

**D. Das Herkunftslandprinzip als anerkannte
Regelungstechnik im Sekundärrecht**

Der Binnenmarktgedanke wurde bereits in zahlreichen Rechtsakten des sekundären Gemeinschaftsrechts in den unterschiedlichsten Ausformungen verwirklicht, teilweise durch Herkunftslandprinzipien im hier verstandenen Sinne, aber auch durch strukturell ähnliche Bestimmungen – hierzu ein Überblick, ohne dass Vollständigkeit beansprucht wird:

<u>Rundfunkrechtliche Richtlinien</u> *Art.2 Abs.1, 2; 2a Abs.1; 3 Abs.1, 2 F-RL ⁷⁷⁷ *Art.1 Abs.2 lit. b) Kabelweiterverbreitungs- und Satelliten-RL ⁷⁷⁸	<u>Internetrechtliche Richtlinien</u> * Art. 4 Signatur-RL ⁷⁷⁹ *Art.3 E-Commerce-RL
<u>Datenschutzrechtliche Richtlinien</u> *Art.4 Abs.1 a) Datenschutz-RL ⁷⁸⁰ - 95/46/EG; zugleich Anwendung auf die elektronische Kommunikation gemäß RL 2002/58/ EG ⁷⁸¹	<u>Banken -, wertpapierrechtliche Richtlinien</u> *Art.4, 18, 26 Banken-Richtlinie ⁷⁸² *Art.1 Abs.6, 44 OGAW- (Wertpapier-) RL ⁷⁸³ *Art.3, 8, 10, 14 RL über Wertpapierdienstleistungen ⁷⁸⁴
<u>Versicherungsrechtliche Richtlinien</u> Art.4, 5, 10, 33 Lebensversicherungs-RL 2002/83/EG ⁷⁸⁵ Art.6, 7, 13, 28 Dritte RL Schadenversicherung ⁷⁸⁶	<u>Sonstiges:</u> Art.1 VO über die Kabotage im Straßenverkehr ⁷⁸⁷ ; Art.1 VO über Seekabotage ⁷⁸⁸ ; Produktsicherheits-Richtlinie (1992) ⁷⁸⁹ ; nunmehr allerdings: RL 2001/59/EG über die allgemeine Produktsicherheit (2001) ⁷⁹⁰ ; Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von beruflichen Qualifikationen

⁷⁷⁷ 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 EPs und des Rates, ABl. EG L 202 v. 30.7.1997, 60ff; konsolidierte Fassung in GRUR Int. 1998, 120ff. (des Weiteren: Fernseh-Richtlinie bzw. F-RL; Änderungsrichtlinie von 1997: F-ÄndRL).

⁷⁷⁸ RL 93/22/EWG des Rates v. 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EG L 248 v. 6.10.1993, 15ff.

⁷⁷⁹ RL 1999/93/EG des EPs und des Rates v. 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. EG L 13 v. 19.1.2000, 12ff.

⁷⁸⁰ RL 95/46/EG des EPs und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG L 281 v. 23.11.1995, 31ff.

⁷⁸¹ 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.

⁷⁸² Richtlinie 2000/12/EG des EPs und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG L 126 v. 26.5.00, 1ff.

⁷⁸³ RL 85/611/EWG des Rates v. 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. EG L 375 v. 31.12.1985, 3ff.

⁷⁸⁴ RL 93/22/EWG des Rates v. 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG L 141 v. 11.6.1993, 27ff.

⁷⁸⁵ Richtlinie 2002/83/EG des EPs und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG L 345 v. 20.12.02. 1ff.

⁷⁸⁶ RL 92/49/EWG des Rates v. 18.6.1992 zur Koordinierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadensversicherung), ABl. EG L 228 v. 11.8.1992, 1ff.

⁷⁸⁷ Verordnung (EWG) Nr. 3118/93 des Rates v. 25.10.1993 zur Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind, ABl. EG L 279 v. 12.11.93, 1ff.

⁷⁸⁸ Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates über Seekabotage v. 7.12.1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage), ABl. EG L 364 v. 12.12.92, 7ff.

⁷⁸⁹ RL 92/59/EWG des Rates v. 29.6.1992 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG L 228 v. 11.8.92, 24ff.

⁷⁹⁰ Die RL 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit v. 3.12.2001, ABl. EG L 11 v. 3.12.2001, 4ff; sie hat gemäß Art.21 Abs.1, 22 am 15.1.04 die RL 92/59/EWG abgelöst, vgl. Thünken, 47f.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

D. ANERKANNTE REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

Anlässlich der Kommentierung des Art.3 E-RL wurde wiederholt betont, dass das Herkunftslandprinzip im Zivilrecht bisher nur wenig in Erscheinung getreten sei. Ansonsten sei es auf das öffentlichen Wirtschaftsaufsichts- bzw. Verwaltungsrecht begrenzt⁷⁹¹. In Anbetracht existierender umfangreicher Untersuchungen bestehender Herkunftslandprinzipien im Sekundärrecht⁷⁹² soll lediglich ein Überblick über die Vielseitigkeit der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip im weiteren Sinne⁷⁹³ gewährt werden. Hierbei gilt es, Strukturprinzipien herauszuarbeiten und bekannte Probleme näher zu beleuchten. Das Sendestaatsprinzip der F-RL wurde zu Recht als Vorbild des Art.3 E-RL erkannt⁷⁹⁴. Durch die Darstellung soll zudem die stetige Weiterentwicklung des Herkunftslandprinzips zu einem weit reichenden Integrationsansatz, wie er nun in der D-RL vorliegt, nachgezeichnet werden. Die Anwendung des Prinzips war ursprünglich in der Tat auf den Bereich des öffentlichen Rechts ausgerichtet, denn Hemmnisse bei der Realisierung des Binnenmarktes wurden zunächst vor allem in Eingriffen von mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden gesehen⁷⁹⁵. Insofern wurde im öffentlichen Recht der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Verwaltungsentscheidungen dergestalt nutzbar gemacht, dass die Mitgliedstaaten bei der in einem anderen Mitgliedstaat erfolgten Prüfung, von der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens auszugehen hatten⁷⁹⁶ („*single-license-Prinzip*“; „*Europapass*“). Aber parallel zur Entwicklung, dass auch auf der Ebene des Primärrechts erkannt wurde, dass privatrechtliche mitgliedstaatliche Bestimmungen ebenso zu Beschränkungen der Grundfreiheiten führen können⁷⁹⁷, wuchs die Erkenntnis, dass auch sekundärrechtliche Herkunftslandprinzipien durchaus auch privatrechtliche Fragen umfassen könnten.

⁷⁹¹ Vgl. statt vieler: Mankowski, EWS 2001, 401 (401) zu Art.3 E-RL: „erstmal große Prominenz im privatrechtlichen Bereich“; Thünken, 45; bereits Roth, RabelsZ 55 (1991), 623 (666).

⁷⁹² Vgl. insb. Drasch, 212ff; Thünken, 45ff; Grandpierre, 84ff; Roth, RabelsZ 55 (1991), 623 (666ff), m.w.N.

⁷⁹³ Damit sollen Umsetzungen des Binnenmarktgedankens allgemein gemeint sein; Terminologie in Abwandlung von Glöckner, WRP 2004, 936 (936f), vgl. bereits oben: 1.Teil: C.II.4.c. und A.

⁷⁹⁴ Erwägungsgrund 4 E-RL nimmt sogar ausdrücklich Bezug; vgl. statt vieler: Maennel, MMR 1999, 187 (188f); Hoeren, MMR 1999, 192 (195); Hamann, ZUM 2000, 290 (291); Bodewig, GRUR Int. 2000, 475 (478).

⁷⁹⁵ Vgl. Thünken, 45.

⁷⁹⁶ Vgl. Hoffmann-Riem, in: Strukturen, 191 (200f).

⁷⁹⁷ Vgl. Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH: zur Gewährleistung: („Alsthom Atlantique“) v. 24.1.1991, Rs. C-339/89, Slg. 1991 I-107 (124); zur culpa in contrahendo: („CMC Motorradcenter“) v. 13.10.1993, Rs. C-93/92, Slg. 1993 I-5009 (5021f); für den unlauteren Wettbewerb: („GB-INNO“) v. 7.3.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990 I-667 (689); („Yves Rocher“) v. 18.5.1993, Rs. C-126/91, Slg. 1993 I-2361 (2386).

I. Das Sendestaatsprinzip der Fernseh-Richtlinie

Trotz einer gewissen Sonderstellung des Fernsehens als Kulturgut⁷⁹⁸ ist spätestens seit der Sacchi-Entscheidung des EuGH anerkannt, Fernsehsendungen als Dienstleistung einzuordnen, womit sich auch Rundfunkveranstalter auf die Dienstleistungsfreiheit der Art.49ff EGV berufen können⁷⁹⁹. Bei der F-RL handelt es sich insofern wie auch bei der E-RL und D-RL um eine Konkretisierung des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit im Sekundärrecht⁸⁰⁰.

Die Vorbildfunktion der F-RL für die E-RL wurde schon hervorgehoben⁸⁰¹. Insofern zeigen sich zahlreiche Gemeinsamkeiten, die auch durch eine wirtschaftlich und rechtlich ähnliche Ausgangssituation von Fernsehveranstaltern und Internet-Diensteanbietern bedingt sind: Fernsehen macht genauso wenig wie das Internet an Ländergrenzen halt; beide Dienstleistungen sind per se grenzüberschreitend und damit in besonderer Weise von der in der EU fortbestehenden Rechtszersplitterung und daraus resultierenden Rechtsunsicherheit betroffen, die einem funktionsfähigen Binnenmarkt entgegensteht⁸⁰².

1. Die Regelungssystematik des Sendestaatsprinzips der Art.2, 2a, 3 F-RL

Die F-RL und auch das ausdrücklich so bezeichnete Herkunftslandprinzip findet Anwendung auf Fernsehsendungen⁸⁰³ (Art.1 lit. a) F-RL⁸⁰⁴), wobei die dargestellten Abgrenzungsprobleme zu den DIG in der E-RL bestehen⁸⁰⁵.

⁷⁹⁸ Vgl. z.B. Bückling, EuGRZ 1987, 97 (98ff), Regelungszuständigkeit sollte bei den Mitgliedstaaten verbleiben.

⁷⁹⁹ EuGH („Sacchi“) v. 30.4.1974, Rs. C-155/73, Slg. 1974, 409 (428, Rn.6) unter Hervorhebung der Bedeutung des Fernsehens als Wirtschaftsgut; seither st.Rspr.: EuGH („Debaue“) v. 18.3.1980, Rs. C-52/ 79, Slg. 1980, 833 (855, Rn.8); EuGH („Bond van Adverteerders“) v. 26.4.1988, Rs. C-352/ 85, Slg.1988, 2085 (2131, Rn.14ff); vgl. ausführlich zur Einordnung des Fernsehens vor Umsetzung der F-RL: Rosenboom, 89ff; Troberg, ZEuP 1994, 100ff; Goerlich/ Möwes, Jura 1991, 113ff; Kopp, K&R 1998, 513ff (insb. Fn.1).

⁸⁰⁰ Somit stammen F-RL, E-RL und D-RL aus der Abteilung: Dienstleistungen der GD Binnenmarkt.

⁸⁰¹ Vgl. statt vieler: Spindler, ZUM 1999, 775 (781); ders., in: Systemwechsel, 107 (109); Lurger, in: FS MPI, 479 (486); dies./ Vallant, RIW 2002, 188 (193); Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (478); Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (167); ders. IPRax 2002, 257 (259); Fallenböck, 188; Cruquenaire/ Lazaro, 41 (43).

⁸⁰² Selbstverständlich gibt es auch zahlreiche Unterschiede, dazu im Folgenden; vgl. auch Thünken, 75ff (m.w.N.) vertieft zu Unterschieden von DIG und Fernsehveranstaltern, z.B. Zulassungsfreiheit (Art.4 E-RL, §§ 4 MDStV/ 5 TDG) gegenüber präventiver Zulassungskontrolle gemäß den LandesmedienG, s.o.: 1.Teil: B.II.2.a.dd.

⁸⁰³ Von einer Harmonisierung des Hörfunkbereichs wurde mit Rücksicht auf die damaligen alliierten Radiosender in West-Berlin abgesehen, vgl. Greissing, CR 1999, 112 (113).

⁸⁰⁴ Art.1 lit. a); „drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, ...Erstsendung von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist. (...)“; dem Wortlaut nach verlangt Fern “sehen“ optische Darstellungen und den Einsatz von bewegten Bildern; Sender und Empfänger müssen von einander physisch getrennt sein; Programm i.S.d. F-RL ist eine Zusammenstellung von Inhaltselementen; die Art der technischen Übermittlung ist nicht entscheidend; vgl. vertiefend aus rundfunkrechtlicher Sicht: Degenhart, ZUM 1998, 333 (338); Determann, 263f; Tettenborn, EuZW 1996, 462.

⁸⁰⁵ Art.1 lit. a) Satz 3 stellt klar, dass damit nicht Sendungen gemeint sind, die „auf individuellen Abruf“ erfolgen; an diesem Merkmal knüpft die E-RL an, um die Abgrenzung zu den DIG zu leisten; s.o. 1.Teil: B.II.2.dd.; vgl. Holzna-

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

D. ANERKANNTE REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

Art.2, 2a und 3 F-RL normieren die grundlegenden Pflichten der Mitgliedstaaten und gewährleisten dadurch eine strikte Aufgabenverteilung zwischen Sendende- und Empfangsstaat⁸⁰⁶, wie auch entsprechend in E-RL und D-RL:

- Gemäß Art.2 Abs.1 F-RL hat jeder Mitgliedstaat dafür zu sorgen, dass alle Fernsehsendungen, die von seiner Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstaltern gesendet werden, den Vorschriften des Rechtssystems entsprechen, die auf für die Allgemeinheit bestimmte Sendungen in diesem Mitgliedstaat anwendbar sind. Nach Art.3 Abs.2 F-RL sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die jeweils ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter die Bestimmungen der F-RL tatsächlich einhalten. Demnach ist der ‚Sendestaats‘ ausschließlich für die rundfunkrechtliche Kontrolle verantwortlich⁸⁰⁷: Fernsehsendungen oder -veranstalter, die seiner Rechtshoheit unterworfen sind, müssen sowohl dem innerstaatlichen Rundfunkrecht als auch den Bestimmungen der F-RL entsprechen (sog. Sendestaatsprinzip⁸⁰⁸).
- Mit der Kontrollhoheit des Sendestaates korrespondiert die unbedingte Weiterübertragungspflicht der Empfangsstaaten: Letztere haben gemäß Art.2a Abs.1 F-RL, den freien Empfang von Fernsehsendungen zu gewährleisten und dürfen die Weiterverbreitung aus anderen Mitgliedstaaten in ihren Hoheitsgebieten aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind, nicht behindern.
- Die Weiterverbreitung kann in Bereichen, die durch die Richtlinie koordiniert sind, nur ausnahmsweise im Falle eines gravierenden Verstoßes gegen die jugendschutzrechtlichen Vorgaben des Art.22 F-RL bzw. bei Programmbeiträgen mit diskriminierenden Inhalten i.S.d Art.22a F-RL und unter den engen Voraussetzungen des Art.2a Abs.2 F-RL ausgesetzt werden. Als zusätzliches Hindernis ist ein besonderes Verfahren vor der Kommission gemäß Art.2a Abs.2 b)-d) F-RL einzuhalten⁸⁰⁹. Mit Ausnahme der Art.2a Abs.2, 22, 22a gilt damit die Weiterübertragungsverpflichtung in den durch die Richtlinie harmonisierten Bereichen uneingeschränkt, selbst

gel, 361; Kresse/ Heinze, AfP 1995, 574 (579); zur Entwicklung des Fernsehens vor dem Hintergrund zunehmender Konvergenz: Balda / Schmits, CR 1998, 421ff.

⁸⁰⁶ Vgl. Helberger, ZUM 1998, 50 (50).

⁸⁰⁷ Vgl. Greissing, CR 1999, 112 (117); Rosenboom, 112.

⁸⁰⁸ Vgl. ausdrücklich Erwägungsgrund 14; hierzu: Greissing, CR 1999, 112 (113); Drasch, 231.

⁸⁰⁹ Zweimaliger Verstoß des Fernsehveranstalters binnen eines Jahres, Mitteilungs- und Konsultationsverfahren.

dann, wenn feststeht, dass der Sendestaat die Anforderungen der F-RL nicht erfüllt und die Fernsehveranstalter gegen die Vorschriften der Richtlinie verstoßen haben⁸¹⁰. Zu einer eigenen Kontrolle ist der Empfangsstaat im Prinzip nicht befugt⁸¹¹. Solche Regelungen des Empfangsstaates können auch nicht durch Art.10 Abs.1, Satz 2 EMRK, Art.5 EGV oder Art.151 EGV gerechtfertigt werden⁸¹². Dem Empfangsstaat verbleibt lediglich die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren (Art.227 EGV) anzustrengen⁸¹³. Alles andere widerspräche dem Sinn und Zweck der F-RL, nach dem gerade nur der Sendestaat die Kontrolle über einen Fernsehveranstalter ausüben soll, um so den freien gemeinschaftsweiten Fluss des Fernsehens zu garantieren⁸¹⁴. Es fällt auf, dass im Vergleich zur E-RL und erst recht zur D-RL nur sehr wenige Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip bestehen, was allerdings – wie zu zeigen sein wird – auf die vergleichsweise geringe Reichweite des koordinierten Bereichs der F-RL zurückzuführen ist. Insofern bedurfte es keines weit reichenden Korrektivs durch Ausnahmeregelungen. Bei der anstehenden Revision der F-RL spielen Änderungen am Sendestaatsprinzip keine Rolle⁸¹⁵.

2. Konkretisierung des Begriffs „Rechtshoheit“ durch den EuGH - der rundfunkrechtliche Niederlassungsbegriff

Nach Art.2 Abs.2 F-RL unterliegen diejenigen Fernsehveranstalter (Art.1 lit. b) F-RL⁸¹⁶) der Rechtshoheit eines Mitgliedstaates, die gemäß Absatz 3 in diesem niedergelassen sind (oder auf die – falls Absatz 3 nicht gilt – Absatz 4 anwendbar ist⁸¹⁷). Art.2 Abs.3 F-RL orientiert sich am Tätigkeitsschwerpunkt des Ver-

⁸¹⁰ Vgl. insoweit EuGH („Paul Denuit“) v. 29.5.1997, Rs. C-14/96, Slg.1997, I-2785 (2811ff; Rn.25): der Ort der Niederlassung sei einziges Kriterium zur Feststellung der Rechtshoheit, selbst wenn das Recht des Sendestaates die Vorgaben der F-RL missachte.

⁸¹¹ St.Rspr. EuGH („Antennevoorziening Gouda“) v. 25.07.91, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007; EuGH („Kommission/ Königreich Niederlande“), v. 25.7.91, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069; EuGH („Veronica Omroep“) v. 3.2.1993, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487.

⁸¹² EuGH („Kommission/ Belgien“) v. 10.9.1996, Rs. C-11/95, Slg.1996, I-4115 (4167ff, Rn.45, 50, 53).

⁸¹³ Greissing, CR 1999, 112 (117) weist auf die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung (Art.243 EGV) hin; Art.3 Abs.3 F-RL n.F. verpflichtet die Mitgliedstaaten, unmittelbar Betroffenen – auch aus anderen Mitgliedstaaten – Verfahren zur Verfügung zu stellen, in denen die tatsächliche Einhaltung der RL erwirkt werden kann.

⁸¹⁴ Vgl. Erwägungsgründe 10, 12, 14, 15; vgl. insoweit ausdrücklich EuGH („Kommission/ Belgien“) v. 10.9.96, Rs. C-11/95, Slg.1996, I-4115 (4165, Rn.34f).

⁸¹⁵ Vgl. Vierter Bericht der Kommission über die Anwendung der F-RL, KOM (2002) 778 endg. v. 6.1.2003;

⁸¹⁶ Art.1 b): „natürliche od. juristische Person, die die redaktionelle Verantwortung für die Zusammensetzung der Fernsehprogramme trägt und die diese sendet od. von Dritten senden lässt“; vgl. Rosenboom, 113ff (m.w.N.).

⁸¹⁷ Art.2 Abs.4 stellt im Gegensatz zu Absatz 3 auf den Übertragungsort ab; falls Absatz 3 und 4 nicht Klarheit über die Rechtshoheit bringen, gilt Absatz 5, der auf den Niederlassungsbegriff des Art.43 abstellt.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

D. ANERKANNTE REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

anstalters und hofft durch eine Kombination von Kriterien (wie dem Ort der Hauptverwaltung oder redaktionellen Entscheidungen⁸¹⁸), eine Vielzahl von Konstellationen erfassen zu können⁸¹⁹.

Diese Klarstellung erfolgte erst mit der F-ÄndRL. Die zuvor bestehende Rechtsunsicherheit⁸²⁰ hat der EuGH durch Entwicklung des Niederlassungsprinzips beendet. Der Begriff Rechtshoheit wurde konkretisiert, indem hierfür der Ort der Niederlassung des Fernsehveranstalters für maßgeblich erklärt wurde⁸²¹. Damit ist jeder Mitgliedstaat für alle Fernsehsendungen verantwortlich, die von einem Fernsehveranstalter übertragen werden, dessen Niederlassung in seinem jeweiligen Hoheitsgebiet liegt. Der Begriff der „Niederlassung“ ist unter Berücksichtigung der Vorgaben der Fernseh-Richtlinie und des Niederlassungsbegriffs des Art.43 EGV⁸²² zu ermitteln, wobei letzterer indes nicht umfassend auf die Dienstleistung Fernsehen übertragbar ist⁸²³.

Deshalb gilt ein eigenständiger rundfunkrechtlicher Niederlassungsbegriff: Wie bei Art. 43 EGV ist zunächst auf die tatsächliche dauerhafte Verbindung der Tätigkeit des Veranstalters mit der Wirtschaft eines Landes abzustellen⁸²⁴. Darüber hinaus hat der EuGH weitere Kriterien entwickelt: Besitze ein Veranstalter mehrere Niederlassungen, entscheide der Schwerpunkt der Tätigkeit des Fernsehveranstalters; im Konfliktfalle komme es auf den Ort an, an dem die Entscheidungen für die Programmpolitik und die endgültige Zusammenstel-

⁸¹⁸ Diese Kriterien wurden von EuGH („VT 4“) v. 5.7.1997, Rs. C-56/96, Slg.1997, I-3143 (3167, Rn.19) bereits berücksichtigt; s. auch Erwägungsgründe 11 („tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit“), 12f.

⁸¹⁹ Vgl. Helberger, ZUM 1998, 50 (55).

⁸²⁰ Vgl. hierzu insb. zu Zweifeln hinsichtlich der Verteilung der Zuständigkeiten: weite Auslegung durch die Mitgliedstaaten: Bückling, ZUM 1988, 288 (289); enge Auslegung durch die Fernsehveranstalter: Greissing, CR 1999, 112 (114).

⁸²¹ EuGH („Kommission/ Großbritannien“) v. 10.9.1996, Rs. C-222/ 94, Slg. 1996, I-4025 (4073, Rn.42): Die Zuständigkeit rationae personae eines Mitgliedstaates gegenüber dem Fernsehveranstalter könne nur auf dessen Beziehung zu der Rechtsordnung dieses Staates gestützt werden; entgegen der Ansicht einiger Mitgliedstaaten, die auf den Übertragungsort abstellen wollten; Schlussantrag von Generalanwalt (GA) Lenz, ebd., 4049f, Rn.63; ausführlich zur Bestimmung der Rechtshoheit (m.w.N.): Rosenboom, 115ff.

⁸²² Erwägungsgrund 10, auch nach Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung in der F-ÄndRL; zum Niederlassungsbegriff des Art.43 EGV: EuGH („Factortame“) v. 25.7.91, Rs. C-221/ 89, Slg.1991, I-3905 (3965, Rn.20): „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit“.

⁸²³ Vgl. zu Recht Helberger, ZUM 1998, 50 (53); Greissing, CR 1999, 112 (115f): Die von Art.43 EG geforderte Ansässigkeit passe nicht zu Art.49 EG. Zudem sähe Art.43 EG im Falle einer „Mehrfachniederlassung“ in Abgrenzung zu Art.49 EG die Möglichkeit vor, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates zwei Niederlassungen, eine Haupt- und eine Zweigniederlassung, inne haben kann, was gegen die Zielsetzung der F-RL spräche, nur einen Kontrollstaat zu benennen. So sei Art.43 EGV anwendbar, wenn es sich um einen Eingriff in den freien Verkehr zwischen Haupt- und Zweigniederlassung handelt; Art.49 hingegen, wenn es sich nicht um eine Zweigniederlassung, sondern lediglich um eine für die Leistungserbringung erforderliche Infrastruktur handelt, vgl. EuGH („Gebhard“) v. 30.11.1995, Rs. C-55/ 94, Slg.1995, I-4165 (4194ff, insb. Rn.27).

⁸²⁴ Vgl. Helberger, ZUM 1998, 50 (53); zur F-ÄndRL: Knothe / Bashayan, AfP 1997, 849ff.

lung der Programme erfolgen⁸²⁵. Insbesondere sei irrelevant, ob ein Veranstalter im Niederlassungsstaat, überhaupt ein Programm veranstalte⁸²⁶. Obwohl die Bestimmung des Sendestaates wesentlich erleichtert wurde, bleiben Auslegungsprobleme angesichts einiger unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen⁸²⁷. Diese Rechtsprechung hat maßgeblich die Arbeiten an der F-ÄndRL⁸²⁸, aber auch an der E-RL und D-RL beeinflusst. Letztere knüpfen ausdrücklich am Niederlassungsprinzip an. Auch wenn einige von der Rechtsprechung zu Fernsehveranstaltern entwickelte Kriterien (z.B. Ort der Programmgestaltung) nicht auf DIG bzw. Dienstleistungserbringer passen dürften, können aus der Rechtsprechung zur F-RL wichtige Erkenntnisse für den Niederlassungsbegriff in diesen Richtlinien gewonnen und kann insofern im Hinblick auf die Rechtssicherheit auf einer soliden Grundlage aufgebaut werden.

3. Das Verbot missbräuchlicher Rechtsausübung

Die durch die F-RL garantierte Dienstleistungsfreiheit und die damit verbundene freie Wahl der Niederlassung darf nicht dazu führen, dass Fernsehveranstalter sich rechtsmissbräuchlich gerade in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen, um strengeren Voraussetzungen des Empfangsstaates zu entgehen, obwohl ihre Tätigkeit gerade auf letzteren ausgerichtet ist⁸²⁹. In einem solchen Fall kann der Empfangsstaat entgegen der Kontrollhoheit des Sendestaates über die Maßnahmen des Art.2a Abs.2 i.V.m 22, 22a F-RL hinaus die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen behindern. Diese EuGH-Rechtsprechung zur F-RL baut auf der ständigen Rechtsprechung zum allgemeinen Umgehungsverbot auf⁸³⁰. Die E-RL bezieht sich explizit auf diese Rechtsprechung⁸³¹. Vergleichbar zur Problemstellung in der E-RL stellt sich die Frage inwieweit, diese Rechtsprechung überhaupt in dem bereits durch die F-RL harmonisierten

⁸²⁵ Vgl. EuGH („VT 4“) v. 5.6.97, Rs. C-56/ 96, Slg. 1997, I-3143 (3167, Rn.19).

⁸²⁶ Vgl. nochmals: EuGH („VT 4“) v. 5.6.97, Rs. C-56/ 96, Slg. 1997, I-3143 (3168, Rn.22).

⁸²⁷ Vgl. Helberger, ZUM 1998, 50ff (55); Greissing, CR 1999, 112 (115, 119); z.B. Art.2 Abs.3 b) „wesentlicher Teil des Sendepersonals“ (Soll es in quantitativer oder qualitativer Hinsicht verstanden werden?); Art.2 III a) „redaktionelle Entscheidungen über das Programmangebot“.

⁸²⁸ Vgl. Erwägungsgründe 10 (bezieht sich ausdrücklich auf die EuGH – Rechtsprechung), 11-14 zur F-ÄndRL; Schmitt-Vockenhausen, ZUM 1998, 377 (378).

⁸²⁹ Vgl. EuGH („TV 10“) v. 5.10.1994, Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 (4832, Rn.20ff); zur Gesamtproblematik ausführlich und m.w.N.: Rosenboom, 139ff.

⁸³⁰ Vgl. EuGH („Van Binsbergen“) v. 21.3.1974, Rs. C-33/74, Slg. 1974, 1299 (1309, Rn.13); EuGH („Veronica Omroep“) v. 3.2.1993, Rs. C-148/ 91, Slg. 1992, I-487; vgl. bereits oben: 1.Teil: B.II.3.f.

⁸³¹ Vgl. Erwägungsgrund 57 E-RL; s.o.: 1.Teil: B.II.3.f.

Bereich⁸³² zugunsten des Empfangsstaates gelten sollte. Immerhin hat durch die F-RL insofern eine Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit im Sekundärrecht stattgefunden, so dass nicht bereits von einem Missbrauch ausgegangen werden kann, wenn ein Veranstalter bloß von seinem Recht Gebrauch macht, Sendungen nur für andere Mitgliedstaaten auszustrahlen⁸³³. Die durch die F-RL geschaffenen Mindeststandards genauso wie die Kontrolle durch den Sendestaat stehen dem Missbrauch bereits entgegen. Daher sollten Maßnahmen des Empfangsstaates erst möglich sein, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen auf eine Umgehungsabsicht hindeuten⁸³⁴. Anders ist dies in nicht harmonisierten Bereichen zu beurteilen. Hier bestehen gerade keine Mindeststandards, so dass eine Umgehungsgefahr viel wahrscheinlicher ist, weil die Regelungsdichte in den einzelnen Mitgliedstaaten noch stark differieren kann⁸³⁵.

4. Das Zusammenspiel vom koordinierten Bereich der Fernseh-Richtlinie mit dem tatsächlich harmonisierten Bereich

In Anbetracht der hinsichtlich des koordinierten Bereichs der E-RL geäußerten strukturellen Bedenken wegen eines vermeintlichen Missverhältnisses zwischen der Reichweite des Art.2 lit. h) E-RL und der tatsächlich durch die E-RL erreichten Harmonisierung⁸³⁶, lohnt sich ein Blick auf die F-RL. Insofern sind beachtliche Unterschiede zwischen E-RL und F-RL festzustellen. Im Hinblick auf die F-RL stellt sich die Frage nach der Reichweite des Grundsatzes der unbedingten Weiterübertragung zu Lasten der Empfangsstaaten. Dieser gilt nur in Bereichen, die durch die Richtlinie koordiniert sind (Art.2a Abs.1 F-RL)⁸³⁷.

a. Der koordinierte Bereich des Sendestaatsprinzips der Fernseh-Richtlinie

Fraglich ist, welche Bereiche überhaupt und in welchem Umfang durch die F-RL „koordiniert“ sind. Im Gegensatz zu Art.2 lit. h) E-RL bzw. Art.4 Nr.9) D-RL enthält die F-RL keine ausdrückliche Definition des koordinierten Berei-

⁸³² z.B. auf den Gebieten der Werbung (Art.10–20), des Jugendschutzes (Art.22, 22a, 22b) und der Gegendarstellung (Art.23), sowie der Förderung der europäischen Programmproduktion (Art.4–9).

⁸³³ Vgl. nochmals: EuGH („VT 4“) v. 5.6.97, Rs. C-56/96, Slg. 1997, I-3143 (3168, Rn.22).

⁸³⁴ Vgl. ebenso: Greissing, CR 1999, 112 (116); Helberger, ZUM 1998, 50 (55).

⁸³⁵ Vgl. Schlussantrag von GA Lenz, EuGH („VT 4“) v. 5.6.97, Rs. C-56/96, Slg. 1997, I-3143 (3157, Rn.38).

⁸³⁶ Vgl. hierzu oben: 1.Teil: B.II.2.b.; Lurger/ Vallant, RIW 2002, 188 (193) lehnen deshalb eine Gleichstellung des Herkunftslandprinzips in F-RL und E-RL ab.

⁸³⁷ Vgl. ausführlich zur Bestimmung der Grenzen des Sendestaatsprinzips: Rosenboom, 123ff.

ches. Deshalb kann dessen Reichweite nur durch eine systematische und teleologische Auslegung festgestellt werden.

Wie gesehen regelt die F-RL selbst nur bestimmte Programmanforderungen und sonstige Regelungen⁸³⁸. Dies entspricht gemäß Erwägungsgrund 17 der Zielsetzung der Richtlinie, nur „spezifisch für das Fernsehen geltende Regelungen“ zu harmonisieren. Insoweit will die F-RL zudem lediglich ein Mindestmaß an Anforderungen harmonisieren, um im Übrigen eine Kontrolle durch das Herkunftsland ausreichen zu lassen⁸³⁹. Dies deutet darauf hin, dass der koordinierte Bereich der F-RL nicht weiter reichen soll, als die tatsächlich erfolgte Harmonisierung⁸⁴⁰. Die Kontrolle dieser Bestimmungen obliegt allein und ausschließlich dem Sendestaat. Im Ergebnis sind damit z.B. Bestimmungen des Empfangsstaates, die den Schutz von Jugendlichen vor Werbung aus anderen Mitgliedstaaten zum Ziel haben, unzulässig, weil dieser Bereich durch die F-RL ausreichend harmonisiert ist; insoweit ist einzig die Rechtsordnung des Sendestaates für den Fernsehveranstalter maßgeblich⁸⁴¹. Die Reichweite des Sendestaatsprinzips wird demnach durch die F-RL selbst begrenzt⁸⁴² – umgekehrt wird deutlich, dass durch die weite Definition des Art.2 lit. h) E-RL und 4 Nr.9) D-RL gerade ein im Gegensatz zur F-RL breiterer koordinierter Bereich festgelegt werden sollte⁸⁴³. Art. 2 lit. h) E-RL stellt klar, dass nicht nur Bestimmungen, die in den von der E-RL selbst harmonisierten Bereich fallen, erfasst sind, sondern geht darüber hinaus⁸⁴⁴. Ansonsten wäre der koordinierte Bereich angesichts der geringen tatsächlichen Harmonisierung in der Rahmenrichtlinie E-RL auch verschwindend gering. Damit erfasst das Sendestaatsprinzip der F-RL zwar in ähnlicher Weise einen koordinierten Bereich, ohne diesen jedoch

⁸³⁸ Vgl. nochmals Bestimmungen zur Förderung der europäischen Programmindustrie (Art.4-9); zu Fernsehwerbung, Sponsoring und Teleshopping (Art.10-20); bzgl. des Minderjährigenschutzes (Art.22), der öffentlichen Ordnung (Art.22a, 22b) und des Rechts auf Gegendarstellung (Art.23).

⁸³⁹ Erwägungsgründe 13, 14: „(Die F-RL) regelt das notwendige Mindestmaß, um den freien Sendeverkehr zu verwirklichen, dem Fernsehsendungen, die ihren Ursprung in der Gemeinschaft haben entsprechen müssen“; insbesondere soll nicht „die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Organisation und Finanzierung der Sendungen und der Programminhalte“ berührt werden; hierzu: Wellan, 82.

⁸⁴⁰ EuGH („De Agostini“) v. 9.7.97, verb. Rs. C-34/ 95, C-35/ 95, C-36/ 95, Slg. 1997, I-3843 (3888, Rn.26): eine Harmonisierung sollte nur hinsichtlich der Fernsehstätigkeit im eigentlichen Sinne stattfinden.

⁸⁴¹ EuGH („De Agostini“), ebd., 3843ff, 3894 (Rn.57ff, 61).

⁸⁴² Vgl. ebenso: Grandpierre, 98; Drasch, 232; Sack, WRP 2000, 269 (284); Dethloff, 52; Halfmeier, ZEuP 2001, 837 (855f); instruktiv auch: EFTA- Gerichtshof („Lego/ Mattel“), GRUR Int. 1996, 52ff (insb.54, Tz.28, 43ff).

⁸⁴³ Vgl. zur strukturellen Ähnlichkeit von Art.3 E-RL und Art.2, 2a F-RL: Thünken, 77 (m.w.N.).

⁸⁴⁴ Vgl. Thünken, 78: dies drücke den Wunsch aus, eine Harmonisierung durch das Instrument des Kollisionsrechts zu erreichen; Art.3 E-RL solle nicht nur auf den in der E-RL selbst geregelten Bereich, sondern allgemein auf das Werbe- und Wettbewerbsrecht einwirken; ebenso: Dethloff, 55.

genau zu benennen. Entgegen dem horizontalen Ansatz der E-RL sind lediglich die von der Richtlinie selbst harmonisierten Bereiche erfasst⁸⁴⁵.

Dem Sendestaatsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass eine staatliche Kontrolle durch das Empfangsland nicht notwendig ist, solange eine Fernsehsendung dem harmonisierten Mindeststandard der F-RL entspricht und ausreichend vom Sendestaat kontrolliert wird⁸⁴⁶. Aus den Erwägungsgründen 9, 10 der F-RL ergibt sich zudem, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber insbesondere die Beschränkungen abschaffen wollte, die sich aus den Unterschieden der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausstrahlung und Verbreitung von Fernsehprogrammen ergeben. Insofern werden zwei Bausteine der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip schon anhand des Beispiels der Fernseh-Richtlinie sichtbar:

- Um Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Interesse eines funktionsfähigen Binnenmarktes zu nivellieren, setzt der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Sache auf Mindeststandards; damit wird ein besonders gravierendes Abrutschen der Schutzstandards verhindert. Solange zumindest anhand dieser Mindeststandards eine effektive Kontrolle durch den Herkunftsstaat stattfindet, können die Empfangsstaaten auf eine weitergehende Kontrolle verzichten. Damit werden die Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen indes sofort zum Vorteil des Binnenmarktes eingeebnet.
- Als Element der Regelungstechnik fällt zudem der „koordinierte Bereich“ auf. Nach der De Agostini-Entscheidung des EuGH bestimmt im Prinzip der Umfang der tatsächlich in der Richtlinie erfolgten Harmonisierung die Reichweite des koordinierten Bereichs und damit des Herkunftslandprinzips. Um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, kann indes auch – wie in der E-RL geschehen – der koordinierte Bereich definiert werden, wodurch die Reichweite des Herkunftslandprinzips genau festgelegt werden und womöglich weiter als die tatsächlich durch die Richtlinie selbst erreichte Harmonisierung reichen kann.

⁸⁴⁵ Vgl. Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (639f), der hierin „eine kleine Revolution“ durch die E-RL sieht, denn es bestünde keine Abhängigkeit mehr von der tatsächlichen Harmonisierung; diese erstreckte sich auf alle Rechtsgebiete nur in Abhängigkeit vom Sachverhalt; ebenso: Bodewig, GRUR Int.2000, 475 (479).

⁸⁴⁶ Vgl. nochmals: Wellan, 84.

b. Außerhalb des koordinierten Bereichs der Fernseh-Richtlinie

Der Umkehrschluss zu Art.2a Abs.1 F-RL ergibt, dass außerhalb des durch die Richtlinie koordinierten Bereichs, die Mitgliedstaaten weiterhin ihr nationales Recht anwenden dürfen⁸⁴⁷, was dazu führt, dass ein Empfangsstaat die Weiterverbreitung in diesem Falle aussetzen darf⁸⁴⁸. Bestätigt wird diese Auslegung durch Erwägungsgrund 17, der hervorhebt, dass bestehende oder künftige Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft durch die F-RL unberührt bleiben, mit denen insbesondere zwingenden Erfordernissen zum Schutz der Verbraucher, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Wettbewerbs entsprochen werden soll. Das bedeutet erst recht, dass nationale Beschränkungen des Fernsehens, die allgemein zum Schutze der eben genannten Rechtsgüter dienen, grundsätzlich von der F-RL gebilligt werden⁸⁴⁹. Der EuGH hat diese Auslegung präzisiert⁸⁵⁰: Nicht erlaubt seien lediglich nationale Regelungen, die eine Zweitkontrolle von Fernsehsendungen einführen und unmittelbar an der Weiterverbreitung anknüpfen⁸⁵¹. Sogar nationale Fernsehwerberegungen, die Verbraucherschutz zum Ziel haben, seien erlaubt: Zwar harmonisiere die F-RL sowohl bezüglich der Art und Weise der Werbung als auch bezüglich des Inhalts der nationalen Vorschriften, jedoch stelle dies nur eine Teilkoordinierung dar⁸⁵². Die F-RL solle den freien Empfang von Fernsehsendungen, nicht hingegen die beschränkungsfreie Verbreitung von Werbung sicherstellen⁸⁵³.

Im Ergebnis sind nationale Vorschriften, die dem Schutz des Verbrauchers, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Wettbewerbs dienen, aber nicht unmittelbar die Verbreitung von Fernsehsendungen betreffen, mit der F-RL vereinbar, solange sie den Anforderungen des Art. 49 EGV entsprechen⁸⁵⁴. Fernsehveranstalter müssen sich insoweit nach dem Recht des Empfangsstaats richten. Etwas anderes gilt allerdings für allgemeine Regelungen zum Schutze

⁸⁴⁷ Vgl. ebenso: Drasch, 231.

⁸⁴⁸ Vgl. Greissing, CR 1999, 112ff, 117.

⁸⁴⁹ Vgl. Drasch, 232: Die durch die F-RL nicht koordinierten Bereiche fallen gerade mangels Harmonisierung noch unter die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.

⁸⁵⁰ EuGH („De Agostini“) v. 9.7.1997, verb. Rs. C-34/ 95, C-35/ 95, C-36/ 95, Slg. 1997, I-3843.

⁸⁵¹ EuGH („De Agostini“), ebd., 3843 (3888, Rn.34).

⁸⁵² EuGH („De Agostini“), ebd., 3843 (3888, Rn.32) ; vgl. zuletzt : EuGH v.13.7.04, Rs. C-262/ 02 („Kommission / Frankreich“) und Rs. C-429/ 02 („Bacardi“), EWS 411, 413; die Entscheidung verdeutlicht wie gering der koordinierte Bereich des F-RL ist: hierbei ging es um das Verbot einer Fernsehübertragung von Sportveranstaltungen, die indirekte Alkoholwerbung in Form von Werbetafeln enthielten; obwohl für Alkoholwerbung in Art.15 F-RL eine spezielle Regelung besteht, sah der EuGH die F-RL (v.a. wegen Art.3 F-RL) als nicht einschlägig an, weil indirekte Werbung keine „Fernsehwerbung“ sei; vgl. Gundel EWS 2004, 398 (400).

⁸⁵³ EuGH („De Agostini“), ebd., 3843 (3889, Rn.36f).

⁸⁵⁴ Vgl. zu Recht: Greissing, CR 1999, 112 (117).

der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die auch Fernsehsendungen betreffen. Hier müssten die Empfangsstaaten nach dem oben Gesagten eigentlich berechtigt sein, die Weiterverbreitung auszusetzen, da eine Harmonisierung, wenn überhaupt, nur teilweise stattgefunden hat⁸⁵⁵. Der EuGH hat die Aussetzungsmöglichkeiten der Empfangsstaaten in diesem Bereich zu Recht restriktiv ausgelegt⁸⁵⁶. Könnten die Mitgliedstaaten auf dem Umweg über die allgemeinen Gesetze wiederum Genehmigungsverfahren für Fernsehsendungen aus anderen Staaten einführen, wäre die durch die F-RL bezweckte Liberalisierung des Fernsehmarktes weitgehend zunichte gemacht. Insbesondere könnten die Fernsehveranstalter nicht mehr von den Erleichterungen, des Sendestaatsprinzips profitieren, da – abgesehen vom relativ unbedeutenden koordinierten Bereich – doch wieder das Recht des Empfangsstaates maßgeblich wäre.

Im Ergebnis betrifft das Sendestaatsprinzip zwar vorrangig öffentlich-rechtliche Vorschriften. Art.2a Abs.1 F-RL knüpft indes auch an privatrechtliche Regelungen an. Wenn Art.23 F-RL die Einräumung eines Rechts auf Gegendarstellung fordert, muss dem öffentlich-rechtlich und zivilrechtlich nachgekommen werden; gleiches gilt für die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Art.10ff F-RL. Eine Begrenzung auf das öffentliche Recht ist nicht zwingend.

c. Zulässigkeit strengerer mitgliedstaatlicher Regelungen

Art.3 Abs.1 F-RL gesteht den Mitgliedstaaten zu, strengere Vorschriften zu erlassen⁸⁵⁷. Insofern bestehen innerhalb des koordinierten Bereichs lediglich Mindestanforderungen. Die freie Übertragung von Sendungen wird nicht dadurch behindert, dass in einem Mitgliedstaat strengere Vorschriften gelten als in der F-RL⁸⁵⁸. Dennoch wird ein Sendestaat im Regelfall kein Interesse haben, Bedingungen aufzustellen, die den eigenen Fernsehmarkt erheblich schwächen⁸⁵⁹. Dank der unbedingten Weiterübertragungspflicht der Empfangsstaaten (Art.2a Abs.1), könnten die Fernsehveranstalter auch notfalls die Rechtsordnung wechseln; insofern wirkt auch hier der Wettbewerb der Rechtsordnungen⁸⁶⁰. In nicht koordinierten Bereichen gilt weiterhin das Primärrecht.

⁸⁵⁵ Vgl. Greissinger, CR 1999, 112 (117).

⁸⁵⁶ Vgl. EuGH („Kommission/ Belgien“) v. 10.9.1996, Rs. C-11/95, Slg.1996, 4115 (4169, Rn.92).

⁸⁵⁷ Vgl. auch die nach der F-ÄndRL verbliebene Spezialvorschrift in Art.20 F-RL.

⁸⁵⁸ Vgl. ebenso: Greissinger, CR 1999, 112 (117).

⁸⁵⁹ Vgl. Bullinger/ Mestmäcker, 121; Gedanke der umgekehrten Diskriminierung, s.o. 1.Teil: B.II.1.c., 4.a.cc.(2).

⁸⁶⁰ Vgl. ebenso: Wellan, 84.

5. Das Sendestaatsprinzip der Fernseh-Richtlinie und das IPR

Das Sendestaatsprinzip der Fernseh-Richtlinie ist nach Ansicht vieler ein Beleg dafür, dass ein im Sekundärrecht verankertes Herkunftslandprinzip ohne weiteres kollisionsrechtlich verstanden werden kann, selbst wenn man im Primärrecht zu einem sachrechtlichen Verständnis neigt⁸⁶¹ und streitet damit auch für ein kollisionsrechtliches Verständnis des Art.3 E-RL⁸⁶².

Wie gesehen fällt die rundfunkrechtliche Kontrolle von Fernsehsendungen in den durch die F-RL koordiniertem Bereichen ausschließlich in die Zuständigkeit des Sendestaates (Art.2a F-RL), wodurch eine Zweitkontrolle im Empfangsstaat ausdrücklich verhindert werden soll. Damit findet grundsätzlich nur das Recht des Sendestaates Anwendung, womit wie im Sinne einer kollisionsrechtlichen Verweisung das anwendbare Recht bestimmt wird.

Auch wenn damit primär öffentlich-rechtliche Vorschriften betroffen sind, sind ebenso privatrechtliche Bereiche wie das Werbe- und Wettbewerbsrecht (nur soweit dieses durch die Richtlinie koordiniert ist).

II. **Sonstige Herkunftslandregelungen im Sekundärrecht**

Das Herkunftslandprinzip im weiteren Sinne hat in vielfältiger Form Verwendung im sekundären Gemeinschaftsrecht gefunden.

1. Rundfunk- und internetrechtliche Richtlinien

Neben dem soeben dargestellten Sendestaatsprinzip der Fernseh-Richtlinie (Art.2 Abs.1, 2; 2a Abs.1; 3 Abs.1, 2 F-RL) befindet sich in **Art.1 Abs.2 lit. b) der Richtlinie zu Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung**⁸⁶³ ein weiteres rundfunkrechtlich relevantes Herkunftslandprinzip.

⁸⁶¹ Vgl. in diesem Sinne: Leible, in: Nordhausen, 71 (78); Dethloff, 51; dies., JZ 2000, 179 (180); Kort, GRUR Int.1994, 594 (601); Sack, WRP 2000, 269 (284); Schack, MMR 2000, 59 (62); Roth, RabelsZ 55 (1991), 623 (670); Henning-Bodewig, WRP 2001, 771 (772).

⁸⁶² Vgl. ebenso: Thünken, 75ff: „frappierende Ähnlichkeit“ von Art.2, 2a F-RL und 3 E-RL.

⁸⁶³ Richtlinie 93/83/EWG des Rates v. 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EG L 248 v. 6.10.1993, 15ff; dazu: Rumphorst, GRUR Int. 1993, 934ff; zum Entwurf der Richtlinie bereits Castendyk/ von Albrecht, GRUR Int. 1993, 300ff; dies., GRUR Int. 1992, 734ff; Rumphorst, GRUR Int.1992, 910ff; vgl. zur Umsetzungsnorm im deutschen Recht ausführlich: Thünken, 52ff; Dreier, ZUM 1995, 458ff.

Art.1 Abs.2 lit. b) dieser Richtlinie postuliert, dass die öffentliche Wiedergabe über Satellit nur in dem Mitgliedstaat stattfindet, in dem die programmtragenden Signale unter Kontrolle des Sendeunternehmens (...) in eine ununterbrochene Kommunikationskette eingegeben werden, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt. Art. 1 Abs.2 lit. a) wiederum definiert die „*öffentliche Wiedergabe über Satellit*“⁸⁶⁴. Damit wird die grenzüberschreitende Verbreitung von Satellitenprogrammen in der Weise erleichtert, als nunmehr die erforderlichen Leistungsschutz- und Urheberrechte lediglich nur noch in einem Mitgliedstaat – dem ‚Wiedergabeland‘ – erworben werden müssen, um eine rechtmäßige Sendung in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen, denn die Senderechte (Art.2f) und die Rechte der ausübenden Künstler, der Tonträgerhersteller und der Sendeunternehmen (Art.4) knüpfen an die „*öffentliche Wiedergabe über Satellit*“ an. Inhaltlich sieht die Richtlinie lediglich eine Minimalharmonisierung vor (vgl. Art.6 Abs.1⁸⁶⁵) und baut im Übrigen auf dem Schutzniveau der Richtlinie 92/100/EWG⁸⁶⁶ auf. Die Mitgliedstaaten werden indes im Art.6 Abs.2 nachdrücklich auf die Beachtung der Definitionen des Art.1 Abs.1 und 2 verpflichtet, womit die Stellung des Wiedergabelandes wieder gestärkt wird.

Die Erwägungsgründe sprechen vom „*Ursprungslandprinzip*“⁸⁶⁷: Zwecks Schaffung eines Binnenmarktes für die grenzüberschreitende Programmverbreitung von Rundfunksendungen über Satelliten im Hinblick auf die zu erwerbenden Rechte⁸⁶⁸ ist die durch das Urheberkollisionsrecht bedingte Rechtsunsicherheit zu beseitigen⁸⁶⁹, „*ob die Sendung über Satelliten, deren Signale direkt empfangen werden können, nur die Rechte im Ausstrahlungsland oder aber kumulativ zugleich die Rechte in allen Empfangsländern berührt*“⁸⁷⁰. Diese kumulative Anwendung von nationalen

⁸⁶⁴ Art.1 Abs.2 lit. a): „Für die Zwecke dieser Richtlinie bedeutet öffentliche Wiedergabe über Satellit die Handlung, mit der unter Kontrolle des Sendeunternehmens und auf dessen Verantwortung die programmtragenden Signale, die für den öffentlichen Empfang bestimmt sind, in eine ununterbrochene Kommunikationskette, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt, eingegeben werden.“; zur Definition des „Satellit“: Art.1 Abs.1.

⁸⁶⁵ Art.6 Abs.1: „Die Mitgliedstaaten können für die Inhaber von dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten weitergehende Schutzvorschriften vorsehen als die, die in Art.8 der RL 92/100/EWG vorgeschrieben sind.“

⁸⁶⁶ RL 92/100/EWG des Rates v. 19.11.92 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. EG L 346 v. 27.11.92, 61ff.

⁸⁶⁷ Vgl. Erwägungsgrund 18; insofern wird der terminologische Kanon auch vom Sekundärrecht um einen weiteren Begriff erweitert.

⁸⁶⁸ Vgl. insoweit in bekannter Ausdrucksweise: Erwägungsgründe 1-4.

⁸⁶⁹ Vgl. Erwägungsgründe 5-11.

⁸⁷⁰ Vgl. Erwägungsgrund 7; zur Entwicklung des Urheberkollisionsrechts bzgl. grenzüberschreitender Fernsehsendungen (anfangs wurde auf das Recht des Sendestaates abgestellt, zuletzt zunehmend auch auf die Rechte der intendierten Empfangsstaaten): Roth, IPRax 1994, 165 (172) m.w.N.; dies ähnelt der Multi-State-Problematik.

Rechten auf einen einzigen Sendeakt soll durch die einheitliche Definition der öffentlichen Wiedergabe verhindert werden⁸⁷¹.

Demnach ist Art.1 Abs.2 lit. b) eine auf die Besonderheiten des von der Richtlinie koordinierten Urheber- und Leistungsschutzrechtes begrenzte Kollisionsregel des Satellitensenderechts, die das Recht desjenigen Landes zur Anwendung beruft, in dem die Abstrahlung vom Sendemast stattfindet⁸⁷². Teilweise wird indes ein sachrechtliches Verständnis vertreten, denn die materiellrechtlichen Regelungen der Richtlinie hätten allenfalls „mittelbare Rückwirkungen“ auf das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten, wobei letzteres unangetastet habe bleiben sollen; gleichzeitig wird indes anerkannt, dass auch Art.1 Abs.2 lit. b) als sachrechtliche Regelung nicht durch das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten konterkariert werden dürfe⁸⁷³. M.E. kann nicht geleugnet werden, dass durch Art.1 Abs.2 lit. b) einzig das Recht des Wiedergabelandes im begrenzten Anwendungsbereich der Richtlinie maßgeblich wird, womit diesem die gleiche Funktion wie Kollisionsrecht zukommt⁸⁷⁴. Es ist nicht ersichtlich, warum dann nicht auch von Kollisionsrecht gesprochen werden sollte⁸⁷⁵. Durch die materielle Rechtsvereinheitlichung in der EU ist mittelbar immer auch zumindest für binnenmarktinterne Sachverhalte das Kollisionsrecht Fragen betroffen⁸⁷⁶.

Zudem wird klar, dass das Herkunftslandprinzip nicht zwingend auf das öffentliche Recht begrenzt sein muss, sondern im Privatrecht (hier im Urheberrecht) ebenso Verwendung findet. Strukturell wird lediglich ein begrenzter Bereich erfasst. Zudem wird auch keine ausdrückliche Kontrollpflicht des Herkunftslandes begründet, wobei allerdings aus Rechtssicherheitserwägungen das Recht des Herkunftslandes für allein maßgeblich erklärt wird.

⁸⁷¹ Vgl. v.a. Erwägungsgrund 15f; 14: „Die die grenzüberschreitende Programmverbreitung über Satelliten behindernde Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die zu erwerbenden Rechte lässt sich beseitigen, indem die öffentliche Wiedergabe geschützter Werke über Satellit auf Gemeinschaftsebene definiert wird...“.

⁸⁷² Ebenso: Drasch, 233; Rumphorst, GRUR Int.1993, 934ff; Kort, GRUR Int.1994, 594 (601); Grandpierre, 100f.

⁸⁷³ Vgl. Roth, W.H., IPRax 1994, 165 (172).

⁸⁷⁴ Vgl. noch deutlicher (zur Umsetzungsnorm in § 20 a UrhG) Thünken, 52: „Die Folge ist die Anwendbarkeit nur einer einzigen nationalen Urheberrechtsordnung, so dass der Programmveranstalter allein das Satellitensenderecht des Ausstrahlungslandes erwerben muss. Es handelt sich bei der alleinigen Anknüpfung an den Ausgangsstaat um eine Rechtsanwendungsregel, die eine Reduktion der Anzahl der potentiellen Schutzländer auf ein einziges Schutzland im Wege einer Fiktion bewirkt.“

⁸⁷⁵ Vgl. Grandpierre, 101, der Art.1 Abs.2 lit. b) sogar als Bestätigung dafür sieht, dass das Herkunftslandprinzip im Rahmen der Angleichung mitgliedstaatlichen Rechts kollisionsrechtlich eine größere Bedeutung erlangt.

⁸⁷⁶ Vgl. die Formulierung bei Dreier, ZUM 1995, 458 (458): Art.1 Abs.2 lit. b) schaffe Klarheit „auf der Ebene des materiellen Rechts – nicht, zumindest nicht ausdrücklich auch des Kollisionsrechts“, indem die „öffentliche Wiedergabe als nur im Ursprungsland stattfindend angesehen werde“; dabei muss nicht zwingend ein Widerspruch zwischen Sach- und Kollisionsrecht gesehen werden, vgl. ausführlich gegen eine „Aufweichung“ des urheberkollisionsrechtlichen Schutzlandprinzips durch Art.1 Abs.2 lit. b): Thünken, 54f.

Ebenso enthält **Art.4 Signatur-Richtlinie**⁸⁷⁷ unter der Bezeichnung „Binnenmarktgrundsätze“ ein Herkunftslandprinzip, das jedenfalls in Wortlaut und Struktur an Art.3 E-RL oder Art.16 D-RL erinnert⁸⁷⁸.

Zum besseren Verständnis von Art.4 sei vereinfacht die Funktionsweise der elektronischen Signaturen (vgl. i.ü. Begriffsdefinitionen in Art.2 Nr.1-13) erläutert: Elektronische Signaturen, sind Daten, die anderen Daten, z.B. einer E-Mail, als Erkennungsmerkmal hinzugefügt werden können. Hierbei kann der Verwender zwischen einer einfachen, fortgeschrittenen oder qualifizierten Signatur wählen. Diese Begriffe beschreiben ansteigend den Grad der Sicherheit des Authentifizierungsmerkmals und bestimmen damit letztlich deren mögliche Rechtswirkungen in der Praxis. Bei der hier zum Verständnis einzig relevanten qualifizierten Signatur wird einer fortgeschrittenen Signatur⁸⁷⁹ durch eine „Prüfstelle“ (dem Zertifizierungsdiensteanbieter, der die Anforderungen des Anhangs II erfüllen muss⁸⁸⁰) eine elektronische Bescheinigung („qualifiziertes Zertifikat“⁸⁸¹) hinzugefügt, die vor allem durch eine Verschlüsselung der Signatur eine besondere Gewähr für die Echtheit der ‚Unterschrift‘ bereithält. Die Bereitstellung von Zertifizierungsdiensten ist von einer vorherigen Genehmigung (Art.5 Abs.1) abhängig. Praktisch bedarf es bei den Verwendern von elektronischen Signaturen (beim Sender wie beim Empfänger) und bei den Zertifizierungsstellen, einer bestimmten technischen Infrastruktur, um die jeweiligen Signaturen zu ver- bzw. entschlüsseln („Produkt für elektronische Signaturen“, Art.2 Nr.12⁸⁸²).

Art.4 Abs.1 begründet demnach ein Herkunftslandprinzip im hier verstandenen Sinne, das auf den Bereich des verwaltungsrechtlichen Aufsichtsrechts im Hinblick auf Zertifizierungsdiensteanbieter begrenzt ist.

Satz 1 begründet eine Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftslandes in Bezug auf die in dessen Hoheitsgebiet niedergelassenen Zertifizierungs-

⁸⁷⁷ RL 1999/93/EG des EPs und des Rates v. 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. EG L 13 v. 19.1.2000, 12ff; vgl. ausführlich m.w.N. Bröhl/ Tettenborn, passim.

⁸⁷⁸ Art.4 Abs.1: „Jeder Mitgliedstaat wendet die innerstaatlichen Bestimmungen, die er aufgrund dieser Richtlinie erlässt auf die in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Zertifizierungsdiensteanbieter und deren Dienste an. Die anderen Mitgliedstaaten dürfen die Bereitstellung von Zertifizierungsdiensten, die aus anderen Mitgliedstaaten stammen, in den unter diese Richtlinie fallenden Bereich nicht einschränken.“ Abs.2: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Produkte für elektronische Signaturen, die den Anforderungen dieser Richtlinie entsprechen, frei im Binnenmarkt verkehren können.“

⁸⁷⁹ Vgl. Art.2 Nr.2: Signatur, die bestimmte Anforderungen erfüllt, z.B. ausschließlich dem Unterzeichner zugeordnet; ermöglicht Identifizierung des Unterzeichners; mit Mitteln erstellt, die dieser allein unter Kontrolle hat.

⁸⁸⁰ Vgl. Art.2 Nr.11: Stelle, die Zertifikate ausstellt; Anhang II setzt u.a. einen Zuverlässigkeitsnachweis voraus.

⁸⁸¹ Vgl. Art.2 Nr.9f, besondere Anforderungen in Anhang I.

⁸⁸² Vgl. Art.2 Nr.12: Hard- oder Software bzw. deren spezifische Komponenten, die ... für die Bereitstellung von Diensten ... verwendet werden oder die für die Erstellung und Überprüfung ... verwendet werden sollen.

diensteanbieter⁸⁸³. Umgekehrt sieht Satz 2 für die Bestimmungsländer ein Beschränkungsverbot im Hinblick auf die Bereitstellung von Zertifizierungsdiensten im grenzüberschreitenden Verkehr vor, das allerdings nur für den „*unter dieser Richtlinie fallenden Bereich*“ gilt. Dieser ‚koordinierte Bereich‘ erfasst mangels einer anderweitigen sonstigen Definition nur die von der Signatur-Richtlinie selbst vorgenommenen Harmonisierungsmaßnahmen, womit gemäß Art.1 (Anwendungsbereich) lediglich die Rahmenbedingungen (für elektronische Signaturen und) für bestimmte Zertifizierungsdienste erfasst sind⁸⁸⁴; Art.1 stellt auch klar, dass Aspekte im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Gültigkeit von Verträgen, insb. Formanforderungen gerade nicht erfasst werden. Insoweit kann Art.4 Abs.1 schon aufgrund des begrenzten Anwendungsbereiches keine weit reichenden kollisionsrechtlichen Wirkungen entfalten, so dass auch keine deutliche Feststellung erfolgen konnte, dass die Zertifizierungsdiensteanbieter nur noch den rechtlichen Voraussetzungen des Herkunftslandes entsprechen müssen.

Art.4 Abs.1 ist somit eine weitere Ausformung des Herkunftslandgedankens: Mindestharmonisierung in einer Rahmenregelung wird mit einem Herkunftslandprinzip verknüpft, das nur in einem begrenzten Bereich im Hinblick auf Zertifizierungsdiensteanbieter zur Anwendung gelangt. Dieser Regulierungsansatz ist allerdings als Einzelfall vor dem Hintergrund der zu regelnden Materie zu sehen: Bei der Signatur-Richtlinie ging es vorrangig darum zu verhindern, dass in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Strukturen im Hinblick auf elektronische Signaturen entstehen, die letztlich das Funktionieren des Binnenmarktes behindert hätten⁸⁸⁵. Die gesetzten Mindestanforderungen an die Zertifizierungsdiensteanbieter garantieren ein gewisses Schutzniveau für diesen neu entstandenen Wirtschaftszweig im Interesse der Nutzer. Weiterhin schafft das Herkunftslandprinzip EU-weit Rechtssicherheit für die Diensteanbieter gerade auch im Hinblick auf weiterhin bestehende Spielräume zugunsten der Mitgliedstaaten⁸⁸⁶.

⁸⁸³ Vgl. ebenso: Art.3 Abs.3: Mitgliedstaaten sollen ein „geeignetes System zur Überwachung“ schaffen.

⁸⁸⁴ Vgl. etwa Mindestanforderungen an deren Haftung in Art.6, an den Datenschutz in Art.8 und für Zertifizierungsdiensteanbieter, die qualifizierte Zertifikate ausstellen wollen, den Anhang II.

⁸⁸⁵ Erwägungsgründe 4 (keine „divergierenden Regeln über die rechtliche Anerkennung elektronischer Signaturen und die Akkreditierung von Zertifizierungsdiensteanbietern), 5 („Interoperabilität von Produkten“); 7ff.

⁸⁸⁶ Vgl. nur Art.3 Abs.7; Erwägungsgrund 13: „Die Mitgliedstaaten ... entscheiden, wie sie die Überwachung ... gewährleisten.“

Im Hinblick auf die in diesem Abschnitt genannten Bestimmungen, aber gerade auch im Hinblick auf *Art.3 E-RL* wurde das Herkunftslandprinzip nicht zu Unrecht als das das Kommunikationsrecht in der EU beherrschende Prinzip und als funktionsfähiger kollisionsrechtlicher Ansatz für grenzüberschreitende Sachverhalte in den konvergierenden Medien bezeichnet⁸⁸⁷. Dies ist allein deshalb sinnvoll, weil das Internet und die Rundfunkwellen nicht an Ländergrenzen halt machen, so dass der grenzüberschreitende Sachverhalt die Regel ist. Kollisionsrechtliche Anknüpfungsmerkmale führen somit in Bezug auf einen funktionsfähigen Binnenmarkt verstärkt zu Belastungen.

2. Datenschutzrechtliche Richtlinien

Ziel dieses Abschnitts kann und soll es nicht sein, das umfangreiche EU-Datenschutzrecht darzustellen⁸⁸⁸. Indes sieht Art.4 Abs.1 lit. a) der Datenschutz-RL⁸⁸⁹ unter der Artikelbezeichnung „*Anwendbares einzelstaatliches Recht*“ eine an den Herkunftslandgedanken angelehnte Kollisionsregel vor⁸⁹⁰: „*Jeder Mitgliedstaat wendet die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an, a) die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates besitzt*“⁸⁹¹. Diese Bestimmung findet über Art.1 Abs.2⁸⁹² der Richtlinie 2002/58/EG⁸⁹³ auch Anwendung auf die elektronische Kommunikation gemäß Art.2 Abs.1 dieser Richtlinie⁸⁹⁴.

⁸⁸⁷ Vgl. Schmittmann, AfP 2003, 121 (123f): „... Tatsache des internationalen Rechtsgefälles als solche darf nicht dazu führen, dass man in die Gesinnung verfällt *my law is my castle* und damit jede Anwendung fremden Rechts vom Grundsatz her abzuwehren versucht“; bei gravierenden Schutzlücken könne immer noch der Harmonisierungsansatz geprüft werden.

⁸⁸⁸ Vgl. statt vieler: Grabitz/ Hilf (-Brühann), EGV III, A 30, m.w.N. vor Beginn der Kommentierung.

⁸⁸⁹ RL 95/46/EG des EPs und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABL EG L 281 v. 23.11.1995, 31ff.

⁸⁹⁰ Erwägungsgrund 18 erläutert, dass diese Festlegung des anwendbaren Rechts auch notwendig sei, um zu vermeiden, „dass einer Person der gemäß dieser Richtlinie gewährleistete Schutz vorenthalten wird“. Dies überzeugt nicht, denn durch die bezweckte Vollharmonisierung (dazu sogleich) wird ein vom mitgliedstaatlichen Recht unabhängiges Schutzniveau eingeführt.

⁸⁹¹ Art.4 Abs.1 lit. a) enthält zudem eine Klarstellung für Mehrfachniederlassungen von „für die Verarbeitung Verantwortlichen“ (vgl. Definition in Art.2 lit. d): „... ergreift die notwendigen Maßnahmen, damit jede dieser Niederlassungen die im jeweils anwendbaren einzelstaatlichen Recht festgelegten Verpflichtungen einhält.“

⁸⁹² Art.1 Abs.2 RL 2002/58/EG: „Die Bestimmungen dieser Richtlinie stellen eine Detaillierung und Ergänzung der Richtlinie 95/46/EG ... (u.a. im Hinblick auf den freien Verkehr von Daten und von elektronischen Kommunikationsgeräten und -diensten in der Gemeinschaft) dar.“

⁸⁹³ 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; diese Richtlinie ersetzt wie bereits dargestellt gemäß Art.19 die RL 97/66/EG, die noch auf den Telekommunikationssektor begrenzt war, vgl. erläuternd Erwägungsgrund 4: zwingen-

Der freie Verkehr personenbezogener Daten bei gleichzeitiger Gewährleistung eines weit reichenden Grundrechtsschutzes, insbesondere des Schutzes der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, gerade auch bei der Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste, ist für einen funktionsfähigen Binnenmarkt von entscheidender Bedeutung⁸⁹⁵. Auch insoweit hemmte das unterschiedliche Schutzniveau der Rechte und Freiheiten von Personen, insbesondere der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die Ausübung von grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeiten innerhalb des Binnenmarktes; deshalb zielt die Datenschutz-RL darauf ab, ein gleichwertiges Schutzniveau, somit eine Vollharmonisierung⁸⁹⁶, hinsichtlich der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung dieser Daten zu schaffen⁸⁹⁷. Ein weiteres Mal führen somit die wirtschaftlich inspirierten Anforderungen eines funktionsfähigen Binnenmarktes dazu, dass Bereiche von weit reichender, hier grundrechtlicher, Relevanz („Recht auf informationelle Selbstbestimmung“⁸⁹⁸), vereinheitlicht werden, was die ‚Kraft der Grundfreiheiten‘ verdeutlicht.

In Anbetracht der bezweckten Vollharmonisierung verankert Art.1 Abs.2 Datenschutz-RL, zusätzlich zu Art.4, ein Beschränkungsverbot, ähnlich dem aus der UGP-RL bzw. aus der V-VO bekannten⁸⁹⁹: *„Die Mitgliedstaaten beschränken oder untersagen nicht den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen Mitgliedstaaten aus Gründen des gemäß Absatz 1 gewährleisteten Schutzes.“* Erwägungsgrund 9 erläutert, dass dies gerade „aufgrund des (nunmehr) gleichwertigen Schutzes, der

de Anpassung an die Entwicklungen der Märkte und Technologien für elektronische Kommunikationen vgl. auch bereits oben: 1.Teil: B.II.3.c.dd.

⁸⁹⁴ Unter Verweis auf die Richtlinie 2002/21/EG des EPs und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108 v. 24.4.2002, 33ff.

⁸⁹⁵ Vgl. Erwägungsgründe zur RL 95/46/EG: 3: „... erforderlich, dass personenbezogene Daten übermittelt werden können, ...“; 4: „Immer häufiger ... verarbeitet. Die Fortschritte der Informationstechnik erleichtern die Verarbeitung und den Austausch dieser Daten beträchtlich.“ 5: „Die wirtschaftliche und soziale Integration, die sich aus (...) dem Funktionieren des Binnenmarktes ergibt, wird (...) zu einer spürbaren Zunahme der grenzüberschreitenden Ströme personenbezogener Daten (...) führen; vgl. zur Entwicklung der elektronischen Kommunikationsdienste: Erwägungsgründe 5ff RL 2002/58/EG; s.a. Grabitz/ Hilf (-Brühann), EGV III, A 20, Art.1, Rn.7: „Datenschutz als Binnenmarkterfordernis“.

⁸⁹⁶ Aus dem Harmonisierungsziel der Schaffung eines gleichwertigen Datenschutzniveaus und damit auch vergleichbarer Bedingungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten in der Gemeinschaft folgt, dass eine Vollharmonisierung des Bereiches bezweckt ist; vgl. ebenso: Grabitz/ Hilf (-Brühann), EGV III, A 30, Vorbem., Rn.45: „totale Harmonisierung“.

⁸⁹⁷ Vgl. ausführlich: Erwägungsgründe 7f RL 95/46/EG.

⁸⁹⁸ Vgl. hierzu aus Sicht des deutschen Verfassungsrecht als Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art.2 Abs.1 i.V.m. 1 Abs.1 GG: Jarass / Pieroth (-Jarass), GG, Art.2, Rn.32f, m.w.N.

⁸⁹⁹ Vgl. 1.Teil: C.II.

sich aus der Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ergibt“, gerechtfertigt sei. Damit wird von neuem der Zusammenhang zwischen (Voll-) Harmonisierung und Anwendung des Beschränkungsverbots deutlich: bei gleichwertigem Schutzniveau kann das Recht des Zielstaates grundsätzlich ohnehin keinen höheren Schutz gewähren als das Recht des Herkunftslandes, denn die Vorschriften, die in Umsetzung zur Datenschutz-RL ergangen sind, sollen gerade den gleichen Schutz bewirken⁹⁰⁰. Eine gegenseitige Anerkennung bei paralleler Rechtsangleichung ist im Prinzip folgenlos für das Schutzniveau. Im Hinblick auf die erfolgte Vollharmonisierung erhält auch die Festschreibung des „Herkunftslandprinzips“ in Art.4 Abs.1 lit. a) Datenschutz-Richtlinie eine andere Dimension: Zwar knüpft die Vorschrift ebenfalls am Niederlassungskriterium⁹⁰¹ an, dabei entzieht bzw. gewährt sie aber keinen weitergehenden Schutz, indem das Recht des Bestimmungslandes womöglich außer Anwendung gestellt wird, denn im Ergebnis wird ohnehin auf den gleichen Schutzstandard verwiesen. In der Zielsetzung ähnelt Art.4 Abs.1 lit. a) Datenschutz-Richtlinie letztlich dennoch Art.3 E-RL oder auch Art.16 D-RL, denn auch hier soll im Interesse der Rechtssicherheit im Sinne eines funktionsfähigen Binnenmarktes eine kumulative Anknüpfung wie sie durch das Kollisionsrecht verursacht werden würde, vermieden werden, indem ausschließlich das Recht des Niederlassungsstaates für anwendbar erklärt wird. Dies erinnert an die Vermeidung von Mehrfachanknüpfungen bei Multi-State-Sachverhalten im Zusammenhang mit der E-RL⁹⁰². Art.4 Abs.1 lit. a) Datenschutz-RL ist damit zweifellos besonderes Kollisionsrecht für den Bereich des Datenschutzes, allerdings auch nur insoweit wie die tatsächliche Harmonisierung in der Richtlinie reicht („Jeder Mitgliedstaat wendet die Vorschriften, die er *zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt*, auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an“). Dabei handelt es sich bei Art.4 Abs.1 lit. a) Datenschutz-RL nicht um ein Herkunftslandprinzip, das eine Schrittmacherfunktion für weitere Harmonisierung übernimmt, da eine Vollharmonisierung ohnehin schon erreicht ist.

⁹⁰⁰ Vgl. Grabitz/Hilf (- Brühann), EG III, A30, Art.1, Rn.12: Soweit durch die Angleichung der beschränkende Effekt entfalle, verpflichte Art.1 Abs.2 zur gegenseitigen Anerkennung.

⁹⁰¹ Vgl. Erwägungsgründe 19f; Grabitz/Hilf (- Brühann), EG III, A30, Art.4 Rn.11-15.

⁹⁰² Vgl. ausführlich: Grabitz/Hilf (- Brühann), EG III, A30, Art.4 Rn.8-10, der dennoch meint die in der Richtlinie gefundene Lösung sei „keine Kollisionsregel“. Es handele sich „in Wirklichkeit nicht um eine Bestimmung des anwendbaren Rechts“. Die Richtlinie setze früher an, indem sie die „territorialen Geltungsansprüche des einzelstaatlichen Rechts der Mitgliedstaaten“ angleiche; was dann wiederum doch eine andere Formulierung für Kollisionsrecht ist.

3. Bank- und kapitalmarktrechtliche Richtlinien

Das EU-Bankenrecht hat im Jahr 2000 durch die Richtlinie 2000/12/EG⁹⁰³ eine umfassende Neuordnung erfahren, wobei inhaltlich größtenteils auf die in zahlreichen unterschiedlichen Richtlinien gewachsenen Grundsätze, wie den Grundsatz der Herkunftslandkontrolle und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aufgebaut wurde⁹⁰⁴. Die B-RL normiert in den Art.4-17 B-RL Bedingungen für die Aufnahme der Tätigkeit von Kreditinstituten (vgl. Art.1 Nr.1 B-RL) und deren Ausübung⁹⁰⁵, Bestimmungen über die freie Niederlassung und den freien Dienstleistungsverkehr von Kreditinstituten⁹⁰⁶ (Art.18-22 B-RL), genauso wie Grundsätze⁹⁰⁷ (Art.26-33 B-RL) und technische Instrumente⁹⁰⁸ (Art.34-51 B-RL) der Bankenaufsicht und sonstige bankrechtliche Fragen. Die hier relevanten Normen blieben im Wesentlichen unverändert und erhielten lediglich neue „Hausnummern“, so dass auch im Schrifttum vor dieser Änderung geäußerte Standpunkte ohne weiteres auf die neuen Richtlinienbestimmungen übertragen werden können⁹⁰⁹.

⁹⁰³ Richtlinie 2000/12/EG des EPs und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG L 126 v. 26.5.00, 1ff (des Weiteren: B-RL).

⁹⁰⁴ Erwägungsgrund 1 der B-RL spricht von einer bloßen Zusammenfassung zu einem einzigen Text „aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Klarheit“, wobei die zusammengefassten Rechtsakte aufgezählt werden.

⁹⁰⁵ Dies beinhaltet v.a. die Zulassungspflicht bzw. den Grundsatz der einmaligen Zulassung in Art.4 B-RL (dazu sogleich); zudem werden Mindestanforderungen an das Zulassungsverfahren und an Ablehnung oder Entzug einer Zulassung in den Art.5-10, 14 B-RL (z.B. hinsichtlich des Anfangskapitals, der für die Leitung verantwortlichen Personen und des Sitzes der Hauptverwaltung), aber auch an die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten untereinander und mit der Kommission (Art.11f B-RL) und an die Kreditinstitute (Art.15-17 B-RL, z.B. hinsichtlich von Beteiligungen oder Verwaltungsanforderungen) geregelt.

⁹⁰⁶ Hierbei geht es vor allem um das so bezeichnete „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“ in Art.18 (ähnlich für sog. Finanzinstitute, Art.19) im Hinblick auf die „Ausübung“ bestimmter Tätigkeiten durch Kreditinstitute unter bestimmten Voraussetzungen sowohl über Zweigstellen als auch im Wege des Dienstleistungsverkehrs (dazu sogleich). Es gelten besondere Anforderungen bei Ausübung des Niederlassungsrechts durch Errichtung einer Zweigstelle (Art.20). Unter Hervorhebung der vorrangigen Kompetenz der Behörde des Herkunftsmitgliedstaates wird verstärkte Kooperation zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden gefordert und verbleiben den Behörden des Aufnahmestaates unter bestimmten Voraussetzungen einige Eingriffsrechte (Art.20-21); auch dazu noch sogleich.

⁹⁰⁷ Die grundsätzliche Kontrollbefugnis des Herkunftsmitgliedstaates wird herausgestellt (Art.26), wobei bestimmte Zuständigkeiten beim Aufnahmemitgliedstaat verbleiben (Art.27). Darüber hinaus bestehen besondere Verpflichtungen der mitgliedstaatlichen Behörden zur Zusammenarbeit im Bereich der Überwachung (Art.28) und zum Informationsaustausch (Art.30), aber auch sonstige Rechte und Pflichten gegenüber den Kreditinstituten, aber auch zu deren Gunsten (Art.29, 31-33).

⁹⁰⁸ z.B. im Hinblick auf Eigenmittel (Artikel 34-39), den sog. Solvabilitätskoeffizienten (Art.40-47); Großkredite (Art.48-50); qualifizierte Beteiligungen außerhalb des Finanzbereiches (Art.51).

⁹⁰⁹ Ursprünglich waren die hier relevanten Vorschriften Art.13 und 18 der RL 89/646/EWG des Rates v. 15.12.89 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der RL 77/780/EWG (Zweite Bankenrichtlinie), ABl. EG L 386 v. 30.12.1989, 1ff (des Weiteren: Vorläufer), wobei die Vorschrift des Art.13 in ihrem Wortlaut nicht mehr existiert; inhaltlich bestehen m.E. indes keine Veränderungen.

Art.4⁹¹⁰ i.V.m. Art.26⁹¹¹ B-RL begründen eine Zulassungspflicht und den Grundsatz der einmaligen Zulassung für Kreditinstitute durch die Behörden des Herkunftsmitgliedstaats⁹¹² des Kreditinstituts⁹¹³, wobei auch die darauf folgende Bankenaufsicht grundsätzlich nur durch diese Behörden erfolgt (Prinzip der Herkunftslandkontrolle⁹¹⁴). **Art.18⁹¹⁵ B-RL** setzt folgerichtig fest, dass jedem einmal in einem Mitgliedstaat zugelassenen und beaufsichtigten Kreditinstitut der Zugang zum Bankenmarkt der anderen Mitgliedstaaten ohne Auflagen gewährt werden muss (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung⁹¹⁶). Dabei werden zum einen (unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art.20 B-RL) Tätigkeiten erfasst, die unter Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit bei Gründung einer Zweigniederlassung erfolgen, zum anderen solche, die die Kreditinstitute im Wege des Dienstleistungsverkehrs in anderen Mitgliedstaaten als ihrem Herkunftsland „ausüben“. Art.13 B-RL sieht ausdrücklich vor, dass die Aufnahmemitgliedstaaten für Zweigstellen von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstituten keine weitere Zulassung mehr verlangen dürfen; die Errichtung und Überwachung dieser Zweigstellen erfolgt gemäß den Artikeln 17 und 20 Absätze 1-6 sowie den Artikeln 22 und 26 B-RL⁹¹⁷.

Das Konzept der Richtlinie erinnert in vielem an Altbekanntes⁹¹⁸: Aufbauend auf dem Binnenmarktansatz⁹¹⁹ soll eine „*notwendige und ausreichende*“ Harmonisie-

⁹¹⁰ Art.4 Abs.1: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Kreditinstitute vor Aufnahme ihrer Tätigkeit eine Zulassung erhalten müssen. Sie legen die Zulassungsbedingungen vorbehaltlich der Artikel 5 bis 9 fest ...“

⁹¹¹ Art.26 Abs.1: „Die Bankenaufsicht über ein Kreditinstitut (...) obliegt den zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaats; die Bestimmungen dieser Richtlinie, die eine Zuständigkeit der zuständigen Behörde des Aufnahmemitgliedstaats vorsehen, bleiben hiervon unberührt.“

⁹¹² Art.1 Nr.6 B-RL definiert den Herkunftsmitgliedstaat als den Mitgliedstaat, in dem ein Kreditinstitut zugelassen ... ist, den Aufnahmemitgliedstaat als den Mitgliedstaat, in dem ein Kreditinstitut eine Zweigstelle hat oder Dienstleistungen erbringt (Nr.7); insofern ist für juristische Personen vor allem der Sitz in Abhängigkeit von der Hauptverwaltung relevant (vgl. Art.6 Abs.2, Erwägungsgrund 9 mit Präzisierungen zum Niederlassungsbegriff aus bankenrechtlicher Sicht).

⁹¹³ Vgl. Erwägungsgrund 20; noch zum Vorläufer des Art.13 Zweite Bankenrichtlinie: Linke, 58. Eine von den Behörden des Herkunftsmitgliedstaates ausgesprochene Zulassung ist von allen Mitgliedstaaten ohne weitere Voraussetzungen „anzuerkennen“, vgl. Drasch, 223.

⁹¹⁴ Vgl. (ebenso zum Vorläufer): Drasch, 223ff (insb. in Fn.1156f m.w.N. zum umfangreichen Schrifttum)

⁹¹⁵ Art.18: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass (bestimmte) Tätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet ... sowohl über eine Zweigstelle als auch im Wege des Dienstleistungsverkehrs von jedem Kreditinstitut ausgeübt werden können, das durch die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats zugelassen ist und kontrolliert wird, soweit die betreffenden Tätigkeiten durch die Zulassung abgedeckt.“

⁹¹⁶ Vgl. zum Vorläufer: Bader, EuZW 1990, 117 (118) in Bezug auf die noch gültige Terminologie der B-RL.

⁹¹⁷ Die gegenseitige Anerkennung umfasst auch gemäß Art.22 Abs.11 die werberechtlichen Bestimmungen des Lauterkeitsrechts im Hinblick auf Banken, indes „vorbehaltlich etwaiger für Form und Inhalt dieser Werbung geltender Bestimmungen, die aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind“; hierin ist eine deklaratorische Verweisung auf das primärrechtliche allgemeine Beschränkungsverbot und keine Kollisionsnorm zu sehen, womit die bestehende Rechtslage doch unverändert bleibt; vgl. ebenso zum Vorläufer: Drasch, 229; Roth, IPRax 1994, 165 (170f, 174).

⁹¹⁸ Vgl. auch Erwägungsgrund 9 mit einer Darstellung des „Umgehungsverbots“, s.o. 1.Teil: B.II.3.f u. D.I.3.

⁹¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 5.

rung zielführend sein, „um zur gegenseitigen Anerkennung der Zulassung und der Bankenaufsichtssysteme zu gelangen“⁹²⁰; hierbei soll eine Mindestharmonisierung ausreichen⁹²¹. Gleichzeitig wird deutlich, dass die gegenseitige Anerkennung auf die aufsichtsrechtlichen Fragen begrenzt ist⁹²². Die Begründungserwägungen legen fest, dass ein im Herkunftsmitgliedstaat zugelassenes Kreditinstituts „aufgrund der gegenseitigen Anerkennung“ die in der Liste in Anhang I aufgeführten Tätigkeiten „überall in der Gemeinschaft“ ohne Behinderungen ausüben darf⁹²³.

Darüber hinaus findet in bisher nicht gekanntem Maße eine Abgrenzung der Einflussbereiche der mitgliedstaatlichen Behörden statt⁹²⁴: Zwar ist der Herkunftsmitgliedstaat grundsätzlich allein zur Kontrolle berufen; dennoch verbleiben klar umrissene Eingriffsmöglichkeiten⁹²⁵, teilweise sogar ausdrücklich normierte Zuständigkeiten beim Aufnahmemitgliedstaat (Art.27⁹²⁶). Überdies wird eine intensive Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Behörden teilweise unter Einbeziehung der Kommission vorgesehen⁹²⁷. Insofern kann die B-RL wegweisend für die D-RL sein: Gerade in Regelungsbereichen, die durch eine starke aufsichtsrechtliche Komponente gekennzeichnet sind – wie hier im Bankenrecht, aber auch wie noch zu zeigen sein wird, im Kapitalmarkt- oder Versicherungsrecht – ist eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten von eminent wichtiger Bedeutung, um eine effektive Kontrolle zu gewährleisten und

⁹²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 7: Dadurch soll die Gewährung einer „einigen Zulassung für die gesamte Gemeinschaft und die Anwendung des Grundsatzes der Herkunftslandkontrolle“ ermöglicht werden; der Zusammenhang zwischen Mindestharmonisierung und der Anwendung des Herkunftslandprinzips wird erneut deutlich.

⁹²¹ Vgl. Erwägungsgrund 3; 12: teilweise dürfen strengere Zulassungsanforderungen als in der B-RL vorgesehen werden.

⁹²² Vgl. auch Erwägungsgrund 48: „Die Entwicklung gemeinsamer Standards für die ausreichende Eigenkapitalausstattung im Verhältnis zu den mit einem Kreditrisiko behafteten Aktiva und außerbilanzmäßigen Geschäften gehört ... zu den wesentlichen Bereichen der Harmonisierung, die für die Erreichung der gegenseitigen Anerkennung der Aufsichtstechniken und daher für die Vollendung des Binnenmarktes ... notwendig sind.“

⁹²³ Vgl. besonders deutlich Erwägungsgrund 14, der zudem klarstellt, dass für die nicht in der Liste enthaltenen Tätigkeiten die primärrechtlichen Grundfreiheiten gelten sollen; ebenso: Erwägungsgrund 17.

⁹²⁴ Vgl. besonders deutlich Erwägungsgrund 22: „Die Verantwortung für die Überwachung der finanziellen Solidität und ... Solvenz eines Kreditinstituts obliegt der Aufsichtsbehörde seines Herkunftsmitgliedstaats. Die zuständige Aufsichtsbehörde des Aufnahmemitgliedstaats behält die Verantwortung auf dem Gebiet der Überwachung der Liquidität und der Geldpolitik. Die Überwachung der Marktrisiken muss Gegenstand einer engen Zusammenarbeit der zuständigen Behörden des Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaats sein.“

⁹²⁵ Vgl. z.B. Art.20 Abs.4, v.a. Art.22: Befugnisse der Behörden des Aufnahmemitgliedstaates, tw. sind „Sicherungsmaßnahmen“ in Eilfällen möglich, tw. mit erweiterten Begründungspflichten oder mit einem Prüfungsrecht der Kommission; die Vorschriften erinnern an die Einzelfallmaßnahmen in den Art.3 Abs.4-6 E-RL und Art.19 i.V.m.37 D-RL und haben auch den Charakter einer „Notbremse“; s.o. 1.Teil: B.II.3.a.bb u. C.I.2.d.dd. (3).

⁹²⁶ Art.27: „Bis zur weiteren Koordinierung bleibt der Aufnahmemitgliedstaat in Zusammenarbeit mit der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats mit der Überwachung der Liquidität der Zweigniederlassung eines Kreditinstituts beauftragt. ... behält der Aufnahmemitgliedstaat die volle Zuständigkeit für die Maßnahmen zur Durchführung seiner Währungs politik...“

⁹²⁷ Vgl. zu den Kooperationsanforderungen: bei Überwachung der Zweigstellen (Art.20 Abs.3, 6); Mitteilungs- und Konsultationspflichten: Art.11f; 21 Abs.2; 28 (Zusammenarbeit im Bereich der Überwachung); 29 (Prüfung vor Ort); 30 (Informationsaustausch).

dabei auch „Absicherungen“ zu Gunsten des Aufnahmemitgliedstaates einzubauen, der im Zweifel die Folgen eines Überwachungsdefizits im Herkunftsmitgliedstaat „auszubaden“ hat. Die vielerorts befürchtete „Überbürokratisierung“ ist – soweit erforderlich – sinnvoll um EU-weit einheitliche Strukturen der Verwaltungszusammenarbeit zu initiieren, die ohnehin notwendig ist, wenn man EU-weite Tätigkeiten bei einer gleich bleibend hohen Kontrolldichte ermöglichen will⁹²⁸. Im Hinblick auf die Tätigkeiten von Zweigstellen von Kreditinstituten in anderen Mitgliedstaaten als dem Herkunftsland sind die Behörden des Herkunftsstaates z.B. gemäß Art.21 Abs.2, 3 B-RL⁹²⁹ in Zusammenarbeit mit den Behörden des Aufnahmemitgliedstaates zur Überwachung der laufenden Geschäftstätigkeit verpflichtet, wobei gegebenenfalls die Behörden des Herkunftslandes sogar das in Umsetzung der B-RL ergangene Recht des Aufnahmemitgliedstaates beachten müssen; ein Tätigwerden der Behörden des Herkunftslandes setzt damit teilweise einen Verstoß gegen Rechtsvorschriften des Aufnahmestaates voraus⁹³⁰.

Dies ist ein erster Hinweis darauf, dass das Herkunftslandprinzip der Art.4, 18 und 26 B-RL keine kollisionsrechtlichen Auswirkungen für den Bereich der privatrechtlichen Bankgeschäfte haben soll, denn insoweit findet keine klare Bestimmung des anzuwendenden Rechts statt. Entsprechend zur Diskussion zu Art.3 E-RL war bereits zu den Bestimmungen der Vorläuferrichtlinie umstritten, nach welchem Recht sich die Regeln über die Durchführung der Bankgeschäfte bestimmen. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Geschäftstätigkeit von Kreditinstituten bestimmen sich nicht nur durch institutionelle Anforderungen (institutionelle Bankenaufsicht), wie etwa an die Eignung der Geschäftsleiter oder das haftende Eigenkapital, sondern auch durch sonstige Vorschriften, die die rechtliche Ausgestaltung der Finanzierungstechniken (funktionelle Bankenaufsicht) betreffen, womit gerade auch das Vertrags- und

⁹²⁸ Vgl. besonders deutlich Erwägungsgrund 23: „Für ein harmonisches Funktionieren des Binnenmarktes der Banken bedarf es über die gesetzlichen Normen hinaus einer engen und regelmäßigen Zusammenarbeit der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten.“

⁹²⁹ Gemäß Art.21 Abs.2 B-RL können auch die Behörden des Aufnahmestaates, Kreditinstitute mit Zulassung in einem anderen Mitgliedstaat, die aber eine Zweigniederlassung in ihrem Hoheitsgebiet haben, auffordern eine vorschriftswidrige Situation zu beenden. Kommt das Institut dem nicht nach, setzen die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaates die zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaates in Kenntnis. Letztere sind dann verpflichtet und auch nur berechtigt, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen (Abs.3).

⁹³⁰ Vgl. zur identischen Situation beim Vorläufer: Drasch, 223ff; Linke, 60ff, 64ff.

Verbraucherschutzrecht in Bezug auf die privatrechtliche Abwicklung der Bankgeschäfte aus Sicht der Binnenmarktes relevant ist⁹³¹.

Versteht man Art.18 B-RL im Sinne einer „Betätigungsgarantie“⁹³² als unbeschränktes Recht der Kreditinstitute, in anderen Mitgliedstaaten zum Zwecke der Ausübung dieser Tätigkeit Zweigniederlassungen zu errichten oder grenzüberschreitende Dienstleistungen zu erbringen⁹³³, dann müsste an sich auch die Art und Form des einzelnen privaten Bankgeschäfts umfasst sein, wenn die insoweit im Aufnahmestaat existierenden Vorschriften des Vertrags- oder Verbraucherschutzrechts zu einer Behinderung des grenzüberschreitenden Bankgeschäfts führen; damit würde Art.18 B-RL wie eine Kollisionsregel wirken⁹³⁴. Gestützt wird diese Auslegung scheinbar durch die im Anhang aufgeführte „Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt“: hierin werden – wie für Banken üblich – nur privatrechtliche Geschäftstätigkeiten genannt, auf die sich die Garantie des Art.18 B-RL gerade erstrecken soll.

Nach ganz überwiegender Ansicht⁹³⁵ hat die Bankenrichtlinie indes keine Auswirkungen auf das Vertrags- oder Sachenrecht und insoweit keine kollisionsrechtliche Bedeutung. Auf die einzelnen Argumente soll hier nicht eingegangen werden, wobei hinreichend bekannte Argumentationsmuster wiederkehren. Gerade der Widerspruch zum herkömmlichen System und Zweck des IPR der Mitgliedstaaten wird hervorgehoben⁹³⁶.

Im Ergebnis ist der herrschenden Meinung mit dem Argument zu folgen, dass der ‚koordinierte Bereich‘ der B-RL auf die institutionelle Bankenaufsicht begrenzt ist. Gerade die Harmonisierung der „Bedingungen für die Aufnahme der Tätigkeit der Kreditinstitute und ihre Ausübung“ in Titel II geht nicht über die Festlegung institutioneller Anforderungen hinaus, wobei der Begriff „ausüben“ in Art.18 Abs.1 B-RL gerade hierauf Bezug zu nehmen scheint. In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur Fernseh-Richtlinie muss aber auch hier gel-

⁹³¹ Vgl. ausführlich: Schneider/ Troberg, WM 1990, 165 (167ff).

⁹³² Vgl. Wolf, WM 1990, 1941 (1943).

⁹³³ In diese Richtung weist Erwägungsgrund 17: „Die Mitgliedstaaten haben darauf zu achten, dass die Tätigkeiten, die unter die gegenseitige Anerkennung fallen, ohne Behinderung auf die gleiche Weise wie im Herkunftsland ausgeübt werden können, soweit sie nicht im Gegensatz zu den im Aufnahmemitgliedstaat geltenden gesetzlichen Bestimmungen des Allgemeininteresses stehen.“

⁹³⁴ Vgl. Wolf, WM 1990, 1941 (1942f): danach habe der Aufnahmestaat die Pflicht, die materiellen Regelungen des Herkunftslandes zum Bankvertrags- und Sachenrecht unmittelbar anzuwenden, ohne dass es des „Umwegs“ über das IPR bedürfe.

⁹³⁵ Vgl. Roth, IPRax 1994, 165 (167); Drasch, S.224f; Sonnenberger, ZVglRWiss 95 (1996), 3(9f); Roth, RabelsZ 55 (1991); 623 (667, Fn.205); Mankowski, in: FS MPI, 595 (599f), jeweils m.w.N.

⁹³⁶ Vgl. statt vieler: Drasch, 224f.

ten, dass der ‚koordinierte Bereich‘ nicht weiter reichen kann, als die tatsächlich erfolgte Harmonisierung⁹³⁷, es sei denn, der koordinierte Bereich wird wie in der E-RL oder D-RL ausdrücklich weiter gefasst⁹³⁸. In der B-RL ist ein koordinierter Bereich hingegen gar nicht erst geregelt. Die im Anhang genannten Geschäftstätigkeiten dürfen damit nur aus aufsichtsrechtlichen Gründen nicht behindert werden; sonstige sich aus der Anwendung des geltenden Rechts ergebene Beschränkungen müssen hingenommen werden, soweit kein Verstoß gegen die primärrechtlichen Grundfreiheiten vorliegt.

Die Betätigungsgarantie der Kreditinstitute ist somit begrenzt auf originär bankenaufsichtsrechtliche Anforderungen (Prinzip der einheitlichen Erlaubnis; „Europapass“⁹³⁹). Damit kann z.B. ein Kreditinstitut mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland außerhalb der deutschen Bankenaufsicht eine Zweigniederlassung errichten und Bank- und Finanzdienstleistungen anbieten⁹⁴⁰. Der Regelungsansatz der B-RL kombiniert damit eine weit reichende Mindestharmonisierung der institutionellen Bankenaufsicht mit einem auf öffentlich-rechtliche Fragen begrenztem Herkunftslandprinzip, womit vor allem wie bei der Fernseh-Richtlinie (in der Terminologie des EuGH) „Doppelkontrollen“ vermieden werden sollen.

Die **Art.3**⁹⁴¹, **8**⁹⁴², **10**⁹⁴³ **der Richtlinie über Wertpapierdienstleistungen**⁹⁴⁴ (W-RL) sehen in sehr ähnlicher Weise wie die Bankenrichtlinie ein Prinzip der einmaligen Zulassung durch die Behörden am Sitz des Wertpapierdienstleisters inklusive nachfolgender Aufsicht durch diese Behörden vor (Prinzip der Herkunftslandkontrolle); ebenso legt **Art.14**⁹⁴⁵ **W-RL** fest, dass jedem einmal in einem Mitgliedstaat zugelassenen und beaufsichtigten Kreditinstitut der Zugang

⁹³⁷ Vgl. oben: 1.Teil: D.I.4.a.

⁹³⁸ Vgl. oben zu Art.2 lit. h) E-RL: 1.Teil: B.II.2.b. und zu Art.4 Nr.9 D-RL: 1.Teil: C.I.2.c.cc.

⁹³⁹ Vgl. ausführlich m.w.N.: Thünken, 49f unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Umsetzungsnormen: §§ 24a, 53b, 1 Abs.6 KWG (Kreditwesengesetz).

⁹⁴⁰ Umstritten, ob dies auch für den Vertrieb solcher Dienstleistungen über das Internet gelten soll. Bejahend: Götting, CR 2001, 528 (532); anders unter Heranziehung von Art.3 E-RL: Spindler, ZHR 165 (2001), 324 (332).

⁹⁴¹ Art.3 Abs.1: „Jeder Mitgliedstaat sieht vor, dass Wertpapierfirmen, für die er der Herkunftsmitgliedstaat ist, ihre Tätigkeit erst nach einer Zulassung aufnehmen können. (...)“; zum Herkunftsmitgliedstaat: Art.1 Nr.6.

⁹⁴² Art.8 Abs.1: „Die zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaates verlangen von einer von ihnen zugelassenen Firma, dass sie (bestimmte) Bedingungen erfüllt“; Abs.3: „Die Aufsicht über eine Wertpapierfirma obliegt den zuständigen Behörden der Herkunftsmitgliedstaates, (...)“.

⁹⁴³ Art.10 Abs.1: „Der Herkunftsmitgliedstaat erlässt Aufsichtsregeln, die die Wertpapierfirma fortwährend einzuhalten hat. (...)“.

⁹⁴⁴ RL 93/22/EWG des Rates v. 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG L 141 v. 11.6.1993, 27ff.

⁹⁴⁵ Art.14 Abs.1: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Wertpapierdienstleistungen ... in ihrem Hoheitsgebiet gemäß den Art.17-19 ... von jeder Wertpapierfirma erbracht werden können, die durch die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaates gemäß dieser Richtlinie zugelassen wurde und kontrolliert wird, sofern die betreffenden Dienstleistungen durch die Zulassung abgedeckt sind.“.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

D. ANERKANNTE REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

zum Wertpapiermarkt der anderen Mitgliedstaaten ohne Auflagen gewährt werden muss (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung). Die W-RL harmonisiert, vergleichbar der Bankenrichtlinie, Mindestanforderungen⁹⁴⁶ für den Zugang zur Tätigkeit (Art.3-6 W-RL) und für die Ausübung der Tätigkeit (Art.8-13 W-RL); Art.14ff W-RL sollen die freie Niederlassung und den freien Dienstleistungsverkehr von Wertpapierdienstleistungen sicherstellen, wobei Rechte und Pflichten und die Kooperation der Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaaten (vgl. Art.1 Nr.7 W-RL) sowie der Wertpapierfirmen harmonisiert werden. Aufschlussreich ist die in Art.11⁹⁴⁷ Abs.1, 2 W-RL vorgesehene Ausnahme vom Grundsatz der Herkunftslandkontrolle im Interesse von „Wohlverhaltensregeln“⁹⁴⁸. In gewisser Weise kann hierin ein Vorläufer der Einzelfallmaßnahmen in Art.3 Abs.4-6 E-RL bzw. Art.19 i.V.m. 37 D-RL gesehen werden, denn sie erlauben den Aufnahmemitgliedstaaten, „jegliche Praktiken von Wertpapierfirmen in seinem Hoheitsgebiet, die gegen die Wohlverhaltensregeln sowie gegen die von ihm aus Gründen des Gemeinwohls erlassenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften verstoßen, vorzubeugen und sie zu ahnden sowie im Notfall einzugreifen“ (vgl. insoweit die Erwägungsgründe). Der Grundsatz der Herkunftslandkontrolle wird damit durch eine flexible Einzelfallregelung im Interesse der Kontrollhoheit des einzelnen Mitgliedstaates für dessen jeweiliges Hoheitsgebiet begrenzt⁹⁴⁹.

In der Tradition der soeben dargestellten Richtlinien stehen auch die **Art.1 Absätze 1⁹⁵⁰, 6⁹⁵¹ und 7⁹⁵²; Art.3⁹⁵³, 4⁹⁵⁴ Abs.1 OGAW- (Wertpapier-) Richtli-**

⁹⁴⁶ Vgl. aus den Erwägungsgründen: „Generell kann ein Mitgliedstaat (...) strengere Bestimmungen als die in der Richtlinie festgelegten Bestimmungen erlassen“; eine Harmonisierung werde nur insoweit angestrebt, „wie dies zur Gewährleistung der gegenseitigen Anerkennung der Zulassungen und der Aufsichtssysteme unbedingt erforderlich und hinreichend ist, die die Erteilung einer einzigen Zulassung für die gesamte Gemeinschaft und des Grundsatzes der Kontrolle durch den Herkunftsmitgliedstaat ermöglicht (...)“.

⁹⁴⁷ Art.11 Abs.1: „Die Mitgliedstaaten erlassen Wohlverhaltensregeln, welche die Wertpapierfirmen fortwährend einzuhalten haben. (...)“; Abs.2: „... fallen die Durchführung und die Überwachung der Einhaltung dieser Vorschriften weiterhin in die Zuständigkeit des Mitgliedstaats, in dem die Dienstleistung erbracht wird.“

⁹⁴⁸ Vgl. auch zu den deutschen Umsetzungsnormen in den §§ 31 WpHG ausführlich m.w.N.: Thünken, 50.

⁹⁴⁹ Die Erwägungsgründe stellen naturgemäß die „Stabilität und das reibungslose Funktionieren des Finanzsystems sowie (den) Anliegerschutz“ als Begründung für die Einzelfallausnahme in den Vordergrund.

⁹⁵⁰ Art.1 Abs.1: „Die Mitgliedstaaten unterwerfen die in ihrem Gebiet ansässigen Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) dieser Richtlinie.“

⁹⁵¹ Art.1 Abs.6: Ein Mitgliedstaat darf „weder die OGAW, die in einem Mitgliedstaat ansässig sind, noch die von ihnen begebenen Anteile anderen Bestimmungen unterwerfen als den in der Richtlinie vorgesehenen, wenn diese OGAW ihre Anteile in seinem Gebiet vertreiben.“

⁹⁵² Die OGAW-RL sieht gemäß Art.1 Abs.7 lediglich Mindeststandards vor: „Unbeschadet des Absatzes 6 können die Mitgliedstaaten die in ihrem Gebiet ansässigen OGAW strengeren Vorschriften als den in Art.4ff vorgesehenen sowie zusätzlichen Vorschriften unterwerfen, (...)“

⁹⁵³ Art.3 OGAW-RL definiert die „Ansässigkeit“ als Bezugspunkt für das Herkunftslandprinzip: „Ein OGAW... ist in demjenigen Mitgliedstaat als ansässig anzusehen, in dem sich der satzungsgemäße Sitz der Verwaltungsgesellschaft des Investmentfonds oder der Investmentgesellschaft befindet; (...)“

nie⁹⁵⁵. Insofern wird auch ein Single licence - Prinzip gemeinsam mit einem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bei weitgehender Mindestharmonisierung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verwirklicht: die Auswirkungen des Herkunftslandprinzips bleiben auf den öffentlich-rechtlichen Bereich begrenzt. Bemerkenswert sind die „Sondervorschriften für OGAW, die ihre Anteile in anderen Mitgliedstaaten als dem Mitgliedsstaat vertreiben, in dem sie ansässig sind“ (Abschnitt VII): Art.44 Abs.1 OGAW-RL stellt klar, dass ein solcher OGAW, die im Bestimmungsmitgliedstaat geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beachten hat, die den nicht von dieser Richtlinie geregelten Bereich betreffen. Die Präzisierung nimmt gewissermaßen die vom EuGH im Hinblick auf die Fernseh-Richtlinie getroffene Feststellung zur Reichweite des Herkunftslandprinzips vorweg, wonach dieses grundsätzlich nur Fragen erfasst, die auch von der jeweiligen Richtlinie selbst harmonisiert sind. Art.44 Abs.2 OGAW-RL hebt die ausnahmsweise angeordnete Geltung des Bestimmungslandrechts gesondert für Werbung im Vertriebsstaat hervor⁹⁵⁶. Die Tatsache, dass Art.3 Abs.3 i.V.m. 3.SpStr. E-RL diese Norm von der Anwendung des Herkunftslandprinzips der E-RL ausnimmt, legt wie gesehen im Umkehrschluss nahe, dass das Werberecht von Art.3 E-RL grundsätzlich erfasst sein soll. Darüber hinaus wird zudem klar, dass sich auch der Richtlinienggeber der OGAW-Richtlinie schon möglicher privatrechtlicher (v.a. werberechtlicher) Implikationen des Herkunftslandprinzips als Regelungstechnik bewusst war und insofern auch den kollisionsrechtlichen Konflikt zwischen Herkunftsland- und Bestimmungslandprinzip zu Gunsten des letzteren regeln wollte. Dies entspricht letztlich der konzeptionellen Ausrichtung der OGAW-RL, die – wie schon die B-RL und W-RL – vor allem aufsichtsrechtliche Fragen regelt, wie Transparenz-erfordernisse, Zulassungsbedingungen bzw. allgemein Rechte und Pflichten der OGAW gegenüber den jeweiligen Behörden, aber auch die Zusammenarbeit der Behörden der Herkunfts- und der Aufnahmemitgliedstaaten, auch durch Abgrenzung der Zuständigkeiten (vgl. Art.49ff OGAW-RL).

⁹⁵⁴ Art.4 Abs.1: „Ein OGAW bedarf zur Ausübung seiner Geschäftstätigkeit der Zulassung durch die Stellen des Mitgliedstaates, in dem der OGAW ansässig ist (...). Diese Zulassung gilt für sämtliche Mitgliedstaaten.“

⁹⁵⁵ Vgl. bereits oben: 1.Teil: B.II.3.b.cc.; RL 85/611/EWG des Rates v. 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. EG L 375 v. 31.12.1985, 3ff; zuletzt geändert durch die RL 95/26/EG, ABl. EG L 168 v. 18.7.1995, 7ff.

⁹⁵⁶ Art.44 Abs.2: „Jeder OGAW kann in dem Staat des Vertriebs Werbung betreiben. Er hat die hierfür in diesem Staat geltenden Bestimmungen zu beachten.“

4. Versicherungsrechtliche Richtlinien

Auf die in den versicherungsrechtlichen Richtlinien enthaltenen Herkunftslandprinzipien soll hier nicht in der Breite eingegangen werden⁹⁵⁷ wie eben bei der Bankenrichtlinie, denn die Regelungsansätze ähneln sich in den zentralen Punkten⁹⁵⁸: Ausgangspunkt ist auch hier der Binnenmarktansatz⁹⁵⁹, wobei eine zielgerichtete Mindestharmonisierung⁹⁶⁰ die Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung der Zulassung und Versicherungsaufsichtssysteme und das Prinzip der Herkunftslandkontrolle schaffen soll⁹⁶¹. Das Herkunftslandprinzip ist damit auch hier auf öffentlich-rechtliche Fragen begrenzt.

Im Hinblick auf die Lebensversicherungen schafft die Richtlinie 2002/83/EG über Lebensversicherungen⁹⁶² (L-RL) eine Vereinfachung, indem – wie auch schon bei der Bankenrichtlinie – die zahlreichen vorhandenen Rechtsakte zusammengefasst werden.

Art.4⁹⁶³, 5⁹⁶⁴ L-RL begründet wie schon die Banken-Richtlinie eine Zulassungspflicht und den Grundsatz der einmaligen Zulassung für Versicherungsunternehmen im Herkunftsmitgliedstaat (vgl. Art.1 lit. e⁹⁶⁵), wobei auch die nachfolgende Aufsicht grundsätzlich nur durch diese Behörden erfolgt (Prinzip der Herkunftslandkontrolle). Erfasst ist gemäß **Art.10⁹⁶⁶ L-RL** die Finanzauf-

⁹⁵⁷ Vgl. bereits oben: 1.Teil. B.II.3.b.dd.

⁹⁵⁸ Die Formulierung der Vorschriften und auch der Erwägungsgründe ist oft sogar im Wortlaut identisch.

⁹⁵⁹ Vgl. allgemein Erwägungsgründe 3, 5; unter Berücksichtigung des Versicherungsvertragsrechts: 44; unter Hervorhebung der Vorteile des Binnenmarktes für den Versicherungsnehmer als Verbraucher: 46f, 52.

⁹⁶⁰ Vgl. Erwägungsgründe 10; 28; 36 (Rückstellungen); 42f (Garantiefonds); 52 (Informationsanforderungen).

⁹⁶¹ Vgl. Erwägungsgrund 7: „Der gewählte Ansatz besteht in einer wesentlichen, notwendigen und ausreichenden Harmonisierung, um zu einer gegenseitigen Anerkennung der Zulassungen und der Aufsichtssysteme zu gelangen, die die Erteilung einer einheitlichen, innerhalb der ganzen Gemeinschaft gültigen Zulassung sowie die Anwendung des Grundsatzes der Aufsicht durch den Herkunftsmitgliedstaat erlaubt“; zudem Erwägungsgründe: 12, 35, 37; auffallend ist die Ähnlichkeit zur Banken-RL; zum Versicherungsrecht: Reich, VuR 1991, 1ff; Smulders / Glazener, C.M.L.R. 29 (1992), 775ff; Roth, NJW 1993, 3028ff; Gärtner, EWS 1994, 114ff.

⁹⁶² Richtlinie 2002/83/EG des EPs und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG L 345 v. 20.12.02. 1ff.

⁹⁶³ Art.4 (Grundsatz der Zulassung): „Die Aufnahme der Tätigkeiten im Sinne dieser Richtlinie ist von einer vorherigen behördlichen Zulassung abhängig. Diese Zulassung muss bei den Behörden des Herkunftsmitgliedstaats beantragt werden von a) Unternehmen, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats begründen, b) Unternehmen, die die Zulassung gemäß Unterabsatz 1 bereits erhalten haben und ihre Tätigkeit auf einen ganzen Versicherungszweig oder auf andere Versicherungszweige ausdehnen.“

⁹⁶⁴ Art.5 Abs.1: „Die Zulassung gilt für die gesamte Gemeinschaft. Sie erlaubt dem Versicherungsunternehmen, dort Tätigkeiten auszuüben, sei es im Rahmen der Niederlassungsfreiheit, sei es im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit.“

⁹⁶⁵ Art.1 lit. e): Definition des Herkunftsmitgliedstaats als den Mitgliedstaat, in welchem sich der Sitz des Versicherungsunternehmens befindet, das die Verpflichtung eingeht.

⁹⁶⁶ Art. 10 (Zuständige Behörden und Gegenstand der Aufsicht): Abs. 1: „Die Finanzaufsicht über ein Versicherungsunternehmen, einschließlich der Tätigkeiten, die es über Zweigniederlassungen und im Dienstleistungsverkehr ausübt, liegt in der alleinigen Zuständigkeit des Herkunftsmitgliedstaats. (...)“; Abs.2: „Die Finanzaufsicht umfasst für die gesamte Geschäftstätigkeit des Versicherungsunternehmens (...) gemäß den in dem Herkunftsmitgliedstaat bestehenden Regelungen oder Praktiken aufgrund von auf Gemeinschaftsebene erlassenen Vorschriften.“ (...)

sicht, wobei für die Aufsicht über eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Zweigniederlassung gemäß Art.11 zusätzlichen Anforderungen an die Zusammenarbeit der betroffenen mitgliedstaatlichen Behörden gestellt werden. Die Art.5-9 L-RL regeln Mindestanforderungen an die Zulassung⁹⁶⁷, die Art.12-19 L-RL Methoden der Finanzaufsicht⁹⁶⁸. Darüber hinaus werden Bedingungen für die Ausübung der Versicherungstätigkeit detailliert geregelt⁹⁶⁹. **Art. 33 L-RL** setzt folgerichtig fest, dass der „*Mitgliedstaat der Verpflichtung*“ (mithin der Zielstaat) den Versicherungsnehmer nicht daran hindern darf, einen Vertrag mit einem gemäß Art. 4 L-RL zugelassenen Versicherungsunternehmen abzuschließen, solange der Vertrag nicht im Widerspruch zu den in dem Mitgliedstaat der Verpflichtung geltenden Rechtsvorschriften des Allgemeininteresses steht. Das für ein Herkunftslandprinzip im hier verstandenen Sinne charakteristische Beschränkungsverbot kommt damit in einer anderen Ausprägung daher, indem das Recht des Versicherungsnehmers garantiert wird, Verträge abzuschließen und nicht etwa – wie bisher gesehen – das Recht des Versicherungsunternehmens als Unternehmer. Im Ergebnis wird auf diese Weise dennoch die gegenseitige Anerkennung der Standards im Versicherungswesen ermöglicht, denn die wirtschaftliche Tätigkeit von Versicherungsunternehmen umfasst eben gerade den Abschluss von Versicherungsverträgen. Art.32 L-RL verdeutlicht im Umkehrschluss, dass das Herkunftslandprinzip das Privatrecht nicht erfasst, sondern lediglich auf zulassungsrelevante und aufsichtsrechtliche Fragen begrenzt ist. Diese Kollisionsregel legt das anwendbare Recht für Versicherungsverträge fest, wobei gerade keine Herkunftslandanknüpfung gewählt wird⁹⁷⁰. (Demgemäß enthält Art.3 Abs.3 i.V.m. 4.SpStr. der E-Commerce-Richtlinie auch eine Ausnahme diesbezüglich⁹⁷¹.)

⁹⁶⁷ z.B. in Bezug auf deren Umfang, Voraussetzungen oder Verweigerung.

⁹⁶⁸ z.B. in Bezug auf die interne Rechnungslegung, Aufsichtsbefugnisse, die Übertragung von Vertragsbestand, das Berufsgeheimnis und auf ein gleichzeitiges Betreiben von Lebens- und Schadensversicherung.

⁹⁶⁹ z.B. im Hinblick auf die versicherungstechnische Rückstellung und ihre Bedeckung (Art.20-26), die Solvabilitätsspanne und Garantiefonds (Art.27-31), aber auch für den Fall von Schwierigkeiten eines Versicherungsunternehmens, was bis zum Entzug der Zulassung führen kann (Art.37-39).

⁹⁷⁰ Vgl. Art.32: Abs.1: „Das Recht, das auf die Verträge über die in der vorliegenden Richtlinie genannten Tätigkeiten anwendbar ist, ist das Recht des Mitgliedstaats der Verpflichtung. Jedoch können die Parteien, sofern dies nach dem Recht dieses Mitgliedstaats zulässig ist, das Recht eines anderen Staates wählen.“ Bei natürlichen Personen kann es auf den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. der Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers ankommen (Abs.2); Sonderregelungen gelten für Staaten, die mehrere Gebietseinheiten umfassen (Abs.3); Absatz 4 regelt die Anwendung zwingender Normen des Forumstaates; Absatz 5 verdeutlicht im Umkehrschluss, dass es sich bei den Absätzen 1-4 um Kollisionsrecht handeln soll, denn die Mitgliedstaaten können nur „vorbehaltlich“ dieser Absätze ihre allgemeinen Bestimmungen des internationalen Privatrechts in Bezug auf vertragliche Schuldverhältnisse anwenden.

⁹⁷¹ Vgl. nochmals: 1.Teil: B.II.3.b.dd.

Weiterhin enthalten die Art.40-50 L-RL Regelungen, die die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gewährleisten sollen⁹⁷². (Hierfür gilt ebenfalls die Ausnahme des Art.3 Abs3 i.V.m. 4.SpStr. des Anhangs der E-RL.) Für die Errichtung einer Zweigniederlassung sieht Art.40 L-RL (ähnlich wie Art.20 Bankenrichtlinie) zusätzliche Voraussetzungen vor, die zu einer gesteigerten Kooperation der mitgliedstaatlichen Behörden und besonderen Anforderungen an die Versicherungsunternehmen führen⁹⁷³. Bei erstmaliger Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ist ein Versicherungsunternehmen gehalten, dies der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaates mitzuteilen (Art.41); dies verpflichtet wiederum die Behörde, in einem festgesetzten Zeitraum über den Antrag zu entscheiden und bei erfolgter Genehmigung den Zielstaat zu unterrichten (Art.42). Dieses Verfahren gilt auch bei nachfolgenden substantiellen Änderungen der Tätigkeiten (Art.43). Den zuständigen Behörden des Mitgliedstaats der Zweigniederlassung und/oder des Mitgliedstaats der Dienstleistung verbleiben weit reichende Eingriffsmöglichkeiten (z.B. Auskunfts-, Prüfungs- und auch Maßnahmerechte gegenüber den Versicherungsunternehmen), die in Kooperation mit der Behörde des Herkunftsmitgliedstaates geltend gemacht werden können (Art.46 L-RL). Wie schon bei der Bankenrichtlinie steht damit die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Behörden bei der Kontrolle im Vordergrund⁹⁷⁴.

Im Hinblick auf die Schadensversicherungen ist es – soweit ersichtlich – noch nicht zu einer zusammenfassenden Nachfolge-Richtlinie gekommen, so dass weiterhin auch hier die Zulassungspflicht, der Grundsatz der einmaligen Zulassung und der Herkunftslandkontrolle in den **Art.6, 7, 13** der Richtlinie 73/239/EWG i.d.F. **der Dritten Richtlinie Schadensversicherung**⁹⁷⁵ und das Beschränkungsverbot in **Art.28**⁹⁷⁶ Dritte Richtlinie Schadensversicherung

⁹⁷² Hierbei werden besondere Anforderungen geregelt z.B. hinsichtlich der Sprache, Vertragsbedingungen und Tarifen, der Liquidation, statistischer Angaben oder der Besteuerung von Prämien, vgl. Art.44ff.

⁹⁷³ z.B. Mitteilungspflichten gegenüber dem Zielstaat (Absatz 3), besondere Rechte der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats der Zweigniederlassung (Absatz 4). Ebenso erhält das Versicherungsunternehmen Pflichten (Mitteilungspflicht gegenüber dem Herkunftsmitgliedstaat, Absätze 1, 2, 6) und Rechte (Absatz 5).

⁹⁷⁴ Art.47 enthält zudem eine zu Art.22 Abs.11 B-RL gleichlautende Norm zur Werbung von Versicherungsunternehmen; auch hierin ist eine deklaratorische Verweisung auf das primärrechtliche allgemeine Beschränkungsverbot und keine Kollisionsnorm zu sehen (s.o. 1.Teil: D.II.3.).

⁹⁷⁵ RL 92/49/EWG des Rates v. 18.6.1992 zur Koordinierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadensversicherung), ABl. EG L 228 v. 11.8.1992, 1ff.

⁹⁷⁶ Art.28: „Der Mitgliedstaat, in dem das Risiko belegen ist, darf den Versicherungsnehmer nicht daran hindern, einen Vertrag zu unterzeichnen der mit einem in Art.6 der Richtlinie 73/239/EWG zugelassenen Versicherungsun-

gewährleistet ist. Art.7f⁹⁷⁷ der Zweiten Richtlinie Schadensversicherung sieht (analog zu Art.32 L-RL) besondere Kollisionsregeln für das Versicherungsvertragsrecht vor.

Im Versicherungsrecht geht es beim Herkunftslandprinzip letztlich wie beim Bankenrecht nur um die Zulassung von Versicherungsunternehmen einschließlich der Prüfung der Geschäftstätigkeit: die aufsichtsrechtliche Kontrolle findet nur im Herkunftsland des Versicherers statt⁹⁷⁸. Insofern stellt das Herkunftslandprinzip in den Versicherungsrichtlinien ein klassisches Beispiel für den Einsatz der Regelungstechnik als Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Verwaltungsrecht dar⁹⁷⁹. Darüber hinaus wird eine Ausdehnung auf das Vertragsrecht einhellig abgelehnt. Art.28 der Dritten Richtlinie Schadensversicherung und Art.33 L-RL haben keine kollisionsrechtliche Bedeutung, weil keine grundsätzliche Anknüpfung an das Recht des Herkunftslandes erfolgt⁹⁸⁰ und auch weil der ‚koordinierte Bereich‘ des Herkunftslandprinzips lediglich aufsichtsrechtliche Fragen erfasst⁹⁸¹.

5. Sonstiges

Erwähnung finden, sollen weitere Ausgestaltungen des Binnenmarktgedankens im Sekundärrecht. Hiermit soll die Vielseitigkeit der Umsetzungsmöglichkeiten des Herkunftslandgedankens im Sekundärrecht verdeutlicht werden.

- Zunächst ist ein weiteres Mal auf die Verwendung des Herkunftslandprinzips als auf das Aufsichtsrecht begrenzte Regelungstechnik im **Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht** hinzuweisen. Das Herkunftslandprinzip entwickelt sich in dieser Ausprägung zum zentralen Regelungsansatz der genannten Rechtsbereiche wie jüngste Richtlinien belegen. Die Regelungsaktivitäten der Gemeinschaft in diesem Zusammenhang beacht-

ternehmen abgeschlossen wurde, solange der Vertrag nicht im Widerspruch zu den in dem Mitgliedstaat, in dem das Risiko belegen ist, geltenden Vorschriften des Allgemeininteresses steht.“

⁹⁷⁷ Art.7 Abs.1: „Das Recht, das auf die unter diese RL fallenden Versicherungsverträge über in den Mitgliedstaaten belegen Risiken anwendbar ist, wird wie folgt bestimmt“; vgl. Basedow/ Drasch, NJW 1991, 785 (790).

⁹⁷⁸ Vgl. vertiefend: Götting, CR 2001, 528 (530); Callies, EWS 2000, 432 (433).

⁹⁷⁹ Vgl. Thünken, 50f unter Würdigung der deutschen Umsetzungsnorm: § 110a Versicherungsaufsichtsgesetz.

⁹⁸⁰ Vgl. Drasch, 214ff; i.E. ebenso Roth, IPRax 1994, 165 (174).

⁹⁸¹ Vgl. insoweit oben die entsprechend anwendbare Argumentation zu Art.18 Bankenrichtlinie: 1.Teil: D.II.3.

lich⁹⁸², so dass die bloße Nennung einiger hier relevanter Vorschriften genügen soll:

- **Art.4, 8 Richtlinie 2001/17/EG** über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen⁹⁸³ ermächtigen einzig den Herkunftsmitgliedstaat (Art.2 lit. e) über Sanierungs- (Art.4⁹⁸⁴) und Liquidationsmaßnahmen (Art.8⁹⁸⁵) im Hinblick auf Versicherungsunternehmen zu entscheiden; die ergriffenen Maßnahmen gelten ohne weiteres im gesamten Gemeinschaftsgebiet, müssen mithin gegenseitig anerkannt werden. Dabei wird zugleich ausdrücklich das „maßgebliche Recht“ bestimmt⁹⁸⁶. Der Regelungsansatz ist insofern bemerkenswert, als ausweislich der Erwägungsgründe gerade nicht auf Harmonisierung des einzelstaatlichen Rechts in Bezug auf Sanierungsmaßnahmen und Liquidationsverfahren gesetzt wird, sondern die gegenseitige Anerkennung der von den Mitgliedstaaten erlassenen Maßnahmen und die Organisation der notwendigen Zusammenarbeit genügen soll; gleichzeitig gelten besondere Grundsätze, die Transparenz und Rechtssicherheit schaffen sollen⁹⁸⁷. Darüber hinaus besteht auch gerade nicht die Möglichkeit der Zielstaaten im Notfall doch noch eigene Maßnahmen zu ergreifen. Auch wenn die Art.19ff immerhin gemeinsame Vorschriften für Sanierungsmaßnahmen schaffen werden, ist der Ansatz doch bemerkenswert, weil das insoweit gewährte Vertrauen in die Standards

⁹⁸² Vgl. umfangreiche Übersichten: http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/reglde_register_06202010.html zum Versicherungsrecht und http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/reglde_register_06202020.html zum Bankenrecht.

⁹⁸³ Vgl. ABl. EG v. 20.4.2001, Nr. L 110, 28ff.

⁹⁸⁴ Art.4 Abs.1: „Die zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaats sind als Einzige befugt, über Sanierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit einem Versicherungsunternehmen, einschließlich seiner Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu entscheiden...“; Abs.3: „Die Sanierungsmaßnahmen sind nach den Rechtsvorschriften des Herkunftsmitgliedstaats in der gesamten Gemeinschaft uneingeschränkt wirksam...“; Abs.4: „Die Sanierungsmaßnahmen sind in der gesamten Gemeinschaft wirksam, sobald sie in dem Mitgliedstaat, in dem sie getroffen wurden, wirksam sind.“

⁹⁸⁵ Art.8 Abs.1 ist wortgleich zu Art.4 Abs.1, nur dass er auf Liquidationsmaßnahmen bezogen ist; Absatz 2 sieht vor, dass eine nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaates ergangene Entscheidung zur Eröffnung eines Verfahrens zur Liquidation ... „im Hoheitsgebiet aller anderen Mitgliedstaaten ohne weitere Formalität anerkannt“ und dort wirksam ist. Insofern besteht eine Unterrichtungspflicht gegenüber den Behörden aller Mitgliedstaaten.

⁹⁸⁶ Art.4 Abs.2: „Die Sanierungsmaßnahmen werden gemäß den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften und Verfahren durchgeführt...“; Art.9 Abs.1: „Für die Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens zur Liquidation ..., das Liquidationsverfahren und dessen Wirkungen sind die Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Herkunftsmitgliedstaates maßgebend...“

⁹⁸⁷ Vgl. Erwägungsgründe 9ff: Einheitsgrundsatz: die Behörden der Herkunftsmitgliedstaates sind als einzige befugt zu entscheiden; Universalitätsgrundsatz: ein Verfahren soll alle Vermögenswerte und Verbindlichkeiten umfassen und in allen anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden; das Recht des Herkunftsmitgliedstaates ist einzig maßgeblich; Abstimmungsgrundsatz: die Aufsichtsbehörden des Herkunftsmitgliedstaats und aller anderen Mitgliedstaaten sollen unverzüglich unterrichtet werden.

der anderen Mitgliedstaaten ausreicht und keine vollständige Angleichung der mitgliedstaatlichen Standards angestrebt wurde.

- Ähnliche Regelungen enthalten **Art.3 und 9 Richtlinie 2001/24/EG** über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten⁹⁸⁸.
- Eine aufsichtsrechtliche Herkunftslandanknüpfung findet sich zudem in **Art.3 RL 2002/92/EG** über Versicherungsvermittlung⁹⁸⁹. Demnach sind Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler bei der zuständigen Behörde nach Art.7 Abs.2 in ihrem Herkunftsmitgliedstaat einzutragen, wobei mit dieser Eintragung bestimmte Kontrollmaßnahmen zusammenhängen. Zudem werden Mindestanforderungen an die Überwachung und die Vermittler, sowie verstärkte Kooperationsanforderungen zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden vorgesehen.

Die dargestellten Herkunftslandprinzipien dienen in den genannten Fällen demnach ein weiteres Mal der klaren Zuordnung von Zuständigkeiten im Verwaltungsverfahren, wodurch größere Rechtssicherheit geschaffen wird. Auffallend ist gleichermaßen die Tendenz zu einer verstärkten Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Verwaltungen bei der Kontrolle des Binnenmarktes.

- **Art.9⁹⁹⁰ Richtlinie 2002/47/EG⁹⁹¹** über Finanzsicherheiten soll die Rechtssicherheit im Bereich der Finanzsicherheiten erhöhen und gemeinschaftsweit Wertpapiere und Barguthaben als Sicherheiten bereitstellen helfen. Die Kollisionsnorm definiert die Belegenheit von im Effektengiro übertragbaren Wertpapieren dergestalt, dass stets das Recht desjenigen Staates einschlägig ist, in dem das fragliche Konto geführt wird⁹⁹². Art.2 Abs.1

⁹⁸⁸ Richtlinie 2001/24/EG des EPs und des Rates vom 4.April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. EG L 125 v. 5.5.2001, 15ff.

⁹⁸⁹ Richtlinie 2002/92/EG des EPs und des Rates vom 9.Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. EG L 9 v. 15.1.03, 3ff.

⁹⁹⁰ Art. 9 Abs.1 (Internationales Privatrecht): „Die in Absatz 2 genannten Regelungsgegenstände im Hinblick auf Effektengiro übertragbare Papiere, unterliegen dem Recht des Landes, in dem das maßgeblich Konto geführt wird. Der Verweis auf das Recht eines Landes ist als Sachnormverweisung zu verstehen, d.h. es wird jegliche Vorschrift ausgeschlossen, die für die jeweilige Rechtsfrage auf das Recht eines anderen Staates verweist.“

⁹⁹¹ Richtlinie 2002/47/EG des EPs und des Rates vom 6.Juni 2002 über Finanzsicherheiten, ABl. EG L 168 v. 27.6.2002, 43ff.

⁹⁹² Damit knüpft die Richtlinie an die derzeit im Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten insoweit anerkannten *lex rei sitae*, dem Recht der belegen Sache an, wonach sich die Wirksamkeit einer Finanzsicherheit gegenüber Dritten nach dem Recht des Landes bestimmt, in dem die Sicherheit belegen ist, vgl. Erwägungsgründe 8ff. Es wird auch klargestellt, dass im Hinblick auf die Sicherheit nur das Recht dieses Landes maßgeblich sein soll, damit keine Rechtsunsicherheit infolge unvorhergesehener Rechtsvorschriften entsteht.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

D. ANERKANNTE REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS

- lit. h) definiert das „maßgebliche Konto“⁹⁹³. Wenn man so will kann hierin das Herkunftsland gesehen werden. Auffällt die ausdrückliche Unterbindung einer Weiterverweisung im Interesse der Rechtssicherheit, und die Möglichkeit zur flexiblen Handhabung zur Definition des Herkunftslandes. Art.9 ist zudem ein Beispiel für den ausdrücklichen Einsatz der „Herkunftslandprinzips“ als Kollisionsregel und im Bereich des Privatrechts (dies baut indes auf den kollisionsrechtlichen Grundsätzen aufbaut).
- Wie bereits bei Darstellung der Ausnahme in Art.3 Abs.3 i.V.m. 2.SpStr. des Anhangs der E-RL angedeutet⁹⁹⁴, enthält die sog. **E-Geld-Richtlinie**⁹⁹⁵ bereits ein Herkunftslandprinzip. Diese Richtlinie enthält Sondervorschriften für die E-Geld-Institute und baut im Übrigen auf der Bankenrichtlinie auf, die gemäß Art.2 grundsätzlich Anwendung findet. Ausnahmen zum demnach auch in diesem Kontext anwendbaren Herkunftslandprinzip der Bankenrichtlinie finden sich in Art.2 Abs.2, 8 Abs.2, 9.
 - Aus Art.4 Abs.1⁹⁹⁶ bzw. Art. Art.3 Abs.1⁹⁹⁷ und 6 Abs.1 lit. g)⁹⁹⁸ der **Richtlinie über Produktsicherheit**⁹⁹⁹ wurde ein Herkunftslandprinzip herausgelesen¹⁰⁰⁰. Überlegungen insoweit haben sich vor dem Hintergrund der Verabschiedung der Richtlinie 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit erübrigt¹⁰⁰¹.
 - Der Gedanke der gegenseitigen Anerkennung kommt überdies in den **Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von beruflichen Qualifi-**

⁹⁹³ Art.2 Abs.1 lit. h): „Maßgebliches Konto‘ ist in Bezug auf im Effekten giro übertragbare Wertpapiere, die als Finanzsicherheit gestellt werden, das Register oder Depotkonto — das auch vom Sicherungsnehmer selbst geführt werden kann —, in dem der maßgebliche Eintrag bzw. auf dem die maßgebliche Buchung erfolgt, aufgrund deren der Sicherungsnehmer die Sicherheit erlangt.“

⁹⁹⁴ Vgl. oben: 1.Teil: B.II.3.b.bb.

⁹⁹⁵ Richtlinie 2000/46/EG des EPs und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, ABl. EG L 275 v. 27.10.2000, 39ff.

⁹⁹⁶ Art.4 Abs.1: ein Produkt gelte als sicher, „wenn es mit ... spezifischen Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich das Produkt in Verkehr befindet, über die Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen für das Inverkehrbringen dieses Produkts entspricht.“

⁹⁹⁷ Art.3 Abs.1: „Die Hersteller dürfen nur sichere Produkte auf den Markt bringen.“

⁹⁹⁸ Art.6 Abs.1 lit. g): die Mitgliedstaaten verfügen über die „auszuübenden Befugnisse für den Erlass geeigneter Maßnahmen, um unter anderem ... g) das Inverkehrbringen eines Produkts..., das ... sich als gefährlich erwiesen hat, zu verbieten und notwendige flankierende Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung dieses Verbots festzulegen.“

⁹⁹⁹ RL 92/59/EWG des Rates v. 29.6.1992 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG L 228 v. 11.8.92, 24ff.

¹⁰⁰⁰ Vgl. hierzu ausführlich m.w.N. Thünken, 46ff; Drasch, 236f, beide indes i.E. ablehnend.

¹⁰⁰¹ Die RL 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit v. 3.12.2001, ABl. EG L 11 v. 3.12.2001, 4ff; sie hat gemäß Art.21 Abs.1, 22 am 15.1.04 die RL 92/59/EWG abgelöst, vgl. zu Recht Thünken, 47f.

kationen zum Ausdruck. Aufgrund der Hochschuldiplomrichtlinie¹⁰⁰²: müssen z.B. alle in einem Mitgliedstaat ausgestellten Hochschuldiplome, die zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit unter einer bestimmten Berufsbezeichnung berechtigen und aufgrund einer mindestens dreijährigen Hochschulausbildung erworben wurden, von allen Mitgliedstaaten für die Zwecke der Ausübung einer Tätigkeit in ihrem Hochschulgebiet anerkannt werden bzw. den in diesem Mitgliedstaat erworbenen Hochschuldiplomen gleichgestellt werden¹⁰⁰³. Ähnliche Bestimmungen gelten auch z.B. für die Höhere Berufsausbildung und die berufliche Weiterbildung, Handelsvertreter, Anwälte, Ärzte, Zahnärzte, Architekten, Krankenschwestern oder Veterinärmediziner, aber auch für Händler, Farmer, Handwerker oder Hebammen¹⁰⁰⁴. Noch viel weit reichender ist der Vorschlag für eine Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, der entgegen der bisherigen Methodik, an speziellen Berufsformen anzuknüpfen, nunmehr einen generellen Ansatz wählt und verschiedene Berufe einem einheitlichen Rechtsregime unterwirft, indem auf bestimmte abstrakte Qualifikationsniveaus abgestellt wird¹⁰⁰⁵.

- Art. 1¹⁰⁰⁶ der **Verordnung über die Kabotage im Straßenverkehr**¹⁰⁰⁷ regelt einen Grundsatz der einmaligen Zulassung i.V.m. mit einer in einer weiteren Verordnung geregelten „Gemeinschaftslizenz“ für den gewerblichen Güterverkehr (Kabotage), wodurch der Unternehmer des gewerblichen Güterkraftverkehrs im Prinzip berechtigt ist, gemeinschaftsweit seine

¹⁰⁰² Vgl. RL 89/48/EWG v. 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung der Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. EG L 19 v. 24.1.1989, 16ff.

¹⁰⁰³ Vgl. Thünken, 51; schon zum Vorschlag: Wägenbaur, EuR 1987, 113ff; Leibrock, EuZW 1992, 465ff.

¹⁰⁰⁴ Unvollständige Nachweise sollen hier genügen: z.B. RL 92/51/EWG (Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise); RL 77/249/EWG, 98/5/EG (Anwälte); RL 86/653/EWG (Handelsvertreter) RL 85/384/EWG (Architekten); RL 93/16/EWG (Ärzte); RLen 77/686/EWG und 78/687/EWG (Zahnärzte); RLen 77/452/EWG und 77/453/EWG (Krankenschwestern); RLen 85/443/EWG und 95/432/EWG (Apotheker); RL 78/1026/EWG, 78/1027/EWG (Veterinärmediziner).

¹⁰⁰⁵ Vgl. Vorschlag einer Richtlinie des EPs und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen v. 7.3.2002, KOM (2002), 119 endg.; hierzu kritisch: Mann, EuZW 2004, 615ff.

¹⁰⁰⁶ Art.1 Abs.1: „Jeder Unternehmer des gewerblichen Güterkraftverkehrs, der Inhaber einer Gemeinschaftslizenz ... ist, wird ... zum zeitweiligen gewerblichen Güterkraftverkehr in einem anderen Mitgliedstaat ... zugelassen, ohne dort über einen Unternehmenssitz oder eine Niederlassung zu verfügen.“ Abs.2: „Jeder Unternehmer, der im Mitgliedstaat der Niederlassung in Übereinstimmung mit dessen Rechtsvorschriften berechtigt ist ... gewerblichen Güterkraftverkehr durchzuführen, ist unter den Bedingungen dieser Verordnung berechtigt, die Kabotage der gleichen Art bzw. die Kabotage mit Fahrzeugen der gleichen Kategorie durchzuführen.“

¹⁰⁰⁷ Verordnung (EWG) Nr. 3118/93 des Rates v. 25.10.1993 zur Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind, ABl. EG L 279 v. 12.11.93, 1ff; vgl. hierzu auch Drasch, 234f.

Leistungen zu erbringen. Indes sieht Art.6 Abs.1¹⁰⁰⁸ der Verordnung weitreichende Ausnahmen zugunsten der Aufnahmemitgliedstaaten, aber auch die Möglichkeit für den Aufnahmestaat vor, bei ernsten Marktstörungen „Schutzmaßnahmen“ zu beantragen (Art.7). Gleichzeitig wird aber auch die Kooperation der mitgliedstaatlichen Behörden vorgeschrieben (Art.8).

- Eine sehr ähnliche Regelung trifft die **Verordnung über Seekabotage**¹⁰⁰⁹: Art.1 Abs.1 der Verordnung begründet den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs im Seeverkehr innerhalb eines Mitgliedstaates (Seekabotage) für „Gemeinschaftsreeder“¹⁰¹⁰, deren Schiffe in einem Mitgliedstaat registriert sind und unter der Flagge eines Mitgliedstaates fahren, sofern diese Schiffe alle Voraussetzungen erfüllen, um zur Kabotage in diesem Mitgliedstaat zugelassen zu werden. Damit wird der Flaggenstaat gewissermaßen zum Herkunftsland. Auch insofern sind Ausnahmen zugunsten des Aufnahmestaates vorgesehen (Art.3f). Im Falle einer „schweren Störung des innerstaatlichen Verkehrsmarktes“ besteht zudem die Möglichkeit, Schutzmaßnahmen einzufordern (Art.5).

Kerngedanke des Herkunftslandansatzes ist nach den erfolgten Untersuchungen die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes durch Garantie der jeweiligen Grundfreiheit in Reaktion auf bestehende Hemmnisse durch bestehende Rechtsunsicherheit aufgrund von Rechtszersplitterung in den Mitgliedstaaten. Dabei wird meist die Verantwortung des Herkunftslandes herausgestellt und damit einhergehend vorgeschrieben, dass die Bestimmungsländer den Standard des Herkunftslandes akzeptieren, womit die „Verkehrsfähigkeit“ der jeweiligen Tätigkeit im gesamten Gemeinschaftsgebiet erreicht wird. Im aufsichtsrechtlichen Bereich erhält die im Herkunftsland erteilte Genehmigung Geltung für das gesamte Gemeinschaftsgebiet. Unterschiedlich ist indes der Umfang der jeweils vorgenommenen begleitenden Harmonisierung und der den Empfangsstaaten (z.B. durch Einzelfallmaßnahmen) eingeräumten Rechte.

¹⁰⁰⁸ Art.6 Abs.1: „Vorbehaltlich der Anwendung der Gemeinschaftsregelung unterliegt die Durchführung der Kabotagefahrten den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates in folgenden Bereichen..., z.B. Fahrzeuggewichte und -abmessungen, Lenk- und Ruhezeiten, Mehrwertsteuer.

¹⁰⁰⁹ Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates über Seekabotage v. 7.12.1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage), ABl. EG L 364 v. 12.12.92, 7ff; vgl. hierzu auch: Drasch, 235.

¹⁰¹⁰ Vgl. Art.2 Nr.2 lit. a): „Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die in einem Mitgliedstaat nach dem Recht dieses Staates niedergelassen und im Schiffsverkehr tätig sind“ und lit. b): „Schiffahrtsgesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat haben und über die die tatsächliche Aufsicht in einer Mitgliedstaat ausgeübt wird (...).“