflikts innerhalb der europäischen Institutionen und auch zwischen den Mitgliedstaaten⁶⁰. Folge dessen ist eine kaum überschaubare Fülle von Interpretationsansätzen im Schrifttum mit zahlreichen Nuancierungen, die wie folgt zusammenzufassen sind:

a. Sachrechtliches Verständnis

Vor allem angesichts Art.1 Abs.4 und Erwägungsgrund 23, 2.Halbsatz sprechen sich zahlreiche Stimmen im Schrifttum für ein „sachrechtliches“ Verständnis des Art.3 aus: Abs.1 und 2 stellen lediglich ein den Grundfreiheiten im Primärrecht nachempfundenen Einschränkungsverbot dar⁶¹.

⁵⁵ Vgl. Thünken, 68, für den sich die Frage nach einer in Art.3 „versteckten“ Kollisionsnorm aufdrängt.

⁵⁶ Hoeren, MMR 1999, 192 (195) spricht insoweit von einer der „dunkelsten Stellen“ der Richtlinie.

⁵⁷ In diesem Sinne: Bender/ Sommer, RIW 2000, 260 (261); Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (105); Thünken, IPRax 2001, 15 (16, 18); Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (640).

⁵⁸ Vgl. Lurger, FS MPI, S.479 (481ff)

⁵⁹ Andere sprechen vom „Brüsseler Rätsel“, Basedow, EuZW 2004, 423 (423).

⁶⁰ Kohler, IPRax 2003, 401 (410) sieht in Art.3 einen „Kompromiss, bei dem jeder seinen Ansatz wieder findet (...) mit einer bis zur Unkenntlichkeit relativierten kollisionsrechtlichen Kernaussage“. Diese „Mischform“ sei Ausdruck des anhaltenden rechtspolitischen Konflikts über die Zukunft des IPR in der EU, vgl. noch 2.Teil: B.

⁶¹ Vgl. in diesem Sinne: Sack, WRP 2002, 271 (273); ders., WRP 2001, 1408 (1409); ders., WRP 2000, 269 (282f); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (352f); Ahrens, CR 2000, 835 (837, 839), der zwar von einer „kollisionsrechtlichen“ Ausgestaltung ausgeht, wobei aber das IPR nicht berührt werde; wohl auch Nickels, CR 2002, 302 (1922); Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1252); wohl noch: Spindler, MMR 1999, 199 (206); ders., ZHR 165 (2001), 324 (340f); Ziem, MMR 2000, 129 (133); Schack, MMR 2000, 59 (63); Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (479f); Glöckner,

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Im Wege einer zweistufigen Prüfung solle zunächst nach den herkömmlichen Kollisionsnormen das anwendbare Sachrecht ermittelt werden. Anschließend könne nachgeschaltet auf der Ebene des Sachrechts für einzelne Sachrechtsnormen – soweit für den freien Verkehr der DIG erforderlich – eine Korrektur des an sich anwendbaren Sachrechts am Maßstab des Herkunftslandrechts erfolgen. Das Sekundärrecht würde für den Fall einer Behinderung des Binnenmarktes die Anwendung eines konkreten Rechtssatzes des Bestimmungsstaates verhindern und insofern das Ergebnis der IPR-Anknüpfung „überlagern“⁶². Ein deutsches Gericht wäre somit gezwungen gegebenenfalls die strengere deutsche Sachnorm als europarechtswidrig nicht anzuwenden.

Art.3 wäre bei dieser Auslegung ein ‚gemeinschafts-sachrechtliches‘ Korrektiv binnenmarktstörender Ergebnisse der Anknüpfung nach den hergebrachten kollisionsrechtlichen Prinzipien⁶³. Neben der Anwendung des Herkunftslandrechts sei bei Fortgeltung des IPR selbst die konkurrierende Anwendung des Rechts anderer Mitgliedstaaten möglich⁶⁴.

Vermittelnd sprechen andere Art.3 einen „*kollisionsrechtlichen Mindestgehalt*“ zu, denn im Wege der „*doppelten Anknüpfung*“ fände ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem kollisionsrechtlich bestimmten Recht und dem Recht des Herkunftslandes statt, wobei sich letzteres zumindest teilweise im Interesse des Binnenmarktes durchsetze. Dies sei indes abhängig vom gemeinschaftsweit erreichten Harmonisierungsgrad zu bewerten; insbesondere wird vorgeschlagen unter bestimmten Voraussetzungen direkt auf den Maßstab des einschlägigen sekundären Gemeinschaftsrechts abzustellen⁶⁵, was jedoch eine so nicht vorstellbare unmittelbare Wirkung von Richtlinien herbeiführen würde⁶⁶.

ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305f); i.E. ebenso Ohly, GRUR Int.2001, 899 (899, 902): „binnenmarktfunktionales Verständnis“, wobei allerdings ein kollisionsrechtlich verstandener Günstigkeitsvergleich nachgeschaltet wird; Halfmeier, ZEuP 2001, 837 (864f); unentschieden, aber i.E. ebenso: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (106); Bender/ Sommer, RIW 2000, 260 (261); Fritze/ Hohlbach, WRP 2000, 872 (876); Staudinger-Fezer, IntWirtschR, Rn.433; Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.3. Rn.20.

⁶² Vgl. Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1252); Hoeren/ Große Ruse, in: Lehmann, Electronic Business, 301 (319f).

⁶³ So: Staudinger-Fezer, IntWirtschR, Rn.433; Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); Ahrens, CR 2000, 835 (837).

⁶⁴ Vgl. Sack, WRP 2002, 271 (275).

⁶⁵ Ohly, GRURInt. 2001, 899 (902ff): „binnenmarktfunktionales Verständnis“: für den Fall, dass bereits eine Vollharmonisierung vorläge, könne unmittelbar auf die betreffende Richtlinie oder auf das kollisionsrechtlich bestimmte Sachrecht abgestellt werden; setze eine Richtlinie hingegen nur Mindeststandards und ginge das kollisionsrechtlich bestimmte Recht über diesen hinaus, so müsse ein Günstigkeitsvergleich stattfinden, jedoch unmittelbar am Maßstab des einschlägigen sekundären Gemeinschaftsrechts.

⁶⁶ Vgl. zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien m.w.N. Gundel, EuZW 2001, 143ff.

b. Kollisionsrechtliches Verständnis

Andere gehen – größtenteils mit Blick auf die Zielsetzung der E-RL, Rechtssicherheit zu schaffen und damit Rechtsermittlungskosten zu sparen – von einem kollisionsrechtlichen Verständnis aus und interpretieren Art.3 als Vorbild⁶⁷ für eine nationale Kollisionsnorm⁶⁸. Danach wären die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihr Kollisionsrecht zu ändern oder zumindest in richtlinienkonformer Weise einschränkend auszulegen⁶⁹. Im Ergebnis fände im Rahmen des Anwendungsbereiches des Art.3 (dazu sogleich) generell das Recht der Niederlassung des Diensteanbieters Anwendung.

c. Günstigkeitsprinzip

Einige verstehen Art.3 als ein Günstigkeitsprinzip⁷⁰, wonach trotz grundsätzlicher Geltung des Rechts des Herkunftslandes dennoch das Recht des Bestimmungslandes durch die herkömmlichen Kollisionsregeln zur Anwendung gelange, wenn letzteres günstiger sei⁷¹, d.h. wenn das Schutzniveau des Herkunftslandes, das des Bestimmungslandes überschreite. Umgekehrt wäre demnach Art.3 nur einschlägig, wenn das Recht des Staates, in dem die DIG abgerufen werden, bei seiner Anwendung den freien Dienstleistungsverkehr einschränkt, d.h. wenn das Recht des Herkunftslandes einen niedrigeren Schutz gewährt als das Recht des Empfangsstaates. Von diesem Gedanken ließ sich zunächst auch der deutsche Gesetzgeber leiten, der ursprünglich in Art.4 des Regierungsentwurfes zum Teledienstgesetz (TDG-RegE) ein solches Prinzip einführen wollte⁷², hiervon jedoch letztlich absah⁷³. Offen bleibt, ob ein solches

⁶⁷ Thünken IPRax 2001, 15 (19); Sonnenberger, ZVglRWiss 95 (1996), 3 (10) weisen zu Recht darauf hin, dass Art.3 mangels unmittelbarer Außenwirkung direkt nur die Mitgliedstaaten bindet, aber kollisionsrechtliche Vorgaben enthalten kann, aus denen sich durch die Umsetzung Änderungen im jeweiligen nationalen IPR ergeben.

⁶⁸ In diesem Sinne: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (153ff) (hier indes mit einer nicht nachvollziehbaren Ausnahme des internationalen Vertragsrechts); ders., GRUR Int. 1999, 909 (912); ders., CR 2001, 630 (632); ders., IPRax 2002, 257 (258ff); Dethloff, JZ 2000, 179 (181); Thünken, 70ff (83); ders., IPRax 2001, 15 (19f); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); wohl auch: Härtling, CR 2001, 271 (273); Tettenborn, in: Lehmann, Electronic Business, 69 (83): das Herkunftslandprinzip „ist ... eine IPR-Regelung“; Tettenborn/ Bender/ Lübber/ Karenfort, 10; Borges, 911ff; Kieninger, in: Bedeutung des IPR, 121 (131); Spickhoff, in: Bedeutung des IPR, 89 (199f); Leible, in: Nordhausen, 71 (78ff); Spindler / Fallenböck, ZfRV 2002, 214 (221); Fallenböck, 202.

⁶⁹ I.E. ähnlich Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (798ff, 800), der davon auszugehen scheint, dass ein Gericht, die Sachnormen des Herkunftsstaates unter Ausschluss des IPR als zwingende anzuwenden habe.

⁷⁰ Vgl. Sack, WRP 2002, 271 (275f); Ohly (s.o.), GRUR Int.2001, 899 (902); wohl noch: Nickels, DB 2001, 1919 (1922); positiv: Leible, in: Nordhausen, 71 (83f); dagegen m.w.N. Mankowski, EWS 2002, 401 (401f).

⁷¹ Ansonsten käme es zu einer „umgekehrten Diskriminierung“ (hierzu: Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1258)) von Diensteanbietern mit einer Niederlassung in Mitgliedstaaten mit einem besonders hohen Schutzniveau; dies könne durch Anwendung des günstigeren Bestimmungslandrechts verhindert werden.

⁷² Vgl. § 4 TDG i.d.F. des Regierungsentwurf v. 14.2.2001, BT-Drucks. 14/6098; nach § 4 Abs.1 TDG-RegE sollte das Kollisionsrecht Deutschlands für inländische Anbieter weiterhin eingreifen und das ausländische Sachrecht des Empfangsstaates berufen, solange letzteres günstiger als das deutsche Recht ist; im Hinblick auf den ausländischen Anbieter sah § 4 Abs.2 TDG-RegE vor, dass zuerst kollisionsrechtlich das Sachrecht ermittelt und dann auf einer

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Verständnis einem kollisionsrechtlichen Verständnis entgegensteht⁷⁴ oder ob der Günstigkeitsvergleich lediglich ein kollisionsrechtlich verstandenes Herkunftslandprinzip abmildern soll⁷⁵.

d. Sonstige Interpretationsansätze

- Einen (weiteren) Mittelweg sucht *Spindler*, der im Herkunftslandprinzip eine „eigenartige hybride Konstruktion zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv“ sieht⁷⁶: das Verbot der Einschränkung in Art.3 Abs.2 zeige den sachrechtlichen Einschlag, wonach nationale Restriktionen nach dem EG-Vertrag beurteilt werden würden, was Art.3 Abs.4 bestätige. Dies spreche indes nicht gegen eine kollisionsrechtliche Deutung⁷⁷.
- *Cruquenaire/ Lazaro* aus dem belgischen Schrifttum qualifizieren Art.3 als bloße „*règle d’applicabilité*“ (Anwendbarkeitsregel), die im Gegensatz zu einer „*règle de conflits des lois*“ (klassische Kollisionsnorm), die Sachnormen lediglich begleiten würden⁷⁸.
- Nach *Blume/Hammerl* aus dem österreichischen Schrifttum überlagere Art.3 das kollisionsrechtliche Verweisungsrecht, schließe es aber nicht vollständig aus. Art.3 ersetze als gemeinschaftsrechtliche Verweisungsregel „höherer Stufe“ im Sinne der Grundfreiheiten das herkömmliche Kollisionsrecht⁷⁹.

zweiten Stufe geprüft werde, ob das so berufene Sachrecht strenger ist als das Niederlassungsrecht; befürwortend: Sack, WRP 2001, 1408 (1411); wohl auch, DB 2001, 1919 (1921); dagegen: Mankowski, CR 2001, 630ff; Spindler, ZRP 2001, 203 (204); ders., *RabelsZ* 66 (2002), 633 (655ff).

⁷³ Das „Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr“ v. 14.12.2001 normiert das Herkunftslandprinzip und seine Einschränkungen in einem neuen § 4 TDG, hierzu: ausführlich: Mankowski, IPRax 2002, 257ff; Spindler, in: Systemwechsel, 107ff; ders., RIW 2002, 183ff; zur Problematik des Günstigkeitsprinzips: Spindler, NJW 2002, 921 (926); Lurger/ Vallant, RIW 2002, 188 (199); im Hinblick auf die gleiche Problematik in Österreich, dies., MMR 2002, 203 (207).

⁷⁴ In diesem Sinne: Staudinger/ Fezer, *IntWirtschR*, Rn.449.

⁷⁵ In diesem Sinne: Sack, WRP 2001, 1408 (1409), der die Einordnung des Günstigkeitsvergleichs als IPR allerdings von der Reichweite der Definition des Kollisionsrechts abhängig macht; Leible, in: Nordhausen, 71 (83), der darauf hinweist, dass der Günstigkeitsvergleich dem IPR nicht fremd sei, wie Art.29, 30 EGBGB zeige. Dies soll hier jedoch nicht vertieft werden; indes scheint der Günstigkeitsvergleich bei sach- und bei kollisionsrechtlichem Grundverständnis jeweils nachgeschaltet durchführbar.

⁷⁶ Spindler, ZHR 165 (2001) 324 (336); ansatzweise ähnlich bereits Jayme/ Kohler, IPRax 2001, 501 (502): „Korrektiv des IPR“ unter Verweis auf Hatzopoulos, *Le principe de reconnaissance mutuelle*, passim.

⁷⁷ Vgl. Spindler, IPRax 2001, 400 (401); ders., in: Systemwechsel, 107 (112); ders., ZHR 165 (2001), 324 (334ff); ders. RIW 2002 183 (185); ders., *RabelsZ* 66 (2002), 633 (649ff, 665): „beeinflusst und überlagert das Kollisionsrecht, wirkt ähnlich wie ein kollisionsrechtliches Prinzip“; ders., NJW 2002, 921 (926): „eigenartige Mischung aus Kollisions- und Europarecht“.

⁷⁸ Vgl. *Cruquenaire/ Lazaro*, 41 (50).

⁷⁹ Vgl. *Blume/ Hammerl*; § 20 ECG, Rn.27, 30.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

- Andere sind der Ansicht, dass Art.3 keinen Einfluss auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung habe, aber zur Anwendung des die DIG regelnden Eingriffsrechts des Niederlassungsstaates des Diensteanbieters führe⁸⁰.

Bei der nun folgenden Analyse der Regelungssystematik des Art.3 sollen gerade auch Argumente gesammelt werden, die zur Klärung von dessen Verhältnis zum IPR beitragen können, bevor unter II.4. dann der Versuch einer endgültigen Bewertung erfolgt.

2. Tatbestand

Die Bedeutung der Begriffe „*Dienste der Informationsgesellschaft*“ (Art.2 lit. a) und „*koordinierter Bereich*“ (Art.2 lit. b) bestimmt gleichermaßen die Auslegung des Absatzes 1 und 2 des Art.3. Für die Kontrollpflicht des Herkunftslandes (Art.3 Abs.1) kommt es zudem darauf an, welches die „*geltenden innerstaatlichen Vorschriften*“ sind, die in den koordinierten Bereich fallen – Kontrollumfang – und wann ein „*Diensteanbieter*“, der DIG erbringt, als im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates „*niedergelassen*“ gilt (Art.2 lit. b, c)) – Kontrollobjekt. Das Beschränkungsverbot des Art.3 Abs.2 gilt zudem nur für „*Gründe...*, die in den koordinierten Bereich“ fallen.

<u>Kontrollpflicht des Herkunftslandes,</u> Art.3 Abs.1	<u>Beschränkungsverbot des Bestimmungslandes,</u> Art. 3 Abs.2
<ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Kontrollobjekt</u> ein in seinem Hoheitsgebiet niedergelassener Diensteanbieter, der einen DIG erbringt... ▪ <u>Kontrollumfang</u> ... muss den in diesem Mitgliedstaat geltenden Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. 	bezüglich <ul style="list-style-type: none"> ▪ DIG aus einem anderen Mitgliedstaat ▪ aus Gründen, die ... ▪ ... in den koordinierten Bereich fallen

⁸⁰ Vgl. Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (127f); Pichler, Eur.L. Reporter 1999, 74 (79f); ebenso: Hellner, ERPL 2004, 193 (206).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

a. Dienste der Informationsgesellschaft, Art.2 lit. a) E-Commerce-Richtlinie

Art.2 lit. a) definiert den Begriff DIG unter (umständlicher⁸¹) Verweisung⁸² auf Art.1 Nr.2 der sog. Transparenzrichtlinie⁸³ als „*alle Dienstleistungen, die in der Regel gegen Entgelt im Fernabsatz elektronisch auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden*“. Dies bestimmt den Anwendungsbereich des Art.3 und zugleich den der Gesamtregelung (Art.1 Abs.1). Durch diese weite Definition soll ‚horizontal‘ ein größtmöglicher Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstatten gehen, erfasst werden⁸⁴.

aa. „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienstleistungen“

Der Begriff „Dienstleistung“ ist gewiss mit Blick auf das primärrechtliche Vorbild (Art.49ff EG) gewählt⁸⁵. Allerdings kommt angesichts der detaillierten Vorgaben in den Erwägungsgründen 17 und 18 eine eigenständige, teilweise sogar vom Primärrecht abweichende Bedeutung in Betracht.

Gemäß Erwägungsgrund 18 sind alle „*wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstatten geben*“ erfasst. Damit wird grundsätzlich eine entgeltliche (kommerzielle) Tätigkeit gefordert, was systematisch Art.2 lit. c) bestätigt, der den niedergelassenen Diensteanbieter als jemand definiert, der „*auf unbestimmte Zeit eine Wirtschaftstätigkeit tatsächlich ausübt*“⁸⁶. Dabei ist unerheblich, ob das Entgelt direkt von einem Nutzer – z.B. beim Online-Kauf von Waren – oder von einem Dritten bezahlt wird – z.B. bei einem für den Nutzer unentgeltlichen Dienst, der sich über Werbung finanziert (sog. drittfinanzierte Angebote⁸⁷). Insoweit

⁸¹ Vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103). Tatsächlich hätte man die Definition nochmals in den Richtlinien text aufnehmen und den Zusammenhang in den Erwägungsgründen klarstellen können.

⁸² So soll betont werden, dass der Begriff bereits anerkannter Teil des *acquis communautaire* ist; vgl. Bender/ Sommer, RIW 2000, 260 (261); Crabit, Rev.du Dr.de l'UE 2000, 749 (765); Tettenborn, K&R 1999 442 (443) zum geänderten Vorschlag, der darlegt, dass die Verweisung ausdrücklich auf Wunsch der Mitgliedstaaten und des EPs eingefügt wurde; insb. Maennel, MMR 1999, 187 (188) zum ersten Vorschlag. Der Begriff DIG fand zudem bereits in Art.2 lit. a) 3.SpStr. der sog. Conditional Access – Richtlinie Verwendung (RL 98/84/EG des EPs und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. EG L 320 v. 28.11.1998, 54ff).

⁸³ RL 98/34/EG des EPs und des Rates v. 22.6.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. EG L 204 v. 21.7.1998, 37ff i.d. geänderten Fassung der RL 98/48/EG v. 20.7.1998, ABl. EG L 217 v. 5.8.1998, 18ff.

⁸⁴ Vgl. Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (304); Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103f); s.u. 1.Teil: B.II.2.d.

⁸⁵ Vgl. Ahrens, CR 2000, 835 (836): ähnliche Formulierung im Vergleich zu Art.50 EG; ebenso: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103); Begründungserwägungen der Kommission im ersten Vorschlag: KOM (1998) 586 endg., 19 (22); dazu: Brenn, ÖJZ 1999, 481 (482); Maennel, MMR 1999, 187 (188).

⁸⁶ Vgl. Spindler, ZUM 1999, 775 (776).

⁸⁷ Vgl. Erwägungsgrund 18, Satz 4: „auch Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen wie Online - Informationsdienste, kommerzielle Kommunikation; Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten und zur Datenabfrage bereitstellen; ebenso: Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (304); Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103); Hoeren, MMR 1999, 192 (193); Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (647).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

entspricht die Richtlinie dem Primärrecht⁸⁸. Die Anlehnung an den weiten Dienstleistungsbegriff der Art.49ff EG unterstreicht das Ziel der E-RL in einem breiten Ansatz möglichst alle „E-Aktivitäten“ zu erfassen⁸⁹, womit flexibel bestehende (tw. neuartige⁹⁰) Geschäftsmodelle, aber auch künftige ‚new business models‘, z.B. im Bereich des ‚M-Commerce‘ über Mobilfunkgeräte unter Nutzung der UMTS-Technik abgedeckt werden⁹¹. Nicht einbezogen sind indes nichtkommerzielle Anbieter, wie Universitätsprovider oder private Non-Profit-Betreiber⁹², was angesichts des Ziels der E-RL, Handelshemmnisse zu beseitigen, und der Kompetenzlage der EU nachvollziehbar ist⁹³.

Unklarheiten bestehen bezüglich einer Abgrenzung der DIG zum Warenverkehr⁹⁴: Erwägungsgrund 18 subsumiert nicht nur Werbung für den Online-Verkauf von Waren, sondern sogar den Online-Verkauf von Waren selbst unter den Dienstleistungsbegriff der Richtlinie⁹⁵. Damit werden im Vergleich zum Primärrecht neue Abgrenzungskriterien geschaffen. Im Primärrecht ist bei grenzüberschreitender Werbung zum Warenabsatz die Warenverkehrsfreiheit (Art.28ff EG) einschlägig, soweit der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Warenabsatz liegt⁹⁶. Überträgt man diese Gedanken auf die DIG

⁸⁸ Für Art.50 EG ist anerkannt, dass grundsätzlich nur entgeltliche Dienstleistungen erfasst sind, Entgelte aber nicht notwendigerweise vom Empfänger der Leistung entrichtet werden müssen; EuGH („Wirth“) v. 7.12.93, Rs. C-109/92, Slg.1993, I-6447 (Rn.15); EuGH („Reti Televisive“) v. 12.12.1996, Rs. C-320/94, Slg.1996, I-6471; EuGH („Bond van Adverteerders“) v. 26.4.1988, Rs.C-352/85, Slg.1988,I-2085.

⁸⁹ In diesem Sinne: Crabit, Rev. du Dr. de l’UE 2000, 749 (765); Maennel/ Lindholm, CRi 2000, 65 (66).

⁹⁰ Crabit, Rev. du Dr. de l’UE 2000, 749 (765) hebt hervor, dass im Internet Geschäftsmodelle entstanden sind (Gratislotterien, Suchmaschinen, Onlineauktionen), die nicht den bisherigen Wirtschaftsstrukturen entsprachen.

⁹¹ Vgl. in diesem Sinne: Tettenborn, K&R 2000, 59 (60); Thünken, IPRax 2001, 15 (17).

⁹² Vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103); Hoeren, MMR 1999, 192 (193); Maennel, MMR 1999, 187 (188); Spindler, ZUM 1999, 775 (776); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (647), Fn.37, 39, der auf die abweichende Umsetzung im EGG hinweist; Freytag, CR 2000, 600 (602); Gersdorf, RTkom 1999, 75 (79). Klarstellung: Sobald sich der nichtkommerzielle Anbieter teilweise werbefinanziert (z.B. durch eine Bannerwerbung auf der Website), unterfällt er dem Anwendungsbereich der Richtlinie.

⁹³ Dies sollte aber nicht dazu führen, dass nur gewerbliche Anbieter von den Haftungsprivilegierungen der Art.12ff profitieren; ebenso: Hoeren, MMR 1999, 192 (193); Spindler, ZUM 1999, 775 (777), Fn.15f, der dies auf „Uneinigkeiten zwischen Kommission und EP im Verfahren“ zurückführt; ders., MMR-Beilage 7/2000, 4 (5) fordert zukünftig ein „einheitliches Regime“.

⁹⁴ Vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103); schon zum ersten Vorschlag: Waldenberger, EuZW 1999, 296 (297); zum geänderten Vorschlag: Tettenborn, K&R 1999, 442 (443).

⁹⁵ Erwägungsgrund 18: nur die „Auslieferung der Ware als solche“ bzw. „die Erbringung von Offline-Diensten“ stelle keine Dienstleistung im Sinne der Richtlinie dar; vgl. auch: Art.2 lit. h) ii) und Erwägungsgrund 21 der hinsichtlich des „koordinierten Bereiches“ klarstellt, dass nur Anforderungen betreffend Online - Tätigkeiten nicht jedoch bezüglich Waren erfasst sind.

⁹⁶ Sog. Schwerpunkttheorie; vgl. EuGH („GB-INNO“) v. 7.3.1990, Rs. C-362/88, Slg.1990, I-667ff; insb. Schlussanträge des Generalanwalts Lenz, Slg.1990, I-675 (676); EuGH („Kommission / Belgien“) v. 9.7.1992, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431, hiernach unterfiele der Transport von gefährlichen Abfallstoffen, eigentlich eine Dienstleistung, Art.28 EG; hingegen sei die grenzüberschreitende Versendung von Losen für Lotterien nach EuGH („Schindler“) v. 24.3.1994, Rs. C-275/92, Slg.1994, I-1039 (1098) in die Art.49ff EG einzuordnen; hierzu: jeweils m.w.N.: Grabitz/ Hilf (- Leible), EGV I, Art.28, Rn.53; ebd. (- Randelzhofer/ Forsthoff), Art. 49/ 50, Rn.23ff, 135; Bleckmann, Rn.1673; Hailbronner/ Nachbauer, EuZW 1992, 105 (107).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

wird klar, dass der Schwerpunkt eines Online-Angebotes nicht stets auf einer zu erbringenden Dienstleistung liegen muss⁹⁷.

Dies mag aus dogmatischen Gründen zu beklagen sein⁹⁸, ist allerdings mit Blick auf den Gestaltungsspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers im Sekundärrecht nicht zu beanstanden⁹⁹. Ein eigenständiger Dienstleistungsbegriff im Bereich des E-Commerce ist im Hinblick auf die Besonderheiten eines entmaterialisierten Internets zu begrüßen. Es wäre sinnwidrig bei Online-Aktivitäten von Warenverkehr zu sprechen, da die für den Warenbegriff grundsätzlich erforderliche ‚Verkörperung‘ generell entfällt¹⁰⁰. Entscheidendes Kriterium für die ‚E-Dienstleistung‘ i.S.d. E-RL ist die für die Übermittlung von Informationen bzw. deren Bereitstellung verwendete Technologie und nicht der Inhalt einer angebotenen oder geschuldeten Leistung¹⁰¹. Das Anbieten einer Ware im Internet oder die Online-Vertragsverhandlungen über den Warenverkauf sind demnach als DIG und davon getrennt, deren Auslieferung zu betrachten.

bb. „im Fernabsatz“

Eine Dienstleistung im Fernabsatz wird ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht¹⁰², wobei diese dennoch dank technischer Hilfsmittel „wie unter Anwesenden handeln“ können¹⁰³. So gelingt technologieutral (ohne Telekommunikationsdienste, z.B. Telefon, -fax auszuschließen) die Abgrenzung zur herkömmlichen Erbringung von Dienstleistungen.

cc. „elektronisch“¹⁰⁴: Abgrenzung zu den Telekommunikationsdiensten

Erfasst werden Dienste, die Informationen über ein Kommunikationsnetz übermitteln, Zugang zu einem solchen anbieten¹⁰⁵ oder Informationen, die von einem Nutzer der Dienste stammen, speichern¹⁰⁶. Sowohl beim Sender (am Ausgangspunkt) als auch beim Empfänger (am Endpunkt) muss eine elektroni-

⁹⁷ So zu Recht: Waldenberger, EuZW 1999, 296 (297) zum ersten Vorschlag, der den Fall grenzüberschreitender Online - Werbung für den Absatz von Waren nach den GB-INNO-Grundsätzen den Art.28ff EG zuweist.

⁹⁸ Ablehnend: Waldenberger, EuZW 1999, 296 (297).

⁹⁹ Jedenfalls solange nicht gegen Primärrecht verstoßen wird; vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103): es sei „nichts Ungewöhnliches“, dass das Sekundärrecht etwas anderes vorsähe als das Primärrecht.

¹⁰⁰ Vgl. zum Warenbegriff (m.w.N.): Grabitz/ Hilf (-Voß), EGV I, Art.23 Rn.11ff; (-Leible), ebd., Art.28 Rn.45.

¹⁰¹ So schon Brenn, ÖJZ 1999, 481 (482) zum ersten Vorschlag.

¹⁰² Statt aller: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1315); zum geänderten Vorschlag: Spindler, ZUM 1999, 775 (776). Dies entspricht insoweit Art.2 lit.4) RL 97/7/EG des EPs und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG L 144 v. 4.6.1997, 19ff).

¹⁰³ Vgl. die Formulierung bei Maennel, MMR 1999, 187 (188) bereits zum ersten Vorschlag.

¹⁰⁴ Dienstleistung, die „mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischen Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird“

¹⁰⁵ Statt vieler: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (5): Damit auch eindeutig sog. Access-Provider; dazu sogleich.

¹⁰⁶ Vgl. Erwägungsgrund 18 S.6.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

sche Verarbeitung und Speicherung von Daten stattfinden¹⁰⁷. Andere elektronisch erbrachte Dienste, insb. Telekommunikationsdienstleistungen erfolgen hingegen „in Echtzeit“¹⁰⁸. Bestätigt wird der Ausschluss solcher Dienste systematisch durch den Verweis auf die Begriffsdefinition der Richtlinie 98/48/EG, womit auch deren Anhang V erfasst ist¹⁰⁹, der diverse Dienstleistungskomplexe vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt¹¹⁰.

Diese Abgrenzung dürfte bei zunehmender Konvergenz der Medien¹¹¹ Probleme bereiten¹¹²: Ein Hotline-Chat¹¹³ mit einem Rechtsanwalt per Internet fiel unter Art.3, eine Telefon-Hotline zur Rechtsberatung jedoch nicht. Die daraus folgende Ungleichbehandlung je nach Art des genutzten Mediums bei gleicher Dienstleistung wird zu Recht kritisiert¹¹⁴. Der Konvergenz der Medien müsse künftig durch eine Konvergenz der Regelungsstrukturen begegnet werden¹¹⁵.

dd. „auf individuellen Abruf des Empfängers“¹¹⁶: Abgrenzung zum Rundfunk

Durch dieses Merkmal der Interaktivität¹¹⁷ soll nach Willen der Kommission¹¹⁸ die Abgrenzung zu „Fernsehsendungen“ i.S.d. Fernseh-Richtlinie¹¹⁹ und Radiosendungen erfolgen¹²⁰. Diese sollen keine DIG darstellen, „da sie nicht auf indivi-

¹⁰⁷ Vgl. Brenn, ÖJZ 1999, 481 (482) schon zum Ersten Vorschlag.

¹⁰⁸ Maennel, MMR 1999, 187 (188): ohne Verarbeitung und Speicherung von Daten; Spindler, ZUM 1999, 775 (778) spricht von „sprach- bzw. telefaxgesteuerte Diensten“.

¹⁰⁹ Vgl. auch Erwägungsgrund 17; ebenso: Tettenborn, K&R 2000, 59 (61); Spindler, ZUM 1999, 775 (778).

¹¹⁰ Vgl. Anhang V Ziff.2 3.SpStr. der sog. Transparenz-RL: a) Sprachtelefondienste; b) Telefax-/ Telexdienste; c) über Sprachtelefon oder Telefax erbrachte Dienste; d) medizinische und e) anwaltliche Telefonberatung per Telefon/ Telefax; f) Direktmarketing per Telefon/ Telefax.

¹¹¹ Vgl. Gounalakis, NJW-Beilage 23/02, 20 (20); Verschmelzung der medialen Subsektoren Rundfunk, Medien- und Teledienste und der ihrer Verbreitung dienenden Telekommunikationsdienstleistungen. Die zunehmende Digitalisierung ermögliche über verschiedene Wege dieselben individual- bzw. massenkommunikativen Dienste zu vermitteln und sogar multifunktionale Endgeräte zu entwickeln.

¹¹² Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (5); ders. schon zum geänderten Vorschlag zur Internet-Telefonie, ZUM 1999, 775 (777ff); vgl. schon Mitteilung der Kommission über den Status der Sprachübermittlung im Internet in Bezug auf die Richtlinie 90/388/EWG, ABl. EG C 6 v. 10.1.1998, S.4; s. dazu Scherer, NJW 1998, 1607 (1609); Windhorst/Franke, CR 1999, 14ff; Mertens, MMR 2000, 77ff.

¹¹³ Vgl. Glossarium, in: Kaminski, Handbuch E-Business, S.1092: Chat: Online - Konferenz; hier treffen sich mehrere Mailbox - User zu einem kleinen ‚Schwatz‘ via Tastatur und Modem.

¹¹⁴ Spindler, MMR 7/2000, 4 (5) schlägt vor zukünftig zwischen der technischen (Telekommunikation) und der inhaltlichen Seite inkl. Lizenzierungs- und Marktstrukturfragen zu unterscheiden.

¹¹⁵ Spindler, ZUM 1999, 775 (779). Auch die Kommission erkennt dies bereits im Grünbuch zur Konvergenz von Medien, Telekommunikation und IT, KOM (1997), 623 endg. Dies kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.

¹¹⁶ Vgl. Art.1 Nr.2 3.SpStr. RL 98/34/EG i.d.F. der RL 98/48/EG: „eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.“

¹¹⁷ Vgl. die Formulierung bei Maennel, MMR 1999, 187 (188).

¹¹⁸ Vgl. schon Begründungserwägungen zum ersten Vorschlag: KOM (98) 586 endg., 17.

¹¹⁹ RL 89/552/ EWG i.d.F.d. RL 97/36/EG v. 30.6.1997, s.o.; konsolidierte Fassung in GRUR Int. 1998, 120ff.

¹²⁰ Vgl. zum ersten Vorschlag: Waldenberger, EuZW 1999, 296 (296), Brisch, CR 1999, 187 (188); zum geänderten Vorschlag: Landfermann, ZUM 1999, 795 (797); zur Endfassung: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (6).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

*duellen Abruf erbracht werden*¹²¹, womit zumindest begrifflich die Lücke zur Fernseh-Richtlinie geschlossen wird¹²².

Zur genaueren Beschreibung des individuellen Abrufs unterscheidet die E-RL zwei Situationen¹²³: Im Verhältnis Nutzer-DIG handele es sich um Punkt-zu-Punkt-Kommunikation, bei der der Nutzer durch seinen Abruf individuell den Zeitpunkt der Mitteilung des Kommunikationsinhalts bestimme und die Möglichkeit habe, das Signal anzuhalten bzw. zu verändern („Abrufdienste“)¹²⁴. Rundfunkveranstalter seien hingegen „Verteildienste“, wobei eine zeitgleiche und unveränderte Übertragung von Signalen an eine unbestimmte Anzahl von Empfängern stattfände, somit der Anbieter den Zeitpunkt und die Art und Weise der Übermittlung bestimme (Punkt-zu-mehr-Punkt-Kommunikation)¹²⁵. Entscheidend ist somit die technische Einwirkungsmöglichkeit des Nutzers auf den Zeitpunkt der Übertragung eines bestimmten Inhalts, nicht jedoch der Inhalt selbst. Die individuelle Gestaltungsmöglichkeit des Nutzers muss indes über ein „Hineinhören bzw. -sehen“ in ein laufendes Programm hinausgehen, denn ansonsten rief ein Radiohörer durch Anschalten des Empfangsgerätes genauso etwas ab, wie er dies durch einen Mausklick im Internet könnte.

Auch diese an technischen Kriterien anknüpfende Definition dürfte in Zeiten zunehmender Konvergenz der Medien Probleme bereiten: Unklar bleibt die Zuordnung von Diensten im Graubereich zwischen Rundfunk und DIG. Die praktische Bedeutung ist erheblich, da für DIG nach Art.4 der Grundsatz der Zulassungsfreiheit gilt¹²⁶, wohingegen Rundfunkangebote einer Zulassungspflicht und einer verschärften Kontrolle unterliegen¹²⁷. Ein Rundfunkunternehmer hätte somit ein Interesse, sich dieser Kontrolle als DIG zu entziehen, wohingegen die staatlichen Behörden zur Medienaufsicht einen schleichenden Verlust ihres Einflusses fürchten¹²⁸.

¹²¹ Vgl. Erwägungsgrund 18, Satz 6.

¹²² Die Fernseh-Richtlinie schließt in Art.1 lit. a) Kommunikationsdienste vom Anwendungsbereich aus, die auf „individuellen Abruf“ Informationen oder andere Inhalte übermitteln; vgl. Hamann, ZUM 2000, 290 (293).

¹²³ Vgl. Erwägungsgrund 18, Satz 7.

¹²⁴ Vgl. Determann, 264.

¹²⁵ Vgl. Brenn, ÖJZ 1999, 481 (483); Gersdorf, RTkom 1999, 75 (80).

¹²⁶ Dies galt in Deutschland i.Ü. bereits auch schon vor der E-Commerce-Richtlinie: §§ 4MDStV/ 5 TDG.

¹²⁷ Art.3 Abs.1 F-RL billigt den Mitgliedstaaten zu, strengere Bindungen für Fernsehveranstalter vorzusehen, die ihrer Rechthoheit unterworfen sind, als in der F-RL niedergelegt sind. Auch eine Zulassungspflicht ist möglich. In Deutschland sind die Landesmedienanstalten zuständig: § 20 RundfunkStV i.V.m. den LandesmedienG.

¹²⁸ Das Misstrauen der in Deutschland für die Medienaufsicht zuständigen Bundesländern gegenüber der E-RL war somit groß: vgl. Hoeren, MMR 1999, 192 (194) zum ersten Vorschlag; Tettenborn, K&R 1999, 252 (255) und 442 (443) zu beiden Vorschlägen; s. auch BR-Drucks. 29/99, Nr.7: Eingriff in die Länderkompetenz.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Beim Internet-Rundfunk¹²⁹ bieten Veranstalter ihre Dienste im Wege des sog. Web-casting über das Internet an¹³⁰. Hauptsächlich übertragen Radio- und Fernsehveranstalter ihre bereits drahtlos, über Kabel oder Satellit ausgestrahlten Programme zusätzlich im Internet (sog. simulcast-Betrieb¹³¹). Teilweise werden Programme ausschließlich über das Internet angeboten. Die Definition der E-RL schafft insoweit jedenfalls Klarheit im Hinblick auf die „klassische“ Rundfunksituation¹³²: Unabhängig davon, ob sich ein Nutzer per Internet oder auf dem herkömmlichen Weg in laufende Programme einschaltet, liegt die für die Massenkommunikation typische Punkt-zu-mehr-Punkt-Situation und damit kein DIG vor. Diese Unterscheidung wird indes an ihre Grenzen stoßen, sobald „klassische“ Rundfunkanbieter dem Nutzer interaktive Einwirkung auf das Programm im Internet ermöglichen, z.B. indem dieser im Internet den Zeitpunkt des Beginns eines Programms bestimmen kann.

Paradox ist zudem die Einordnung von Video auf Abruf (video on demand): bei Verbreitung über das Internet sei es DIG¹³³, bei Verbreitung über das Fernsehsignal hingegen nicht¹³⁴. In Deutschland wird Video auf Abruf, unabhängig davon wie es angeboten wird, generell als Rundfunk eingestuft¹³⁵, womit künftige Kompetenzstreitigkeiten vorhersehbar wären¹³⁶. Diese unterschiedliche Einordnung von inhaltlich identischen Angeboten scheint ein weiteres Mal angesichts der für die Dienste spürbaren Auswirkungen fragwürdig¹³⁷.

¹²⁹ Hierunter versteht man, dass Rundfunkprogramme nach einer kurzen Zwischenspeicherung 1:1 „übers“ Internet übertragen werden. Das Programm wird nach Maßgabe eines individuellen Abrufs zeitgleich an sämtliche abrufende Rezipienten übermittelt; vgl. Gersdorf, RTKOM 1999, 75 (82).

¹³⁰ Eine noch in den Begründungserwägungen der Kommission zum ersten RL-Vorschlag enthaltene Klarstellung zum Internet-Rundfunk (KOM (1998), 586 endg., S.21), ist im Folgenden nicht mehr aufgetaucht. Hier hatte es noch geheißen, dass Internet-Rundfunk, der lediglich „zusätzliches Mittel der Ausstrahlung von einer integralen oder unveränderten (1:1-) Zusammenstellung von bereits ausgestrahlten Fernsehprogrammen i.S.d. Fernsehrichtlinie“ darstellte, kein DIG sei. Dies hätte allerdings im Umkehrschluss auch bedeuten können, dass Rundfunk, der ausschließlich übers Internet übertragen wird, unter die E-Commerce-Richtlinie und damit auch unter Art.4 fallen soll; s. Brisch, CR 1999, 235 (236), Hoeren, MMR 1999, 192 (194). Damit hätte die Angebotsform des Rundfunks je nach Art der Ausstrahlung zwei unterschiedlichen Regelungsregimen zugerechnet werden können, dazu: Hamann, ZUM 2000, 290 (294): „Kernproblem aus rundfunkrechtlicher Sicht“.

¹³¹ Hamann, ZUM 2000, 290 (293): hierunter versteht man die „zeitgleiche und unveränderte Wiedergabe eines bestehenden Rundfunkprogramms über zwei oder mehr technisch voneinander unabhängig arbeitende Übertragungssysteme.“

¹³² Vgl. Köhler/ Arndt, EWS 2001, 102 (104) meinen pauschal Internet-Rundfunk sei vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, da er nicht auf individuellen Abruf erbracht wird.

¹³³ Erwägungsgrund 18, Satz 7 bezeichnet Video auf Abruf zusammen mit der „Verbreitung kommerzieller Kommunikation mittels elektronischer Post“ ausdrücklich als DIG, mit der Begründung, dass es Punkt zu Punkt erbracht wird; dazu: Tettenborn, K&R 2000, 59 (61).

¹³⁴ Dies ergibt sich aus dem Verweis auf die RL 98/48/EG, womit auch deren Anhang V umfasst ist. Womöglich handelt es sich hierbei aber auch lediglich um ein redaktionelles Versehen.

¹³⁵ Vgl. Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9 (13ff), m.w.N.

¹³⁶ Vgl. Schmidtman/ Busemann, AfP 1999, 239 (240), Lehmann, ZUM 1999, 180 (181).

¹³⁷ Vgl. ebenso: Spindler, ZUM 1999, 775 (780).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Unklarheiten bestehen auch bei der Einordnung der sog. Push-Dienste¹³⁸. Hierbei werden (nach einmaliger Anforderung) Inhalte ohne Zutun des Empfängers auf dessen Festplatte abgelegt¹³⁹. Damit fehlt es scheinbar am für DIG geforderten „Abruf“¹⁴⁰. Allerdings liegt die für DIG geforderte Punkt zu Punkt- Situation eindeutig vor, da „individuell“ auf die Bedürfnisse des Nutzers abgestimmte Inhalte versendet werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Abgrenzung der DIG zum Rundfunk wird langfristig nicht durch das Merkmal des „individuellen Abrufs“ zu leisten sein. Die zunehmende Konvergenz der Medien wird zu vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten führen, wobei die Grenze zwischen einem Nutzer, der passiv Inhalte zugeteilt bekommt und dem, der diese ‚interaktiv‘ abrufen, immer mehr zu verschwimmen droht¹⁴¹. Der Frage, ob statt nach technischen nicht besser nach inhaltlichen Kriterien abgegrenzt werden sollte, kann an dieser Stelle nicht nachgegangen werden¹⁴². Nur so viel: Die verstärkte Regulierung im Rundfunkbereich beruhte bisher auf der Annahme, dass dies angesichts der Besonderheiten des Mediums im Interesse der Meinungsfreiheit (und -kontrolle) erforderlich sei¹⁴³. Dementsprechend sollten – wenn überhaupt – nur solche DIG den Ordnungsprinzipien des Rundfunkrechts unterworfen werden, die eine entsprechende gesteigerte Relevanz für den Meinungsbildungsprozess besitzen¹⁴⁴.

¹³⁸ Der Begriff ergibt sich aus dem Gegensatz zum sonst üblichen interaktiven Zugriff auf Seiten („Pull“).

¹³⁹ Vgl. ausführlich jeweils m.w.N.: Leupold, ZUM 1998, 99 ff; Oelschlägel, in: Kaminski, Rechtshandbuch E-business, S.782; Sieber/ Klimek, K&R 1999, 305ff; einer der ersten solchen Anbieter ist ein Nachrichtendienst unter www.pointcast.com gewesen.

¹⁴⁰ Deshalb hält Waldenberger, EuZW 1999, 296 (296) das Merkmal für ungeeignet, weil auch Push-Dienste vom Begriff der DIG erfasst sein müssten. Allerdings könnte man die ursprüngliche Anforderung von Inhalten durch den Nutzer als „fortgeltenden“ Abruf begreifen.

¹⁴¹ Vgl. Leupold, ZUM 1998, 99 (101); Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (5); Gersdorf, RTkom 1999, 75 (82ff, 84), der voraussieht, dass zukünftig das Internet zur Verbreitung von Programmen in Fernsehqualität bzw. umgekehrt jedes Fernseekabelnetz zu Kommunikationszwecken genutzt werden kann.

¹⁴² Hierzu wäre insb. ausführlich auf den Rundfunkbegriff einzugehen, was nicht Thema dieser Arbeit sein soll; vgl. ausführlich: Gersdorf, RTkom 1999, 75ff; Waldenberger, EuZW 1999, 296 (297), Fn.21 (beide m.w.N.).

¹⁴³ z.B. wegen der hohen Suggestivkraft von Bild und Ton, der geringen Selektionsmöglichkeiten der Nutzer, der besonderen Breitenwirkung und Programmvielfalt, aber auch – heutzutage immer weniger – wegen der begrenzten technischen Möglichkeit, Rundfunk zu „veranstalten“, was eine ‚gerechte‘ Verteilung der Frequenzen notwendig machte; vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG u.a.: E 90, 60 (87); NJW 1998, 2659 (2660); m.w.N.: Gersdorf, S.91 (148); ders. RTkom 1999, 75 (77); Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9 (10); Michel, ZUM 1998, 350; Jarass, AfP 1998, 133 (140); Schulze-Fielitz, AfP 1998, 447 (454); Degenhart, ZUM 1998, 333 (340)

¹⁴⁴ Vgl. Bullinger, AfP 1996, 1(7f): man solle die neuen Dienste nicht „in die schwere Ritterrüstung verfassungsrechtlicher Sicherungen einer ausgewogenen Meinungsfreiheit pressen“.

**1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE**

ee. Ausgenommene Bereiche

Ausgenommen ist die Nutzer-Nutzer-Ebene¹⁴⁵ und andere spezifische Bereiche¹⁴⁶. Weitere Ausnahmeregelungen enthalten Art.1 Abs.5 und Art.3 Abs.3 i.V.m. Anhang, Abs.4 (in Bezug auf Art.3 Abs.1, 2; dazu noch: 1.Teil: B.II.3).

ff. Bestandsaufnahme: Erscheinungsformen von DIG

Die eben dargestellte sehr weite Definition der DIG führt zu einer enormen praktischen Reichweite der E-RL, was mit Hilfe einiger Beispiele illustriert werden soll, wobei gleichzeitig einige internetspezifische Begrifflichkeiten unter Berücksichtigung der Terminologie der Richtlinie geklärt werden:

- **Online/ Offline:** Die E-RL erfasst lediglich „*Online-Aktivitäten*“¹⁴⁷.

Damit sind alle wirtschaftlichen Tätigkeiten, die im Netz – virtuell – ausgeübt werden (können) gemeint¹⁴⁸, d.h. vom vorvertraglichen Bereich¹⁴⁹ etwa bei einer Online-Vertragsanbahnung durch Werbung oder Sponsoring bis hin zum Vertragsschluss ist alles erfasst, sofern das Internet als Mittel der Kommunikation dient¹⁵⁰. Das gilt auch für die reale Leistungsbewirkung im Internet, wenn die zu erbringende Leistung digitalisierbar ist und somit die gesamte Abwicklung des Geschäfts online vonstatten gehen kann¹⁵¹.

Ausgenommen sind Offline-Aktivitäten, d.h. alle Tätigkeiten, die außerhalb elektronischer Datennetze erbracht werden (müssen)¹⁵². Sobald es um die (verkörperte) Ware selbst geht¹⁵³, bleibt es somit bei der bisherigen Rechtslage¹⁵⁴.

¹⁴⁵ „Individuelle Kommunikation“, z.B. die nicht-gewerbliche Verwendung von elektronischer Post.

¹⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 18, S. 8-10: z.B. arbeitsvertragliche Beziehungen und „Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können“, z.B. die Abschlussprüfung von Unternehmen oder ärztlicher Rat; dazu: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1315). Diese sehr allgemeine Formulierung bietet i.Ü. einen Ansatzpunkt, um weitere Bereiche aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen.

¹⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund 18, 21.

¹⁴⁸ z.B. Produktinformationen, Werbung, Vertragsanbahnung, -schluss; s. insb. Erwägungsgrund 18 Satz 3f.; Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (104): „alle Dienste, die eine online ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit darstellen“; ebenso: Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1248); Waldenberger, EuZW 1999, 256.

¹⁴⁹ Dies könnte zu Abgrenzungsproblemen bzgl. der cic führen, dazu noch: 1.Teil: B.II.4.b.bb. (2).

¹⁵⁰ Vgl. statt vieler: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1315); Thünken, IPRax 2001, 15 (17); Scherer/ Butt, DB 2000, 1009 (1009): „Internet ist nur ein Mittel zum Vertragsschluss wie Telefon oder Fax“; Borges, 887: DIG wird „durch die Nutzung einer bestimmten Technologie definiert“; der Inhalt sei irrelevant.

¹⁵¹ vgl. Grundmann, 787 und Papatoma-Baetge/ Iliev, 819, jeweils in Kaminski, Rechtshandbuch E-Business, Verträge bei denen der Leistungsaustausch über das Internet stattfindet, sog. downloadable goods, z.B. Software, Musik- und Tondateien, Text-, Grafik-, Bild und Videodateien; Scherer/ Butt, DB 2000, 1009 (1009) sprechen von „Online - Geschäften im engeren Sinne“.

¹⁵² Vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (103f): „alle Nicht-Online-Tätigkeiten“, „negative Abgrenzung in den Erwägungsgründen 18 und 21“; anders: Grundmann, in: Kaminski, Rechtshandbuch E-Business, 787: bezeichnet auch Warenbestellungen im Internet als „Offline-Geschäfte“, weil nur der Vertragsschluss online stattfindet.

¹⁵³ Vgl. Erwägungsgrund 21: z.B. Sicherheitsnormen, Kennzeichnungspflichten, Lieferung, Haftung etc.; Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (645f) befürchtet in der Praxis kaum praktikable Abgrenzungsfragen.

¹⁵⁴ Vgl. ebenso: Tettenborn, K&R 2000, 59 (61); Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (7) sieht hierin eine „unselige Differenzierung“ zwischen auf Speichermedien gelieferten (materiell verkörperten) und online übertragenen (virtuellen) digitalen Produkten. Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden; zur Verkörperung als Abgrenzungskrite-

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

- *Business-to-Business (B2B) / Business-to-Consumer (B2C)*¹⁵⁵.
- *Die Beteiligten am Kommunikationsprozess*¹⁵⁶

Auf der Benutzerseite¹⁵⁷ unterscheidet die Richtlinie den „Nutzer“ (Art.2 lit. d)¹⁵⁸) und den „Verbraucher“ (Art.2 lit. e)¹⁵⁹). Auf der Anbieterseite prägt die Richtlinie den Begriff der „Dienste der Informationsgesellschaft“¹⁶⁰, wobei hiermit lediglich die erbrachte Tätigkeit an sich gemeint ist; die dahinter stehende Person wird „Diensteanbieter“ genannt (Art.2 lit. b)¹⁶¹). Es bietet sich nach den Rollen der Anbieter aus Sicht des Benutzers eine weitere Unterteilung in *Zugangsvermittler*¹⁶² (Access Provider), *Inhaltsvermittler*¹⁶³ (Service Provider) und *Inhaltsanbieter*¹⁶⁴ (Content Provider) an, die durch die Erwägungsgründe¹⁶⁵ und die Regelungen der Art.12ff (Haftung der Vermittler) bestätigt wird. Art. 12 Abs.1 begründet für Inhalts-¹⁶⁶ und Zugangsvermittler¹⁶⁷, die Informationen lediglich ‚durchleiten‘ unter bestimmten Voraussetzungen einen Haftungsausschluss. Für Inhaltsvermittler, die fremde Informationen ‚übermitteln‘ präzisiert Art.13 Abs.1, dass der Haftungsausschluss (unter verschärften Voraussetzungen) auch bei automatischer, zeitlich begrenzter Zwischenspeicherung (sog. Caching) gilt. Auch für Inhaltsanbieter, die fremde und eigene Informationen (sogar) „spei-

rium: Bydlinski, AcP 198 (1998), 287; zur Produkthaftung: Spindler, MMR 1998, 119ff; dagegen: Beckmann/Müller, MMR 1999, 14 (17f).

¹⁵⁵ Kaminski, in: Kaminski, Rechtshandbuch E-Business, 18ff: B2B bezeichnet den elektronischen Handel zwischen Unternehmern, wohingegen B2C alle Transaktionen umfasst, die zwischen Endkonsumenten und Unternehmen getätigt werden; 1999 entfielen ca. 80% des Umsatzes auf B2B, Merz, Electronic Commerce, 42.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu ausführlich Determann, 33-46 m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. Determann, 36ff: „Benutzer (User) ist derjenige, der fremde Informationen empfängt oder sich Zugang zu ihnen verschafft, der sich aber selbst nicht äußert.“

¹⁵⁸ „Jede natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken einen DIG in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen.“

¹⁵⁹ „Jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die nicht zu ihren gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören.“

¹⁶⁰ Die Unterscheidung im deutschen Recht zwischen Tele- (§ 2 TDG) und Mediendiensten (§ 2 MDStV) wird auch nach Umsetzung der E-RL durch das EGG vom 14.12.2001 (BGBl. I, S.3721) aufrechterhalten, obwohl tw. eine Zusammenführung der Begriffe erwartet worden war: vgl. Landfermann, ZUM 1999, 795 (797); Brisch, CR 1999, 235 (238); die Unterscheidung zwischen den zur „individuellen Nutzung“ bestimmten Telediensten und den „an die Allgemeinheit gerichteten“ Mediendiensten anhand des funktionalen Kriteriums der redaktionellen Gestaltung zur Meinungsbildung wird durch den durch das EGG weitgehend harmonisierten Inhalt von TDG und MDStV künftig praktisch kaum eine Rolle mehr spielen, vgl. Bröhl/ Bender/ Röder-Messell, 27.

¹⁶¹ „Jede natürliche/juristische Person, die einen DIG anbietet“; ebenso: TDG, IuKDG; aber: MDStV „Anbieter“.

¹⁶² Oder auch Zugangsanbieter, Scherer/ Butt, DB 2000, 1009 (1009); Determann, S.38: wer durch Bereitstellen eines „Servers“ (Großrechners) den Benutzern Zugang zum Internet ermöglicht.

¹⁶³ Determann, 39f: wer im Internet fremde Inhalte bereit hält oder technisch die Verteilung fremder Inhalte ermöglicht.

¹⁶⁴ Determann, 38f m.w.N.: „wer auf eigene Initiative für Benutzer eigene (i.S.v. eigens ausgewählte) Inhalte für Nutzung auf Abruf bereithält oder aktiv übermittelt.“

¹⁶⁵ Erwägungsgrund 18: „Zu den DIG zählen auch ... Dienste, die Informationen über ein Kommunikationsnetz übermitteln oder Informationen, die von einem Nutzer stammen, speichern“ (Inhaltsvermittler) „Dienste, die Zugang zu einem Kommunikationsnetz anbieten“ (Zugangsvermittler).

¹⁶⁶ Art.12 spricht von einem „DIG, der darin besteht von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln“

¹⁶⁷ Art.12 spricht von einem „DIG, der darin besteht Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln“.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

chern“ (sog. Hosting) gilt (unter abermals verschärften Voraussetzungen) ein Haftungsausschluss (Art.14). Nicht erfasst sind die sog. Netzbetreiber¹⁶⁸.

Ebenso stellen die verschiedensten Inhaltsanbieter DIG i.S.d. E-RL dar. Zahlreiche Beispiele finden sich bereits in den Erwägungsgründen 18 und 21: Zunächst wird der „*Online-Verkauf von Waren*“ und der „*Online-Vertragsabschluss*“ genannt. Damit sind auch die sog. Download-Fälle bei digitalisierbaren Waren (Software, Bilder, Texte, Musik etc.) erfasst, bei denen sich Vertragsanbahnung, -schluss und -abwicklung vollständig im Internet abspielt¹⁶⁹. Gleiches gilt für online durchgeführte Tätigkeiten beim Internetversandhandel¹⁷⁰ von bspw. Büchern, CDs, Spielzeug, solange es nicht um die Ware selbst geht. Genauso können vertraglich vereinbarte Serviceleistungen über das Netz angeboten (tw. auch erbracht) werden: Vermittlung von Reisen; Online-Bildungsangebote; Online-Leistungen freier Berufe (z.B. medizinische oder Rechtsberatung); Vermittlung von Inhalten jeglicher Art; Video auf Abruf; Music -, E-mail-on-demand; Newsletter, Kapitalmarktangebote über elektronische Netze¹⁷¹ etc.

Als weitere Beispiele werden genannt: „*Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen*“, wie z.B. „*kommerzielle Kommunikation*“ (Online-Werbung) so auch deren „*Verbreitung ... mit elektronischer Post*“ oder Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten und zur Datenabfrage bereitstellen (Online-Informationendienste)“. Auch bei sog. Suchmaschinen, Online-Lexika, Online-Zeitungen, Online-Kleinanzeigendiensten etc. geht es gewerblichen Diensten um die Erbringung von Serviceleistungen, indem Zugang zu Datenbanken, Artikeln, Anzeigen o.ä. (zumeist gratis) eröffnet wird. Bei letzteren handelt es sich zumeist um Gratis-Angebote, die sich vorrangig über Werbung finanzieren.

¹⁶⁸ auch Carrier bzw. Netprovider genannt; Determann, S.42: Hiermit sind die Telekommunikationsdienstleister gemeint, die mit eigenen Leitungssystemen die Verbindung zwischen Benutzern und Diensteanbietern herstellen.

¹⁶⁹ Zum technischen Vorgang: Kilius/ v.Wallis, in: Hoeren/ Sieber, 18.106ff.; Müller/ Schallbruch, Anhang A; Heckmann, NJW 2000 1370 (1371); Cichon, K&R 1999, 547 (zum Download von Musik).

¹⁷⁰ z.Zt. die wohl häufigste Erscheinung des E-Commerce: Vgl. Kilius/ v.Wallis in: Hoeren/ Sieber, 18.98ff

¹⁷¹ Vgl. hierzu ausführlich: Spindler, ZHR 165 (2001), 324ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

b. Koordinierter Bereich, Art.2 lit. h) E-Commerce-Richtlinie

Art.2 lit. h) bestimmt für die Absätze 1 und 2 des Art.3 gleichermaßen¹⁷² die nationalen Regelungen, die vom Herkunftslandprinzip erfasst sind.

Die „für die Anbieter von DIG und die DIG in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen, ungeachtet der Frage ob sie allgemeiner Art oder speziell für sie bestimmt sind“ fallen in den koordinierten Bereich. Erfasst sind Anforderungen, die für die Aufnahme der Tätigkeit eines DIG¹⁷³ und deren Ausübung¹⁷⁴ gelten (Art.2 lit. h) i); nicht erfasst sind – wie bereits angedeutet – Anforderungen betreffend die Waren als solche bzw. deren Lieferung¹⁷⁵ und Dienste, die nicht auf elektronischem Wege erbracht werden (Art.2 lit. h) ii).

Der Begriff „Anforderungen“ bezeichnet im Allgemeinen Maßstäbe, nach denen Leistungen beurteilt werden¹⁷⁶. Diese werden für DIG nicht nur durch speziell internetrechtliche Vorschriften gesetzt, sondern genauso durch allgemeine Regelungen, die lediglich das Umfeld betreffen und auch im Offline-Bereich Anwendung finden. Angesichts der weiten Formulierung des Art.2 lit. h) betrifft Art.3 somit (grundsätzlich) alle für Online-Diensteanbieter zur Anwendung kommenden europäischen und nationalstaatlichen Regelungen¹⁷⁷, öffentlich-rechtliche Anforderungen an Diensteanbieter genauso wie zivilrechtliche Restriktionen oder strafrechtlichen Tatbestände¹⁷⁸. Art.3 erhält somit seine eigentliche Brisanz im Zusammenspiel mit der weiten Definition des Art.2 lit. h). Erst dadurch wird für die rechtliche Beurteilung von DIG im Prinzip nur noch die Rechtsordnung des Niederlassungsstaates des jeweiligen Diensteanbieters maßgeblich, was mehr Rechtssicherheit für Anbieter im Binnenmarkt bedeu-

¹⁷² Vgl. den Wortlaut des Art.2 zu Beginn: „Im Sinne der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck...“ und die oben beschriebene enge Verzahnung der beiden Absätze, s. 1.Teil: B.II.

¹⁷³ Bspw. werden „Anforderungen betreffend Qualifikationen, Genehmigung oder Anmeldung“ genannt.

¹⁷⁴ Bspw. werden „Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters, ...betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes, einschließlich der auf Werbung und Verträge anwendbaren Anforderungen, sowie... betreffend der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters“ genannt.

¹⁷⁵ Erwägungsgrund 21 nennt einige Beispiele: Sicherheitsnormen, Kennzeichnungspflichten, Haftung für Waren, Anforderungen bzgl. der Lieferung oder Beförderung von Waren, einschließlich von Humanarzneimitteln (letztere Ausnahme sei auf ausdrücklichen deutschen Wunsch erfolgt, damit bestehende Versandhandelsverbote von Arzneimitteln nach dem Arzneimittelgesetz auch weiterhin ggü. Drittstaaten durchgesetzt werden können, dazu: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1315f); Tettenborn, K&R 2000, 59 (61)). Ebenso ausgenommen ist die Wahrnehmung des Vorkaufrechts für bestimmte Behörden; zusammenfassend: Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (66); Thünken, IPRax 2001, 15 (17); Tettenborn, K&R 2000, 59 (61).

¹⁷⁶ Vgl. Langenscheidts Großwörterbuch, 5.Aufl. 2001; aufschlussreich insoweit Borges, 891f, der darauf hinweist, dass ‚Anforderungen‘ rechtstechnisch in klassisch (deutscher) öffentlich-rechtlicher Manier mit behördlichen Genehmigungs- und Überwachungsverfahren, aber auch durch Beschreibung zwingender Verhaltensstandards geregelt werden können. Letztere wirken im vertraglichen Verhältnis zwischen Anbieter und Vertragspartner, insb. über Haftungsrisiken bei Nichtbeachtung und begünstigten dabei die Zentralisierung (vgl. USA).

¹⁷⁷ Vgl. ebenso: Hoeren, MMR 1999, 192 (192); Bender/ Sommer, RIW 2000, 260 (262).

¹⁷⁸ Vgl. Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (639).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

tet¹⁷⁹. Durch die Bezugnahme des Art.2 lit. h) auf den Begriff DIG wird jegliche rechtliche Regelung, die eine Online-Tätigkeit berührt querschnittsartig dem Grundsatz nach erfasst¹⁸⁰. Zudem bezieht sich Art.3 angesichts des Art. 2 lit. h) nicht nur auf Bestimmungen, die von der E-RL selbst harmonisiert werden, sondern geht darüber hinaus¹⁸¹. Ansonsten wäre der Anwendungsbereich des Art.3 auch äußerst gering, denn die E-RL trifft materiell-rechtlich nur punktuelle Harmonisierungen.

aa. Einbeziehung des Lauterkeitsrechts

Mittlerweile ist wohl weitgehend anerkannt, dass Art.3 i.V.m. 2 lit. h) auch das Internationale Wettbewerbs-¹⁸², genauer das Lauterkeitsrecht¹⁸³ erfasst¹⁸⁴.

Gerade im Bereich der Online-Werbung, einem Kernbereich des Internet-Handels, wurde besonders augenfällig wie die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten das Funktionieren des Binnenmarktes behinderten¹⁸⁵.

Geht man vom im Internationalen Lauterkeitsrecht in Deutschland¹⁸⁶, aber auch gemeinhin in den EU-Mitgliedstaaten¹⁸⁷ anwendbaren Marktortprinzip aus, kann ein Diensteanbieter aus einem Mitgliedstaat, der auf einer Homepage eine bestimmte Werbeform in englischer Sprache nutzt¹⁸⁸ (theoretisch) allein im Binnenmarkt fünfundzwanzig unterschiedlichen Rechtsordnungen unterworfen sein, wenn man davon ausgeht, dass diese potentiell Auswirkungen auf

¹⁷⁹ Vgl. Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (7); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1315) „One-Stop-Shop“-Prinzip.

¹⁸⁰ Vgl. nochmals Erwägungsgrund 21: Umfasst sind nur „Anforderungen betreffend Online-Tätigkeiten bspw. Online-Informationendienste, Online-Werbung, Online-Verkauf und Online-Vertragsabschluß“; vgl. Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (7); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (639); ebenso: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1315); Tettenborn, K&R 2000, 59 (61).

¹⁸¹ Anders noch die Fernseh-Richtlinie: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (640); Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (479); vgl. hierzu noch unten ausführlich: 1.Teil: D.I.

¹⁸² Der Begriff umfasst sowohl das Recht des unlauteren Wettbewerbs als auch das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in Form vertraglicher Abmachungen (durch Kartelle, Preisabsprachen), marktbeherrschender Unternehmen und sonstiger wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen; Creifelds, S.1474.

¹⁸³ Das Lauterkeitsrecht verbietet bestimmte Wettbewerbshandlungen zum Schutz von Mitbewerbern und Kunden vor unlauterem Verhalten (z.B. Nachahmung, Ausbeutung fremder gewerblicher Leistungsergebnisse, Anwendung von Zwang, Täuschung, Irreführung), darunter auch bestimmte Werbeformen; Creifelds, S.1474, 1278.

¹⁸⁴ Mit Blick auf Art.1 Abs.5 lit. c), der das Kartellrecht vom Anwendungsbereich der RL ausnimmt, ist es präziser nur nach den Auswirkungen auf das Lauterkeitsrecht zu fragen; zu Art.1 Abs.5 lit. c) s.u.: 1.Teil: B.II.3.c.cc.

¹⁸⁵ Vgl. Erwägungsgrund 29, S.1: „Kommerzielle Kommunikationen sind von entscheidender Bedeutung für die Finanzierung der DIG und die Entwicklung vielfältiger neuer und unentgeltlicher Dienste.“

¹⁸⁶ Nach dem hier nicht weiter darzustellenden Marktortprinzip beurteilt sich die Zulässigkeit einer Wettbewerbsmaßnahme nach dem Recht des Marktes, auf den sie einwirkt, vgl. jeweils m.w.N. Kegel/ Schurig, § 18 IV 1 a bb, 726ff; Kropholler, § 53 VI 1, S.532ff; Siehr, IPR, § 42 III 1 b, 344; Sack, WRP 2000, 269 (270ff); Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (157f, Fn.134ff); Spindler, RabelsZ 66 (2001), 631 (654, Fn.71; 693f); Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (267f).

¹⁸⁷ Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten knüpft im Internationalen Lauterkeitsrecht am „Marktort“ an, tw. wird indes auf die lex fori verwiesen: vgl. Bernhard, Das IPR des unlauteren Wettbewerbs, 244 (m.w.N.).

¹⁸⁸ Vgl. zu unterschiedlichen Werbeformen im Netz: Oelschlägel, in: Kaminski, Rechtshandbuch E-Business, 758ff, z.B. Bannerwerbung (Werbeflächen auf Websites anderer Anbieter) oder Pop-up Menü (Unterbrecherwerbung, die dem Besucher einer Website unabhängig von seinem Verhalten präsentiert wird).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

jeden einzelnen Teilmarkt haben kann (Multi-State-Problematik¹⁸⁹). Diensteanbieter aus Staaten mit niedrigen werberechtlichen Schutzstandards wären hier nach gezwungen, ihre Werbung für Märkte mit strengeren Regelungen umzugestalten; umgekehrt könnten für andere, die von vornherein auf strenge Regelungen treffen, Mehrkosten bei der Erstellung des Angebots entstehen – jedenfalls sind Wettbewerbsverzerrungen die Folge¹⁹⁰.

Dem steht gerade die Zielsetzung der E-RL entgegen, „Hemmnisse für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes“ abzubauen¹⁹¹. Mit Blick auf diesen Sinn und Zweck ist die Anwendung des Art.3 auf das Lauterkeitsrecht die logische Konsequenz, denn gerade dessen breite Anwendung sorgt für Rechtssicherheit aus Anbietersicht¹⁹². Hierin liegt gerade der wesentliche Nutzen der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip.

(1) Gegenargument aus Art.1 Abs.3 ? – Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten

Gegen eine Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich wird vereinzelt systematisch mit Art.1 Abs.3 argumentiert, der vorsieht, dass die E-RL das Schutzniveau wie es sich aus Gemeinschaftsrechtsakten und einzelstaatlichen Vorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt lasse¹⁹³. Wollte man das eingeführte Schutzniveau im Werberecht erhalten, dürfe Art.3 gerade keine Auswirkungen hierauf haben; der Anwendungsbereich des Art.3 sei generell nur gering¹⁹⁴. Erwägungsgrund 11 spräche zudem dafür, dass das Wer-

¹⁸⁹ Vgl. ausführlich: Höder, 6ff; Dethloff, JZ 2000, 179 (183); aus Sicht der Grundfreiheiten: Drasch, 205ff, 312ff; Grandpierre, 116ff; insoweit bestehen indes in der kollisionsrechtlichen Diskussion Bemühungen, die Marktortregel durch „Spürbarkeitskriterien“ zu beschränken, hierzu: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 631 (694, Fn.225); Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (268, Fn.76f).

¹⁹⁰ Vgl. Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (755ff).

¹⁹¹ Vgl. besonders deutlich: Erwägungsgrund 5, Satz 1 und 2: Ziel sei es, solche Hemmnisse abzubauen, die insb. in den „Unterschieden der innerstaatlichen Rechtsvorschriften sowie in der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der auf DIG jeweils anzuwendenden nationalen Regelungen“ bestünden.

¹⁹² Diese hätten sich bei der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Werbung in der EU, von Handlungen des Behinderungswettbewerbs, der Rufausbeutung, des Vorsprungs durch Rechtsbruch oder der Nachahmung nur noch nach dem Recht ihres Niederlassungsstaates zu richten; vgl. Tettenborn, K&R 2000, 59 (61).

¹⁹³ Vgl. hierzu erläuternd Erwägungsgrund 11, der auf eine Vielzahl von Richtlinien verweist, die insb. im Bereich der öffentlichen Gesundheit und des Verbraucherschutzes erlassen wurden, so auch auf jene über irreführende und vergleichende Werbung (RL 84/450/EWG des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG L 250 v. 19.9.1984, 17ff; geändert durch die RL 97/55/EG des EPs und des Rates v. 6.10.1997 zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG L 290 v. 23.10.1997, 18ff) und über die Werbung für Humanarzneimittel (RL 92/28/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel, ABl. EG L v. 30.4.1992, 13ff).

¹⁹⁴ Vgl. Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575 (583), die Fälle des § 3 UWG und des Konkurrentenschutz im Rahmen von § 1 UWG anführen und behaupten, damit sei das „geltende Schutzniveau“ gemeint.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

berechtigt unter den Begriff „*Verbraucherschutz*“ des Art.3 Abs.4 zu subsumieren sei, und somit gerade nicht in den koordinierten Bereich falle¹⁹⁵.

Ziel des Art.1 Abs.3 ist es jedoch keinesfalls weiteren Spielraum für nationale Eigenheiten zu schaffen, sondern lediglich das Verhältnis der E-RL zum Sekundärrecht, insb. zu bestehenden (und künftigen) Richtlinien und deren nationalen Umsetzungsakten zu regeln¹⁹⁶. Es wird klargestellt, dass der im Gemeinschaftsrecht – nicht der im nationalen Recht – erreichte Schutzstandard nicht unterschritten werden soll (Ergänzungsfunktion der Richtlinie¹⁹⁷).

Damit wird indes nur der in Richtlinien garantierte Mindeststandard abgesichert, denn Art.1 Abs.3 gilt nur, soweit „*die Freiheit der DIG nicht eingeschränkt wird*“. Diese Formulierung kann sich nur auf optionale Umsetzungsmöglichkeiten in bereichsspezifischen Richtlinien beziehen, d.h. auf die den Mitgliedstaaten eingeräumten Möglichkeiten zur Verschärfung des Schutzstandards gegenüber einem Mindestniveau einer Richtlinie (sog. Mindestharmonisierung bzw. Öffnungsklauseln). Die E-RL lässt insofern den Mitgliedstaaten als Aufnahmestaaten durch die bereichsspezifischen Richtlinien eingeräumten Spielraum im Hinblick auf DIG hinfällig werden; es bleibt in jedem Fall bei der Herkunftslandanknüpfung. Nur dies entspricht der Zielsetzung der E-RL, die DIG querschnittsartig dem Zugriff unterschiedlicher einzelstaatlicher Rechtsvorschriften zu entziehen und einheitlich dem Herkunftslandrecht unterstellen zu wollen¹⁹⁸. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gilt demnach der gemeinschaftsrechtlich etablierte Mindeststandard gewissermaßen als Absicherung, unabhängig davon, ob ein Mitgliedstaat strengere Regelungen vorgesehen hat oder nicht.

Art.1 Abs.3 soll den Bestimmungsmitgliedstaaten letztlich auch nicht gestatten, bei einem Unterschreiten des im Gemeinschaftsrecht erreichten Schutzstandards im Niederlassungsstaat (etwa bei nicht fristgemäßer oder unzureichender Umsetzung einer Richtlinie) entgegen dem Art.3 ihr eigenes Recht oder gar eine Richtlinienbestimmung selbst anzuwenden¹⁹⁹. Dies widerspricht nicht nur Art.3, sondern in mehrfacher Hinsicht gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen: Gerichten oder Behörden der Mitgliedstaaten ist (erst recht nicht durch Art.1

¹⁹⁵ So wohl: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107); wohl auch: Borges, 898, 911; dagegen: 1.Teil: B.II.3.a.ee.

¹⁹⁶ Vgl. ebenso jeweils m.w.N.: Ahrens, CR 2000, 835 (839); Mankowski, ZVgRWiss 100 (2001), 137 (169ff); Spindler, RabelsZ 66 (2002), 631 (695f); hierzu noch: 1.Teil: B.II.3.a.ee.

¹⁹⁷ Vgl. den Wortlaut des Art.1 Abs.3: „Diese Richtlinie ergänzt...“.

¹⁹⁸ Vgl. ebenso: Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.1, Rn.10; Sack, WRP 2001, 1408 (1422); ders. WRP 2002, 271 (282); ausführlich: Spindler, ZHR 165 (2001), 324 (348f); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (641ff), der explizit auf die Problematik richtlinienspezifischer Öffnungsklauseln und nicht umgesetzter Richtlinien eingeht.

¹⁹⁹ In diesem Sinne allerdings: Ahrens, CR 2000, 835 (839); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1317).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Abs.3) kein Urteil darüber eröffnet, ob in einem anderen Mitgliedstaat eine Richtlinienbestimmung ordnungsgemäß umgesetzt wurde oder nicht, denn hierüber sind allein die zuständigen Organe der EU entscheidungsbefugt²⁰⁰. Ebenso scheidet eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie in der vorliegenden Konstellation zumindest nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH aus²⁰¹. Maßgeblich ist somit gemäß Art.3 weiterhin die noch nicht harmonisierte Rechtsordnung des Herkunftsmitgliedstaates. In der Praxis böte sich u.U. für die betroffenen Bestimmungsmitgliedstaaten neben der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens eine Maßnahme im Einzelfall gemäß Art.3 Abs.4-6 an. Auf diesem Wege ließen sich auch einstweilige Maßnahmen leichter durchsetzen, und zudem würde auch die Kommission über eine womöglich fehlerhafte Umsetzung durch einen Mitgliedstaat informiert²⁰².

Art.1 Abs.3 liefert somit mitnichten ein Argument gegen die Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich, sondern regelt das Verhältnis der E-Commerce-Richtlinie zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten.

(2) Strukturelle Bedenken?

Andere haben grundsätzliche strukturelle Bedenken gegen ein derartig weites Verständnis des Art.3 i.V.m. 2 lit. h), da bei Einbeziehung des Lauterkeitsrechts eine bedenkliche Schiefelage zwischen den tatsächlich harmonisierten Bereichen und der Reichweite des Herkunftslandprinzips vorläge²⁰³. Tatsächlich findet durch die E-RL lediglich eine geringe Harmonisierung des Werbe-²⁰⁴ und keine des Lauterkeitsrechts statt²⁰⁵. Die im Werberecht erreichte punktuelle Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene reiche nicht aus²⁰⁶, um ein sog. race

²⁰⁰ Die Kommission prüft als „Hüterin der Verträge“ die ordnungsgemäße Umsetzung von Richtlinien in den Mitgliedstaaten (Art.211 EG) und leitet notfalls ein Vertragsverletzungsverfahren (Art.226 EG) ein, was i.ü. auch den Mitgliedstaaten offen steht (Art.227 EG), so dass diese keinesfalls schutzlos sind; ob ein Verstoß vorliegt, entscheidet einzig der EuGH; ebenso: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (643f).

²⁰¹ Vgl. zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien m.w.N.: Gundel, EuZW 2001, 143ff.

²⁰² Dazu noch ausführlich: 1.Teil: B.II.3.a.

²⁰³ Vgl. etwa: Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (913); Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1252); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305f); diese Kritik gilt tw. auch allgemein.

²⁰⁴ Es werden nur einzelne Gesichtspunkte die Werbung betreffend geregelt: Begriffsdefinition „kommerzielle Kommunikation“ (Art.2 lit. f); Informationspflichten (Art.5f) und Sonderregelung zum sog. Spamming (Art.7).

²⁰⁵ Vgl. Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (477): „der geschaffene einheitliche Standard ist schnell aufgezählt“.

²⁰⁶ Durch die Richtlinien zur irreführenden und vergleichenden Werbung oder in der Fernseh-Richtlinie zur Fernsehwerbung sei nur ein scheinbar gleiches Schutzniveau erreicht worden. Vgl. Erwägungsgründe zur RL... über irreführende Werbung, ABl. L 250 v. 19.9.1984, S.17; geändert durch die RL 97/55/EG ... zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG L 290 v. 23.10.1997, S.18ff; Art. 10-20 Fernseh-Richtlinie (s.o.) zu Fernsehwerbung, Sponsoring und Teleshopping.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

to the bottom²⁰⁷ zu verhindern²⁰⁸. Größtenteils wurden lediglich sog. Mindeststandards eingeführt, wobei teilweise ausdrücklich strengere Regelungen der Mitgliedstaaten zugelassen seien²⁰⁹. Lediglich die Regelung zur vergleichenden Werbung setze einen festen Standard²¹⁰. Zudem läge die ‚Latte‘ der Mindeststandards mitunter so tief, dass auch unterschiedliche nationale Interpretationen möglich wären²¹¹. Hierin wird der eigentliche Sprengstoff des Herkunftslandprinzips gesehen: Art.3 sei ein „Frontalangriff“²¹² gegen das vor allem im UWG geregelte deutsche Lauterkeitsrecht, das bekanntermaßen einen sehr hohen Schutzstandard gewährt²¹³. Als Beleg hierfür wird etwa Art.6 lit. c) angeführt, der offenbar Preisnachlässe oder Zugaben, sofern sie klar als solche erkennbar sind, als zulässig erachtet, was zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Richtlinie noch im Widerspruch zum deutschen Recht stand²¹⁴.

Demgegenüber könnte Art.3 auch helfen, Überregulierungen in einem „besonders ausdifferenzierten Rechtsgebiet“ ein Ende zu machen²¹⁵, denn nicht nur für ausländische Unternehmer im Binnenmarkt stellt das deutsche Wettbewerbsrecht bereits im traditionellen Geschäftsverkehr ein unerwünschtes, wenn auch nicht unüberwindbares Hindernis dar²¹⁶.

Zudem könnte es auch ein besonderes Charakteristikum der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip sein, dass ein gewisses Schutzgefälle im Interesse von Rechtssicherheit und -klarheit hingenommen wird, um der besonderen Aus-

²⁰⁷ Vgl. Ahrens, WRP 2000, 812; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (158ff, v.a. Fn.138), jeweils m.w.N; unter Ausnutzung des fortbestehenden Schutzgefälles würden die Diensteanbieter durch eine Verlagerung ihrer Niederlassung in Mitgliedstaaten mit niedrigem Schutzniveau gleichsam „Jagd nach dem geringsten Schutzniveau“ betreiben, worauf die übrigen nationalen Gesetzgeber nur mit einer Einebnung der Standards auf niedrigstem Niveau reagieren könnten.

²⁰⁸ Ähnliche strukturelle Bedenken wurden bereits anlässlich der „De Agostini“ - Entscheidung des EuGH zum Sendestaatsprinzip der Fernseh-Richtlinie geäußert; dazu noch ausführlich: 1.Teil: D.I.1.

²⁰⁹ Vgl. etwa Art.3 Abs.1 F-RL: „Die Mitgliedstaaten können Fernsehveranstalter ... verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen ... nachzukommen; Art.7 Abs.1 der Änderungs-RL 97/55/EG: „Diese RL hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die bei irreführender Werbung einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher, ... vorsehen.“

²¹⁰ Art.7 Abs.2 der Änderungsrichtlinie 97/55/EG: „Abs.1 gilt nicht für vergleichende Werbung, soweit es sich um den Vergleich handelt.“

²¹¹ Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (478); dies gelte insbesondere für die Irreführungsrichtlinie; allerdings steuere der EuGH hier durch Schaffung eines europäischen Verbraucherbildes dagegen.

²¹² Vgl. die Formulierung bei Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107), die allerdings i.E. keine „schwerwiegenden Gefährdungen des Verbraucherschutzes“ befürchten, nur weil viele Bestimmungen „des überregulierten deutschen Wettbewerbsrechts“ keine Anwendung mehr fänden; kritischer indes: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (15); Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (914); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316).

²¹³ Vgl. schon Schrickler, WRP 1993, 617 (619): „extreme Gipfellation des deutschen Rechts“.

²¹⁴ Indes sind RabattG und ZugabeVO - auch in Reaktion auf die Richtlinie - abgeschafft worden, vgl. Gesetze v. 23.7.2001 zur Aufhebung des RabattG und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BGBl. I, 1663) und zur Aufhebung der ZugabeVO und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BGBl. I, 1661); hierzu: Köhler, BB 2001, 265ff; Grundmann, ReabelsZ 67 (2003), 246 (271, Fn.89); jeweils m.w.N.

²¹⁵ Vgl. Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107).

²¹⁶ In diesem Sinne: Thünken, IPRax 2001, 15 (15).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

gangsposition der Internet-Diensteanbieter im Binnenmarkt gerecht zu werden. Immerhin wird durch Art.5, 6 ein Mindeststandard für den ‚Online-Auftritt‘ und die Online-Werbung eines Diensteanbieters im Binnenmarkt festgelegt, wobei i.ü. gemäß Art.1 Abs.3 auf dem bestehenden Schutzstandard des Gemeinschaftsrechts aufgebaut werden kann²¹⁷.

Strukturelle Bedenken ergeben sich zudem auch im Hinblick auf die sog. Inländerdiskriminierung gegen diejenigen Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat mit hohen lauterkeitsrechtlichen Standards: Sie hätten auf ihrem Heimatmarkt, die Konkurrenz von Anbietern zu gegenwärtigen, für die ein liberaleres Werberegime gelten würde²¹⁸.

(3) Für die Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich

Letztlich könnten allerdings auch berechtigte strukturelle Einwände eine Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich nicht entgegen Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck der Richtlinie verhindern.

Nach dem Wortlaut des Art.2 lit. h) i) 2.SpStr. fallen die „auf Werbung anwendbaren Anforderungen“ des nationalen Rechts eindeutig in den koordinierten Bereich²¹⁹. Die sehr weite Formulierung des Art.2 lit. h) legt zudem die Einbeziehung des gesamten Lauterkeitsrechts nahe (s.o.).

Für eine Einbeziehung jedenfalls des Werberechts spricht zudem die Entstehungsgeschichte. Die Bedeutung der Online-Werbung „für die Finanzierung der DIG und die Entwicklung vielfältiger neuer und unentgeltlicher Dienste“ wurde frühzeitig hervorgehoben²²⁰. Gerade die uneinheitlichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften des unlauteren Wettbewerbs wirkten sich gravierend auf neuartige Marketingmethoden im Internet aus²²¹. Auch wurden Präzisierungen zur Online-Werbung erst in die endgültige Fassung der E-RL aufgenommen²²². Systematische Erwägungen lassen sogar eine Einbeziehung des gesamten Lauterkeitsrechts vermuten. Ein Ausschluss hätte durch Aufnahme in eine der Ausnahmebestimmungen (wie etwa für das artverwandte Kartellrecht in Art.1

²¹⁷ Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (760): „... une harmonisation maximale du droit matériel...“.

²¹⁸ Vgl. statt vieler: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (161ff), m.w.N; grundlegend: Epiney, passim.

²¹⁹ Auch Erwägungsgrund 21 stellt ausdrücklich klar, dass sich der koordinierte Bereich auch auf die „Online-Werbung“ erstreckt; vgl. zu Recht: Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1248): „Das Ziel einer Rechtsharmonisierung im Bereich der Online-Werbung durch Art.3 wird deutlich herausgestellt.“

²²⁰ Begründungserwägung 10 des ersten Vorschlags, ABl. EG C 30 v. 5.2.1999, 4ff.

²²¹ Vgl. Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (477) nennt z.B. Sonderangebote, Preisnachlässe, Geschenke.

²²² Vgl. für einen Klarstellungswillen Art.2 lit. h) i) 2.SpStr., Erwägungsgrund 21. Zuvor wurde der koordinierte Bereich lediglich als „die für Anbieter von DIG und DIG geltenden Anforderungen“ definiert: Art.2 lit. f) erster Vorschlag; 2 lit. g) geänderter Vorschlag, ABl. EG C 248 v. 29.8.2000, S.4ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Abs.5) klargegestellt werden können²²³. Im Umkehrschluss zu Art.3 Abs.3 i.V.m. SpStr.8 des Anhangs, in dem hinsichtlich der Zulässigkeit des sog. Spamming²²⁴ ein spezieller werberechtlicher Aspekt ausdrücklich vom Art.3 ausgenommen wird, ist das Werberecht grundsätzlich vom Herkunftslandprinzip erfasst. Nach alledem ist das Werberecht eindeutig²²⁵ und wohl auch das Lauterkeitsrecht insgesamt vom koordinierten Bereich erfasst²²⁶. Die Frage nach den praktischen Auswirkungen des Art.3 auf das Lauterkeitsrecht bleibt allerdings solange unbeantwortet, wie das Verhältnis des Art.3 zum IPR nicht abschließend geklärt ist²²⁷.

bb. Geltende innerstaatliche Vorschriften: Sachnorm- oder Gesamtverweisung?

Die Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftslandes in Art.3 Abs.1 umfasst die „*geltenden innerstaatlichen Vorschriften*“ des koordinierten Bereiches.

Unklar ist, ob damit im Wege einer Gesamtverweisung auch auf das jeweilige nationale Kollisionsrecht, das Teil des nationalen Rechts ist²²⁸, verwiesen werden soll²²⁹, wofür jedenfalls die weite Formulierung des Art.2 lit. h) spricht²³⁰.

Dagegen wird vorgebracht, dass in diesem Fall ein Richter entgegen den hergebrachten kollisionsrechtlichen Grundsätzen nicht mehr von den Kollisionsnormen der lex fori ausgehen könnte, obwohl Art.1 Abs.4 einer kollisionsrechtlichen Bedeutung der E-Commerce-Richtlinie entgegenstehen soll²³¹.

²²³ Deutschland hatte dies während der Verhandlungen zwar gefordert, jedoch nicht erreicht; Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); Tettenborn, K&R 2000, 59 (61).

²²⁴ „Nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post“; vgl. 1.Teil: B.II.3.b.hh.

²²⁵ Thünken, IPRax 2001, 15 (17): Unter Art.3 i.V.m. 2 lit. h) fällt „jedenfalls die Werbung (und die Anbahnung von Verträgen, solange der Schwerpunkt auf der Online-Tätigkeit liegt“; ebenso: Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305); Fritze/ Hohlbach, WRP 2000, 872 (874)

²²⁶ Ebenso grundsätzlich für eine Einbeziehung in den koordinierten Bereich, wenn auch tw. mit erheblichen Bedenken: Ahrens, CR 2000, 835 (836, 839); Thünken, IPRax 2001, 15 (20); Tettenborn, K&R 2000, 59 (61); ders., K&R 1999, 252 (255); Staudinger/ Fezer, IntWirtschR, Rn.447; Spindler, MMR-Beilage7/2000, 4 (15); Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (912); Waldenberger, EuZW 1999, 296 (298); Hoeren, MMR 1999, 192 (195); Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (66f).

²²⁷ Vgl. hierzu: 1.Teil: B.II.4.b.bb. (5).

²²⁸ Statt aller: Kegel/ Schurig, IPR, § 1 IV, 7ff.

²²⁹ In diesem Sinne: Lurger / Vallant, RIW 2002, 188 (196); Hübner, EuZW 2001, 225; dagegen: Hoeren, MMR 1999, 192 (195); Spindler, ZUM 1999, 775(785); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (913).

²³⁰ Klarzustellen ist, dass diese Streitfrage direkt nichts mit dem zentralen Verständnisproblem zum Verhältnis von Art.3 zum IPR zu schaffen hat. Bei einer ‚kollisionsrechtlichen‘ Gesamtverweisung, die auch das nationale IPR erfasst, wären – wie zu zeigen ist – die Auswirkungen auf das mitgliedstaatliche IPR gerade minimal.

²³¹ Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (126f) insofern gegen eine Gesamtverweisung.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Entscheidend ist, dass die eigentliche Zielsetzung des Art.3, das Rechtsanwendungsrisiko zu begrenzen, ad absurdum geführt werden würde²³², wie folgendes Beispiel verdeutlicht: Ein in Portugal niedergelassener Internet- Diensteanbieter kommt mit einer nach portugiesischem Sachrecht zulässigen, nach deutschem Recht hingegen unzulässigen Werbung auf den deutschen Markt. Nach Art.3 käme portugiesisches Sachrecht zur Anwendung, was zur Rechtmäßigkeit der Werbung führte. Würde Art.3 auch auf portugiesisches Kollisionsrecht verweisen, käme es nach dem dort geltenden Marktortprinzip²³³ dennoch auf das Recht des Erfolgsortes der fraglichen Werbemaßnahme an, so dass letztlich doch das strengere deutsche Sachrecht Anwendung fände, wonach die Handlung „wieder“ unrechtmäßig wäre. Im Ergebnis hätte sich durch Art.3 nichts verändert²³⁴. Einziger (auch nicht zwingender) Mehrwert könnte eine Unterbindung von möglichen Weiterverweisungen im jeweiligen nationalen IPR sein, da ausdrücklich auf das Kollisionsrecht des Herkunftsstaates verwiesen wäre. Die durch die Richtlinie bezweckte Rechtssicherheit²³⁵ würde so hingegen gerade nicht geschaffen: Angesichts der Dominanz der Marktortanknüpfung im Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten im Lauterkeitsrecht würde letztlich fast immer das Recht des Bestimmungslandes Anwendung finden²³⁶. Somit verweist Art. 3 Abs.1 i.V.m. 2 lit. h) lediglich auf das Sachrecht (sog. Sachnormverweisung²³⁷).

²³² Vgl. Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353): „(Diese) Interpretation verfehlt den Normzweck der Richtlinie im Interesse eines einheitlichen Euro-Marketings Mehrfachanknüpfungen mit jeweils unterschiedlichen Schutzstandards zu verhindern“; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (152f).

²³³ Das portugiesische IPR ist im Jahre 1966 in den Art. 14-65 des Zivilgesetzbuches kodifiziert worden. Für Wettbewerbsverstöße ist keine Sonderregel vorgesehen, so dass nach der allgemeinen Anknüpfungsregel des Art.45 código civil das Recht des Erfolgsortes („Marktortes“) zur Anwendung kommt; vgl. Bernhard, Das IPR des unlauteren Wettbewerbs, S.233f.

²³⁴ Vgl. zu Recht: Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (913); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353).

²³⁵ Vgl. Erwägungsgrund 22: „Um ... Rechtssicherheit ... zu gewährleisten, sollten die DIG grundsätzlich dem Rechtssystem des Mitgliedstaates unterworfen werden, in dem sie niedergelassen sind.“

²³⁶ Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (913); Thünken, IPRax 2001, 15 (20): „Die Richtlinie hat den Rechtsrat suchenden Diensteanbieter im Auge.“

²³⁷ Dies bestätigt Buchstabe i) der hinsichtlich der Anforderungen lediglich Beispiele aus dem Sachrecht aufführt; vgl. Thünken, IPRax 2001, 15 (20); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); Ahrens, CR 2000, 835 (837); Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (152f); Härtig, CR 2001, 271 (273); Ohly, GRUR Int.2001, 899 (905); Lurger/ Vallant, RIW 2002, 188 (195ff); Sack, WRP 2001, 1408 (1410); Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1252); a.A. noch: Spindler, ZUM 1999, 775 (785) und MMR-Beilage 7/2000, 4 (7), der ein ‚race to the bottom‘ hinsichtlich des IPR annahm; mittlerweile jedoch auch: RabelsZ 66 (2002), 633 (654f).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

cc. „aus Gründen“

Die Bestimmungsländer dürfen gemäß Art.3 Abs.2 den freien Verkehr von DIG nicht ‚aus Gründen‘ einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Diese Formulierung ändert an der Rechtsfolge des Beschränkungsverbot und der Reichweite des koordinierten Bereiches inhaltlich nichts, verdeutlicht indes die Ursprünge des Regelungstechnik Herkunftslandprinzips in den Grundfreiheiten des primären Gemeinschaftsrechts²³⁸. Der Grundsatz entstammt der Systematik der parallel strukturierten²³⁹ Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit (Art.28ff, 49ff EG), die durch die Rechtsprechung des EuGH beginnend mit Dassonville über Cassis de Dijon bis hin zu Keck und Mithouard²⁴⁰ ausgestaltet wurde: Eine im Herkunftsstaat rechtmäßig im Verkehr befindliche Ware bzw. eine rechtmäßig erbrachte Dienstleistung soll solange ungehindert im Binnenmarkt angeboten werden können, wie der Bestimmungsstaat keine überwiegenden „Gründe“ des Allgemeinwohls dagegen geltend machen kann²⁴¹. Die Formulierung bedeutet indes nicht, dass ein im Sekundärrecht kodifiziertes Herkunftslandprinzip in seiner Reichweite beschränkt wäre, und über den primärrechtlichen Grundsatz nicht hinausgehen dürfte²⁴².

c. Niedergelassene Diensteanbieter

Die Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftslandes aus Art.3 Abs.1 erstreckt sich auf DIG, „die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden“. Umgekehrt wird somit für die Bestimmungsländer negativ festgelegt, auf wen sie grundsätzlich keinen Zugriff mehr haben²⁴³. Ein Diensteanbieter ist gemäß Art.2 lit. c)²⁴⁴ dort niedergelassen, wo der Schwerpunkt der Steuerung seiner Aktivitäten²⁴⁵ angesiedelt ist²⁴⁶. So kommt es

²³⁸ Vgl. Tettenborn, K&R 1999, 252 (255); „konstituierender Bestandteil des Binnenmarktes“; Drasch, 205; Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (9); Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (913); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (352); Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (127); vgl. bereits: 1.Teil: A.

²³⁹ Dies soll hier nicht vertieft werden: Vgl. aber jeweils m.w.N.: Roth, W.-H., RabelsZ 54 (1990), 63ff, 90; Hailbronner/ Nachbauer, EuZW 1992, 105ff, 110; Drasch, 199 (199): „strukturelle und inhaltliche Konvergenz“.

²⁴⁰ EuGH („Dassonville“) v. 11.7.1974, Rs.8/ 74, Slg. 1974, 837; („Cassis de Dijon“) v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg.1979, I-649 (664); („Keck und Mithouard“) v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg.1993, I-6097.

²⁴¹ Vgl. jeweils m.w.N. Drasch, S.205; Dausies, EuZW 1990, 8ff, 10; zur Rspr. Bleckmann, Rn.1524 in Fn.65-67.

²⁴² Vgl. hierzu noch: 1.Teil:B.II.4.a.bb.

²⁴³ Erwägungsgrund 58 stellt zudem klar, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie (und damit des Art.3) auf Anbieter begrenzt ist, die in einem Mitgliedstaat der EG niedergelassen sind.

²⁴⁴ Art. 2 lit. c): „ein Anbieter, der mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit eine Wirtschaftstätigkeit tatsächlich ausübt; Vorhandensein und Nutzung technischer Mittel und Technologien, ..., begründen allein keine Niederlassung des Diensteanbieters“; vgl. Erwägungsgrund 19.

²⁴⁵ Vgl. schon Begründung zum ersten Vorschlag: KOM (1998) 586 endg., IV.5; Thünken, IPRax 2001, 15 (17); Spindler MMR 1999, 199 (206).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

gerade nicht auf den Serverstandort oder auf den Ort an, an dem die Website zugänglich ist²⁴⁷. Auch zeitlich befristete gewerbliche Internet-Auftritte dürften im Hinblick auf Art. 2 lit. c), der eine Ausübung der „Wirtschaftstätigkeit auf unbestimmte Zeit“ fordert erfasst sein²⁴⁸, denn hierfür dürfte bereits eine gewisse Dauerhaftigkeit bzw. Ernsthaftigkeit genügen.

Die sich gerade auch am Niederlassungskriterium entzündenden Befürchtungen hinsichtlich eines ‚race to the bottom‘ sind im Hinblick auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu Art.43 EG²⁴⁹ und zum sog. rundfunkrechtlichen Niederlassungsbegriff der Fernseh-Richtlinie²⁵⁰, aber auch im Hinblick auf das in Erwägungsgrund 57 ausdrücklich erwähnte gemeinschaftsrechtliche Umgehungsverbot übertrieben²⁵¹. Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien erschweren bereits einen Missbrauch²⁵². Zwar wird sich nicht verhindern lassen, dass Internet-Anbieter versuchen werden, vom teilweise fortbestehenden Rechtsgefälle in der EU durch die Gründung von (vermeintlich) selbständigen Tochtergesellschaften, aber auch durch die tatsächliche Verlagerung des Unternehmenssitzes in Mitgliedstaaten mit niedrigem Schutzniveau zu profitieren. Allerdings liegt (solange dies nicht rechtsmissbräuchlich geschieht) gerade hierin das Wesen des Binnenmarktes durch die Wahrnehmung der Grundfreiheiten durch einen Unternehmer in der EU.

Es bleibt überdies fraglich, ob das fortbestehende Schutzgefälle so gravierend ist, um eine Vielzahl von Unternehmen zu einer Verlagerung des Unternehmenssitzes zu veranlassen oder ob die bereits erfolgte und immer weiter fortschreitende Rechtsvereinheitlichung in der EU, dies als gar nicht so lohnend erscheinen lässt. Darüber hinaus ist gerade bei mittelständischen Unternehmen,

²⁴⁶ Der Begriff „Niederlassung“ ist autonom europarechtlich zu interpretieren, wie die Hinweise auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung zeigen, auch wenn andere auf kollisionsrechtliche Erfahrungen aus dem Int. Gesellschaftsrecht (Sitztheorie), vgl. Großfeld, in: Staudinger, Int. Gesellschaftsrecht, Rn.338ff, 814ff, bzw. mit Art.4 Abs.2 EVÜ zurückgreifen wollen: Jayme/ Kohler, IPRax 2001 501 (502).

²⁴⁷ Dies stellt Erwägungsgrund 19 Satz 3 eindeutig klar; ebenso: Mankowski, CR 2000, 763 (767); Pichler, Eur.L. Reporter 1999, 74 (76); Spindler, ZUM 1999, 775 (777); ders. in MMR-Beilage 7/2000, 4 (6) und zuletzt in RabelsZ 66 (2002), 633 (648); Jansen, DSWR 2000 125 (125); Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316). Zu ähnlichen Überlegungen im IPR, vgl. Dethloff, JZ 2000, 179 (185); Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203 (226ff).

²⁴⁸ Zweifelnd: Spindler, ZUM 1999, 775 (776) .

²⁴⁹ Vgl. EuGH („Factortame“) v. 25.7.1991, Rs. C-221/ 89, Slg.1991, I-3065; (I-3965, Rn.20); EuGH („Kommission ./ Vereinigtes Königreich“) v. 10.9.1996, Rs. C-222/94, Slg.1996, I-4025 (I-4073, Rn.42).

²⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 19; grundlegend: EuGH („De Agostini“) v. 9.7.1997, verb. Rs. C-34-36/95, Slg. 1997, I-3843 (I-3887, Rn.29), hierzu: Helberger, ZUM 1998, 50 (m.w.N.); vgl. noch ausführlich: 1.Teil: D.I.

²⁵¹ Vgl. mit starken Bedenken statt vieler: Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (482); zurückhaltend: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (648f), vgl. zum race to the bottom schon oben 1.Teil: B.II.2.b.aa. (2); zum Umgehungsverbot noch ausführlich:1.Teil: B.II.3.f.

²⁵² Da es für die Niederlassung gerade nicht auf die technische Infrastruktur (wie z.B. den Serverstandort) ankommt, kann auch eine Verlegung in einen Staat mit niedrigen Standards nicht leicht erfolgen, so allerdings: Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (352); dagegen zu Recht: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (651).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

eine starke Verwurzelung mit der jeweiligen Region festzustellen, die auch im Hinblick auf die Mitarbeiter nicht ohne weiteres aufgegeben werden dürfte. Für große multinationale Unternehmen dürfte das fortdauernde Rechtsgefälle in Zeiten der Globalisierung allenfalls ein interessanter Nebenaspekt für die Verlagerung des Firmensitzes darstellen, wenn es sie ohnehin noch im Bereich der EU hält und nicht in ganz andere Regionen der Erde drängt, wo das „Schutzgefälle“ angesichts vollständig fehlender Standards noch profitabler wird. Das fortbestehende Schutzgefälle kann hingegen auch positive Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung im Binnenmarkt haben, wenn es einen produktiven Wettbewerb der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bei gleichzeitiger Sicherung gewisser Standards initiiert.

Das Niederlassungskriterium ist Dreh- und Angelpunkt der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip. In der Praxis wird es immer schwieriger werden, den ‚Schwerpunkt der Steuerung‘ eines Unternehmens angesichts immer vielfältiger Verflechtungen in Unternehmensstrukturen geographisch zu lokalisieren, z.B. wenn nicht klar ist wo genau die strategischen Entscheidungen getroffen werden oder wenn dies etwa je nach Art der Entscheidung (Vertrieb, Marketing, Fertigung etc.) an verschiedenen Orten entschieden wird. Die genannte EuGH-Rechtsprechung gibt dem Rechtsanwender indes klare Kriterien an die Hand, die sich im Einzelnen noch konkretisieren werden. Die Effektivität der Kontrolle der Diensteanbieter wird entscheidend von der Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Institutionen abhängen und einer unerlässlichen Abstimmung untereinander, wer welchen Diensteanbieter kontrolliert²⁵³.

d. Merkmale des Tatbestandes – insbesondere: der ‚horizontale‘ Ansatz

Es ist gerade die auf den ersten Blick enorme Reichweite des Herkunftslandprinzips, welche die Heftigkeit der Diskussion um Art.3 ausmacht: Im Grundsatz erfasst dieser jegliche Geschäftstätigkeit, die sich im oder über das Internet abspielt, womit die weite Definition in Art.2 lit. a) dem allgemeinen Verständnis vom Begriff E-Commerce entspricht²⁵⁴. Gleichzeitig sind durch die weite Definition des koordinierten Bereichs in Art.2 lit. h) alle für Online-

²⁵³ Vgl. zum Aspekt der effektiven Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Kontrolle als Grundvoraussetzung für die Funktion der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip ausführlich bei der D-RL, 1.Teil: C.I.2.e.

²⁵⁴ Zu Deutsch wohl „Internethandel“ oder „elektronischer Geschäftsverkehr“; dazu: Heckmann, NJW 2000, 1370 (1371); Hance, S.136ff; Reinhardt, S.54f; Kröger, in: Kröger/ Gimmy, Kap.14, S.443ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Diensteanbieter zur Anwendung kommenden europäischen und nationalstaatlichen Regelungen erfasst. Insofern ist der Ansatz des Herkunftslandprinzips durch dieses Zusammenspiel von Art.2 lit. a) und h) ‚horizontal‘, da nicht an einzelnen Tätigkeiten oder Rechtsgebieten angeknüpft wird²⁵⁵.

Dieses zentrale Charakteristikum der E-Commerce-Richtlinie ist in der Tat eine wesentliche Neuerung im Vergleich zu bisherigen sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzipien, auch wenn mit Art.3 gewiss kein völlig neuer Ansatz der Kommission vorliegt, wie noch im 1.Teil: D. zu zeigen sein wird. Bemerkenswert ist das dahinter stehende Bestreben, den E-Commerce in seiner ganzen Bandbreite einem einheitlichen Regime zu unterstellen, indem allein mit einer Regelungstechnik ein gesamter Wirtschaftsbereich abgedeckt wird²⁵⁶.

Dieser enormen ‚horizontalen‘ Reichweite des Art.3 stehen die ‚eher bescheidenen‘²⁵⁷ inhaltlichen Regelungen für bestimmte Bereiche des eG gegenüber²⁵⁸, worin manche ein strukturelles Problem der Richtlinie sehen. M.E. liegt hierin indes eine Besonderheit der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip.

Zum Tatbestand bleibt festzuhalten, dass dieser keine wirklichen Aussagen für die zentrale Problematik des Verhältnisses von Art.3 zum IPR bereit hält, auch wenn festgestellt wurde, dass die Definition des niedergelassenen Diensteanbieters (Art.2 lit. c) geradezu kollisionsrechtlich anmutet²⁵⁹. Indes lässt auch dieses Stillschweigen zu kollisionsrechtlichen Fragestellungen, weitere Interpretationen zu, etwa dass Art.3 eine eigenständige europarechtliche Regelung darstellt, die sich den gängigen Kategorien von Sach- und Kollisionsrecht entzieht oder dass im Hinblick auf bestehende konzeptionelle Konflikte aus politischen Gründen keine klareren Aussagen getroffen werden konnten bzw. sollten.

²⁵⁵ Vgl. Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (4); ders., in: Systemwechsel, S.107: ein Herkunftslandprinzip „in bisher nicht gekannter Schärfe und Breite.“

²⁵⁶ Vgl. instruktiv zur Vielseitigkeit des eG und daraus resultierendem rechtlich relevantem „Verhalten“: Mankowski, *RabelsZ* 63 (1999), 276ff (aus kollisionsrechtlicher Sicht).

²⁵⁷ Vgl. Formulierung bei Ahrens, *CR* 2000, 835 (835).

²⁵⁸ Vgl. etwa bzgl. bestimmter Informationspflichten (Art.5f), des Vertragsschlusses auf elektronischem Weg (Art.9ff) und der Verantwortlichkeit der Vermittler (Art.12ff).

²⁵⁹ So zumindest: Thünken, *IPRax* 2001, 15 (17).

3. Ausnahmen

Bei den Beratungen im Rat war die Frage nach den Ausnahmereichen zur Richtlinie und zu Art.3 heftigst umstritten²⁶⁰. Die Erwägungsgründe erläutern, dass für die ausgenommenen Teilbereiche der Grad der Rechtsvereinheitlichung auf Gemeinschaftsebene (noch) nicht ausreicht²⁶¹, um eine Herkunftslandanknüpfung zu rechtfertigen²⁶². Die Ausnahmenvorschriften sind demnach (zunächst) ein unerlässliches Regulativ des doch sehr pauschalen Herkunftslandprinzips und damit ein wesentlicher Bestandteil der Regelungstechnik. Auf diese Weise kann schon auf legislativer Ebene eine Feinabstimmung im Interesse der Mitgliedstaaten und des Binnenmarktes erfolgen, um ein schädliches Schutzgefälle zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erforderlichenfalls zu verhindern²⁶³. Bemerkenswert ist indes auch der perspektivische Wegfall bestimmter Ausnahmenvorschriften bei fortschreitender Integration²⁶⁴. Bei der Bewertung der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip sind demnach die Ausnahmenvorschriften entscheidend zu berücksichtigen²⁶⁵:

- Art.3 Abs.4-6 sieht Einzelfallausnahmen vor, die es den Mitgliedstaaten bei Beachtung eines bestimmten Verfahrens ‚Fall für Fall‘ gestatten, im Hinblick auf bestimmte DIG „Maßnahmen“ zum Schutz konkret bezeichneter Rechtsgüter zu ergreifen, sofern diese verhältnismäßig sind.
- Art.3 Abs.3 i.V.m. Anhang regelt spezifisch für Art.3 geltende Bereichsausnahmen, für die die Richtlinie ansonsten voll anwendbar bleibt²⁶⁶.
- Art.3 findet keine Anwendung auf die durch Art.1 Abs.5 ohnehin aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossenen Rechtsgebiete (generelle Ausnahmen).

²⁶⁰ Dies erklärt sich daraus, dass gerade hier die Möglichkeit zu einer Korrektur des horizontalen Ansatzes bestand: Es geht darum, die Reichweite des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis zum jeweiligen nationalen Rechts festzulegen; vgl. nur Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (65); Tettenborn, K&R 2000, 59 (61).

²⁶¹ Vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (67); Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (763), der zudem darauf hinweist, dass teilweise Spannungen mit gemeinschaftsrechtlichen Regelungen vermieden werden sollten bzw. aus politischen Gründen eine Unterwerfung unter Art.3 nicht gewollt war.

²⁶² Vgl. Erwägungsgrund 12, der den Grundgedanken für alle Ausnahmeregelungen widerspiegelt, auch wenn er nur auf Art.1 Abs.5 bezogen scheint: bestimmte Tätigkeiten müssten ausgenommen werden, da „gegenwärtig in diesen Bereichen der freie Dienstleistungsverkehr aufgrund der Bestimmungen des Vertrages bzw. des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts nicht sicherzustellen“ sei. Zukünftig könnten demnach bestimmte Ausnahmen anlässlich einer Überprüfung der E-RL (Art.21) wegfallen, ebenso: Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (824ff).

²⁶³ Interessanterweise sieht die Fernseh-Richtlinie nur geringfügige Ausnahmen zum Sendestaatsprinzip vor, was belegt, dass es nicht derartig horizontal wie Art.3 E-RL ist, vgl. 1.Teil: D.1.

²⁶⁴ Diesen Zusammenhang nutzt der Vorschlag der D-RL noch viel weit reichender, in dem etwa bestimmte Ausnahmen nur vorübergehend konzipiert sind, wodurch gleichzeitig Anreize zur Harmonisierung gesetzt werden, vgl. noch ausführlich 1.Teil: C.I.2.d.cc.

²⁶⁵ Vgl. Borges, 888; Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (665): „Das Herkunftslandprinzip verliert ein wenig an Schrecken durch die zahlreichen Ausnahmen...“; ders., MMR-Beilage 7/2000, 4 (6) weist zudem darauf hin, dass Art.3 auch indirekt durch die Begriffsdefinitionen in Art.2 beschränkt wird.

²⁶⁶ Vgl. ebenso: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (8).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

- Unklarheiten bestehen hinsichtlich des Ausnahmecharakters der sog. *Kulturklausel in Art.1 Abs.6* zur „Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus“ und zu ihrer Reichweite.
- Nicht ausdrücklich in der E-Commerce-Richtlinie normiert, aber dennoch als gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz in den Erwägungsgründen angeführt, ist zudem das bereits erwähnte *Umgebungsverbot*²⁶⁷.
- Undeutlich bleibt zudem die Bedeutung des *Art.1 Abs.4*, der als Ausnahme konzipiert, vermeintlich das Verhältnis der Richtlinie zum IPR regelt.

Für die ausgenommenen Bereiche bleibt es den Abrufstaaten unbenommen, insoweit restriktivere Regelungen im Vergleich zum Herkunftslandstandard vorzusehen²⁶⁸, (die indes nicht i.ü. europarechtswidrig sein dürfen²⁶⁹). Die Besorgnis, dass die Fülle der verschiedenartigen Ausnahmen die praktische Anwendung des Art.3 mit Unsicherheiten belastet²⁷⁰, scheint nicht ganz abwegig. Indes ist zu bedenken, dass geschulte Rechtsanwender (Behörden, Gerichte, Rechtsanwälte) problemlos mit einer Regel-Ausnahme Technik umzugehen wissen. Anbieter werden überdies nicht nur die Verkomplizierung bedauern, sondern gerade auch die Erleichterungen des Art.3 positiv zur Kenntnis nehmen. Zumindest für die Bereiche, in denen dieser Anwendung findet, ist die Rechtslage nunmehr klarer, als unter Geltung des herkömmlichen IPR.

a. *Einzelfallausnahmen, Art.3 Abs.4-6 E-RL*

Art.3 Abs.4-6 ermöglicht es den Bestimmungsstaaten, gegen im EU-Ausland niedergelassene Diensteanbieter vorzugehen und sich damit über das Herkunftslandrecht hinwegzusetzen²⁷¹. Die Einzelfallausnahmen sollen in besonderen Ausnahmesituationen ein gravierendes Absinken des Schutzniveaus durch Art.3 verhindern und stellen ein besonderes Charakteristikum der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip dar²⁷².

²⁶⁷ Vgl. Erwägungsgrund 57; hiernach dürfen Mitgliedstaaten der ständigen EuGH-Rechtsprechung folgend Maßnahmen gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter ergreifen, sofern dessen Tätigkeit auf das Hoheitsgebiet des ersten Staates ausgerichtet ist, und wenn die Niederlassung missbräuchlich gewählt wurde, um die Rechtsvorschriften des Bestimmungslandes zu umgehen; s.u. 1.Teil: B.II.3.f.

²⁶⁸ Ebenso statt vieler: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); Bender/ Sommer, RIW 2000, 260 (262).

²⁶⁹ Erwägungsgrund 12: „(Dieser) Ausschluss darf Maßnahmen, die zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes erforderlich sein könnten, nicht berühren.“

²⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne: Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (480); Härtig, CR 2001, 271 (273): „undurchsichtige Ausnahmeregelungen“; Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (665) weist auf mögliche „Folgekosten“ hin.

²⁷¹ Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (8) spricht von einer Art Schutzklauselverfahren in Anlehnung an die Vorschriften des EG-Vertrages und im Sekundärrecht, wonach Pflichten der Mitgliedstaaten zeitweise suspendiert werden können, um die Überwindung besonderer Schwierigkeiten zu erleichtern (z.B. Art. 59, 133,134,137 EG).

²⁷² Ebenso: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (106); hierzu noch ausführlich: 1.Teil: B.II.3.a.cc. und C.I.2.d.dd.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Zweifelhaft ist indes, ob der an die Grundfreiheiten angelehnte Wortlaut der Einschränkung von Art.3 Abs.2 durch Abs.4 („Maßnahmen ergreifen“) „eindeutig gegen eine IPR-Regel“ spricht²⁷³. Damit scheint die Frage nach dem kollisionsrechtlichen Charakter des Art.3 auch davon abzuhängen, inwieweit bestimmte Anforderungen an die Beschaffenheit von Kollisionsnormen bestehen²⁷⁴.

Nach anderer Ansicht würde gerade Art.3 Abs.4 im Zusammenspiel mit der „bemerkenswert eindeutigen Festschreibung“ des Herkunftslandprinzips in Absatz 1, 2 die Annahme widerlegen, dass nur die Grundfreiheiten und deren Beschränkungen wiederholt werden sollten; Art.3 wäre eine spezielle Regelung für DIG, die in Absatz 4 bewusst andere Schranken als in den Grundfreiheiten aufstelle²⁷⁵. Art.3 Abs.4 lit. a) i) 1.SpStr. (Maßnahmen aus Gründen der „öffentlichen Ordnung“) mache gerade den kollisionsrechtlichen Charakter des Art.3 deutlich: Wenn eine Anwendung des Bestimmungslandrechts nur ausnahmsweise unter den besonderen Voraussetzungen des Art.3 Abs.4-6 für den Fall in Betracht käme, dass dessen vitale Interessen betroffen seien, sei im Umkehrschluss grundsätzlich das Recht des Herkunftslandes anwendbar²⁷⁶. Damit wäre das Recht des Abrufstaates durchweg nicht berufen²⁷⁷.

aa. Funktionsweise

Gemäß Art.3 Abs.4 lit. a)²⁷⁸ können Mitgliedstaaten entgegen Absatz 2 „Maßnahmen ... im Hinblick auf einen bestimmten DIG ergreifen“. Diese müssen aus einem der in lit. a) i) genannten Gründe²⁷⁹ „erforderlich“ sein, weil eines der dort genannten Schutzziele durch den Diensteanbieter verletzt oder „ernsthaft oder schwerniegend“ bedroht wird (lit. a) ii). Die Gegenmaßnahme muss in einem „angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzziele[n] stehen“ (lit. a) iii)²⁸⁰.

²⁷³ Vgl. in diesem Sinne: Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); dagegen: s.u. 1.Teil: B.II.4.a.bb.

²⁷⁴ Vgl. hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B.III.3.a.

²⁷⁵ Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15 (19); dazu noch sogleich: 1.Teil: B.II.3.a.bb.

²⁷⁶ Teilweise wird auch versucht Art.3 Abs.4 lit. a) i) 1.Spiegelstrich in die kollisionsrechtliche Dogmatik zu integrieren; vgl. Mankowski, EWS 2002, 401 (404): „Reservatsbereich des ordre public“; ähnlich: Heß, JZ 2001, 573 (582); Leible, in: Nordhausen, 71 (80ff): Das praktische Verhältnis zwischen Bestimmungs- und Herkunftslandrecht entspreche strukturell der Rechtsanwendung bei Eingreifen des ordre public. Dagegen spricht m.E. der generelle strukturelle Unterschied zwischen Gemeinschaftsrecht und IPR, vgl. 2.Teil: B.III.3.a.

²⁷⁷ Vgl. Roßnagel, Auf dem Weg zu einem europäischen Multimediarecht (14.12.2000), sub III 4, www.emr-sb.de/EMR/EuropMultimediarecht.pdf; Spindler, in: Handbuch Electronic Business, Rn.34.

²⁷⁸ Vgl. erläuternd Erwägungsgrund 24.

²⁷⁹ Zum Schutz „der öffentlichen Ordnung“ (1.SpStr), u.a. von „Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen“, „der öffentlichen Gesundheit“ (2.SpStr.); „der öffentlichen Sicherheit“ (3.SpStr.); „der Verbraucher einschließlich des Schutzes von Anlegern“ (4.SpStr.).

²⁸⁰ Vgl. dazu: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (106).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Des Weiteren besteht ein in Art.3 Abs.4 lit. b) 5 und 6 geregeltes besonderes Verfahren, das eine Abmahn- und Unterrichtungspflicht des Bestimmungslandes gegenüber dem Herkunftsstaat bzw. der Kommission und eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Kommission vorsieht: Der Herkunftsstaat muss trotz Aufforderung nicht oder nur unzulänglich gegen den Diensteanbieter tätig geworden sein (lit. b) 1.SpStr.); der Bestimmungsstaat ist verpflichtet, Kommission und Herkunftsland über beabsichtigte Maßnahmen zu unterrichten (2.SpStr.). In „*dringlichen Fällen*“ kann hiervon abgewichen werden, indes besteht die Anzeigepflicht erweitert um eine Begründungspflicht bezüglich der Dringlichkeit fort (Art.3 Abs.5). Letztlich soll die Kommission gemäß Art.3 Abs.6 jede Maßnahme „*innerhalb kürzestmöglicher Zeit*“ auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht überprüfen. Stellt sie deren Gemeinschaftsrechtswidrigkeit fest, kann sie den betreffenden Mitgliedstaat auffordern, diese zu unterlassen bzw. eine bereits ergriffene Maßnahme unverzüglich einzustellen.

bb. Art.3 Abs.4 lit. a) und das primäre Gemeinschaftsrecht

Die Regelung des Art.3 Abs.4 lit. a) erinnert an die in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten Durchbrechungen der Grundfreiheiten des Binnenmarktes²⁸¹, wobei allerdings beachtliche Unterschiede ins Auge fallen: Die in Art.3 Abs.4 geregelten Ausnahmetatbestände zu Art.3 Abs.2 entsprechen nur teilweise den Schranken der Leistungsverkehrsfreiheiten des EG-Vertrages²⁸², was für eine spezielle sekundärrechtliche Ausprägung der grundfreiheitlichen Schranken in der E-Commerce-Richtlinie spricht²⁸³:

- Die E-RL begrenzt die Eingriffsmöglichkeiten der Bestimmungsländer im Rahmen des koordinierten Bereiches gegenüber dem Primärrecht auf Einzelfälle²⁸⁴, denn diese dürfen lediglich individuelle (Vollzugs-) „*Maßnahmen*“, z.B. Gerichtsentscheidungen²⁸⁵ oder aufsichtsbehördliche Rechtsakte²⁸⁶, in

²⁸¹ Vgl. jeweils m.w.N.: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (15); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (673); Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107); Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (268ff); aus der Rechtsprechung: EuGH („Cassis de Dijon“) v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, I-649 (662ff); EuGH („De Agostini“) v. 9.7.97, verb. Rs. C- 34 - 36/95, Slg.1997, I-3843 (Rn.53); EuGH („Familiapress ./ . Bauer Verlag“) v. 26.6.97, Rs. C-368/95, Slg.1997, I-3689 (I-3713ff); EuGH („Alpine Investments“) v. 10.5.95, Rs.C-384/93, Slg.1995, I-1141 (I-1178ff); EuGH („van Binsbergen“) v. 3.12.74, Rs.33/74, Slg.1974, 1299 (1309); vertiefend: Bleckmann, Rn.771f; Oppermann, Rn.1627; Dausen (-Roth); E I, Rz.118ff.

²⁸² Vgl. ebenso: Thünken, IPRax 2001, 15 (18); Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353f).

²⁸³ Vgl. ebenso: Cruquenaire/ Lazaro, 41 (45).

²⁸⁴ Deswegen wird auch von Einzelfallausnahmen bzw. Fall für Fall – Ausnahmen gesprochen: vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (67); Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.3, Rn.11.

²⁸⁵ Diese sind ausweislich Erwägungsgrund 25 eindeutig umfasst, ebenso: Spindler, MMR 1999, 199 (205).

²⁸⁶ Vgl. Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (353); Brenn, ÖJZ 1999, 481 (484).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Bezug auf „*einen bestimmten DIG*“ ergreifen, nicht aber generell-abstrakte Rechtsvorschriften erlassen.

- Die in Art.3 Abs.4 lit. a) abschließend aufgeführten Schutzziele sind aus dem EG-Vertrag bzw. der Rechtsprechung des EuGH bekannt: Schutz der öffentlichen Ordnung²⁸⁷; der öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit; Verbraucher- und Anlegerschutz²⁸⁸. Das Schutzziel „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ ist indes im Vergleich zur Cassis-Formel gerade nicht enthalten²⁸⁹, womit aus systematischen und aus generellen methodischen Erwägungen eine Beschränkung der DIG im Rahmen des koordinierten Bereiches aus diesem Grunde unzulässig sein dürfte²⁹⁰. Dies gilt um so mehr, als eine unbestimmte ‚Auffangklausel‘ wie in der Cassis-Formel, die auch Beschränkungen aus „*zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls*“ zulässt, fehlt.
- Im Widerspruch zur sog. Keck-Rechtsprechung des EuGH²⁹¹ zur primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit (Art.28ff EG), wonach nicht produktbezogene Verkaufsmodalitäten für den Fall einer formal unterschiedslosen Beschränkung aus dem Schutzbereich des Art.28 EG herausfallen, geht Art.3 Abs.4 darüber hinaus, indem auch eben solche Verkaufsmodalitäten einem generellen Rechtfertigungszwang unterliegen²⁹².
- Unklar ist, welche Anforderungen im Anwendungsbereich der Richtlinie an den Verhältnismäßigkeitsmaßstab gestellt werden. Insoweit kann auf Wertungen des Primärrechts zurückgegriffen werden, wobei indes die Richtlinie selbst eine andere Gewichtung als das Primärrecht zugunsten des freien

²⁸⁷ Vgl. Art.30, 39 Abs.3, 46 Abs.1, 55 EG; hierzu aus der Rechtsprechung: EuGH zu Art.28ff: („Cassis de Dijon“) v. 20.2.79, Rs. 120/78, Slg. 1979, I-649 (662ff); zu Art.39: EuGH („van Duyn“) v. 4.12.74, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (1350); zu Art.43: EuGH („Gebhard“) v. 30.11.95, Rs. C-55/94, Slg.1995, I-4165 (4197ff); EuGH („Centros“) v. 9.3.99, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (1495); zu Art.49: EuGH („van Binsbergen“) v. 3.12.74, Rs.33/74, Slg.1974, 1299 (1309); EuGH („Webb“) v. 17.12.81, Rs.279/80, Slg.1981, 3305 (3325); EuGH („Säger“) v. 25.7.91, Rs.C-76/90, Slg.1991, I-4221 (I-4244); zum Begriff der öffentlichen Ordnung: EuGH („Adoui und Cournuaille“) v. 18.5.82, verb. Rs. 115 u.116/81, Slg.1982, 1665 (1666) und EuGH („van Duyn“), s.o.

²⁸⁸ Vgl. ausführlich insb. mit Definitionen zu den Schutzzielen: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (674-676); ders. bereits zur „*sybillinischen Verknüpfung*“ des Verbraucher- mit dem Anlegerschutz, MMR-Beilage 7/2000, 4 (6) mit der Folgerung, dass lediglich Maßnahmen zum personenbezogenen Schutz von Anlegern, die auch Verbraucher sind, erfasst seien, nicht aber solche, die unternehmerische Anleger oder den Kapitalmarkt betreffen.

²⁸⁹ Vgl. EuGH („GB-INNO“) v. 7.3.1990, Rs. C-362/88, Slg.1990, I-667ff; EuGH („Familiapress ./ . Bauer Verlag“) v. 26.6.97, Rs. C-368/95, Slg.1997, I-3689ff; EuGH („Cassis de Dijon“) v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, I-649ff; m.w.N.: Sack, WRP 2000, 269 (282, Fn.128f); Grundmann, RabelsZ 2003, 246 (269, Fn.81).

²⁹⁰ Vgl. ebenso: Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (480); alles andere widerspräche der Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich.

²⁹¹ Vgl. EuGH („Keck und Mithouard“) v. 24.11.93, verb. Rs. C-267/91, C-268/91, Slg.1993, I-6097; EuGH („Mars“) v. 6.7.95, Rs.C-470/93, Slg.1996, I-1923 (Rn.12f); EuGH („Gourmet“) v. 8.3.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251; aus dem Schrifttum: vgl. Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (673), Fn.148 m.w.N.

²⁹² Ebenso: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (15); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (674); Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Verkehrs von DIG vorgibt²⁹³. Eine nationale Beschränkung, wie bspw. ein Werbeverbot für bestimmte gesundheitsschädliche Produkte²⁹⁴ könnte gemäß Art.28, 30 bzw. 49 EG aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt, im Rahmen des Art.3 Abs.4 aber nicht mehr angemessen sein. Die Tatsache, dass Art.3 Abs.4 lit. a) für den Bereich des E-Commerce, eine über den Stand der Cassis-Rechtsprechung hinausgehende Rechtsangleichung bewirkt, wird unterschiedlich bewertet: Die verschärften Eingriffsvoraussetzungen zu Lasten des jeweiligen Abrufstaates könnten zu einem Absinken des Schutzniveaus führen²⁹⁵. Hingegen wird auch eine Förderung des Wettbewerbs mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen untereinander erwartet, wodurch letztlich eine notwendige Rechtsvereinfachung und -vereinheitlichung initiiert werden könnte²⁹⁶. Offenbar ist hierin jedoch ein markantes Merkmal der Regelungstechnik ‚Herkunftslandprinzip‘ zu sehen, denn hierin liegt unzweifelhaft ein Mehrwert gegenüber dem Primärrecht: Art.3 Abs.4-6 stellt ein „Ventil“ bzw. eine „Notbremse“²⁹⁷ dar, um als berechtigt anerkannte Schutzbelange einfließen zu lassen und gravierende oder gar inakzeptable Konsequenzen des Art.3 zu vermeiden; damit wird umgekehrt auch der Grundsatz gestärkt²⁹⁸.

cc. Das besondere Verfahren in Art.3 Abs.4 lit. b) – 6

Das in Art.3 Abs.4 lit. b) – 6 geregelte Verfahren stellt eine Besonderheit im Vergleich zum Primärrecht dar und unterstreicht den Vorrang der Herkunftslandkontrolle: ein Abweichen von der Grundregel des Art.3 Abs.2 wird als ultima-ratio betrachtet²⁹⁹. Umgekehrt wird klar, dass ein von Art.3 Abs.4 erfasster Rechtsbereich solange unter Art.3 fällt, wie er nicht vom Bestimmungsstaat als beizubehaltendes Schutzgut der Kommission mitgeteilt wird³⁰⁰.

Das Prüfungsverfahren wird teilweise als zu kompliziert³⁰¹ und kostenintensiv bezeichnet, da bei jeglicher staatlichen Maßnahme gegenüber DIG mit Nieder-

²⁹³ Vgl. ebenso: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (674).

²⁹⁴ Vgl. etwa zum Alkoholverbot in Schweden: EuGH („Gourmet“) v. 8.3.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251ff (Rn.25ff, 41f).

²⁹⁵ Dies befürchten: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107).

²⁹⁶ Vgl. Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (254ff; 261ff) mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

²⁹⁷ Vgl. den Ausdruck bei Landfermann, ZUM 1999, 795 (799).

²⁹⁸ Vgl. ausführlich m.w.N.: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 637 (171ff).

²⁹⁹ Die verfahrensrechtliche Absicherung (Abmahn- und Unterrichtungspflicht vor Ergreifen einer Maßnahme) wäre sonst sinnwidrig, ebenso: Thünken, IPRax 2001, 15 (19); Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305)

³⁰⁰ Vgl. Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (8); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (673).

³⁰¹ Spindler, MMR-Beilage 7/ 2000, 4 (9) erwartete aus Praktikabilitätsgründen eine pauschale Freistellung von bestimmten Fallgruppen, ähnlich der Gruppenfreistellung im Kartellrecht, was indes in der E-RL nicht vorgesehen ist (anders: Art.81 Abs.3 EG); zu letzterem: Grabitz/ Hilf (- Aicher), EG II, Art.81, Rn.255ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

lassung im EU-Ausland als Vorfrage die Beurteilung des beanstandeten Verhaltens nach dem Recht des Herkunftslandes erforderlich wäre³⁰².

Nach der Konzeption des Herkunftslandprinzips soll indes ein Eingreifen der Bestimmungsmitgliedstaaten im Vertrauen auf die Herkunftslandkontrolle auch tatsächlich die Ausnahme bleiben³⁰³. Bei Problemen im Einzelfall steht zunächst die Kooperation der mitgliedstaatlichen Behörden im Vordergrund:

Ein durch einen Diensteanbieter mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat betroffenes Land kann sich (auch ohne rechtliche Überprüfung des beanstandeten Verhaltens am Herkunftslandrecht) mit einer Mitteilung an den Herkunftsmitgliedstaat wenden und diesen zu Maßnahmen auffordern. Bei der notwendigen Überprüfung des fraglichen Diensteanbieters wird dieser zwingend das eigene Recht anwenden und gegebenenfalls Maßnahmen ergreifen. Erst wenn dies dem Abrufstaat nicht ausreicht, kann er über Einzelfallmaßnahmen nachdenken. Womöglich „hilft“ indes schon der Herkunftsmitgliedstaat „ab“ und ergreift die gewünschten Maßnahmen. Gerade angesichts der Reichweite des Internet und der Größe des Binnenmarktes von 25 Mitgliedstaaten erscheint es sehr wahrscheinlich, dass die Behörden der Herkunftsmitgliedstaaten Schwierigkeiten haben werden, überhaupt von (womöglich auch nach ihrem Recht) rechtswidrigen Verhalten von Diensteanbietern in anderen Mitgliedstaaten Kenntnis zu erlangen. Gerade deshalb ist man verstärkt auf mitgliedstaatliche Kooperation angewiesen, wenn man die Chancen des eG im Binnenmarkt nutzen will. Überdies entstehen durch das vorliegende Verfahren keine Schutzlücken, denn die Behörden des Abrufstaates könnten ohnehin nur unter Mithilfe der Behörden des Herkunftsmitgliedstaates gegen den fraglichen Diensteanbieter vorgehen. Insofern zeigt sich die prinzipiell größere Effektivität einer Kontrolle der Diensteanbieter an der Quelle. Durch das Herkunftslandprinzip wird somit eine ohnehin notwendige mitgliedstaatliche Kooperation im Interesse einer effektiven Kontrolle initiiert³⁰⁴.

Für Gerichtsverfahren gilt zudem die Erleichterung, dass das Abmahn- bzw. Unterrichtsverfahren des Art.3 Abs.4 lit. b) nicht durchlaufen werden muss³⁰⁵, wobei inhaltlich Art.3 Abs.4 lit. a) sehr wohl zu beachten bleibt.

³⁰² Vgl. Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (480).

³⁰³ Vgl. dazu insb. Erwägungsgrund 22.

³⁰⁴ Vgl. noch viel deutlicher insoweit der Vorschlag der D-RL, s.u. 1.Teil: C.I.2.e.bb

³⁰⁵ Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Art.3 Abs.4 lit. b): „*unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren, einschließlich Vorverfahren und Schritten im Rahmen der strafrechtlichen Ermittlung*“; ebenso: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (106); Spindler, RabelsZ 66 (2003), 633 (676f); a.A.: Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (480).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Es bleibt abzuwarten, ob das Verfahren in praxi viel Anwendung finden wird. Befürchtungen im Hinblick auf eine Überbelastung der Kommission mit Einzelfallverfahren haben sich bisher nicht bestätigt³⁰⁶.

dd. Die besondere verfahrenstechnische Erleichterung durch Art.3 E-RL
Letztendlich bringt die Geltung des Art.3 einschließlich des soeben dargestellten Verfahrens des Art.3 Abs.4 gerade der Kommission erhebliche Erleichterungen, auf die im Vorschlag zur D-RL deutlicher hingewiesen wird³⁰⁷.

Unter Geltung der Grundfreiheiten des Primärrechts muss die Kommission eventuelle Verstöße hiergegen durch eigene Ermittlungen in Erfahrung bringen, wobei sie vor allem auf Beschwerden von Bürgern oder Unternehmen angewiesen ist. In gegebenenfalls einzuleitenden Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH (Art.226 EG) muss sie Fall für Fall gegen die betreffenden Mitgliedstaaten vorgehen. Dies kann dazu führen, dass wegen eines ähnlich gelagerten Problems in mehreren Mitgliedstaaten gegen jeden einzelnen Staat Verfahren eingeleitet werden müssen. Die Erfahrung zeigt, dass die Mitgliedstaaten ihre Gesetzgebungen bzw. Verwaltungspraktiken nur schleppend an Entscheidungen des EuGH anpassen, die „gegen“ andere Mitgliedstaaten ergangen sind; eher wird ein an sie selbst gerichtetes Verfahren abgewartet³⁰⁸.

Art.3 E-RL dreht indes „den Spieß um“: Da das Beschränkungsverbot des Absatzes 2 im Prinzip durchgängig gilt, muss ein Mitgliedstaat, der dennoch Maßnahmen gegen einen Diensteanbieter mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat ergreifen will, erst das vorgesehene Verfahren durchlaufen. Dadurch kommt der Fall gewissermaßen von alleine zur Kommission, die in einer eigenständigen Rechtmäßigkeitsprüfung auf Verwaltungsebene selbst prüfen kann, ob eine Abweichung von der grundsätzlichen Herkunftslandanknüpfung im Einzelfall anhand der grundfreiheitlich inspirierten „Schrankensystematik“ des

³⁰⁶ Bisher hat die Kommission lediglich in fünf Fällen offizielle Mitteilungen erhalten (alle aus demselben Mitgliedstaat im Hinblick auf missbräuchliche Verwendung von Nummern für Mehrwertdienste); in zwei Fällen kam das Dringlichkeitsverfahren zur Anwendung; in einem weiteren Fall wurden die Behörden eines Herkunftsmitgliedstaates nach Aufforderung durch einen anderen Mitgliedstaat tätig; vgl. Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie ... über den elektronischen Geschäftsverkehr, KOM (2003) 702 endg. v. 21.11.2003, 2 (9f) – des weiteren: Erster Bericht; dies kann indes auch daran liegen, dass die E-RL zum Zeitpunkt der Abgabe des Berichts noch nicht mal in allen Mitgliedstaaten umgesetzt war, vgl. Anhang Erster Bericht. Für den Bereich der Finanzdienstleistungen wurde eine Mitteilung über die Anwendung der Art.3 Abs.4-6 in diesem Bereich veröffentlicht, vgl. KOM (2003) 259 endg. v. 14.5.2003.

³⁰⁷ Vgl. insofern noch ausführlich: 1.Teil: C.I.4.c.

³⁰⁸ Vgl. bspw. die Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerentsendung, vgl. noch 2.Teil: B.I.1.b: es kam zu zahlreichen Verfahren wegen Verstößen einzelner Länder gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art.49 EG. Deren Gesetzgebungen führten auf verschiedene, aber ähnliche Weise zu Beschränkungen bei der Entsendung von Arbeitnehmern im Zuge einer Dienstleistungserbringung, wogegen Fall für Fall vorgegangen werden musste.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Art.3 Abs.4 lit. a) gerechtfertigt ist. Gegen eine Entscheidung der Kommission in solchen Verfahren ist für die Mitgliedstaaten problemlos der Rechtsschutz gemäß Art.230 Abs.1, 2 EG im Wege der Nichtigkeitsklage eröffnet.

ee. Art.3 Abs.4 lit. a), 4.SpStr.: „Schutz der Verbraucher“ und das Lauterkeitsrecht

Art.3 Abs.4 lit. a), 4.SpStr. gestattet den Bestimmungsländern entgegen Art.3 Abs.2 auch Maßnahmen zum „Schutz der Verbraucher“, womit nach deutschem Verständnis auch das Lauterkeitsrecht erfasst sein könnte³⁰⁹. Indes ist die Ausnahmevorschrift des Art.3 Abs.4 lit. a) i) eng und autonom nach europarechtlichen Grundsätzen im Lichte der Systematik und Ziele der Richtlinie auszulegen³¹⁰. Art.1 Abs.3 liefert wie gesehen kein Argument für eine Subsumtion des Lauterkeitsrechts unter den Begriff des Verbraucherschutzes³¹¹. Nach der Systematik und Zielsetzung der Richtlinie soll gerade das gesamte Lauterkeitsrecht vom koordinierten Bereich erfasst sein³¹². Würde man weite Teile des Lauterkeitsrechts, sofern diese auch dem Verbraucherschutz dienen, wieder aus Art.2 lit. h) herausnehmen, wäre die bezweckte Rechtssicherheit dahin und damit der horizontale Ansatz entwertet. Zudem wären beachtliche Abgrenzungsprobleme zwischen verbraucherschützendem und sonstigem Lauterkeitsrecht zu erwarten, insbesondere wenn man davon ausgeht, dass letztlich immer indirekt der Verbraucher mitgeschützt wird.

Letztlich ist entscheidend, dass das Lauterkeitsrecht an keiner Stelle der Richtlinie ausdrücklich ausgenommen wurde, weder in Art.1 Abs.5, noch im Anhang zur Richtlinie, noch in Art.3 Abs.4 lit. a). Somit ist das Lauterkeitsrecht im Umkehrschluss auch nicht vom fraglichen Schutzziel im 4.SpStr. erfasst³¹³.

³⁰⁹ Das deutsche Lauterkeitsrecht diene nicht nur dem Schutz der Mitbewerber vor unlauteren Verhaltensweisen der Konkurrenten, sondern stelle auch das Funktionieren des Marktes und damit indirekt die Verbraucherinteressen sicher; vgl. jeweils m.w.N.: BGH („Ratio-Markt“) v. 5.7.1967, GRUR 1968, 106 (107); BVerfG (8.4.1987) E 75, 108, (157); davor schon: RG („Markenverband“), RGZ 120, 47 (49); RG („Graf Zeppelin“), RGZ 128, 330 (342); aus dem Schrifttum: Graser, DÖV 1998, 1004; Nicolaysen, EuR 1991, 95ff

³¹⁰ Für eine restriktive Auslegung zur Beseitigung von Handelshemmnissen und für weitestmögliche Binnenmarktintegration: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (666): „Zurückdrängung der nationalen Normanwendung zugunsten der Konzentration auf die Standards der Heimatrechtsordnung der Diensteanbieter“.

³¹¹ Vgl. bereits oben: 1.Teil: B.II.2.b.aa. (1): auch Erwägungsgrund 11 erläutert das Verhältnis der E-RL zu bestehendem (und künftigem) Gemeinschaftsrecht; a.A.: Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (107).

³¹² Vgl. dazu oben: 1.Teil: B.II.2.b.aa.

³¹³ Vgl. anders: Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (270); Spindler, RabelsZ 66 (2002), 631 (696f), der für jede wettbewerbsrechtliche Bestimmung Fall für Fall entscheiden möchte, ob eine die Markttransparenz erhöhende verbraucherschützende oder lediglich dem Konkurrentenschutz dienende Vorschrift vorläge.

Hervorzuheben ist der Gedanke, dass diejenigen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, die einer Prüfung nach Art.3 Abs.4-6 nicht standhalten, wohl auch gegen das Primärrecht verstoßen dürften. Dies verdeutlicht, dass das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip die bisherige Situation gewissermaßen umdreht: Nicht mehr der Betroffene

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

b. Vom Herkunftslandprinzip ausgenommene Bereiche, Art.3 Abs.3 E-Commerce-Richtlinie
i.V.m. Anhang (Bereichsausnahmen)

Nach der speziell für das Herkunftslandprinzip geltenden Bereichsausnahme des Art.3 Abs.3 findet Art.3 Abs. 1, 2 keine Anwendung auf die zahlreichen im Anhang genannten heterogenen Bereiche³¹⁴; abgesehen hiervon bleibt die Richtlinie in vollem Umfang anwendbar³¹⁵. Für die aufgeführten Bereiche bleibt somit die bestehende Rechtslage unverändert: Das jeweilige mitgliedstaatliche Kollisionsrecht bestimmt die anwendbare Rechtsordnung je nach Sachverhalt³¹⁶. Anhand einzelner Ausnahmebereiche wird versucht, Rückschlüsse auf die Reichweite des koordinierten Bereiches bzw. auf das Verhältnis des Art.3 zum IPR zu ziehen. Umkehrschlüsse erscheinen trotz der Disparität der Bereiche geeignet, (jedenfalls zusätzliche) Erkenntnisse zu gewinnen und sollten nicht kategorisch ausgeschlossen werden³¹⁷.

oder die Kommission müssen nachweisen, dass ein mitgliedstaatliches Verhalten grundfreiheitenwidrig ist, sondern der Mitgliedstaat muss belegen, dass sein Verhalten nicht grundfreiheitenwidrig ist.

³¹⁴ Damit ist nicht generell das Bestimmungslandrecht anwendbar; es darf in diesen Bereichen überhaupt auf im EU-Ausland niedergelassene Diensteanbieter Anwendung finden; vgl. Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316).

³¹⁵ Vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (67); Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (8).

³¹⁶ Die auf diese Weise bestimmten Vorschriften sind wiederum am Gemeinschaftsrecht, insb. an den Grundfreiheiten, zu messen; vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (67); Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (763).

³¹⁷ Vgl. a.A. Borges, 895, der sich generell gegen Umkehrschlüsse in Richtlinien ausspricht, da eine ausgereifte Gesetzssystematik aus verschiedenen Gründen (z.B. bloßer Kompromiss, auf Umsetzung angelegt) nicht zu erwarten sei. Diese Skepsis wird der Qualität der europäischen Gesetzgebung nicht gerecht.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

aa. 1. Spiegelstrich: Urheberrecht, verwandte Schutzrechte etc.

Gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 1.SpStr. des Anhangs findet das Herkunftslandprinzip keine Anwendung auf das „*Urheberrecht, verwandte Schutzrechte ... sowie gewerbliche Schutzrechte*“³¹⁸, damit also u.a. nicht auf das Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- oder das Markenrecht³¹⁹. Das bedeutet, dass für die sog. Immaterialgüterrechte³²⁰ nicht das Herkunftsland-, sondern weiterhin das sog. Schutzland- bzw. Territorialitätsprinzip gilt³²¹, d.h. es findet das Recht des jeweiligen Staates Anwendung, für dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird (lex loci protectionis)³²². Für einen zentralen Bereich des eG - man denke nur an die urheberrechtlichen Probleme durch Verbreitung von Musik ‚übers‘ Internet oder die Eingriffe auch in markenrechtliche Befugnisse durch Links, Metatags oder Frames³²³ oder das Recht der Verwendung von Domain-Namen³²⁴ – findet Art.3 somit keine Anwendung. Dies ist für das Urheberrecht umso bedauerlicher als angesichts des Ausmaßes der EU-weiten Harmonisierung, gerade auch erst kürzlich durch die ‚Copyright Directive‘³²⁵, die Anwendung des Herkunftslandprinzips nicht viel Schaden hätte bereiten können³²⁶. Zudem hätte Art. 3 Mehrfachanknüpfungen durch das Schutzlandprinzip, ähnlich wie im Internationalen Lauterkeitsrecht, verhindern können³²⁷.

³¹⁸ Des Weiteren findet Art.3 Abs.1, 2 keine Anwendung auf Rechte i.S.d. RL 87/54/EWG („über den Rechtsschutz der Topographie von Halbleitererzeugnissen“), ABl. EG L 24 v. 27.1.1987, 36ff und i.S.d. RL 96/9/EG („über den rechtlichen Schutz von Datenbanken“), ABl. EG L 77 v. 27.3.1996, 20ff.

³¹⁹ Vgl. Bodewig, GRUR Int. 2000, 475 (481); Ahrens, CR 2000, 835 (839). Borges, 888 meint zu Recht, dass man dies als rechtlichen „Bereich“ in Anlehnung an den Wortlaut des Art.3 Abs.3 verstehen kann; a.A. Bernreuther, WRP 2001, 384 (390), der das Markenrecht entgegen dem eindeutigen Anhang unter Art.3 fasst.

³²⁰ Vgl. Creifelds, 625: „Subjektive Rechte, die an unkörperlichen Gütern bestehen und einen selbständigen Vermögenswert haben.“

³²¹ Vgl. dazu: Schack, MMR 2000, 59 (60, 62); Intveen, passim; Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (670), Fn.134.

³²² a.A.: Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575 (583).

³²³ Vgl. Baetge, in: Kaminski, Rechtshandbuch E-Business, 339ff; *Link* (Verknüpfung zu anderen Websites, die mit oder ohne Anklicken des Nutzers aktiviert werden); *Frames* (sog. Inline-Links; kein Wechsel der Seite, sondern Integration einer fremden Website unmittelbar in die Seite des verweisenden Anbieters); *Metatags* (Begriffe, die im ‚Kopf‘ einer Website verwendet werden und für den Nutzer normalerweise unsichtbar sind, allerdings von Suchmaschinen erkannt werden und somit zu deren Orientierung dienen).

³²⁴ Ahrens, CR 2000, 835 (839) schließt zu Unrecht bereits aus Art.2 lit. f) – wonach die Angabe der Internet-Adresse keine kommerzielle Kommunikation darstellt –, dass das Domain-Recht nicht von Art.2 lit. h) erfasst sei; dies ergibt sich allein aus dem Anhang; ebenso ausführlich: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633, 671f, der zudem vorschlägt, das Namensrecht analog unter den 1.SpStr. zu fassen, da ihm als Abwehr- und Ausschlussrecht eine vergleichbare Rolle zukomme und ansonsten eine „unerfreuliche Dichotomie“ drohe.

³²⁵ RL 2001/29/EG v. 22.5.01 des EP und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Rechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG L 167, 10; dazu: Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733ff; ders., ZUM 2002, 43ff (zur Umsetzung); Linnenborn, K&R 2001, 394ff; Spindler, GRUR 2002, 105ff; Bayreuther, EWS 2001, 422ff; Augi, EuLF 2001, 420ff, jeweils m.w.N..

³²⁶ Hoeren, MMR 1999, 192 (196): mit der Ausnahme werde „allenfalls religiösen Befindlichkeiten Rechnung getragen.“; indes ist die weit reichende bereichsspezifische Harmonisierung auch ein Grund das Immaterialgüterrecht als spezielles Regelungsgebiet herauszunehmen, so auch: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (670f).

³²⁷ Vgl. m.w.N.: Schack, MMR 2000, 59 (62); Intveen, passim; aber auch Sack, WRP 2000, 269 (270f; 274ff).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

bb. 2. Spiegelstrich: Ausgabe elektronischen Geldes³²⁸

Gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 2.SpStr. des Anhangs findet Art.3 keine Anwendung auf die „Ausgabe elektronischen Geldes“ durch bestimmte Institute³²⁹. Damit sind wesentliche Bereiche von Finanzdienstleistungen, die online erbracht werden, nicht von Art.3 erfasst³³⁰. Durch diese Ausnahme wird eine Kollision mit den parallel zur Verabschiedung der E-RL entwickelten Regelungen zu den E-Geldinstituten ausgeschlossen³³¹, die ihrerseits vergleichbar dem Kreditaufsichtsrecht bereits ein Herkunftslandprinzip regeln³³².

cc. 3. Spiegelstrich: OGAW – (Wertpapier-) Richtlinie

Gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 3.SpStr. des Anhangs findet Art.3 keine Anwendung auf Art.44 Abs.2 der sog. OGAW-Richtlinie 85/611/EWG³³³ (vgl. Art.1 Abs.1: „Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren“³³⁴). Dieser sieht vor, dass jeder OGAW in dem Staat des Vertriebs Werbung betreiben kann, sofern er die hierfür in diesem Staat geltenden Bedingungen beachtet. Interessanterweise stellt Art.44 Abs.2 OGAW-RL eine Ausnahmebestimmung zu einem ‚sekundärrechtlichen‘ Herkunftslandprinzip dar³³⁵. Insofern bestätigt Art.3 Abs.3 i.V.m. 3.SpStr. aus Rücksicht auf den bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungsstandard, die entgegen einer bestehenden Herkunftslandanknüpfung geschaffene Sonderbehandlung von Werbung für Anlagen im Vertriebsstaat. Hierfür muss entgegen Art.1 Abs.6 OGAW-Richtlinie generell auch das Recht des Bestimmungslandes beachtet werden. Im Umkehrschluss lässt sich daraus

³²⁸ Bei dem sog. E-Geld handelt es sich nach der RL 2000/46/EG um einen monetären Wert in Form einer Forderung gegen die ausgebende Stelle, welcher auf dem Datenträger gespeichert ist, nur gegen Entgegennahme eines Geldbetrages ausgegeben werden darf, der nicht geringer als der ausgegebene ist und welcher von anderen Unternehmen als der ausgebenden Stelle als Zahlungsmittel akzeptiert wird. Durch diese Art eines elektronischen Substituts für Bargeld wird zurzeit bereits versucht einen computerunterstützte Zahlungsabwicklung im Internet durchzusetzen (z.B. Firstgate, click&buy, Paybox).

³²⁹ „Institute, auf die die Mitgliedstaaten eine der in Art.8 der RL 2000/46/EG (v. 18.9. 2000 über die Aufnahme, Ausübung, Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geldinstituten, ABl. EG L 275 v. 27.10. 2000, 39ff) vorgesehenen Ausnahmen angewendet haben“, vgl. Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.3, Rn.24; Richtlinie 2000/12/EG des EPs und des Rates v. 20.3.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG L 126/1; vgl. hierzu: Gramlich, CR 2000, 199f; Meyer, WM 2000, 2120.

³³⁰ Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15 (17).

³³¹ Vgl. schon die Gemeinsamen Standpunkte zur RL 2000/46/EG, ABl. EG Nr. C 26 v. 28.1.2000, S.1ff, 12ff.

³³² Vgl. noch unten: 1.Teil: D.II.5.; Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (672), betont zu Recht, dass durch die Ausnahme nicht die zivilrechtlichen Aspekte, z.B. bzgl. des notwendigen Eigenkapitals, betroffen sind, da die genannten Richtlinien lediglich aufsichtsrechtliche Fragen behandeln.

³³³ RL zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungstätigkeiten betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiersachen, ABl. EG L 375 v. 31.12.1985, 3, zuletzt geändert durch die RL 95/26/EG, ABl. EG L 168 v. 18.7.1995, 7ff.

³³⁴ Gemeint sind Organismen, die „beim Publikum beschaffte Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikobetreuung in Wertpapieren“ anlegen und „deren Anteile auf Verlangen der Anteilinhaber ... zurückgenommen oder ausgezahlt werden“ (Art.1 Abs.2), z.B. Investmentfonds bzw. -gesellschaften, Trusts.

³³⁵ Vgl. vor allem Art.1 Abs.1, 6f; Art.3f, Art.44 Abs.1,3; Art.45, 52 OGAW-Richtlinie; zum Herkunftslandprinzip der OGAW-Richtlinie noch ausführlich: 1.Teil: D.II.3.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

ableiten, dass im Grundsatz alle anderen Kapitalmarktangebote über das Internet als DIG vom Herkunftslandprinzip erfasst werden³³⁶.

dd. 4.Spiegelstrich: Versicherungs-Richtlinien

Gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 4.SpStr. des Anhangs findet Art.3 keine Anwendung auf Art.30 und Titel IV der *sog. Dritten Richtlinie Schadensversicherung*³³⁷ sowie auf die Art.7f der *Zweiten Richtlinie Schadensversicherung*³³⁸ und Titel IV der *Dritten Richtlinie Lebensversicherung*³³⁹ und Art.4 der *Zweiten Richtlinie Lebensversicherung*³⁴⁰.

Im Hinblick auf die Lebensversicherungen brachte die Richtlinie 2002/83/EG über Lebensversicherungen³⁴¹ (L-RL) Veränderungen, die sich indes inhaltlich nicht auswirken: Aus Artikel 4 Zweite Richtlinie Lebensversicherungen wurde der wortgleiche Art.32 L-RL; Titel IV der Dritten Richtlinie Lebensversicherung ist nunmehr wortgleich in den Art.40-50 L-RL zu finden.

Diese Ausnahme ist im Hinblick auf das im Versicherungsaufsichtsrecht³⁴² – wie auch schon im Kreditwesen bei den OGAW – seit längerem bestehende Herkunftslandprinzip nur konsequent³⁴³:

Art.7f³⁴⁴ *Zweite Richtlinie Schadensversicherung* und der jetzige Art.32 L-RL³⁴⁵ legen für Versicherungsverträge das anwendbare Recht im Stile einer Kollisionsregel

³³⁶ Vgl. Spindler, IPRax 2001, 400 (401), der zu Recht auf die parallele Entwicklung im Primärrecht zu Art.49 EG hinweist, vgl. EuGH („Alpine Investments“) v. 10.5.95, Rs.C-384/93, Slg.1995, I-1141 (I-1178ff) zum sog. cold calling (Telefonmarketing von Kapitalmarktangeboten), dazu: Glöckner, GRUR Int. 2000, 29ff.

³³⁷ RL 92/49/EWG des Rates v. 18.6.92 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (*mit Ausnahme der Lebensversicherung*) sowie zur Änderung der RL 72/239/EWG und 88/357/EWG, ABl. L 228 v. 11.8.92, S.1ff; zuletzt geändert durch die RL 95/26/EG, ABl. L 168 v. 18.7.95, 7ff.

³³⁸ Zweite RL 88/357/EWG des Rates v. 22.6.1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (*mit Ausnahme der Lebensversicherung*) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der RL 73/239/EWG, ABl. L 172 v. 4.7.1988, 1ff; zuletzt geändert durch die RL 92/49/EG (s.o.).

³³⁹ RL 92/96/EWG des Rates vom 10.11.92 zur Koordinierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (*Lebensversicherung*) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. L 360 v. 9.12.1992, S.1ff; zuletzt geändert durch die RL 95/26/EG, ABl. L 168 v. 18.7.1995, S.7ff.

³⁴⁰ Zweite RL 90/619/EWG des Rates v.8.9.1990 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (*Lebensversicherung*) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der RL 79/267/EWG, ABl. L 330 v. 29.11.1990, S.50ff; zuletzt geändert durch die RL 92/96/EG (s.o.).

³⁴¹ Richtlinie 2002/83/EG des EPs und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG L 345 v. 20.12.02. 1ff.

³⁴² Vgl. allgemein zum Thema Versicherung und Internet: Winter, VersR 2001, 1461ff; weitere Nachweise bei Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (688, Fn.199).

³⁴³ Vgl. Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (672, 688f), der auch auf mögliche Konflikte hinsichtlich der Rechtslage beim Europäischen Versicherungsvertragsrecht hinweist, was hier nicht vertieft werden soll.

³⁴⁴ Art.7 Abs.1: „Das Recht, das auf die unter diese Richtlinie fallenden Versicherungsverträge über in den Mitgliedstaaten belegen Risiken anwendbar ist, wird wie folgt bestimmt: ...“

³⁴⁵ Art.32 Abs.1: „Das Recht, das auf Verträge über die in der vorliegenden Richtlinie genannten Tätigkeiten anwendbar ist, ist das Recht des Mitgliedstaates der Verpflichtung...“

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

fest³⁴⁶. Im Umkehrschluss spricht dies für eine kollisionsrechtliche Bedeutung von Art.3 E-RL, der insofern auch das Vertragsrecht prinzipiell erfassen soll, denn die Ausnahme stellt klar, dass die speziell für das Versicherungsvertragsrecht geschaffenen Kollisionsregeln, keinesfalls durch einen als IPR-Regel verstandenen Art.3 E-RL verdrängt werden sollen – was nur Sinn macht, wenn auch Art.3 E-RL selbst eine Kollisionsregel insoweit darstellt.

Die Ausnahme des Titel IV der Dritten Richtlinie Schadensversicherung und der Art.40-50 L-RL bestätigt, dass spezifische Ausgestaltungen des Herkunftslandprinzips im Versicherungsrecht von Art.3 E-RL unberührt bleiben sollen. Dort finden sich jeweils detaillierte Bestimmungen, die die Aufgaben der im Versicherungsrecht „zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaates“, aber auch Rechte und Pflichten der Versicherungsunternehmer gegenüber einer solchen Behörde und verbleibende Eingriffsrechte der Behörden des Zielstaates regeln. Diese Vorschriften stellen somit eine Konkretisierung des in Art.28 Dritte Richtlinie Schadensversicherung bzw. nunmehr in Art.33 L-RL geregelten Herkunftslandprinzips dar³⁴⁷.

ee. 5.Spiegelstrich: „Freiheit der Rechtswahl für Vertragsparteien“

Das Recht des Niederlassungsstaates weicht gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 5.SpStr. des Anhangs ferner demjenigen Recht, das von den Vertragsparteien durch freie Rechtswahl bestimmt worden ist. Art.3 Abs.1, 2 lässt insofern Art.3 des sog. EVÜ³⁴⁸ (bzw. nach der Umsetzung in Deutschland Art. 27 EGBGB) unberührt. Dies gilt allerdings nur, soweit die freie Rechtswahl nicht durch zwingendes Verbraucherrecht beschränkt ist, da vertragliche Verpflichtungen in Bezug auf Verbraucherverträge vom 6.SpStr. erfasst sind³⁴⁹. Dies ist im Hinblick auf die Wahrung der Privatautonomie sachgerecht, und zudem aufschlussreich, weil eine Rechtswahlvereinbarung gerade kollisionsrechtliche Überlegungen ausschließt³⁵⁰ (vgl. Art.15 EVÜ bzw. 4 Abs.2 EGBGB). Insofern kann auch im Umkehrschluss zum 5.SpStr. des Anhangs gefolgert werden, dass Art.3 Abs.1, 2 eine kollisionsrechtliche Bedeutung zukommt, denn ansonsten

³⁴⁶ Vgl. erläuternd zu Art.7 Zweite Schadens-RL: Drasch, 212f (m.w.N. v.a. in Fn.1099); noch zu Art.4 Zweite Lebens-RL: ders, 213f (Fn.1108).

³⁴⁷ Dazu noch ausführlich: 1.Teil: D.II.4.

³⁴⁸ Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 14.6.1980, konsolidierte Fassung, ABl. EG C 27 v. 26.1.1998, 34ff bzw. BGBl. II 1986, 810ff; vgl. 2.Teil: B.

³⁴⁹ Vgl. Tettenborn, K&R 2000, 59 (61), Fn.17; dazu sogleich.

³⁵⁰ Vgl. Ahrens, CR 2000, 835 (839).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

wäre es überflüssig, die Rechtswahlfreiheit vom Herkunftslandprinzip auszunehmen³⁵¹. Demnach beträfe Art.3 auch das Vertragsstatut, soweit es nicht anderweitig ausgeschlossen ist³⁵².

ff. 6.Spiegelstrich: „vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge“

Gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 6.SpStr. des Anhangs findet das Herkunftslandprinzip keine Anwendung auf „*vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge*“. Dadurch soll sichergestellt werden, dass einem Verbraucher im eG nicht der Schutz entzogen wird, der ihm von den zwingenden Vorschriften für vertragliche Verpflichtungen nach dem Recht des Mitgliedstaates gewährt wird, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat (sog. objektive Anknüpfung des Verbrauchervertragsstatuts, Art.5 EVÜ bzw. 29 EGBGB³⁵³). Die zwingenden Bestimmungen des Rechts am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers können auch nicht durch eine ansonsten zulässige Rechtswahlvereinbarung ausgeschlossen werden³⁵⁴. Dies führt i.E. grundsätzlich zu einer Bestimmungslandanknüpfung, so dass sich etwa die Mängelhaftung nach dem Recht des Heimatlandes des Verbrauchers und nicht nach dem Niederlassungsort des Diensteanbieters richtet³⁵⁵. Damit bleibt der durch das EVÜ garantierte Status quo im Verbrauchervertragsrecht unter Berücksichtigung der generellen Prinzipien des EG³⁵⁶ und sonstiger verbraucherschutzrechtlicher Regelungen im Vertragsrecht, z.B. der Fernabsatzrichtlinie und den daraus resultierenden Umsetzungsakten wie Art.29a EGBGB³⁵⁷, bestehen³⁵⁸. Bei den z.Zt. andauernden Arbeiten zur Vergemeinschaftung des EVÜ in einer sog. Rom I – Verordnung spielen gerade Überlegungen des Verbraucherschutzes eine große Rolle, so

³⁵¹ In diesem Sinne: Mankowski, EWS 2002, 401 (403); Spindler, ZHR 165 (2001), 324 (335); ders., RIW 2002, 183 (185); ders., in: Gounalakis, Handbuch Electronic Business, Rn.82; Lurger, in: Recht der Domain-Namen, 103 (136); Cruquenaire/ Lazaro, 41 (54, no.93); Leible, in: Nordhausen, 71 (80f).

³⁵² Vgl. Spindler, ZRP 2001,203, (204ff); ders., IPRax 2001, 400 (402); ders., NJW 2002, 921 (926); a.A. Lurger/ Vallant, MMR 2002, 203.

³⁵³ Vgl. Erwägungsgründe 55 Satz 2, 56; dazu: Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316); Ahrens, CR 2000, 835 (839); Lehmann, EuZW 2000, 517 (517): „zentrale Schutzbestimmung im Verbraucherrecht“; Ernst, VuR 1999, 397 (399); Brenn, ÖJZ 1999, 481 (483ff).

³⁵⁴ Vgl. insb. Mankowski, MMR-Beilage 7/2000, 22 (22ff); für eine Anwendung des Art.5 EVÜ/ 29 EGBGB auf Verbraucherverträge im Internet schon vor der E-RL: Thorn, IPRax 1999, 1, (4f); Borges, ZIP 1999, 565 (568).

³⁵⁵ Vgl. Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (349).

³⁵⁶ Das durch das nationale IPR - welches der EVÜ entspricht - bestimmte Recht ist seinerseits, an der Dienstleistungsfreiheit des Art.49 EG zu messen; vgl. Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (795); Mitteilung der Kommission zur Auslegung, Dienstleistungsfreiheit und das generelle Interesse in der Zweiten Bankenrichtlinie, II. Abschnitt, C.; SEC (97) 1193 final; 20 Juni 1997.

³⁵⁷ Für die Fernabsatzrichtlinie ergibt sich dies auch schon aus Erwägungsgrund 11.

³⁵⁸ Vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (67); Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (795); zur Funktionsweise des Int. Verbrauchervertragsrechts nach dem EVÜ: Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (277ff).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

dass auch hinsichtlich der umstrittenen Anwendung von Art.5 EVÜ im Online-Umfeld³⁵⁹, Klarstellungen zu erwarten sind³⁶⁰. Unklar bleibt die Reichweite der Ausnahme „*vertragliche Schuldverhältnisse*“³⁶¹: Die Beschränkung auf ‚vertragliche‘ Schuldverhältnisse könnte dafür sprechen, dass umgekehrt *vorvertragliche* Schuldverhältnisse gerade nicht erfasst sind³⁶². Demgegenüber scheint Erwägungsgrund 56 vorvertragliche Informationspflichten zum Schutz der Verbraucher, unter die Ausnahmenvorschrift zu subsumieren³⁶³. Ferner könnten auch lediglich die Pflichten aus einem Vertrag, umgekehrt aber nicht die Vorschriften, die die formale Gültigkeit des (Verbraucher-)Vertrages betreffen von der Ausnahme erfasst sein³⁶⁴.

Letztlich hat Art.3 damit keine Auswirkungen auf die Rechtswahlfreiheit (Art.3 EVÜ, Art. 27 EGBGB) und das Verbrauchervertragsrecht (Art.5 EVÜ, Art.29 Abs.1, 2, 4 EGBGB). Im Übrigen wird das Internationale Schuldvertragsrecht³⁶⁵ (Art.4 EVÜ, Art.28 EGBGB) und, soweit es um die außervertragliche Haftung geht, Art.40 EGBGB, verdrängt. Art.3 findet damit vor allem im B2B-Vertragsrecht Anwendung, was jedoch wegen der im Wirtschaftsverkehr üblichen Rechtswahl praktisch bedeutungslos bleiben dürfte³⁶⁶.

Unmissverständlich spricht allerdings auch der 6.SpStr. des Anhangs (analog zur Argumentation bei Spiegelstrich 5) entgegen Art.1 Abs.4³⁶⁷ im Umkehrschluss für eine kollisionsrechtliche Bedeutung des Art.3 Abs.1, 2.

³⁵⁹ Vgl. Lindholm/ Maennel, CRi 2000, 65 (67), die eine Klarstellung anregen; a.A.: Mankowski, MMR-Beilage 7/2000, 22ff (ausführlich und m.w.N). Dies soll hier offen gelassen werden.

³⁶⁰ Vgl. hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B.II.2.

³⁶¹ Zu dieser im Verfahren heftig umstrittenen Frage: Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (793-798, 824f)

³⁶² Vgl. Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (797f) sieht im Wortlaut eine bewusste Entscheidung des Richtliniengabers angesichts heftiger Diskussionen im Rat, in denen eine Einfügung des Begriffs „vorvertraglich“ ausdrücklich abgelehnt wurde.

³⁶³ a.A.: Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (798).

³⁶⁴ Vgl. Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (796); dies soll hier noch offen gelassen werden; vgl. dazu: 1.Teil: B.II.4.b.bb. (2); vorab: Mankowski, MMR-Beilage 7/2000, 22 (23).

³⁶⁵ Dagegen: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (155ff), der darlegt, dass Art.4 Abs.2 EVÜ schon in der Sache nicht tangiert sei, weil er faktisch ein Herkunftslandprinzip normiere und im Hinblick auf Art.4 Abs.5 EVÜ, Art.3 E-RL teleologisch reduzieren will, um mit Hilfe des IPR „Einzelfallgerechtigkeit walten zu lassen“.

³⁶⁶ Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15 (17).

³⁶⁷ Vgl. deshalb ablehnend: Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (127). Die Richtlinie soll gerade keine „zusätzlichen“ das IPR betreffenden Anweisungen enthalten.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

gg. 7.Spiegelstrich: formale Gültigkeit von Immobilienverträgen, bei zwingenden Formvorschriften

Gemäß Art.3 Abs.3 i.V.m. 7.SpStr. des Anhangs findet Art.3 Abs.1, 2 keine Anwendung auf die „*formale Gültigkeit*“ von Immobilienverträgen, „*sofern diese nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sich die Immobilie befindet, zwingenden Formvorschriften unterliegen*“³⁶⁸. Die Mitgliedstaaten sollen somit auch weiterhin die für ihr eigenes Staatsgebiet geltenden formalen Anforderungen zum Grundstückserwerb selbst bestimmen³⁶⁹. Teilweise wird aus der vorliegenden Ausnahme geschlossen, dass im Umkehrschluss die formale Gültigkeit von allen sonstigen Verträgen von Art.3 erfasst wäre³⁷⁰.

hh. 8.Spiegelstrich: Spamming (nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post)

Auch nicht erbetene durch elektronische Post übermittelte Wirtschaftswerbung („Spamming“) fällt nicht unter Art.3 Abs.1, 2 (Art.3 Abs.3 i.V.m. 8.SpStr)³⁷¹.

Damit ist eine Rechtsvereinheitlichung in einer für die Diensteanbieter zentralen Frage ein weiteres Mal unterblieben³⁷², obwohl Lösungsmöglichkeiten, sei es im Sinne eines sog. Opt-in oder Opt-out-Modells³⁷³, durchaus vorlagen. Eine im Vergleich zum Herkunftslandstandard womöglich strengere mitgliedstaatliche Beurteilung blieb demnach auch gegenüber Diensteanbietern aus anderen Mitgliedstaaten möglich³⁷⁴. Mittlerweile wurde die Frage auf Gemeinschaftsebene in der Richtlinie 2002/58/EG³⁷⁵ geregelt: die Versendung von

³⁶⁸ Die Vorschrift findet systematisch eine Bestätigung in Art.9 Abs.2 lit. a), der den Grundsatz des Absatzes 1, dass ein Mitgliedstaat keine Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge aufstellen darf, u.a. zugunsten der Immobilienverträge durchbricht.

³⁶⁹ Vgl. Erwägungsgrund 36, der Fälle herausstellt, in denen die Mitwirkung von Behörden, Gerichten o.ä. erforderlich ist, damit Verträge gegenüber Dritten wirksam sind; Immobilienverträge hätten i.d.R. eine enge Beziehung zum nationalen Eigentums- und Sachenrecht und die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen blieben gemäß Art.295 EG unberührt, vgl. Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.3 Rn.29.

³⁷⁰ In diesem Sinne: Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (797); vgl. dazu noch: 1. Teil: B.II.4.b.cc.(1).

³⁷¹ Vgl. speziell: Art.7 E-RL; Erwägungsgrund 30f; ebenso: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 631 (697f); zur Gesamtproblematik: Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (266f); Ziem, MMR 2000, 129ff (jeweils m.w.N.).

³⁷² Vgl. schon Art.10 Abs.2 Fernabsatzrichtlinie, der grundsätzlich das sog. Opt-out-Prinzip vorsieht, es aber den Mitgliedstaaten durch Art.14 unbenommen lässt, „strengere Bestimmungen“ zu erlassen (str.); vgl. Ziem, MMR 2000, 129 (132f). Der gewählte Weg ist Ausdruck des mitgliedstaatlichen Wunsches, in dieser so bedeutsamen und publikumswirksamen Frage weiterhin das letzte Wort zu behalten.

³⁷³ Unerbetene Werbe-E-mails sind nur bei vorheriger Zustimmung zulässig (opt-in) oder werden erst mit der Ablehnung durch den Empfänger unzulässig (opt-out), vgl. Ziem, MMR 2000, 129 (129).

³⁷⁴ Gemäß Art.6 lit. a) mussten nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen lediglich klar als solche erkennbar sein. Dies würde entgegen der Konzeption der E-RL selbst dann gelten, wenn sich der in Deutschland residierende Empfänger in eine noch gemäß Art.7 Abs.2 zu schaffende Negativliste (Robinson-Liste) eingetragen hat, vgl. zurecht Ahrens, CR 2000, 835 (837), der zudem auf Erwägungsgrund 30 verweist, wonach Spamming an sich nie rechtmäßig erfolgen könnte, denn den Empfänger würden regelmäßig Zusatzkosten treffen.

³⁷⁵ Vgl. Art.13 RL 2002/58/EG des EPs und des Rates v. 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG L 201 v. 31.7.2002, 37ff. Art.7 Abs.2 E-RL, der nur auf natürliche Personen Anwendung findet, ist jetzt im Lichte der RL 2002/58/EG auszulegen; zu weiteren Maßnahmen der Kommission in diesem Bereich: Erster Bericht, 11f.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

„Spam-Mails“ ist nunmehr nur mit vorheriger Einwilligung des Empfängers erlaubt, wenn es sich bei dem Empfänger um eine natürliche Person handelt bzw. innerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung.

Im Umkehrschluss zum 8.SpStr. wird ein weiteres Mal deutlich, dass das Werberecht vom „koordinierten Bereich“ erfasst ist. Wenn man eine Ausnahme für ein eindeutig werberechtliches Segment für nötig hält, muss umgekehrt das Werberecht grundsätzlich erfasst sein³⁷⁶.

c. Vom Anwendungsbereich der Richtlinie generell ausgenommene Bereiche,
Art.1 Abs.5 E-Commerce-Richtlinie

Art.3 Abs.1, 2 kann – selbstverständlich – nicht für die generell vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossenen Bereiche gelten (Art.1 Abs.5)³⁷⁷.

aa. Steuerrecht („Besteuerung“)

Der „Bereich der Besteuerung“ ist vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen (Art.1 Abs.5 lit. a)³⁷⁸. Eine Harmonisierung ist wegen der bestehenden Begehrlichkeiten der Mitgliedstaaten besonders schwierig. Überdies wurde auf Bestrebungen auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Rücksicht genommen, das Steuerrecht generell und auch im Besonderen mit Blick auf den eG zu vereinheitlichen³⁷⁹. Eine Harmonisierung in diesem Bereich ist bedeutsam, da die steuerlichen Einflüsse im Hinblick auf die Überwachung der elektronischen Transaktionen und die Dokumentation, den eG entscheidend fördern oder beeinträchtigen können³⁸⁰. Mittlerweile ist die Richtlinie über die mehrwertsteuerliche Behandlung digitaler Dienste am 1.7.2003 in Kraft getreten³⁸¹.

³⁷⁶ Vgl. Ernst, VuR 1999, 397 (399); Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (912) zum Ersten Vorschlag.

³⁷⁷ Art.1 Abs.5: „Diese RL findet keine Anwendung auf ...“; ebenso: Spindler, MMR Beilage 7/2000, 4 (8).

³⁷⁸ Hierzu erläuternd Erwägungsgründe 12 S.2: „Das Steuerwesen, insb. die Mehrwertsteuer... muss von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen werden“ und 13: „... sollen (keine) Regelungen über steuerrechtliche Verpflichtungen festgelegt werden.“

³⁷⁹ Vgl. Erwägungsgrund 13: Diese RL greift „der Ausarbeitung von Gemeinschaftsrechtsakten zu den steuerlichen Aspekten des elektronischen Geschäftsverkehrs“ nicht vor; damit wurde auf bereits vorliegende Vorschläge zur Änderung der 6.Mehrwertsteuerrichtlinie im Hinblick auf digitale Dienste Rücksicht genommen, hierzu: Arndt/Fetzer, BB 2002, 2545ff; Spanakakis, DSWR 2000, 282ff; Nikoltchev, IRIS 6 (2000), 4f.

³⁸⁰ Vgl. Spindler, ZUM 1999, 775 (777); hierauf kann nicht weiter eingegangen werden.

³⁸¹ RL 2002/38/EG des Rates v. 7.5.2002 zur Änderung und vorübergehenden Änderung der RL 77/388/EWG bezüglich der mehrwertsteuerlichen Behandlung der Rundfunk- und Fernsehdienstleistungen sowie bestimmter elektronisch erbrachter Dienstleistungen, ABl. EG L 128 v. 15.5.2002, 41ff; sie enthält Vorschriften über die Erfüllung der MwSt.-Pflichten auf elektronischem Weg, bspw. zur elektronischen MwSt. - Registrierung, elektronischen Archivierung und Rechnungsstellung; s. auch VO (EG) Nr.792/2002, ABl. EG L 128 v.15.5.2002, 1ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

bb. Datenschutz und elektronische Kommunikation: Richtlinien 95/46/EG³⁸² und 97/66/EG bzw. 2002/58/EG³⁸³

„Fragen ..., die von den Richtlinien 95/46/EG und 97/66/EG (also nunmehr: 2002/58/EG) erfasst werden“ sind nicht einbezogen (Art.1 Abs.5 lit. b). Dort ist zum einen generell der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum anderen ist dies speziell für den Bereich der elektronischen Kommunikation geregelt. Diese speziellen Regelungen zum freien Datenverkehr und zum Schutz der Privatsphäre bleiben somit unberührt³⁸⁴.

Interessanterweise richtet sich der datenschutzrechtliche Standard gemäß Art.4 Abs.1 lit. a) der RL 95/46/EG nach der Niederlassung des für die Verarbeitung Verantwortlichen, so dass bereits eine Herkunftslandanknüpfung in diesem Fall sogar unter der aussagekräftigen Überschrift „Anwendbares einzelstaatliches Recht“ besteht³⁸⁵. Indes wird hier entgegen der E-RL teilweise angenommen, dass sich die Niederlassung nach dem Standort des Servers richte³⁸⁶.

cc. Kartellrecht

„Fragen betreffend Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die dem Kartellrecht unterliegen“ fallen nicht unter die E-RL (Art.1 Abs.5 lit. c). Art.3 erfasst somit keinerlei kartellrelevanten Vereinbarungen, wobei dessen Auswirkungen ohnehin auf solche Tatbestände beschränkt gewesen wären, die unterhalb der Eingriffsschwelle der Art.81f EG liegen, d.h. dem nationalen Kartellrecht allein überantwortet sind. Denn gegenüber dem geltenden Gemeinschaftsrecht, das jegliche Art von Wettbewerbsbeschränkungen wie Kartelle, vertikale Bindungen (z.B. Preis-, Vertriebsbindungen, Kopplungsverträge), aber auch Machtmissbrauch jeglicher Art nach der Generalklausel des Art.82 EG verbietet, wäre Art.3 ohnehin wir-

³⁸² RL 95/46/EG des EPs und des Rates vom 24.10.95 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG L 281 v. 23.11.95, 31ff.

³⁸³ Die RL 97/66/EG des EPs und des Rates vom 15.12.97 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. EG L 24 v. 30.1.98, 1ff ist mittlerweile durch die RL 2002/58/EG des EPs und des Rates v. 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation), ABl. EG L 201 v. 31.7.2002, 37ff, aufgehoben worden, vgl. Art.19, erläuternd Erwägungsgrund 4 der RL 2002/58/EG.

³⁸⁴ Vgl. Erwägungsgründe 15: „..., beide RL sind uneingeschränkt auf DIG anwendbar (und) begründen bereits einen gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für den Bereich personenbezogener Daten, so dass die Frage in der vorliegenden RL nicht geregelt werden muss, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts ... zu gewährleisten. Die Grundsätze des Schutzes personenbezogener Daten sind ... uneingeschränkt zu beachten...“; 16: „Die Vertraulichkeit der Kommunikation ist durch Art.5 der RL 97/66/EG (bzw. 2002/58/EG) gewährleistet.“

³⁸⁵ Vgl. noch ausführlich: 1.Teil: D.II.2.

³⁸⁶ Vgl. etwa Ehrmann/ Helfrich, Art.4 Rn.15; a.A.: Grabitz/Hilf (- Brühann), EG III, A30, Art.4 Rn.11.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

kungslos, da ein auszugleichendes Schutzgefälle aufgrund des bestehenden Harmonisierungsgrades nicht besteht³⁸⁷.

Die deutliche Ausnahme des Kartellrechts³⁸⁸ im Gegensatz zum verwandten Lauterkeitsrecht, spricht im Umkehrschluss für eine Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich der Richtlinie³⁸⁹.

dd. bestimmte Tätigkeiten von Diensten der Informationsgesellschaft

Gemäß Art.1 Abs.5 lit. d) findet die Richtlinie keine Anwendung auf bestimmte Tätigkeiten der DIG, so auf solche „... von Notaren oder Angehörigen gleichwertiger Berufe, soweit diese eine unmittelbare besondere Verbindung zur Ausübung öffentlicher Befugnisse aufweisen“³⁹⁰ (1.SpStr.). Ziel dieser Ausnahme ist es, die mitgliedstaatlichen Interessen in Bezug auf die auf ihrem Staatsgebiet tätig werdenden (Quasi-) Hoheitsträger zu sichern.

Auch die „Vertretung von Mandanten und Verteidigung seiner Interessen vor Gericht“ (2.SpStr.) bleibt durch die Richtlinie unberührt. Hiermit kann dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Richtlinie folgend nur die konkrete Tätigkeit vor Gericht gemeint sein. Ansonsten wären die Vorschriften der Art.8 und 17, die grundsätzlich eine Nutzung des Internets auch für die Rechtsberatung bzw. die außergerichtliche Streitbeilegung auf elektronischem Wege (sog. Alternative Dispute Resolution – ADR) vorsehen, sinnlos³⁹¹.

Des Weiteren sind „Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten“ ausgenommen (3.SpStr.)³⁹². Erwägungsgrund 16 stellt klar, dass hiermit nicht Preisausschreiben und Gewinnspiele gemeint sind, mit denen „der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen gefördert werden soll und bei denen etwaige Zahlungen nur dem Erwerb der angebotenen Waren oder Dienstleistungen dienen“. Diese Klarstellung stärkt die These, dass im Umkehrschluss zu Art.3 Abs.3 i.V.m. 8.SpStr. das gesamte Werberecht vom koor-

³⁸⁷ Vgl. zutreffend: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (6); ders., RabelsZ 66 (2002), 633 (668ff), insb. ausführlich zur Problematik der Einordnung einer sog. Wettbewerbsverbotsklausel. Hierbei können Wettbewerber untereinander im Rahmen von Austauschverträgen Wettbewerbsverbote vereinbaren, die grundsätzlich am Kartellverbot scheitern, im einzelnen aber zulässig sein können (vgl. Deutsches Rechts-Lexikon, 4847); fraglich ist, ob eine solche Vereinbarung zwar nicht hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit unter Art.3 fällt, dafür aber die damit verbundenen zivilrechtlichen (Vor-) Fragen, z.B. Nichtigkeit oder Haftung. M.E. sollten angesichts der weiten Formulierung des Art.1 Abs.5 lit. c) und im Interesse größtmöglicher Rechtsklarheit sämtliche Rechtsfragen im Hinblick auf Wettbewerbsverbotsklauseln, auch die zivilrechtlichen, nicht von Art.3 erfasst sein.

³⁸⁸ Nach Tettenborn, K&R 2000, 59 (60) geschah dies insb. auf deutschen Wunsch.

³⁸⁹ Vgl. schon oben: 1.Teil: B.II.2.b.aa.(3).

³⁹⁰ Vgl. zu Recht: Tettenborn, K&R 2000, 59 (60): Ausweitung folgt „dem Leitbild des Art.45 EG“.

³⁹¹ Vgl. auch kritisch: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (6).

³⁹² Vgl. insoweit neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH („Gambelli“) v. 6.11.2003, Rs.C-243/01, Slg. 2003; hierzu: Walz, EuZW 2004, 523ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

dinierten Bereich erfasst sein soll, da ansonsten die Herausnahme von Gewinnspielen zu Werbezwecken überflüssig wäre.

d. Sog. Kulturklausel, Art.1 Abs.6 E-Commerce-Richtlinie

Auch mit Blick auf die oben dargestellte schwierige Abgrenzung von DIG zum Rundfunk ist die sog. Kulturklausel des Art.1 Abs.6 von Interesse. Hiernach bleiben „Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene, die ... der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen“ von der Richtlinie unberührt³⁹³.

Nach einer sehr weiten Auslegung, werde hiermit die Rundfunkhoheit der Nationalstaaten anerkannt³⁹⁴. Es ist jedoch gerade aus systematischen Erwägungen fraglich, ob die doch sehr allgemeine Vorschrift des Art.1 Abs.6 tatsächlich die fortwährende Anwendung des nationalen Rundfunkrechts auf sämtliche Internet-Rundfunkangebote sicherstellen will³⁹⁵. Wie dargelegt sind einzig Art.3 Abs.3-6 dazu berufen, Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip zu schaffen. Zudem wäre es widersprüchlich, sich in Art.2 lit. a) intensiv um eine Abgrenzung der DIG zum Rundfunk zu bemühen, um diese dann durch eine pauschale Klausel wieder in Frage zu stellen. Die dort vorgenommene Weichenstellung trägt der nationalen Rundfunkhoheit ausreichend Rechnung, indem über die Begriffsdefinition der DIG der „klassische“ Rundfunk ohnehin aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausgenommen wird³⁹⁶. Art.1 Abs.6 behält indes eine klarstellende Funktion im Hinblick auf mögliche Auswirkungen der E-RL auf Maßnahmen zur Förderung der kulturellen Vielfalt wie z.B. Förderprogramme finanzieller oder sonstiger Art. Mithin bleibt es bei den oben festgelegten Kriterien zur Abgrenzung von DIG zum Rundfunk und Art.1 Abs.6 stellt keine weitere Ausnahme zum Herkunftslandprinzip dar.

³⁹³ Dazu erläuternd Erwägungsgrund 63: Die RL „hält die Mitgliedstaaten nicht davon ab, den ... sozialen, gesellschaftlichen und kulturellen Auswirkungen Rechnung zu tragen, ... darf nicht Maßnahmen verhindern, die die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht erlassen können, um soziale, kulturelle und demokratische Ziele ... zu erreichen...“; vgl. zur Abgrenzung DIG – Rundfunk bereits ausführlich: 1.Teil: B.II.2.a.dd.

³⁹⁴ Vgl. Tettenborn, K&R 2000, 59 (60, Fn.9.); Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (5): Sorgen der deutschen Bundesländer „Abrufdienste könnten zum Rundfunk mutieren“ und auf immer deren Regelungsbereich entzogen werden, seien damit gebannt; Tettenborn, K&R 1999, 252 (255) schon zum geänderten Vorschlag: „Regelungshoheit der Länder im Rundfunkbereich bleibt im Grundsatz unberührt.“

³⁹⁵ So blieben in Deutschland etwa die werbe-, jugendschutz- und konzentrationsrechtlichen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages für Internet-Rundfunk anwendbar, vgl. Hamann, ZUM 2000, 290 (295).

³⁹⁶ Dementsprechend hätte es genügt, die Aussage des Art.1 Abs.6 in den Erwägungsgründen als bloße Zielbestimmung zu regeln; ebenso: Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (782).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

e. Ausnahme des Strafrechts ?

Gemäß Erwägungsgrund 8 wird nicht „*der Bereich des Strafrechts als solcher*“ harmonisiert, sondern nur ein „*rechtlicher Rahmen zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten*“ geschaffen³⁹⁷. Insofern besteht keine generelle Ausnahme zugunsten des nationalen Strafrechts³⁹⁸, denn auch Rechtsunsicherheiten über strafrechtliche Vorschriften, z.B. hinsichtlich des Ehrschutzes bei Werbemaßnahmen, können den freien Handel im Binnenmarkt behindern. Gerade die Vorschriften zur Verantwortlichkeit im Netz (Art.12ff) sind auch in ihrer strafrechtlichen Dimension³⁹⁹ von eminenter Bedeutung für die Rechtssicherheit des eG. Zudem stellt Erwägungsgrund 26 klar, dass die Mitgliedstaaten ihre nationalen strafrechtlichen Vorschriften und Strafprozessvorschriften nur „*im Einklang mit den in der Richtlinie festgelegten Bedingungen*“ anwenden dürfen. Außerdem präzisiert Art.3 Abs.4 lit. b), dass strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen auch ohne die sonst erforderlichen Verfahrensanforderungen erfolgen können, was im Umkehrschluss nur bedeuten kann, das Art.3 generell Anwendung finden soll⁴⁰⁰. Gerade das Beispiel des Strafrechts verdeutlicht die enorme Reichweite des Art.3, denn auch insoweit gilt grundsätzlich das Recht des Herkunftslandes. Damit tritt sogar das nationale Strafrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten prinzipiell in seiner Geltung zugunsten des freien Verkehrs von Diensten und damit im wirtschaftlichen Interesse zurück. Im Ergebnis können die nationalen Strafverfolgungsbehörden gleichwohl wegen Art.3 Abs.4 lit. a) ungehindert weiter arbeiten, ohne dem besonderen Verfahren des Art.3 Abs.4 lit. b)-6 unterworfen zu sein. Es bleibt abzuwarten, inwieweit Strafvorschriften im Rahmen des Art.3 Abs.4 lit. i) für Einzelfallmaßnahmen herangezogen werden⁴⁰¹. Im Primärrecht finden sich bislang nur wenige Fälle, in denen der EuGH strafrechtlichen Normen gemessen an den Grundfreiheiten die Rechtfertigung versagt hätte⁴⁰².

³⁹⁷ Vgl. allgemein zur Frage Internet und Strafrecht: Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (681), Fn.173, m.w.N.

³⁹⁸ Ebenso: Spindler, *MMR-Beilage* 7/2000, 4 (7); ders., *IPRax* 2001, 400 (400); Zweifel bei Satzger, *CR* 2001, 109 (111ff); zur Frage eines Verstoßes gegen die Kompetenzordnung des EG i.E. verneinend Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (682f) m.w.N. zur Fortentwicklung des Europäischen Strafrechts in Fn.178.

³⁹⁹ Vgl. allgemein zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit: Sieber, *Verantwortlichkeit im Netz*, passim.

⁴⁰⁰ Vgl. ebenso: Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (681ff).

⁴⁰¹ Vgl. Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (683), der keine pauschale Freistellung des gesamten Strafrechts annimmt, sondern von einer einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung der jeweiligen Norm ausgeht.

⁴⁰² Vgl. aus der Rechtsprechung: EuGH („Sagulo“) v. 14.7.77, Rs. 8/77, *Slg.* 1977, 1495; EuGH („Pieck“) v. 3.7.80, Rs.157/79, *Slg.*1980, 2171; EuGH („Sanz de Lera“) v. 14.12.95, verb. Rs. 163/94, 165/94, 250/94, *Slg.*1996, I-4821; ausführlich: Satzger, 492ff.

f. Umgehungsverbot

Erwägungsgrund 57 weist auf eine weitere ‚ungeschriebene‘ Ausnahme zu Art.3 hin, womit auch ein ‚race to the bottom‘ verhindert wird.: Den Abrufstaaten bleibt es unbenommen, Maßnahmen gegen Diensteanbieter mit Niederlassung in anderen Mitgliedstaat zu ergreifen, deren „Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend auf (ihr jeweiliges) Hoheitsgebiet ausgerichtet ist“, für den Fall, dass die Niederlassung „gewählt“ wurde, „um die (dort geltenden) Rechtsvorschriften zu umgehen“⁴⁰³. Hiermit wird auf das vom EuGH zu Art.43ff EG⁴⁰⁴ und zum rundfunkrechtlichen Niederlassungsbegriff⁴⁰⁵ entwickelte Missbrauchsverbot verwiesen⁴⁰⁶. Die (sogar spontane) Verlegung des Niederlassungsortes darf jedoch nicht unter dem Generalverdacht einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung stehen⁴⁰⁷. Das bloße Betreiben einer deutschsprachigen Website von einer Niederlassung im EU-Ausland ist prinzipiell Ausdruck der Niederlassungsfreiheit (Art.43ff EG)⁴⁰⁸. Deshalb müssen besondere Gründe eine rechtsmissbräuchliche Umgehung im Einzelfall indizieren⁴⁰⁹.

4. Rechtsfolgen bzw. praktische Auswirkungen

Die Rechtsfolgen des Art.3 treffen dem Wortlaut nach die Mitgliedstaaten. Mindestens genauso bedeutsam sind die indirekten Auswirkungen für die Diensteanbieter und deren Geschäftspartner (Verbraucher oder andere Unternehmen). Die praktischen Auswirkungen hängen von drei Dingen ab:

- Es kommt darauf an, ob man Art.3 eine sachrechtliche, kollisionsrechtliche oder sonstige Bedeutung zukommen lässt (1.Teil:B.II.1; sogleich: B.II.4.a.).
- Die Folgen sind abhängig von der Reichweite der Ausnahmenvorschriften und je nach Rechtsgebiet zu beurteilen (1.Teil:B.II.3; sogleich: B.II.4.b.).

⁴⁰³ Vgl. Erwägungsgrund 57. Kein Diensteanbieter soll das Recht eines Mitgliedstaates durch bloße Verlegung des Niederlassungsortes umgehen können.

⁴⁰⁴ Vgl. aus der Rechtsprechung: EuGH („Centros“) v. 9.3.99, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459; dazu statt vieler: Kindler, NJW 1999, 1993ff.

⁴⁰⁵ So ist die Formulierung fast wörtlich dem Tenor der sog. TV 10-Entscheidung des EuGH vom 5.10.1994 entnommen, EuGH, Rs. C-23/93, Slg.1994, I-4795; hierzu noch ausführlicher: 1.Teil: D.I.

⁴⁰⁶ Vgl. allg. zum Missbrauchs- und Umgehungsverbot: Koenig/ Haratsch, Rn.569; Oppermann, Rn.1586; bezogen auf die Dienstleistungsfreiheit: Rosenboom, 72ff.

⁴⁰⁷ Vgl. Bodewig, GRUR Int. 2000, 475 (481f).

⁴⁰⁸ a.A. allerdings Gierschmann, DB 2000, 1315 (1316), die in einer solchen Konstellation fordert, dass bestimmte Gründe gegen eine Umgehung sprechen müssen.

⁴⁰⁹ Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (677ff) verlangt für eine Umgehung, dass ein Anbieter „abgesehen von seiner die Niederlassung begründenden Tätigkeit keinerlei Aktivitäten in dem Niederlassungsstaat entfaltet und weitere Indizien darauf schließen lassen, dass er Verboten etc. im Empfangsstaat ausweichen möchte“; v.a. zum Nachweisproblem: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (159ff); Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (481f).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

- Letztlich entscheidend ist die konkrete Handhabung des Herkunftslandprinzips nach erfolgter Umsetzung ins jeweilige nationale Recht vor den Gerichten der mittlerweile 25 Mitgliedstaaten, was abzuwarten bleibt⁴¹⁰.

Hierbei ist richtlinienkonform, die Zielsetzung der E-RL zu verwirklichen: die Schaffung eines klaren allgemeinen Rechtsrahmens im Interesse von Rechtssicherheit, Verbrauchervertrauen und damit des eGs durch Abbau von Hemmnissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes⁴¹¹. Dieser Intention wäre m.E. am besten gedient, wenn man die hinter Art.3 stehende relativ simple Grundidee fruchtbar machen könnte, dass ein Internet-Diensteanbieter grundsätzlich nur dem Recht des Mitgliedstaates seiner Niederlassung unterliegen soll. Denn gerade hierauf soll das Zusammenspiel der beiden Rechtsfolgen des Absatzes 1 und 2 offenbar hinaus führen⁴¹².

a. Art.3 und das Kollisionsrecht

Die entscheidende Frage, welches Recht für Diensteanbieter gilt, beantwortet erst das Zusammenspiel von Art.3 mit dem Sach- und Kollisionsrecht. Wie gesehen führt der Streit um das Verhältnis von Art.3 zum IPR auch praktisch zu einer unterschiedlichen Anwendung des Art.3⁴¹³:

- Nach sachrechtlichem Verständnis soll bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt in der EU zunächst weiterhin das herkömmliche Kollisionsrecht Anwendung finden. Nur wenn das auf diese Weise bestimmte Sachrecht gemessen am Maßstab des Rechts des Niederlassungsstaates des Diensteanbieters zu Beschränkungen des freien Verkehrs der DIG führt, soll gemäß Art.3 eine Korrektur am Herkunftslandrecht erfolgen.
- Nach anderer Ansicht führt Art.3 für DIG zur Anwendung des Eingriffsrechts des Niederlassungsstaates des Diensteanbieters, lässt das IPR an sich indes unberührt.
- Wiederum andere meinen, Art.3 verlange im Wege einer Gesamtverweisung, generell vom Kollisionsrecht des Herkunftslandes auszugehen⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (482) erwartet enorme Probleme für Gerichte, Anwälte u. Rechtswissenschaft.

⁴¹¹ Vgl. Erwägungsgründe 3-7; 60: „Im Sinne der ungehinderten Entwicklung des eG muss dieser Rahmen klar, unkompliziert und vorhersehbar sein“; „wirklicher Raum ohne Binnengrenzen für DIG“

⁴¹² Vgl. ebenso statt vieler: Fezer/ Koos, IPRax 2000, 349 (349); Arndt/ Köhler, EWS 2001, 102 (105f); a.A. ohne nähere Begründung, Mayer/ Winkler, NJW CoR 5/2000, 310.

⁴¹³ Vgl. bereits oben 1.Teil: B.II.1.

⁴¹⁴ Vgl. hierzu schon ablehnend: 1.Teil: B.II.2.b.bb.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

- Nach kollisionsrechtlichem Verständnis ist Art.3 eine Kollisionsnorm, die – soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist und keine Ausnahme greift – die Anknüpfung vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse durch Verweisung auf die Sachnormen des Herkunftslandes bestimmt.
- Letztlich soll Art.3 die Möglichkeit eröffnen, von dem jeweils in Frage kommenden Herkunftslandrecht bzw. dem durch das traditionelle IPR bestimmten Recht das aus Sicht des Anbieters „günstigste“ auswählen zu können (sog. Günstigkeitsvergleich).

Ziel dieses Abschnitts ist, unter Berücksichtigung der aufgezeigten und weiteren gängiger Argumente zu einer eigenen Stellungnahme zu gelangen⁴¹⁵.

aa. Art.1 Abs.4 – Beispiel für einen unsäglichen politischen Kompromiss
Art.1 Abs.4 (i.V.m. Erwägungsgrund 23) scheint nahe zu legen, dass die Richtlinie und somit auch Art.3 keinen Einfluss auf das mitgliedstaatliche IPR haben soll⁴¹⁶, womit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten – wie bisher – das nationale IPR berufen wäre, das anwendbare Recht zu bestimmen⁴¹⁷.

Die vermeintlich klare Aussage des Art.1 Abs.4 ist indes so eindeutig nicht⁴¹⁸. Teilweise wird sogar vertreten, dass dieser schon „wegen Widerspruchs zur Realität“ als unbeachtlich einzuordnen sei⁴¹⁹. Insbesondere besagt die Norm nicht, dass die E-RL keine Regeln im IPR bereithalte, sondern lediglich, dass keine „zusätzlichen“ Regeln im Bereich des IPR geschaffen werden. Dies könnte bedeuten, dass in der Richtlinie über ein „kollisionsrechtlich“ verstandenes Herkunftslandprinzip in Art.3 hinaus keine weiteren IPR-Regeln („zusätzlich“) geschaffen werden sollen⁴²⁰. Dafür spricht, dass die kollisionsrechtli-

⁴¹⁵ Das derweil vorliegende Schrifttum ist gewaltig und in seinen Verästelungen verwirrend. Es ist nicht Ziel dieser Arbeit, jedem einzelnen Argument nachzugehen; kompakter Überblick bei Mankowski, EWS 2002, 401ff.

⁴¹⁶ Art.1 Abs.4: „Diese Richtlinie schafft weder zusätzliche Regeln im Bereich des IPR, noch befasst sie sich mit der Zuständigkeit der Gerichte.“

⁴¹⁷ Art.1 Abs.4 schließe eine kollisionsrechtliche Qualifikation aus: Ahrens, CR 2000, 835 (837); Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (127f); Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305f); zum „Neutralitätsgebot“ erhehend: Sack, WRP 2001, 1408 (1408f), ders., WRP 2002, 271 (273ff); vgl. auch: Pfeiffer, in: Gounalakis, Handbuch E-Commerce, § 12, Rn.9ff.

⁴¹⁸ Vgl. Mankowski, EWS 2002, 401 (402), ders., ZVglRWiss 101 (2001), 137 (138f) Vermeer, Molengrafica 1999/2000, 151 (180); Lurger, FS MPI, 479 (484); Landfermann, ebd., 503 (506); Halfmeier, ZEuP 2001, 837 (863f); Schaub, RabelsZ 66 (2002), 18 (34); Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (798ff); Julia-Barcelo/ Montero/ Salaun, in: Commerce Électronique, 1 (29); Vallelersundi, Rev. du Droit de l'UE 2001, 8; Spindler, RabelsZ 66 (2001), 633 (651).

⁴¹⁹ Vgl. Mankowski, EWS 2002, 401 (402), ders., ZVglRWiss 101 (2001), 137 (138f): Der Richtliniengeber könne nicht kurzerhand durch Art.1 Abs.4 bekannt geben, dass Art.3 keinen kollisionsrechtliche Charakter habe. Normcharakter bzw. -kategorie lägen auf einer vorgelagerten Ebene, auf die er nicht zugreifen könne.

⁴²⁰ Nach Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (799) stellt Art.1 Abs.4 eine „politisch“ motivierte Klarstellung dar, wonach die E-RL kein Präzedenzfall dafür sein solle, dass in Zukunft das IPR selbst verschwinden bzw. nur noch im Rahmen horizontaler Gemeinschaftsregelungen geregelt werden solle.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

chen Implikationen des Herkunftslandprinzips an sich – unabhängig von der tatsächlichen dogmatischen Einordnung – schon vorher bekannt waren. Selbst die Befürworter eines sachrechtlichen Verständnisses können m.E. nicht leugnen, dass eine „Überlagerung“ des vom herkömmlichen IPR bestimmten Rechts durch das Herkunftslandrecht auf der Sachrechtsebene im Ergebnis wie Kollisionsrecht wirkt – was dann an sich auch gemäß Art.1 Abs.4 ausgeschlossen sein müsste. Verstärkt wird dieses Argument durch die Tatsache, dass im Hinblick auf die Zuständigkeit der Gerichte im selben Artikel gerade nicht von „zusätzlichen“ Regeln gesprochen wird, sondern eine weit reichendere, sogar generelle Ausnahme normiert wurde. Ebenso mehrdeutig ist Erwägungsgrund 23, 2.Halbsatz⁴²¹: Dieser scheint einerseits nahe zu legen, dass zunächst das anwendbare Recht durch IPR zu bestimmen ist, andererseits könnte es sich hierbei auch um die bloße Klarstellung einer Selbstverständlichkeit für die von Art.3 ausgenommenen Bereiche handeln, nämlich dass das anwendbare Recht nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit der Art.49ff EG verstoßen darf.

Nach alledem kann Art.1 Abs.4 wegen der vorhandenen Widersprüche nicht als Argument gegen ein kollisionsrechtliches Verständnis des Art.3 Verwendung finden. Für Art.1 Abs.4 könnte die Aufgabe verbleiben, eine Gesamtverweisung durch Art.3 auszuschließen⁴²². Die tatsächliche Bedeutung des Art.3 muss unter Berücksichtigung der Zielsetzung der Richtlinie herausgearbeitet werden. Die eindeutige Absicht des europäischen Gesetzgebers, in der Richtlinie überhaupt keine kollisionsrechtlichen Normen schaffen zu wollen, bringt Art.1 Abs.4 jedenfalls nicht zum Ausdruck.

Indes sollten derartig sinnentstellende politische Kompromisse durch die Einfügung von „klarstellenden“ Vorschriften in Normtexten auf Gemeinschaftsebene zukünftig unterbleiben: Es ist dem Verständnis einer Regelung nicht eben förderlich, wenn einer Norm wie Art.3, die sich offensichtlich – egal nach welcher Ansicht – auf das Kollisionsrecht auswirkt, eine Vorschrift wie Art.1 Abs.4 gegenüber gestellt wird, die Auswirkungen auf das Kollisionsrecht gene-

⁴²¹ Erwägungsgrund 23, 2.Halbsatz: „Vorschriften des anwendbaren Rechts, die durch Regeln des IPR bestimmt sind, dürfen die Freiheit zur Erbringung von DIG ... nicht einschränken.“

⁴²² Vgl. Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (126f), der unabhängig vom vorliegenden Streit Art.1 Abs.4 als Argument gegen eine Gesamtverweisung heranzieht. Damit behielte dieser eine eigenständige Bedeutung. Ein Richter könnte weiterhin vom IPR der lex fori ausgehen und müsste nicht von hergebrachten IPR-Grundsätzen abweichen; s.o. 1.Teil: II.2.b.bb.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

rell auszuschließen scheint⁴²³. Die bisher zur Umsetzung von Art.1 Abs.4 erlassenen Vorschriften auf nationaler Ebene verdeutlichen illustrativ die geschaffene Verwirrung⁴²⁴. Art.1 Abs.4 ist dabei zugleich Ausdruck des tief greifenden konzeptionellen Konflikts um die Zukunft des IPR in der EU⁴²⁵.

bb. Die Vorbildfunktion der Grundfreiheiten des Primärrechts als Argument für ein sachrechtliches Verständnis ?

Für ein sachrechtliches Verständnis spräche das vergleichbare Verhältnis der Grundfreiheiten des primären Gemeinschaftsrechts zum mitgliedstaatlichen IPR. Eine besondere Nähe ergebe sich schon aus der grundfreiheitlich inspirierten Formulierung des Art.3 Abs.2 als Beschränkungsverbot⁴²⁶.

Die Durchschlagskraft dieses Arguments ist m.E. sehr schwach, denn bereits die Ausgangslage im Primärrecht ist derart undurchsichtig, dass es aussichtslos erscheint, hieraus zuverlässige Schlussfolgerungen für die Bedeutung eines sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips wie in Art.3 ableiten zu wollen⁴²⁷.

- Zunächst ist bereits umstritten, ob überhaupt ein direkt aus den Grundfreiheiten abzuleitendes Herkunftslandprinzip existiert⁴²⁸ oder ob die grundfreiheitliche Kontrolle kraft Primärrechts, ein völlig anderer Mechanismus ist und das Herkunftslandprinzip gleichsam neben den Grundfreiheiten steht⁴²⁹.
- Selbst wenn man ersteres annimmt oder zumindest eine vergleichbare Situation unterstellt, wird die Lage nicht klarer, denn auch im Primärrecht strei-

⁴²³ Gern sei auch hier an den belgischen Surrealisten René Magritte erinnert, der eines seiner Bilder, auf dem eine Pfeife abgebildet ist, mit der Unterschrift versah: „Ceci n’est pas une pipe“ – „Dies ist keine Pfeife“. vgl. schon: Vermeer, *Molengrafica* 1999/ 2000, 151, 180 ; Ohly, *GRUR Int.* 2001, 899 (900).

⁴²⁴ Beispielsweise haben die irische und belgische Umsetzung Art.3 E-RL wörtlich übernommen, indes Art.1 Abs.4 weggelassen; anders etwa Deutschland (EGG, *BGBI.* 2001, I-3721) oder Österreich (E-Commerce-Gesetz – ECG, *öBGBI. I* Nr.152/2001), die beide Richtlinienbestimmungen wörtlich übernommen haben – ebenso: Schweden, Finnland, Spanien; wiederum anders Dänemark (Gesetz Nr.227 v. 22.4.2002): nimmt zwar eine Art.1 Abs.4 vergleichbare Vorschrift nicht ins Umsetzungsgesetz auf, lässt dafür aber „kollisionsrechtliche“ Ausnahmenvorschriften mit der expliziten Begründung das Herkunftslandprinzip betreffe nur öffentlich-rechtliche Fragen einfach weg – berichtet bei Jayme/ Kohler (m.w.N): *IPRax* 2002, 461 (463); *IPRax* 2003, 485 (488), *IPRax* 2004, 481 (484): die nunmehr erfolgte Umsetzung in Portugal sieht eine eigenständige Kollisionsnorm für Diensteanbieter in Drittstaaten vor; instruktiv zur Umsetzung in Griechenland: Makris, *EuLF* 2004, 160ff.

⁴²⁵ Vgl. ausführlich: 2.Teil, insb. B.III.1.

⁴²⁶ Vgl. bereits oben: 1.Teil: B.II.3.a.; statt vieler: Fezer/ Koos, *IPRax* 2000, 349 (353).

⁴²⁷ Ebenso: Leible, in: Nordhausen, 71 (73ff, 80) mit einer kompakten Darstellung der Probleme; zum Verhältnis des sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips zu den Grundfreiheiten des EGV; zudem Thünken, 27ff; ders., 92ff zu einem kollisionsrechtlichen Gehalt des primärrechtlichen Herkunftslandprinzips, jeweils m.w.N.

⁴²⁸ In diesem Sinne wohl: Steindorff, *ZHR* 150 (1986), 687 (689); ders., *FS Lorenz*, 561 (576); Dausen, *EuZW* 1991, 8 (10); Joerges, *FS Steindorff*, 1247 (1249f); Wolf, *WM* 1990, 1941; Radicati di Brozolo, *Rev. crit. dr. int. pr.* 82 (1993), 401 (407f); Basedow, *RabelsZ* 59 (1995), 1 (12ff); Drasch, 205ff.

⁴²⁹ Hierfür wird insb. das sog. Einlagensicherungsurteil des EuGH angeführt: EuGH („BR Deutschland / Europäisches Parlament und Rat“) v. 13.5.1997, Rs. C- 233/ 94, *Slg.* 1997, I-2405, 2463f, Rn.64: es handele sich nicht „um ein im Vertrag verankertes Prinzip“; zustimmend: Roth, in: *Systemwechsel*, 47ff; Leible, in: Nordhausen, 71 (73ff); Mankowski, *EWS* 2002, 401 (405).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

ten die Gelehrten, ob das Herkunftslandprinzip sach- oder kollisionsrechtlich zu verstehen ist⁴³⁰. Teilweise wird angenommen, dass bereits den Grundfreiheiten ein eigener, in der Regel auf das Herkunftsland verweisender kollisionsrechtlicher Regelungsgehalt innewohne⁴³¹. Das Herkunftslandprinzip verpflichte die Mitgliedstaaten nicht nur zur Anerkennung der Rechtsnormen des Herkunftslandes, sondern zugleich auch zu deren Anwendung⁴³². Eine positive Funktion als Zuweisungsregel wird den Grundfreiheiten indes überwiegend und mittlerweile wohl auch – wie gesehen – vom EuGH abgesprochen⁴³³. Hierfür spricht, dass das „Herkunftslandprinzip“ der Grundfreiheiten speziell im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und gerade nicht als kollisionsrechtliche Verweisungsregel wirkt: Eine die Grundfreiheiten beschränkende Regelung des nationalen Rechts des Bestimmungsstaates ist nicht erforderlich, wenn den betroffenen Allgemeininteressen bereits durch Vorschriften des Herkunftsstaates hinreichend Rechnung getragen wird⁴³⁴. Nur für den Fall einer nicht gerechtfertigten Beschränkung wird das zur Anwendung berufene Recht des Bestimmungslandes am Herkunftslandstandard modifiziert (und insoweit besteht dann wiederum doch eine Art kollisionsrechtlicher Charakter).

Zwar mögen letztlich die besseren Argumente für ein sachrechtliches Verständnis des „primärrechtlichen Herkunftslandprinzips“ sprechen, doch kann dies nicht ohne weiteres auf ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip wie in Art.3 übertragen werden. Das Herkunftslandprinzip als Zuweisungsregel mag zwar nicht „ein im Vertrag verankertes Prinzip“ darstellen⁴³⁵, dennoch klingt im Urteil des EuGH an, dass es dem Gemeinschaftsgesetzgeber zusteht, das Prinzip auf der Ebene des Sekundärrechts kollisionsrechtlich auszugestalten. Das Herkunftslandprinzip des Primärrechts ist somit allenfalls Ausgangs-

⁴³⁰ Hierauf soll im Einzelnen nicht eingegangen werden; vgl. jeweils m.w.N. die folgenden Fußnoten.

⁴³¹ Vgl. Basedow, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 12ff; Drasch, 209ff; Joerges, in: FS Steindorff, 1247 (1249f); Radicati di Brozolo, *Rev. crit. dr. int. pr.* 82 (1993), 401 (407f); Steindorff, FS Lorenz, 561 (575); neuerdings wohl auch Furrer, 206ff

⁴³² Dies würde lediglich dann nicht gelten, wenn die Regelungen des Herkunfts- restriktiver als die des Destinationsstaates seien; letztlich sei das dem Anbieter vorteilhaftere Recht zu berufen, vgl. insb. Basedow, *RabelsZ* 59 (1995), 1 (15ff): „favor offerentis“.

⁴³³ Vgl. Freitag, 292ff; Höpping, 93f; MünchKomm-Sonnenberger, *Einl. IPR*, Rn.137ff; Sonnenberger, *ZVglRWiss* 95 (1996), 3 (11ff); Taupitz, *ZEuP* 1997, 986 (1006ff); von Wilmsky, 52ff; ders. *RabelsZ* 62 (1998), 1 (11); neuerdings auch: Schaub, *RabelsZ* 66 (2002), 18 (33f).

⁴³⁴ Leible, *Wege zu einem Europäischen Privatrecht*, § 4 E V meint deshalb, das Herkunftslandprinzip führe im Primärrecht lediglich zu einer Verschärfung der Begründungspflichten.

⁴³⁵ Vgl. nochmals die Formulierung in EuGH („BR Deutschland / Europäisches Parlament und Rat“) v. 13.5.1997, Rs. C- 233/ 94, *Slg.* 1997, I-2405, 2463f, Rn.64.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

punkt für die Regelungstechnik des Sekundärrechts⁴³⁶. Die Bedeutung des Art.3 ist indes eigenständig, unter Berücksichtigung der Systematik und der Zielsetzung der E-RL zu ermitteln.

Feststeht bereits, dass das Herkunftslandprinzip in Art.3 erkennbar anders funktioniert als die primärrechtliche Regelung: die Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftslandes und das Beschränkungsverbot des Bestimmungslandes werden explizit herausgestellt. Beschränkungen durch die Bestimmungsländer sind ausschließlich im Rahmen des besonderen Verfahrens des Art.3 Abs.4-6 und nur unter den dort genannten Gründen zulässig (wie gesehen bestehen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art.3 Abs.4 erhebliche Unterschiede zu den Grundfreiheiten). Ein Gleichlauf von Art.3 mit dem Primärrecht ist deshalb mehr als fragwürdig⁴³⁷.

cc. Art.3 E-RL als Binnenmarktkollisionsrecht mit Integrationsfunktion

Der zu lösende Konflikt um den Charakter des Art.3 ist kollisionsrechtlicher Natur: Auch beim Herkunftslandprinzip geht es um die „Auflösung von Rechtskonflikten“⁴³⁸. Anbieter von DIG stehen bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Binnenmarkt im Einflussbereich verschiedener Rechtsordnungen und die Frage ist, nach welcher oder welchen sie sich zu richten haben bzw. um beim Wortlaut des Art.3 Abs.1 zu bleiben, welcher sie „entsprechen“ müssen. Wie gesehen legt dies indirekt das Zusammenspiel des Absatzes 1 und 2 des Art.3 für DIG fest: Da sie innerhalb des koordinierten Bereichs und soweit keine Ausnahmereiche betroffen sind, gemäß Absatz 1 ausschließlich vom Herkunftsmitgliedstaat kontrolliert werden und nur dem Recht der Niederlassung „entsprechen“ müssen und die Bestimmungsmittgliedstaaten gemäß Absatz 2 grundsätzlich den freien Verkehr von DIG nicht „einschränken“ dürfen, findet prinzipiell nur das Herkunftslandrecht auf sie Anwendung.

Auf diese Weise wird der bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Binnenmarkt bestehende Rechtskonflikt auf eine andere Weise aufgelöst, als dies aus dem herkömmlichen IPR bekannt ist. Dennoch ist Art.3 ohne Zweifel „kollisionsrechtlich“, auch wenn die Norm nicht als klassische Zuweisungsre-

⁴³⁶ Vgl. Thünken, 68: „sekundärrechtliche spezielle Ausprägung der Grundfreiheiten des EG“.

⁴³⁷ Vgl. oben: 1.Teil: B.II.3.a., v.a. bb.; insofern zu Recht: Thünken, IPRax 2001, 15 (19): es ginge nicht darum, die Grundfreiheiten und deren Beschränkungen zu wiederholen; bewusst andere Schranken; zur Behandlung des Herkunftslandprinzips im primären Dienstleistungsrecht aus europarechtlicher Sicht: Rosenboom, 4ff, 59ff.

⁴³⁸ Vgl. Formulierung bei Mankowski, IPRax 2001, 257ff (260); ähnlich: Lurger/ Vallant, RIW 2002, 188 (198).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

gel das anwendbare Recht bestimmt⁴³⁹. Nicht ohne Grund sieht deshalb Art.23 Abs.2 des Entwurfs einer Rom II-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht eine Ausnahme zugunsten des sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips vor⁴⁴⁰.

Weiterhin ist es auch nicht ungewöhnlich, dass einem sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzip eine kollisionsrechtliche Bedeutung zugemessen wird⁴⁴¹.

Zudem bestätigen die dargestellten Umkehrschlüsse systematisch eine kollisionsrechtliche Bedeutung des Art.3. Die vom Herkunftslandprinzip gemachten Ausnahmen, vor allem hinsichtlich der „Freiheit der Rechtswahl“ und der „Verbraucherverträge“ (Art.3 Abs.3 i.V.m. Anhang 5., 6.SpStr.) wären überflüssig, wenn Art.3 nicht eine kollisionsrechtliche Bedeutung zukommen sollte⁴⁴². Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass der Anhang sachlich nicht homogen sei, wenn man den horizontalen Ansatz der Richtlinie bedenkt, wonach querschnittsartig alle Rechtsgebiete erfasst werden⁴⁴³. Eine gewisse Heterogenität ist unter diesen Umständen gar nicht zu vermeiden⁴⁴⁴.

Letztlich verwundert es auch nicht, dass Art.3 als Kollisionsregel des Binnenmarkts nichts mit dem herkömmlichen IPR gemein hat⁴⁴⁵. Es handelt es sich um eine aus der Grundfreiheitsdogmatik entwickelte Regelungstechnik, die in erster Linie dem Binnenmarkt dienen soll. Damit ist bereits der Grundansatz zum eher zwischenstaatlich geprägten IPR grundverschieden. Dem Herkunftslandprinzip in der Ausprägung eines Art.3 E-RL ist eine eigene Rolle als Binnenmarktkollisionsregel in einem homogenen Gemeinschaftskollisionsrecht zuzuweisen; hierbei kann es im Interesse des Binnenmarktes eine Funktion als „Integrationshebel“ erfüllen, die über die des „klassischen“ IPR hinaus geht⁴⁴⁶.

⁴³⁹ Zur Frage, ob bestimmte Anforderungen an eine Kollisionsnorm bestehen, s.u. 2.Teil: B.III.3.a.

⁴⁴⁰ Vgl. unten: 2.Teil: B.II.3.b.

⁴⁴¹ Vgl. noch 1.Teil: D.; vor allem zur anerkannten Kollisionsnorm des Art.2, 2a der Fernseh-Richtlinie.

⁴⁴² Vgl. statt vieler: Lurger/ Vallant, RIW 2002, 188 (198); für weitere Nachweise: s.o. 1.Teil: B.II.3.

⁴⁴³ Vgl. Spindler, ZHR 165 (2001), 324 (335); Cruquenaire/ Lazaro, 41 (59, no.93); s.o. 1.Teil: B.II.3. u. II.2.d.

⁴⁴⁴ Vgl. ebenso: Mankowski, EWS 2002, 401 (403).

⁴⁴⁵ Deswegen überzeugt m.E. auch nicht die Ansicht, dass Art.3 sich lediglich auf das Eingriffsrecht bezöge; die Richtlinie gilt unabhängig von der Dogmatik des IPR und erklärt sich aus der Binnenmarktlogik.

⁴⁴⁶ Vgl. hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B.III. v.a. B.III.3.b.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

(1) Die Zielsetzung der E-Commerce-Richtlinie und des Art.3 als zentrales Argument für ein kollisionsrechtliches Verständnis

Für ein kollisionsrechtliches Verständnis spricht entscheidend der Sinn und Zweck der Richtlinie und des Art.3⁴⁴⁷. Ziel ist es, einen Binnenmarkt für den elektronischen Geschäftsverkehr als wirklichen Raum ohne Binnengrenzen i.S.d. Art.14 Abs.2 EG⁴⁴⁸ und einen klaren, unkomplizierten und vorhersehba- ren Rechtsrahmen im Interesse weit reichender Rechtssicherheit zu schaffen⁴⁴⁹. Über diese allgemeinen Zielvorgaben hinaus stellen die Erwägungsgründe klar, dass es gerade die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der auf DIG jeweils anzu- wendenden nationalen Regelungen ist, die die Weiterentwicklung der DIG und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes hemmen⁴⁵⁰. Die jeweils an- zuwendenden nationalen Regelungen bestimmt indes das nationale IPR, womit die Richtlinie explizit darauf gerichtet ist, Hemmnisse für den Binnenmarkt durch das nationale IPR abbauen zu helfen⁴⁵¹. Ein kollisionsrechtliches Ver- ständnis des Art.3 bringt diese Zielsetzung am besten zur Geltung. Ein Diensteanbieter wäre auch bei EU-weitem Handeln, soweit Art.3 greift, nur seiner ihm wohl am besten bekannten Rechtsordnung der Niederlassung un- terworfen⁴⁵². Dadurch entfallen Rechtsermittlungskosten, die durch einzuho- lende Informationen und eventuell erforderlich Anpassung der Dienste an die Rechtsordnungen im Binnenmarkt entstünden und gerade kleine und mittlere Unternehmen (KMU) beim grenzüberschreitenden Handel behindern. Ein sachrechtliches Verständnis des Art.3 führt im Widerspruch zu dieser Ziel- setzung zu einer von der Richtlinie nicht beabsichtigten Verkomplizierung der Rechtslage: Eine komplexe zweistufige Prüfung, bei der nachgeschaltet auf der

⁴⁴⁷ Vgl. ebenso: Leible, in: Nordhausen, 71 (82f); Mankowski, EWS 2002, 401 (403f).

⁴⁴⁸ Vgl. Erwägungsgründe 1: „... DIG als wichtiges Mittel, um die Schranken, die die europäischen Völker trennen, zu beseitigen“; 3: „... Gemeinschaftsrecht als wichtiges Instrument, damit die europäischen Bürger und Unterneh- men uneingeschränkt und ohne Behinderung durch Grenzen Nutzen aus den Möglichkeiten des eG ziehen kön- nen.“; 4: eG soll Chancen des Binnenmarkts „voll nutzen können“.

⁴⁴⁹ Vgl. Erwägungsgründe 7: „Um Rechtssicherheit zu erreichen und das Vertrauen der Verbraucher zu gewinnen, muss diese Richtlinie einen klaren, allgemeinen Rahmen für den Binnenmarkt bezüglich der rechtlichen Aspekte des eG festlegen; 8; 60: Ziel sei ein Rechtsrahmen, der „klar, unkompliziert und vorhersehbar“ sei.

⁴⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 5, der darüber hinaus die Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen und die Rechtsun- sicherheit im Hinblick auf die Frage, in welchem Maße die Mitgliedstaaten über DIG aus anderen Mitgliedstaaten Kontrolle ausüben dürfen nennt; zu letzterem sogleich.

⁴⁵¹ Auf den Streit, ob Kollisionsrecht überhaupt gegen Grundfreiheiten verstoßen kann oder ob Beschränkungen allein vom Sachrecht ausgehen, kann hier nicht eingegangen werden, vgl. Leible, in: Nordhausen, 71 (80, Fn.48 m.w.N.), wobei indes wie dort angenommen wird, dass Kollisionsnormen „an der vom Sachrecht ausgehenden Be- schränkung partizipieren“. Dies macht gerade die von der E-RL anvisierte Problemlage deutlich.

⁴⁵² Vgl. besonders deutlich Erwägungsgrund 22, Satz 3: „Um den freien Dienstleistungsverkehr und die Rechtssi- cherheit für Anbieter und Nutzer wirksam zu gewährleisten, sollten die DIG (...) grundsätzlich dem Rechtssystem desjenigen Mitgliedstaates unterworfen werden, in dem der Anbieter niedergelassen ist.“

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Sachrechtsebene je nach Schutzniveau eventuell eine Korrektur des durch herkömmliches Kollisionsrecht bestimmten Rechts am Maßstab des Herkunftslandrechts erfolgt, müsste an irgendeiner Stelle der Richtlinie zumindest ansatzweise Erwähnung finden. Insbesondere enthält auch Art.3 selbst keinen Hinweis auf eine derartig verschachtelte Prüfung. Rechtssicherheit bedeutet indes vor allem, dass die Rechtslage nachvollziehbar ist, was durch eine explizite Regelung im Normtext selbst erheblich vereinfacht werden würde⁴⁵³.

Auch in der praktischen Anwendung brächte das sachrechtliche Verständnis mehr Rechtsunsicherheit als Klarheit. Ein Diensteanbieter müsste in der 1.Stufe weiterhin am herkömmlichen IPR anknüpfen, wobei es gerade diese Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die jeweils anzuwendenden nationalen Regelungen ist, die ausweislich des dargestellten Erwägungsgrundes 5, Satz 2, von der E-RL unterbunden werden soll. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts hinge überdies in der 2.Stufe von einem Schutzniveauevergleich ab, den der Diensteanbieter weiterhin durchführen müsste, um umfassende Klarheit über das anwendbare Recht zu erhalten⁴⁵⁴. Zudem wäre ein Diensteanbieter bei einem solchen Verständnis gerade nicht wie gewollt grundsätzlich der Rechtsordnung seines Niederlassungsstaates unterworfen, was umgekehrt auch den Grundsatz der Herkunftslandkontrolle entwertet (dazu sogleich unter (2)).

(2) Art.3 Abs.1 als Strukturprinzip der Regelungstechnik: Generelle Anwendung des Rechts des Herkunftslandes unabhängig vom Schutzniveau

Im Zuge sachrechtlich inspirierter Überlegungen wird zudem bezweifelt, ob das Sachrecht des Herkunftslandes wegen Art.3 Abs.1 auch für den Fall zur Anwendung berufen bleibt, dass das Schutzniveau des Sachrechts des Bestimmungsmitgliedstaates niedriger ist als das des Sitzstaates oder gleich oder ob Absatz 2 dann zur Anwendung des Rechts des Abrufstaates führt. Zumindest nach herkömmlichem grundfreiheitlichen Verständnis läge durch Anwendung des Rechts des Abrufstaates unter diesen Umständen keine Einschränkung des freien Verkehrs der Dienste vor. Für solche Fälle könne im Wege eines Güns-

⁴⁵³ Dies gilt entsprechend für die Ansicht, die eine Begrenzung des Art.3 auf das Eingriffsrecht fordert: eine Beschränkung auf Spezialnormen des IPR hätte in der E-RL ausdrücklich kenntlich gemacht werden müssen.

⁴⁵⁴ Zugegeben hätte ein Diensteanbieter keine Nachteile im Sinne einer Beschränkung durch verschärfte Anforderungen des Bestimmungslandrechts zu befürchten und könnte sich damit faktisch allein an der Rechtsordnung seines Niederlassungsstaates ausrichten; um eventuelle Vorteile bei Anwendung der Rechtsordnung eines Bestimmungsmitgliedstaates nutzen zu können, müsste er indes wiederum Rechtsermittlungskosten aufwenden.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

tigkeitsvergleichs auch das Recht des Bestimmungsmitgliedstaates zugunsten des Anbieters zur Anwendung gelangen, wenn dieses günstiger, also im Schutzniveau niedriger, sei.

Eine solche einzelfallabhängige Bestimmung des anwendbaren Rechts je nach Schutzniveau widerspricht indes der Systematik und Zielsetzung des Art.3⁴⁵⁵ und zwar nicht nur aus den bereits angeführten Gründen der Rechtssicherheit und der beabsichtigten grundsätzlichen Unterwerfung der DIG unter die Rechtsordnung des Sitzstaates⁴⁵⁶, sondern vor allem wegen einer Entwertung des Grundsatzes der Herkunftslandkontrolle⁴⁵⁷. Die Herausstellung der Verantwortlichkeit des Herkunftsmitgliedstaates⁴⁵⁸ in Art.3 Abs.1 ist *das* klare Strukturprinzip der Regelungstechnik⁴⁵⁹ – dies kommt noch deutlicher in Art.16 D-RL zum Ausdruck⁴⁶⁰. Erwägungsgrund 22, Satz 3 sieht in der Hervorhebung der Verantwortlichkeit des Herkunftslandes eine unerlässliche Bedingung zur Förderung des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten. Insofern ist die „Sorge“ des Herkunftslandes um die in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter auch umfassend, so dass umgekehrt die Bestimmungsmitgliedstaaten im Hinblick auf diese eindeutige Zuweisung der Kontroll- und Überwachungspflicht an das Herkunftsland und auch im Vertrauen darauf generell von einer eigenen Überprüfung anhand des eigenen Rechts absehen (sollen). Es wird *prima facie* von der Gleichwertigkeit aller technischen und rechtlichen Regelungen ausgegangen und daher die in einem Mitgliedstaat rechtmäßige Dienstleistung in der gesamten Gemeinschaft als verkehrsfähig angesehen⁴⁶¹.

Würden die Bestimmungsmitgliedstaaten, für den Fall, dass deren Schutzniveau des Sachrechts niedriger ist als das des Sitzstaates oder gleich, doch wieder zur Anwendung des eigenen Rechts gelangen, wäre die klare Abgrenzung

⁴⁵⁵ Vgl. in diesem Sinne: Thünken, IPRax 2001, 15 (20); Spindler, ZRP 2001, 203 (205).

⁴⁵⁶ Vgl. Mankowski, EWS 2002, 401 (401f) mit weiteren Argumenten und Nachweisen.

⁴⁵⁷ Dieses Prinzip geht bereits auf das White Paper der EU-Kommission „Completing the Internal Market“, Dok. COM (85) 310 final, Erwägungsgründe 63ff; 102f zurück; dazu: Duintjer Tebbens, Rev. crit. dr. int. pr. 83 (1994), 451, (468).

⁴⁵⁸ Vgl. Grabitz/ Hilf (- Marly), EG III, A 4, Art.3, Rn.21: „Prinzip der Erstverantwortlichkeit“; „Primärzuständigkeit“.

⁴⁵⁹ Dies unterstreicht Erwägungsgrund 22: „Die Aufsicht über die DIG hat am Herkunftsort zu erfolgen, um einen wirksamen Schutz der Ziele des Allgemeininteresses zu gewährleisten. (...) Um das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten zu fördern, muss die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates des Herkunftsortes der Dienste klar herausgestellt werden.“; Erwägungsgrund 5 stellt zudem die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Frage, in welchem Maße die Mitgliedstaaten über DIG aus anderen Mitgliedstaaten die Kontrolle ausüben dürfen, als weiteres zentrales Hemmnis für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts heraus.

vgl. ebenso: Mankowski, EWS 401 (401).

⁴⁶⁰ Vgl. noch 1.Teil: C.I.2.a.

⁴⁶¹ Vgl. Mankowski, EWS 2001, 401 (404): Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sei mehr.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

der Verantwortlichkeiten durch Art.3 Abs.1 zwischen den Mitgliedstaaten ver-
wässert. Allein durch die Überprüfung am Schutzniveau der eigenen Rechts-
ordnung und den Vergleich mit der Rechtsordnung des Herkunftslandes und
dann zweifellos auch durch Anwendung der eigenen Rechtsordnung, läge ge-
wissermaßen eine „Einschränkung“ i.S.d. Absatzes 2 durch den Bestim-
mungsmitgliedstaat vor. Ansonsten wäre im Übrigen die strikte Formulierung
der Ausnahmeregelungen des Art.3 Abs.4 nutzlos.

Dies gilt um so mehr als sowohl für den Binnenmarkt, als auch für das jewei-
lige Bestimmungsland durch ein solches Verständnis keine Nachteile entstehen:
Für den freien Verkehr der DIG ist es gleichgültig, welches Recht Anwendung
findet, da so oder so keine Beschränkung vorliegt; ebenso ist es für das jewei-
lige Bestimmungsland (eigentlich) unerheblich, ob der Diensteanbieter nicht nur
den eigenen Standards, sondern sogar auch den höheren Ansprüchen des Her-
kunftslandrechts entspricht.

Einzig dem Diensteanbieter entgeht der (vermeintliche) Vorteil eines niedrige-
ren Schutzniveaus im Bestimmungsmitgliedstaat, wobei er indes ohnehin be-
reits dem Schutzniveau in seinem Herkunftsmitgliedstaat gemäß Art.3 Abs.1
entsprechen muss, (wodurch sich der Vorteil wieder relativiert). In dieser
Konstellation bringt der Gewinn an Rechtsklarheit und -sicherheit aus Sicht
der Diensteanbieter auch Schattenseiten mit sich, die insbesondere solche mit
Niederlassungen in Mitgliedstaaten mit hohem Schutzniveau treffen werden.
Somit führt das Herkunftslandprinzip nicht durchgängig zu einer oft kritisier-
ten Bevorzugung der Anbieterseite. In einzelnen Bereichen kann in der Tat ei-
ne umgekehrte Diskriminierung⁴⁶² der Diensteanbieter aus Mitgliedstaaten mit
sehr hohem Schutzniveau die Folge sein.

Damit werden aber gleichzeitig Anreize für Gesetzgeber in den betroffenen
Mitgliedstaaten zu einer Anpassung ihrer Rechtsordnungen geschaffen, denn
sie werden den hohen Schutzstandard bei gleichzeitiger „legislativer Begünsti-
gung“ von Mitbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten des Binnenmarkts wo-
möglich auf Dauer nicht gegenüber ihren Rechtsunterworfenen rechtfertigen
können. Diesem Wettbewerb sind die Anbieter bei Geltung der Grundfreihei-
ten des Primärrechts aber ohnehin verstärkt ausgesetzt. Dies ist logische Folge
eines Binnenmarkts, und allein daraus ergeben sich bereits Impulse für eine
Angleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verursacht durch einen

⁴⁶² Vgl. bereits 1.Teil: B.II.1.c.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

positiven Wettbewerb der Rechtsordnungen⁴⁶³. Das Herkunftslandprinzip im Sekundärrecht verstärkt diese Anreize und instrumentalisiert sie für bestimmte Bereiche, vorliegend im Interesse des elektronischen Geschäftsverkehrs. Dies muss indes nicht zwingend zu einer Absenkung der Schutzstandards auf das EU-weit niedrigste Schutzniveau führen. Die geschaffenen Anreize können genauso zu verstärkten Bemühungen für eine Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene führen: Im Zuge eines solchen Prozesses kommen alle nationalen Rechtsordnungen auf den Prüfstand, so dass ein „vernünftiges Mittelmaß“ bei den Standards gefunden werden kann (Harmonisierungsdruck).

Insofern kann von einer Integrationsfunktion der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip gesprochen werden, welche im Vorschlag der Dienstleistungsrichtlinie noch deutlicher genutzt wird⁴⁶⁴. Eine derartig integrierende Wirkung kommt indes nur zustande wenn die Geltung des Herkunftslandrechts kategorisch ist, was nur bei einem kollisionsrechtlichen Verständnis des Art.3 gewährleistet ist. Fortbestehende Unterschiede im Schutzniveau zwischen Herkunfts- und Bestimmungsmitgliedstaat können auf diese Weise bewusst genutzt werden, indem die unterschiedliche Intensität der Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt der EU – keine Harmonisierung, Teil- bzw. Mindestharmonisierung – bei Bestehen eines wirklichen Binnenmarkts zum Antriebsmoment für weitere Rechtsvereinheitlichung wird.

b. Konkrete Anwendung des Art.3 in den einzelnen Rechtsgebieten

Grundsätzlich erfasst Art.3 als Querschnittsnorm⁴⁶⁵ wie dargestellt horizontal mit Hilfe der weiten Definition des koordinierten Bereichs in Art.2 lit. h) sämtliche Rechtsgebiete: öffentliches Recht, genauso wie Straf-⁴⁶⁶ oder Zivilrecht. Alles was nicht ausdrücklich vom Herkunftslandprinzip ausgenommen ist, wird vom Art.3 erfasst. Die konkrete Anwendung in den einzelnen Rechtsgebieten hängt damit vor allem von der Reichweite der zahlreichen Ausnahmen ab. Zu erinnern ist an wichtige Rechtsgebiete wie das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte, das Kartellrecht, das Steuerrecht oder für das europäi-

⁴⁶³ Vgl. umfassend: Kieninger, passim; Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 246 (252ff) unter Hervorhebung der Vorteile eines „Binnenmarktkollisionsrechts“.

⁴⁶⁴ Vgl. noch 1.Teil: C.

⁴⁶⁵ Vgl. in diesem Sinne auch: Thünken, 26 f.

⁴⁶⁶ Vgl. hierzu bereits oben: 1.Teil: B.II.3.e.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

sche Wirtschaftsrecht ähnlich bedeutsame Bereiche, die ohnehin ausgeschlossen sind (Art.1 Abs.5, 3 Abs.3 i.V.m. 1.SpStr. des Anhangs).

aa. Öffentliches Recht

Auf den Bereich des öffentlichen Rechts findet Art.3 umfassende Anwendung, was indes nicht zu größeren Schwierigkeiten führen dürfte, denn das Herkunftslandprinzip hat gerade hierfür (wie zu zeigen sein wird⁴⁶⁷) bereits weitreichende Verwendung als Regelungstechnik im Sekundärrecht gefunden. Dies gilt auch deshalb, weil im internationalen öffentlichen Recht größtenteils das Territorialitätsprinzip Anwendung findet, wonach öffentliches Recht nicht außerhalb des erlassenden Staats wirkt⁴⁶⁸. Insofern gilt in diesem Bereich bereits eine Art Herkunftslandprinzip, weil öffentlich-rechtliche Normen generell keine Anwendung auf ausländische Diensteanbieter bzw. im Ausland tätige Diensteanbieter finden⁴⁶⁹. Einzig Art.1 Abs.5 lit. d) beschränkt Art.3 im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Fragen im Zusammenhang mit „*Gewinnspielen*“, womit indes kraft Sachzusammenhangs alle betroffenen Rechtsbereiche, die das Glücksspiel regeln, erfasst sein dürften⁴⁷⁰. Damit findet in Bezug auf DIG im Bereich der EU im öffentlichen Recht prinzipiell das Recht des Herkunftslandes des Diensteanbieters Anwendung. Gerade für den Bereich des öffentlichen Rechts hat Art.3 aber auch eine besondere Bedeutung durch die Festschreibung des Prinzips der Herkunftslandkontrolle und die zwingende und institutionalisierte Zusammenarbeit gemäß Art.3 Abs.4 lit. b) - 6.

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu noch 1.Teil: D.

⁴⁶⁸ Vgl. Kegel / Schurig, § 23 I 2, 1095ff (m.w.N.).

⁴⁶⁹ Anders ist dies bei sog. marktregelnden öffentlich-rechtlichen Normen, wie z.B. im Börsen- und Kapitalmarktrecht bzw. im Kartellrecht (das indes gemäß Art.1 Abs.5 lit. c) ausgenommen ist), bei denen eine Anknüpfung am Markortrecht stattfindet; vgl. m.w.N. Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (680): „In diesen Fällen greift das Herkunftslandprinzip ein und führt zur Anwendung des Sachrechts der Herkunftsstaates“; zum komplexen Geflecht aus öffentlich-rechtlichem Kapitalmarktrecht und zivilrechtlichem Anlegerschutz unter Einbeziehung von Art.3 E-RL: Spindler, *IPRax* 2001, 400ff; ders. *WM* 2001, 1689ff; vgl. auch Art.3 Abs.4 lit. a) i), 4.SpStr.

⁴⁷⁰ Vgl. ausführlich, Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (680f); s.o. 1.Teil: B.II.3.c.dd.

bb. Zivilrecht

Warum das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik prinzipiell nur für das öffentliche Recht geeignet sein soll, wie einige Autoren meinen, leuchtet nicht ein, wenn man davon ausgeht, dass das Primärrecht zumindest den Ausgangspunkt für die Regelungstechnik darstellt. Gerade die primärrechtlichen Grundfreiheiten erfassen unproblematisch Beschränkungen durch privatrechtliche Vorschriften⁴⁷¹, so dass nicht ersichtlich ist, warum ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip auf öffentlich-rechtliche Fragen des Aufsichtsrechts begrenzt sein sollte. Für die E-RL macht bereits die Definition des Art.2 lit. h) – wie gesehen⁴⁷² – deutlich, dass auch das Zivilrecht von Art.3 erfasst wird. Geht man vom hier vertretenen kollisionsrechtlichen Verständnis des Art.3 aus, führt dies in der konkreten Anwendung auf DIG zu nicht unerheblichen Veränderungen in einzelnen Teilbereichen des Zivilrechts, wobei die Ausnahmen dessen Reichweite deutlich mindern.

(1) Vertragsrecht

Nicht zuletzt stellen die Ausnahmen des Art.3 Abs.3 i.V.m. 5. u. 6.SpStr. des Anhangs im Umkehrschluss klar, dass grundsätzlich auch das Vertragsrecht und dessen kollisionsrechtliche Regelungen dem Herkunftslandprinzip unterfallen⁴⁷³. Ein weiterer Umkehrschluss zu Art.3 Abs.3 i.V.m. 7.SpStr. des Anhangs legt zudem nahe, dass prinzipiell auch die formale Gültigkeit von allen Verträgen, die nicht Immobilienverträge sind, von Art.3 erfasst sein soll, ansonsten wäre auch diese Ausnahme sinnwidrig⁴⁷⁴.

Die tatsächlichen Auswirkungen des Art.3 im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse bleiben jedoch wegen der Ausnahme der „vertraglichen Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge“ (6.SpStr. des Anhangs) weitgehend auf das Business-to-Business – Verhältnis begrenzt. Spannungen zwischen den Umsetzungsnormen zu Art.3 und dem nationalen IPR werden in diesem Bereich nur auftreten, wenn entgegen der Gepflogenheiten des Handelsverkehrs, keine weiterhin zulässigen Rechtswahlvereinbarungen bei Vertragsschluss getroffen werden. Selbst wenn eine solche Rechtswahlklausel fehlen sollte, wäre ähnlich dem Herkunftslandprinzip grundsätzlich gemäß Art.28

⁴⁷¹ Vgl. Nachweise zur umfangreichen Rechtsprechung des EuGH insoweit: 2.Teil: B.I.1.

⁴⁷² „...einschließlich der auf Werbung und Verträge anwendbaren Anforderungen“; vgl. 1.Teil: B.II.2.b.

⁴⁷³ Vgl. ebenso: Spindler, RabelsZ, 66 (2002), 633 (684ff), m.w.N. auch zu gegenteiligen Auffassungen; s. bereits oben: 1.Teil: B.II.3.b. ee. und ff.

⁴⁷⁴ In diesem Sinne: Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (797); Spindler, RabelsZ, 66 (2002), 633 (684f); dagegen: Mankowski, IPRax 2002, 257 (266).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Abs.2, Satz 2 EGBGB das Recht der Niederlassung des Anbieters maßgeblich. Lediglich in Fällen, in denen ausnahmsweise eine andere engste Verbindung nach Art.28 Abs.5 EGBGB besteht, ergäben sich Konflikte mit dem Herkunftslandprinzip des Art.3⁴⁷⁵.

Das Konfliktpotential im Hinblick auf das Internationale Vertragsrecht bleibt somit relativ gering, so dass die Aufregung um den vermeintlich fehlenden „Respekt“ vor den kollisionsrechtlichen Staatsverträgen, jedenfalls im Hinblick auf das EVÜ übertrieben scheint⁴⁷⁶.

Trotz der generellen Einbeziehung des Vertragsrechts erfasst Art.3 keine Arbeitsverträge. Die vertragliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber ist kein DIG (Erwägungsgrund 18, Satz 9⁴⁷⁷), auch wenn (theoretisch) im Rahmen von Telearbeit ein Arbeitsverhältnis nur „übers Internet“ durchgeführt werden könnte. Auf Einzelheiten der Auswirkungen des Art.3 auf das Versicherungsvertragsrecht soll in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Wie gesehen ist indes durch Art.3 Abs.3 i.V.m. 4.SpStr. des Anhangs praktisch das gesamte Kollisionsrecht der Versicherungsverträge vom Herkunftslandprinzip ausgenommen, da insoweit spezielles Sekundärrecht besteht⁴⁷⁸, so dass im Wesentlichen alles so bleibt, wie es ist.

(2) „Vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge“

Unklar bleibt – gerade auch in Abgrenzung zu Art.3 Abs.4 lit. a) i) 4.SpStr., der Maßnahmen der Bestimmungsmitgliedstaaten zum „Schutz der Verbraucher“ zulässt⁴⁷⁹ – was genau durch den 6.Spiegelstrich des Anhangs vom Herkunftslandprinzip ausgenommen ist⁴⁸⁰. Hiermit könnten zum einen bei einer engen Auslegung lediglich spezifisch auf den Schutz des Verbrauchers ausgerichtete Vorschriften, zum anderen auch Bestimmungen im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag gemeint sein, womit auch „neutrale“ Normen, die allgemein den unterlegenen Vertragsteil schützen (z.B. Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138

⁴⁷⁵ Vgl. hierzu: Spindler, in: Recht und Internet, 9ff; zur Einordnung der verschiedenen Vertragstypen im herkömmlichen IPR: Mankowski, CR 1999, 512ff.

⁴⁷⁶ Vgl. so aber Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (153ff); hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B.

⁴⁷⁷ Vgl. 1.Teil: B.II.2.a.ff.: arbeitsvertragliche Beziehungen als „Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können“; ebenso: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (688).

⁴⁷⁸ Vgl. oben: 1.Teil: B.II.3.b.dd. und noch D.II.4.; zu Abstimmungsproblemen auch mit den allgemeinen Regeln aus dem EVÜ: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (688f, Fn.199) m.w.N.

⁴⁷⁹ Vgl. hierzu bereits: 1.Teil: B.II.3.a.ee.

⁴⁸⁰ Vgl. zu dieser im Verfahren heftig umstrittenen Frage: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (685ff); Crabit, Rev. du Droit de l'UE 4/2000, 749 (793-798, 824f)

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

BGB oder der Anlegerschutz der Prospekthaftung⁴⁸¹) erfasst wären, wenn nur der Vertrag unter Beteiligung eines Verbrauchers abgeschlossen wurde⁴⁸².

Gegen das weite Verständnis spricht indes der erläuternde Erwägungsgrund 55, Satz 2. Hiernach soll dem Verbraucher nicht der „zwingende Schutz entzogen“ werden, der „ihm von den zwingenden Vorschriften für vertragliche Verpflichtungen nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährt wird“. Diese Formulierung zielt offensichtlich auf die objektive Anknüpfung des Verbrauchervertragsstatuts des Art.5 EVÜ bzw. 29 EGBGB ab, womit durch die Ausnahme lediglich der „kollisionsrechtliche“ Verbraucherschutz durch das EVÜ abgesichert werden soll⁴⁸³.

Ein solches Verständnis steht zudem im Einklang mit der Systematik der Richtlinie, denn bei diesem Verständnis verbleibt auch ein Anwendungsbereich für die Einzelfallausnahme des Art.3 Abs.4 lit. a) i) 4.SpStr. Vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen⁴⁸⁴, ergibt sich gewissermaßen eine Dreiteilung des Schutzes:

Art.1 Abs.3 sichert das gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutzniveau⁴⁸⁵, Art.3 Abs.3 i.V.m. 6.SpStr. des Anhangs gewährleistet den „kollisionsrechtlichen“ Verbraucherschutz durch das EVÜ.

Letztlich kommt Art.3 Abs.4 lit. a) i) 4.Str. gewissermaßen eine Auffangfunktion zu, wonach im Einzelfall auch das mitgliedstaatliche Verbraucherschutzniveau gewahrt werden kann – sofern eine Vorschrift des Bestimmungslandes nach ii), iii) gerechtfertigt ist. Die Einzelfallausnahme hält den Bestimmungsmitgliedstaaten die Möglichkeit offen, verbraucherschützende Vorschriften einzuwenden, wobei es m.E. im Interesse des bezweckten hohen Verbraucherschutzniveaus nicht darauf ankommen kann, ob eine Norm spezifisch oder lediglich auch verbraucherschützend ist. Insofern können über die Einzelfallausnahmen auch „neutrale“ mitgliedstaatliche Normen nach Art.3 Abs.4-6 Anwendung finden, solange nur in irgendeiner Form der Schutz eines Verbrauchers i.S.d. Art.2 lit. e) E-RL in einer gerechtfertigten Art und Weise durch das Bestimmungsland sichergestellt wird. Somit finden z.B. auch verbraucher-schutzrechtliche Aspekte der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) Berücksichtigung.

⁴⁸¹ Vgl. ausführlich Spindler, ZHR 165 (2001), 324 (349ff).

⁴⁸² Vgl. für diese weite Auslegung Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (687), der vor allem auf den weiten Wortlaut („in Bezug auf“), auf die Entstehungsgeschichte und einen Gleichlauf mit Art.29 EGBGB abstellt.

⁴⁸³ Vgl. bereits: 1.Teil: B.II.3.b.ff.

⁴⁸⁴ Vgl. Art.1 Abs.3, Erwägungsgründe 10f, 7, 65.

⁴⁸⁵ Vgl. oben: 1.Teil: B.II.2.b.aa.(1); Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (276ff), m.w.N.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Zweifelhaft ist letztlich in diesem Zusammenhang auch die Einordnung der vorvertraglichen Schuldverhältnisse, mithin von Ansprüchen des Verbrauchers aus culpa in contrahendo (cic). Hierbei böte sich nach herkömmlichem deutschem Verständnis eine Unterscheidung von vertragsbezogenen gegenüber deliktischen Fallgruppen der cic an, was indes im gesamteuropäischen Kontext schon schwieriger ist, da die cic in manchen Mitgliedstaaten lediglich deliktisch qualifiziert wird⁴⁸⁶. Insofern sollte eine Lösung des Problems unabhängig von der Herangehensweise der jeweiligen Mitgliedstaaten nur unter Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie erfolgen: Die Beschränkung der Ausnahme des 6.SpStr. auf ‚vertragliche‘ Schuldverhältnisse spricht im Umkehrschluss dafür, dass *vor*vertragliche Schuldverhältnisse gerade nicht erfasst sind⁴⁸⁷. Demgegenüber subsumiert Erwägungsgrund 56 zumindest vorvertragliche Informationspflichten zum Schutz der Verbraucher unter die Ausnahmenvorschrift des 6.SpStr. des Anhangs⁴⁸⁸, so dass jedenfalls insoweit ein verbraucher- (vor-) vertragsrechtlicher Teilaspekt des Verschuldens in der Vertragsanbahnungsphase nicht von Art.3 erfasst wird.

(3) Deliktsrecht

Fraglos betrifft das Herkunftslandprinzip des Art.3 das Internationale Deliktsrecht⁴⁸⁹, denn insofern besteht ersichtlich keine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips. Entgegen der grundsätzlichen Anknüpfung des deutschen IPR im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse (sog. Tatortprinzip⁴⁹⁰) an das Recht des Handlungsortes (mit zusätzlicher Möglichkeit des Geschädigten, das Recht des Erfolgsortes zu wählen, vgl. Art.40 Abs.1 EGBGB), ist damit gemäß Art.3 einzig das Deliktsrecht des Herkunftslandes des Anbieters maßgeblich, für verschuldensunabhängige wie verschuldensabhängige Haftung gleichermaßen.

⁴⁸⁶ Vgl. zu dieser Unterscheidung Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 646 (281ff), in Fn.123-125 m.w.N. zur umstrittenen Einordnung insoweit in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten der EU.

⁴⁸⁷ Vgl. ebenso: Crabit, *Rev. du Droit de l'UE* 4/2000, 749 (797f) sieht im Wortlaut eine bewusste Entscheidung des Richtliniengebers angesichts heftiger Diskussionen im Rat, in denen eine Einfügung des Begriffs ‚vorvertraglich‘ ausdrücklich abgelehnt wurde; a.A. Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 246 (281ff); Spindler, *MMR-Beilage* 7/2000, 4ff (12).

⁴⁸⁸ a.A.: Crabit, *Rev. du Droit de l'UE* 4/2000, 749 (798); vgl. allgemein zur Problematik auch Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633, 686f.

⁴⁸⁹ Vgl. ebenso, wenn auch kritisch: Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (689ff); Mankowski, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137 (173ff); vgl. auch unten: 2.Teil: B.II.3.

⁴⁹⁰ Vgl. m.w.N.: Mankowski, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137 (174, Fn.236); Thünken, 147ff, der im Einzelnen darlegt, dass das Tatortprinzip des Art.40 Abs.1 EGBGB keiner Auslegung zugänglich ist, die Art.3 entspräche.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Hierbei werden prinzipiell, aber auch in Detailfragen erhebliche Anwendungsprobleme gesehen: Die Behandlung von Ansprüchen, die im Grenzbereich zwischen Delikts- und Vertragsrecht lägen, wie z.B. die Prospekthaftung oder der „Weiterfresser-Schaden“⁴⁹¹, oder auch von international zwingenden Eingriffsnormen im Zusammenhang mit deliktischen Tatbeständen, die auf solche Schutzgesetze Bezug nähmen⁴⁹² (z.B. § 823 Abs.2 BGB), sei unklar. In der Tat schweigt die Richtlinie vollständig zu diesen Fragen. Aus Sicht der Richtlinie muss indes lediglich eine Einordnung des fraglichen Anspruchs in die Kategorien Vertrags- bzw. Deliktsrecht erfolgen, für die wie gesehen gleichermaßen grundsätzlich Art.3 Anwendung findet. Gegebenenfalls kann dieser dann bestimmten Ausnahmenvorschriften zugeordnet werden: In Betracht kommt für beide in derselben Weise eine Einzelfallausnahme gemäß Art.3 Abs.4-6, für vertragliche Ansprüche sind noch Art.3 Abs.3 i.V.m. 5. u. 6.SpStr. des Anhangs zu beachten.

Die Behandlung der soeben genannten Detailprobleme, die hier aufgrund ihrer Komplexität im Einzelnen nicht erläutert werden können, macht allgemein deutlich: Art.3 E-RL ersetzt tatsächlich hergebrachte (kollisionsrechtliche) Wertungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu bestimmten Rechtsfragen durch eine generelle Anknüpfung an das Recht des Herkunftslandes, wobei die entwickelten Abwägungen teilweise durchaus ihre Berechtigung im Vergleich zu gegebenenfalls anderen Beurteilungen im Herkunftslandrecht haben mögen. Eine Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene, die künftig alle Verästelungen der Rechtsordnungen aller 25 Mitgliedstaaten in ihrer Komplexität berücksichtigt, ist indes m.E. nicht möglich, denn dogmatische Einzelprobleme potenzieren sich mit der Anzahl der anzuleichenden Rechtsordnungen. Dies unterstellt müssten im Zuge einer langfristig zu erwartenden Vereinheitlichung des Deliktsrechts bzw. des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse innerhalb der EU so oder so bestimmte nationale Wertungen zugunsten von angeglichenen „europarechtlichen“ Wertungen aufgegeben werden.

Hingegen bewirkt Art.3 E-RL auch insoweit einen sofort wirksamen Vereinfachungseffekt im Interesse des Binnenmarktes. Einem DIG, der per se sogar global tätig wird, ist es in einem gemeinsamen Markt m.E. nicht zuzumuten, sich auf sämtliche Deliktsrechte innerhalb der EU einzustellen. Die Ermittlung

⁴⁹¹ Vgl. hierzu m.w.N.: Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (690).

⁴⁹² Vgl. hierzu m.w.N.: Spindler, *RabelsZ* 66 (2002), 633 (660ff).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

von möglichen „Tatorten“ zur Abschätzung von eventuellen Risiken oder hinsichtlich der Erfolgsaussichten eines schon bestehenden Rechtsstreites kann allein im Hinblick auf die Heimatrechtsordnung schwierig genug sein und wird es erst recht, wenn mehrere Rechtsordnungen im Spiel sind. Insofern kann das Herkunftslandprinzip in Bereichen für Rechtsklarheit sorgen, die einer Harmonisierung nur schwer zugänglich sind bzw. dort, wo eine umfangreiche Angleichung im Hinblick auf begrenzte praktischen Auswirkungen nicht notwendig erscheint. Überdies müssen herkömmliche kollisionsrechtliche Wertungen nicht immer binnenmarktfreundlich sein, so dass dem Herkunftslandprinzip insoweit eine Sonderfunktion für bestimmte Bereiche, wie hier dem elektronischen Geschäftsverkehr, zukommen könnte⁴⁹³.

Letztlich ist angesichts des sachlichen Zuschnitts des koordinierten Bereiches der E-RL fraglich, inwieweit überhaupt praktisch ein Konflikt zwischen dem herkömmlichen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse und dem Art.3 zu erwarten ist⁴⁹⁴. Teilweise befürchtete Konflikte des Art.3 mit der deliktisch zu qualifizierenden Produkthaftung betreffen lediglich solche Pflichten, die online erbracht werden, denn „Anforderungen an die Waren als solche“ sind gemäß Art.2 lit. h) ii) gerade nicht erfasst⁴⁹⁵. Im Übrigen bleibt der durch die Produkthaftungsrichtlinie gewährleistete gemeinschaftsrechtliche Mindeststandard gemäß Art.1 Abs.3 i.V.m. Erwägungsgrund 11 gewahrt⁴⁹⁶.

Bei Haftungsfragen sind für sog. Provider die Art.12ff zu berücksichtigen, die deren zivil- und strafrechtliche Verantwortung teilweise erheblich begrenzen. Nicht von den Art.12ff erfasste haftungsrechtliche Fragen unterfallen dem koordinierten Bereich und somit auch dem Herkunftslandprinzip⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Vgl. hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B.

⁴⁹⁴ Vgl. Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (173f): „dürfte ... weniger häufig praktisch werden“.

⁴⁹⁵ Vgl. zu Recht: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (692), der als Beispiel elektronisch erteilte Instruktionen bei Telematikanwendungen bzw. Fernsteuerungen und elektronisch gelieferte Software oder Informationen nennt; ähnlich: Lurger/ Vallant, 188 (190); anders: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (174); vgl. zweifelnd zur allgemeinen Geeignetheit des Herkunftslandprinzips für das Produkthaftungsrecht, Thünken, 171ff.

⁴⁹⁶ Vgl. zu den möglichen Auswirkungen des Art.3 auf weitere deliktsrechtliche Fragestellungen wie z.B. dem Umwelt- bzw. Arzthaftungsrecht (Telemedizin), Spindler, RabelsZ (2002), 633 (692f); Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (288).

⁴⁹⁷ Vgl. 1.Teil: B.II.2.a.ff; Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (284); Spindler, RabelsZ (2002), 633 (693).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

(4) Mediendelikte: insb. Verletzung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte

Aus deliktsrechtlicher Sicht dürften vor allem Ehrverletzungsklagen im Zusammenhang mit Mediendelikten bei Verletzung von allgemeinen Persönlichkeitsrechten von Interesse sein⁴⁹⁸. Zwar ist auch insoweit grundsätzlich vom Herkunftslandrecht auszugehen⁴⁹⁹; indes bleibt eine Anwendung des Bestimmungslandrechts über die Einzelfallausnahmen des Art.3 Abs.4 lit. a) i) zum Beispiel zum Schutz der Menschenwürde möglich, wobei ein deutsches Gericht ohne vorherige Notifizierung bei der Kommission nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung deutsches oder sonstiges Recht anwenden könnte⁵⁰⁰.

Zumindest nach deutschem Verständnis wird die Menschenwürde herangezogen, um einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsrechtsverstößen zu begründen⁵⁰¹. Indes ist der Begriff „Menschenwürde“ in Art.3 Abs.4 aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung der Richtlinie auszulegen⁵⁰², so dass abzuwarten bleibt, inwieweit nationale Gerichte von dieser Ausnahme Gebrauch machen werden und wie der EuGH darauf reagiert. Aber auch andere Schutzgüter des Art.3 Abs.4 wie etwa der „Schutz der öffentlichen Gesundheit“ oder „der Verbraucher“ bzw. „die Bekämpfung der Hetze“ aus verschiedenen Gründen dürften zur Heranziehung des Deliktsstatuts des Bestimmungslandes in bestimmten gravierenden Fällen Verwendung finden.

Die prinzipielle Anwendung des Art.3 auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht illustriert die komplexe Interessenlage bei dessen weit reichenden Einführung. Kritisiert wird, das Herkunftslandprinzip beende die das Opfer schützende

⁴⁹⁸ Vgl. ausführlich m.w.N.: Spindler, *RebelsZ* 66 (2002), 633 (691); Mankowski, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137 (174); Grundmann, *RebelsZ* 67 (2003), 246 (282ff), der als Beispiel (S.248) eine Internet-Werbung eines spanischen Unternehmens für ein Potenzmittel nennt, die den Eindruck erweckt, ein berühmter in England lebender englischer Stierkämpfer benötige ein solches Mittel; zur Anwendung des Deliktsstatuts auf Ansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen allgemein: von Hein, 315ff.

⁴⁹⁹ Vgl. Schwarz/ Peschel-Mehner, Kap. 3.4.; auch dies wird von den Genannten allgemein kritisiert, denn gerade das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei EU-weit praktisch unharmonisiert, so dass erhebliche Unterschiede fortbeständen.

⁵⁰⁰ Vgl. nochmals Art.3 Abs.4 lit. b) „unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren“; die Kommission könnte indes nachträglich im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens (Art.226 EG) die Anwendung des Bestimmungslandrechts rügen.

⁵⁰¹ Vgl. BGHZ 26, 249 (359) - „Herrenreiter“; BGH, GRUR 1962, 105 (106) - „Ginsengwurzel“; BGH, NJW 1995, 861 - „Caroline I“; BGH NJW, 1996, 984 - „Caroline II“; aus verfassungsrechtlicher Sicht: BVerfGE 27, 344 (350f); BVerfGE 90, 263 (270); hierzu: MünchKomm (- Rixecker), § 12 Anh., Rn.208ff (m.w.N.).

⁵⁰² Insofern wird in Zukunft auf die „Gemeinschaftsgrundrechte“ der Verfassung zurückzugreifen sein und (evtl. noch) eine Abwägung mit Art.10 EMRK erfolgen müssen, vgl. Erwägungsgrund 9 der E-RL; schon heute besteht eine ausgeprägte Grundrechtsrechtsprechung des EuGH, der sich immer wieder auf die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR beruft; vgl. Streinz, Rn.355ff, 372 (m.w.N.). Wie zuletzt die Rechtsprechung des EGMR zu den Personen der Zeitgeschichte zeigt (EGMR, Urt. v. 24.6.2004, („v. Hannover ./ Deutschland“), Appl. Nr.59320/00, AfP 2004, 348ff, kann der Schutz auf europäischer Ebene teilweise sogar weiter reichen als im nationalen Recht; vgl. hierzu: Grabenwarter, AfP 2004, 309ff (m.w.N.).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

kumulative Anknüpfung an Handlungs- und Erfolgsort des internationalen Deliktsrechts (sog. favor laesi), wohingegen der Schädiger das Geschehen in der Hand habe und somit weniger schützenswert sei⁵⁰³. Teilweise knüpft das herkömmliche IPR insoweit sogar „streuend“ an, etwa wenn Falschmeldungen in verschiedenen Ländern verbreitet werden, d.h. es finden sogar die Rechtsordnungen mehrerer betroffener Länder Anwendung⁵⁰⁴.

Die Frage stellt sich jedoch gerade im Internet und erst recht in einem gemeinsamen europäischen Binnenmarkt in einer EU, die im Ausgangspunkt auf ähnlichen Rechtstraditionen aufbaut, ob der Opferschutz nicht zugunsten von Vermarktungsinteressen und einer gesteigerten Rechtsklarheit durch Vereinfachung überkomplexer Rechtslagen gelockert werden kann: Bei einem weltweit oder auch nur EU-weit zugänglichen Internet-Angebot behält der Schädiger das Geschehen ohne Zweifel immer weniger unter Kontrolle; zugleich steht zu erwarten, dass in klaren Fällen, in denen sich der Opferschutz aufdrängt, ohnehin alle EU-weit potentiell anwendbaren Rechte, Schadensersatz-, oder zumindest Gegendarstellungs- und Unterlassungsansprüche gewährleisten – sollte dies nicht der Fall sein, könnte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen immer noch Art.3 Abs.4. als „Notbremse“ wirken⁵⁰⁵.

(5) Wettbewerbsrecht

Im Hinblick auf das Lauterkeits- bzw. Werberecht⁵⁰⁶ kann weitestgehend an die bisher gefundenen Ergebnisse angeknüpft werden⁵⁰⁷. Ein kollisionsrechtlich verstandener Art.3⁵⁰⁸ erfasst grundsätzlich über Art.2 lit. h) auch das Lauterkeitsrecht; Einschränkungen ergeben sich bezüglich des sog. Spamming

⁵⁰³ Vgl. allgemein zum Deliktsstatut: Kegel/ Schurig, § 18 IV, S.720ff; von Hein, 89ff.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu: MünchKomm (-Kreuzer), Art.38 EGBGB, Rn.52; Spindler, ZUM 1996, 533 (555); verkompliziert wird die Rechtslage noch durch die sog. Mosaiktheorie im Anschluss an die „Shevill“- Entscheidung des EuGH (v. 7.3.1995, Rs. C-68/ 93, Slg.1995, I-415ff), wonach vereinfacht gesagt jeder Erfolgsort für den dort erzielten Erfolg bewertet wird, wobei die Geltendmachung des Gesamtschadens lediglich vor dem Gericht des Handlungsortes erfolgen, was zur prinzipiellen Zuständigkeit am Niederlassungsort des Herausgebers führt; vgl. m.w.N. Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (285, Fn.140ff).

⁵⁰⁵ Vgl. ebenso: Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (287f).

⁵⁰⁶ Vgl. ausführlich jeweils m.w.N.: Spindler, RabelsZ 66 (2002), 631 (693ff); Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (157ff); Thünken, 154ff; zur Geeignetheit des Herkunftslandprinzips für die elektronische Werbung im eG: ders., 219ff; Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (266ff).

⁵⁰⁷ Vgl. auch insoweit den Beispielsfall von Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246 (248; Bewertung: 266ff): Die Internet-Werbung für das Potenzmittel „Miura“, die überdies als „Spam“ versandt wurde, gibt an, dass Miura besser als Viagra sei, so dass aus lauterkeitsrechtlicher Sicht vor allem Fragen der vergleichenden Werbung, der Rufausbeutung bzw. auch der Nutzung fremder Kommunikationswege im Wege sog. Deep Links bzw. Metatags einschlägig sind (Suchmaschinen finden bei Eingabe des Suchwortes Viagra nunmehr auch Werbung von Miura, hierzu: 266, Fn.67).

⁵⁰⁸ Vgl. insoweit: 1.Teil: B.II.4.a.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

(8.SpStr. des Anhangs⁵⁰⁹), nicht indes durch Art.1 Abs.3 i.V.m. Erwägungsgrund 11 bzw. durch Art.3 Abs.4-6⁵¹⁰. Im Hinblick auf das Werberecht kann teilweise auf gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard aufgebaut werden⁵¹¹. Im Ergebnis verdrängt damit Art.3 die in der EU übliche Marktortanknüpfung für den Bereich des eG. Damit wird nicht mehr auf den finalen Eingriff in die Marktstruktur, sondern allein auf den Sitz des Diensteanbieters abgestellt werden, was aus strukturellen und inhaltlichen Gründen kritisiert wird⁵¹². Die Herkunftslandanknüpfung stünde im Widerspruch zu einem künftigen EU-weiten Wettbewerbskollisionsrecht in einer sog. Rom II-Verordnung⁵¹³, die gerade das Marktortprinzip festschreiben will⁵¹⁴. Andere sehen die Gefahr eines „*originären Rechts online*“ unter Missachtung der traditionellen Rechtsstrukturen. Art.3 bewirke eine Spaltung des Werberechts im Binnenmarkt bezüglich des traditionellen und des elektronischen Handels⁵¹⁵. Hinzu trete eine räumliche Zersplitterung durch die Trennung in EU-Binnenmarktsachverhalte und Drittstaaten-sachverhalte⁵¹⁶. In diesem Zusammenhang entzündete sich zudem vor allem der Vorwurf, Art.3 löse ein race-to-the-bottom und eine Inländerdiskriminierung in Mitgliedstaaten mit hohem werberechtlichem Schutzniveau aus⁵¹⁷. Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Wettbewerbskollisionsrecht stehen sich – ähnlich wie beim Persönlichkeitsrecht – gemeinschaftsrechtliche und klassische kollisionsrechtliche Wertungen gegenüber⁵¹⁸. Zwar kann nach der herkömmlichen Marktortanknüpfung der jeweils betroffene Staat seine

⁵⁰⁹ Vgl. insoweit: 1.Teil: B.II.3.b.hh.

⁵¹⁰ Vgl. insoweit: 1.Teil: B.II. 2.b.aa.(1) bzw. 3.a.ee.

⁵¹¹ Vgl. insoweit: 1.Teil: B.II.2.b.aa; z.B. RLen zur irreführenden und vergleichenden Werbung; Fernseh-Richtlinie.

⁵¹² Zur Bedeutung des Marktortprinzips statt vieler: Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (9); Baumbach/ Hefermehl, Einl. UWG, Rn. 184ff; Körner/ Lehment, in: Hoeren/ Sieber, Teil 11.1 Rn. 194ff; Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1249); Dethloff, JZ 2000, 179 (181); Sack, WRP 2000, 269ff (alle m.w.N.); gegen eine „Verdrängung des Marktortprinzips“ Mankowski, GRUR Int. 1999, 909 (912ff).

⁵¹³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM (2003) 427 endg. v.22.7.2003, 2003/0168 (COD) (des Weiteren: Vorschlag Rom II-VO); hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B., insb. II.3.

⁵¹⁴ Gemäß Art.6 des Vorschlags Rom II-VO ist auf Schuldverhältnisse, die sich aus unlauterem Wettbewerb oder unlauteren Praktiken ergeben, das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich dieses Verhalten beeinträchtigend auswirkt. Dies bedeutet im Prinzip eine Bestimmungslandanknüpfung, vgl. schon zum wortgleichen Vorentwurf einer Rom II-VO: Tettenborn, K&R 2000, 59 (60); Dethloff, JZ 2000, 179ff; Wagner, EuZW 1999, 209; Bodewig, GRUR Int. 2000, 475 (475).

⁵¹⁵ Vgl. jeweils m.w.N.: Fezer, WRP 2000, 669 (669); Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (164f); Apel/ Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1253ff): „Online-Offline-Chaos“.

⁵¹⁶ Vgl. m.w.N.: Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (163f); Glöckner, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (288).

⁵¹⁷ Vgl. bereits insb.: 1.Teil: B.II.2.b.aa. (2); B.II.2.c.

⁵¹⁸ Vgl. etwa Dethloff, JZ 2000, 179ff, die grds. an der Marktortanknüpfung festhalten, jedoch ausn. für sog. Multi-State-Wettbewerbshandlungen das Herkunftslandprinzip anwenden will; a.A.: Sack, WRP 2000, 269 (273ff), der diese „Streudelikte“ ins bestehende System des IPR einordnet; zu den vielschichtigen widerstreitenden Interessen: Mankowski, MMR-Beilage 7/2000, 22 (22ff).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS
B. DIE BEACHTLICHE AUSWEITUNG DER REICHWEITE IN ART. 3 E-COMMERCE-RICHTLINIE

Marktregulierung uneingeschränkt durchsetzen⁵¹⁹. Damit herrschen aber nicht Verhältnisse wie in einem einzigen Markt: Anbieter müssen für jeden nationalen Teilmarkt eigene Zuschnitte wählen, was den Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern verzerrt⁵²⁰. Zudem besteht, wie gesehen, die als Multi-State-Problematik beschriebene Gefahr der Vervielfachung der anwendbaren Rechte. Dem tritt Art.3 entgegen, indem im Interesse der Rechtsklarheit einzig das Recht der Niederlassung des Anbieters für anwendbar erklärt wird, wodurch die Marktzutrittskosten beim grenzüberschreitenden Handel sinken.

⁵¹⁹ Vgl. mit zahlreichen Nachweisen: Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 246 (274f, v.a. Fn.100).

⁵²⁰ Vgl. Grundmann, *RabelsZ* 67 (2003), 246 (274f, v.a. Fn.101.)