

Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie – was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?

Von STEFAN GRUNDMANN, Erlangen*

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| I. Die E-Commerce-Richtlinie als Anschauungsbeispiel | 250 |
| 1. Die Bedeutung von E-Commerce und Informationsdiensten | 250 |
| 2. Vorrangige praktische Bedeutung von Kollisionsnormen für den Binnenmarkt (Binnenmarktkollisionsrecht) | 252 |
| II. Eigenständigkeit des Binnenmarktkollisionsrechts | 254 |
| 1. Rechtspolitische Eigenständigkeit von Kollisionsnormen für den Binnenmarkt | 254 |
| a) Kollisionsrecht des dynamischen Miteinanders, nicht des statischen Nebeneinanders | 254 |
| b) Förderung von Größen- und Verbundvorteilen als Ziel | 255 |
| c) Bessere Vereinbarkeit auch mit Schutz- und Ordnungsinteressen auf Grund von Integration | 256 |

* Abgekürzt werden zitiert: *Ernst*, Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des EU-Richtlinienvorschlags zum Electronic Commerce: VuR 1999, 397–405; *Fezer/Koos*, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die E-commerce-Richtlinie, Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftsrechtlichen Aufgabe: IPRax 2000, 349–354; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, Das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung) (1999); *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht⁸ (2000); *Mankowski*, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht: GRUR Int. 1999, 909–921 (zitiert: Internet); *ders.*, E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht: MMR [Multimedia und Recht]-Beilage 7/2000, 22–37 (zitiert: E-Commerce); Münchener Kommentar zum BGB³ I (1993), X (1998), XI (1999) (zitiert: Münch.Komm.-[Bearb.]); *Spindler*, E-Commerce in Europa, Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung: MMR-Beilage 7/2000, 4–21; *ders.*, Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie: MMR 1999, 199–207 (zitiert: Verantwortlichkeit); *Thünken*, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs: IPRax 2001, 15–22.

| | |
|--|-----|
| 2. Rechtsdogmatische Eigenständigkeit von Kollisionsnormen für den Binnenmarkt | 259 |
| a) Grundsatz | 259 |
| b) Stärkerer Sachrechtsbezug | 260 |
| c) Verstärkte Parallelität zu Entwicklungen im US-amerikanischen interlokalen Recht | 261 |
| 3. Herkunftslandprinzip – »Kollisionsnorm« in der E-Commerce-Richtlinie und Ausnahmen (Art. 3 und Anhang der Richtlinie) | 262 |
| a) Verhältnis zum primärrechtlich angeordneten Herkunftslandprinzip | 262 |
| b) Art. 3 und der Ausnahmekatalog im Anhang der Richtlinie | 263 |
| III. Hauptregelungsbereiche im Sachrecht der E-Commerce-Richtlinie | 264 |
| IV. Kollisionsrechtliche Hauptprobleme der E-Commerce-Richtlinie | 266 |
| 1. Internationales Wettbewerbsrecht und Herkunftslandprinzip (Art. 3 der Richtlinie) | 266 |
| a) Überblick zum Sachrecht | 266 |
| b) Klassisches Kollisionsrecht | 267 |
| c) Binnenmarktkollisionsrecht (Herkunftslandprinzip) | 268 |
| d) Ausnahmehereich unaufgeforderte Werbung | 273 |
| e) Idee des Unterschieds zwischen klassischem und Binnenmarktkollisionsrecht | 274 |
| 2. Verbrauchervertragsrecht, etwa Widerrufsrecht | 276 |
| a) Überblick zum Sachrecht | 276 |
| b) Klassisches Kollisionsrecht | 276 |
| c) Binnenmarktkollisionsrecht | 278 |
| d) Idee des Unterschieds zwischen klassischem und Binnenmarktkollisionsrecht | 279 |
| e) Ausblick: Verschulden in der Vertragsanbahnungsphase | 281 |
| 3. Persönlichkeitsrecht sowie geistiges Eigentum | 282 |
| a) Überblick zum Sachrecht | 282 |
| b) Klassisches Kollisionsrecht | 284 |
| c) Binnenmarktkollisionsrecht | 286 |
| d) Idee des Unterschieds zwischen klassischem und Binnenmarktkollisionsrecht (Deliktsrecht) | 287 |
| V. Einige Überlegungen zu rechtsgebietsübergreifenden Fragen | 288 |
| 1. Der Allgemeine Teil des Internationalen Privatrechts ungleich vereinfacht | 288 |
| a) Internationales Privatrecht und Internationales Verwaltungsrecht | 289 |
| b) Renvoi, Qualifikation und Vorfrage | 290 |
| c) Rolle des <i>ordre public</i> , Anpassung und sonstige Fragen des Allgemeinen Teils | 292 |
| 2. Keine »kollisionsrechtliche Regelung« (Art. 1 IV der Richtlinie)? | 293 |
| a) Der Streit um den Begriff des Kollisionsrechts | 293 |
| b) Binnenmarktkollisionsrecht – Kollisionsrecht, jedoch mit eigenständigem Charakter | 294 |
| V. Zusammenfassung | 296 |

Die E-Commerce-Richtlinie¹ regelt dezidiert das Zusammenspiel von Rechtsordnungen als jede europaschuldvertragsrechtliche Regelungsmaßnahme zuvor – sieht man einmal vom Europäischen Vertragsrechtsübereinkommen selbst ab. Es handelt sich um den ersten Europäischen Rechtsakt, der im Bereich des Zivil- und auch des Vertragsrechts eine flächendeckende Regelung zur Frage des Zusammenspiels von Rechtsordnungen vorhält. Dies ist durchaus plausibel, erwartet man sich doch gerade vom elektronischen Geschäftsverkehr einen mächtigen Impuls für grenzüberschreitende Waren- und Dienstleistungsströme². Fast nur ein Nebenaspekt ist dabei, daß eine recht schlichte Lösung für einen ersten Hauptproblembereich vorgehalten wird, mit dem sich die internationalprivatrechtliche Forschung heute konfrontiert sieht. Gemeint ist die Spezifikation von (lokalen) Anknüpfungspunkten in einer Welt der Elektronik und Fernmeldetechnik, in der sich Lokalität zunehmend verflüchtigt (vgl. unten I.1.). Viel wichtiger für das Folgende ist ein zweiter solcher Hauptproblembereich: Heute wird häufig das klassische Kollisionsrecht sehr weitreichend durch Regeln des Gemeinschaftsrechts überlagert. Dies betrifft heute (außerhalb von Familien- und Erbrecht) bereits die Mehrzahl der grenzüberschreitenden Fälle (unten I.2. und II.). Wohl am prominentesten wurde die Europäisierung und wohl auch die Entlokalisierung für den größten und vielleicht auch internationalsten Geschäftsbereich, das Kreditwesen, diskutiert, etwa für die elektronischen Börsen. Auch auf diesen Bereich sind die im Folgenden gefundenen Ergebnisse übertragbar³.

¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«), ABl. EG L 178/1; vgl. außerdem Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. EG 2000 L 13/12. Artikelangaben ohne Bezeichnung des Rechtsakts beziehen sich im folgenden auf die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

² Einen – vielleicht den internationalsten – Geschäftszweig sieht darin beispielsweise *Mankowski*, Internet 909. Für Zahlenmaterial etwa *KPMG* [Klynveld Peat Marwick Gordeler], One to one Marketing im Electronic Commerce (2000) besonders 10 (zitiert: Marketing).

³ Vgl. bisher *Spindler*, Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht – unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie: ZHR 165 (2001) 324–361 (zitiert: Internet); *ders.*, Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt, Der Einfluß der E-Commerce-Richtlinie auf das Internationale Vertragsrecht: IPRax 2001, 400–408 (zitiert: Kapitalmarktgeschäfte); *ders.*, Emissionen im Internet: Kapitalmarktrecht und Kollisionsrecht: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2000, 1058–1064; allenfalls peripher kollisionsrechtsorientiert *Pfüller/Westerwelle*, Wertpapierhandel im Internet, in: Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, hrsg. von *Hoeren/Sieber* (Loseblattsig. 1998ff.; Stand: 13. Liefg. 2001) Kap. 13.7; *Rehm*, Finanzdienstleistungen im Internet, in: Recht im Internet, Der große Rechtsberater für die Online-Praxis, hrsg. von *Schwarz* (Loseblattsig.; Stand: 10. Liefg. 2001) Kap. 12–3.1; (herausgenommen 12/2002); sowie die

Bei der E-Commerce-Richtlinie handelt es sich um eine Querschnitts-Richtlinie, in der Probleme aus vielen Rechtsgebieten, die der elektronische Geschäftsverkehr aufwirft, eine (Teil-)Regelung erfahren. Dies reicht vom Wettbewerbsrecht über das Vertragsrecht bis hin zum Datenschutz- und Deliktsrecht (mit Persönlichkeitsschutzrecht) (Überblick unten III.). Daher tritt bei einer Erörterung der E-Commerce-Richtlinie der Unterschied zwischen dem klassischen Kollisionsrecht und dem Binnenmarktkollisionsrecht⁴ nahezu flächendeckend für das gesamte Vermögens- und Wirtschaftsrecht zutage (unten IV.). Dieser Unterschied ist das eigentliche Leitthema der Kollisionsrechtsordnung im Bereich der E-Commerce-Richtlinie. Nimmt man diesen Unterschied ernst, stellen sich auch allgemeinere Folgefragen. Im wesentlichen ist zu fragen, ob nicht der Allgemeine Teil des IPR neu zu schreiben ist – teils wohl in Anlehnung an das, was für Einheitskollisionsrecht entwickelt wurde (V.1.). Daneben verblaßt die häufig und teils mit sehr subtilen Argumenten diskutierte Frage, ob es sich bei der Überlagerung durch Gemeinschaftsrecht um »echtes« Kollisionsrecht handelt (V.2.); wichtiger scheint hier die Gegenfrage, ob nicht für eine integrierte Rechtsordnung die kollisionsrechtliche Frage nach dem Zusammenspiel von Rechtsordnungen schlicht unvoreingenommen und damit teils neu zu stellen ist.

Will man die Unterschiede durchspielen, bietet sich ein Fall wie der folgende an, der nahezu alle (nicht branchenspezifischen) Fragen, die die E-Commerce-Richtlinie aufwirft, berührt⁵: Er handelt von der Internetreklame für ein Potenzmittel, die den (deutschen) Wortlaut hat: »Miura – Potenzsteigernd. Verwenden selbst spanische Stiere, kein *Viagra* besiegt ihn, doch Miura enthält nur natürliche Substanzen und hat daher keinerlei Nebenwirkungen. Überlassen Sie Miura nicht Ihrer Konkurrenz. [...] Selbst El Niño sticht tödlicher zu. Spanische Adresse, E-mail- und Bestelladresse.« El Niño sei (1) der einzige bekannte, englische Matador in der spanischen Stierkampfzene, der aber, besorgt um seine »privacy«, weiter in London lebe; er habe (2)

Beiträge von *Picot*, Banken und das Firmenkundengeschäft im Internet-Zeitalter, in: Entgeltklauseln in der Kreditwirtschaft und E-Commerce von Kreditinstituten, Bankrechtstag 2001 (erschienen 2002) 145–169, und *Spindler*, Bankrecht und E-Commerce-Sicherheit im Rechtsverkehr: ebd. 171–266; dazu etwa *Mackenthun/Sonnenhol*, Entgeltklauseln in der Kreditwirtschaft, E-commerce von Kreditinstituten: WM 2001, 1585–1594 (1589–1594); früh *Hoeren*, Kreditinstitute im Internet, in: Einführung des Euro in der Bank- und Unternehmenspraxis, Bankrechtstag 1997 (1998) 163–180. Aus bankbetrieblicher Sicht etwa *Picot/Neuburger*, Banken und das Firmenkundengeschäft im Internetzeitalter (2000).

⁴ *Grundmann*, Binnenmarktkollisionsrecht, Vom klassischen IPR zur Integrationsordnung: *RabelsZ* 69 (2000) 457–477; jetzt *Furrer*, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht (2002) (mit umfangreichen Literaturnachweisen).

⁵ Auf dem Seminar des Arbeitskreises Internationales Wirtschaftsrecht 2001 bildete *Josef Drexl* das schöne Beispiel, daß ein konkurrierender Potenzmittelhersteller in seiner Internet-Werbung sein Produkt mit *Viagra* vergleiche, das hier zu einem Fall ausgebaut wird.

dieser Werbung nicht zugestimmt; außerdem nehme er (3) kein Miura, was aber auf Grund der Umstände ohne Fahrlässigkeit so angenommen werden durfte. Der Text werde auch per E-mail auf Dienstrechner potentieller Kunden in Deutschland und Österreich übermittelt, unabhängig vom Geschlecht des Nutzers.

I. Die E-Commerce-Richtlinie als Anschauungsbeispiel

1. Die Bedeutung von E-Commerce und Informationsdiensten

Vom elektronischen Geschäftsverkehr wird mit einem gewissen Recht behauptet, daß er nationale Grenzen stärker in Frage stellt, d.h. als unerheblich erscheinen läßt, denn jeder Geschäftszweig vor ihm. In diesem Sinne handelt es sich um einen der internationalsten Geschäftszweige oder gar *den* internationalsten überhaupt⁶.

Für die Erfolgsgeschichte des elektronischen Geschäftsverkehrs werden meist Zahlen wie die folgenden angeführt⁷: Schon im Jahre 2000 hatte der elektronische Geschäftsverkehr in Deutschland einen Anteil von ca. 10% am Gesamtumsatz, bis 2003 wird ein Zuwachs bis 22% erwartet. Damit werden schon heute alle großen Einzelindustrien übertroffen⁸. Diese Interpretation

⁶ *Mankowski*, Internet 909. Zur Frage, ob es sich um einen Geschäftszweig oder eher um eine Vermarktungsform handelt, sogleich im Text.

⁷ Für die Daten und Statistiken zum folgenden vgl. *KPMG*, Marketing (oben N. 2) 10. Für die weltweiten Wachstumsprognosen vgl. *König/Müller/Trafkowski*, Internet-Handel mit Arzneimitteln und Wettbewerb im EG-Binnenmarkt: EWS 2000, 97–105 (97); für die absoluten Zahlen: *KPMG*, eBusiness in der deutschen Wirtschaft (2000) 3 (für 2004 6.800 Mrd. Dollar weltweit erwartet, knapp 1/4 in Europa, nach 180 Mrd. noch 1999). In Europa stieg auch der Absatz bei Privatkunden von 1998 bis 2000 auf das Vierfache: *Bundesverband deutscher Banken*, Daten, Fakten, Argumente – E-Commerce als Bankdienstleistung (1/2000) 18 (von 712 Mio. Dollar auf 2.881 Mio. Dollar); vgl. außerdem etwa *Boehme-Neßler*, Europäisches Internetrecht, Das Internet-Gap: Herausforderung für das europäische Wirtschaftsrecht: EWS 2001, 149–156 (149); *Reich/Nordhausen*, Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr (2000) 1–4. Zur Entwicklung anschaulich *Haft/Eisele*, Zur Einführung: Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet: JuS 2001, 113–120 (113–115); *Süßenberger*, Das Rechtsgeschäft im Internet (2000) 13–32.

⁸ Dies sind die Kfz-, die Reise- und die Computerindustrie, von denen jede einzelne weniger als oder allenfalls wenig mehr als 5% des Bruttosozialprodukts (das freilich neben dem Gesamtumsatz noch die Staatsquote umfaßt) auf sich vereinigt. Noch bedeutender sind das öffentliche Auftragswesen (11–15%) und der Sektor der Finanzdienstleistungen (zusammen ca. 25%, davon Kreditwesen ca. 17%). Für diese Zahlen, hier für die gesamte Europäische Union: *Europäische Kommission – Eurostat*, Panorama der EU-Industrie 97 I und II: Eine ausführliche Übersicht der Situation und der Perspektiven für die Industrie- und Dienstleistungssektoren in der Europäischen Union (1997) S. 17–9 und 17–21 (Kfz), S. 22–1ff. (Reiseindustrie), S. 26–6 (Computer), S. 24–11 und 24–20 (Finanzdienstleister), S. 38 und KOM(96) 583 endg., S. 9 (öffentliches Auftragswesen); *Eurostat*, Europa in Zah-

der Zahlen ist freilich einem Einwand ausgesetzt: Im Internet werden in den wenigsten Fällen Waren und Dienstleistungen geschaffen, sie werden hier nur vermarktet. Als Vergleichsbeispiel ist also weniger die Kfz-Industrie heranzuziehen als vielmehr etwa der Einzelhandel oder das Vertretergeschäft. Auf den gesamten Absatz bezogen, trifft die Aussage zu, daß die genannten 10 bzw. 22% über das Internet abgewickelt werden.

Dennoch steht eine Erfolgsgeschichte – etwas modifiziert – außer Zweifel. Die Vermarktungsform senkt Marktzutrittskosten dramatisch⁹. Die Handelsspanne zwischen Herstellung und Verbrauch liegt typischerweise nicht unter 40%¹⁰. Daher geht die Europäische Beobachtungsstelle für Informationstechnologie für 2001 von einer Präsenz von über 50% aller Unternehmen im Internet aus und von der Abwicklung von 60% des Marketings¹¹. Wettbewerbspolitisch dürfte die vielleicht größte Bedeutung des Internets darin liegen, daß bei weitgehendem Wegfall von Marktzutrittskosten potentielle Konkurrenz, insbesondere auch von Unternehmen mit kleinen Marktanteilen, erheblich steigt. Dies gilt unabhängig davon, daß auch bei der Vermarktung im Internet nur ca. 25% der Marktanteile von sog. Start-ups gehalten werden¹². Mit ähnlichen Marktanteilen wurden etwa die nationalen Monopole der Telekom in den verschiedenen Ländern von Konkurrenten angegangen – mit den allseits bekannten, dramatischen Preissenkungen in der Folgezeit. Das Internet schafft in hohem Maße zumindest potentielle Konkurrenz mit ihren positiven Wirkungen.

len⁴ (1995) 330 (Reiseindustrie). Zugrunde gelegt wird insoweit die Steigerung des Bruttoinlandsprodukts der EU (für die 15 Mitgliedstaaten) von 1994–1997 von 5.557,8 Mrd. ECU auf 5.946,71 Mrd. ECU; Quelle: *Eurostat*, Eurostatistik – Daten zur Konjunkturanalyse – Eurostatistics – data for short-term economic analysis – Eurostatistiques – données pour l'analyse de la conjoncture, Heft 4, 1998, S. 31.

⁹ Ausführlich *Engel*, Das Internet und der Nationalstaat, in: *BerDGesVölkR* 39 (2000) 353–425 (besonders 359f. und 377); sowie *Mankowski*, Internet 909; *Perrit*, Hybrid international institutions for regulating electronic commerce and political discourse on the Internet: MMR-Beil. 7/2000, 1–3 (1); *Spindler*, Internet (oben N. 3) 325.

¹⁰ Freilich werden damit zugleich Beratungsleistungen und eine Debitorenbuchhaltung abgedeckt. Für letztere kann jedoch beispielsweise auch das Kreditwesen eingeschaltet werden, wie dies bei jedem Einzugs- oder Lastschriftverfahren der Fall ist: Der Gläubiger kann den Zahlungsvorgang initiieren, wodurch die Schuldnersäumigkeit bereits erheblich zurückgedrängt wird, und er benötigt eine Debitorenbuchhaltung nur noch für diejenigen wenigen Fälle, in denen der Schuldner Widerspruch erhebt *Engel*, Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren (1966) 9; *Mütze*, Das Fehlerrisiko im bargeldlosen Zahlungsverkehr unter besonderer Berücksichtigung des Lastschriftverfahrens (Diss. Köln 1980) 3 (ca. 1% der Fälle). In der Tat sind dies übliche Zahlungsverfahren bei Geschäften über Internet.

¹¹ *Ernst* 397.

¹² Vgl. *Kröger*, Strenge Auslese: »Die Woche« vom 21. 1. 2000, S. 12f.

2. Vorrangige praktische Bedeutung von Kollisionsnormen für den Binnenmarkt (Binnenmarktkollisionsrecht)

Im Warenverkehr lag Mitte der 80er Jahre die Relation zwischen dem grenzüberschreitenden Transaktionsvolumen aller EU-Mitgliedstaaten mit anderen Mitgliedstaaten und dem mit Drittstaaten bei gut 1:1, Mitte der 90er Jahre bei gut 2:1¹³. Dieser Anteil stabilisierte sich und steigt derzeit wieder¹⁴. Ähnlich war die Entwicklung bei den Dienstleistungen und bei den Direktinvestitionen¹⁵. Mit dem grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr sind die Gebiete Internationales Vertragsrecht und die transaktionsbezogenen Teile des Wirtschaftskollisionsrechts und des Internationalen Bereicherungs- und Deliktsrechts befaßt (vor allem Kartellrecht im eigentlichen Sinne, Kapitalmarktrecht und Recht gegen unlauteren Wettbewerb bzw. vor allem Produkt- und Anlagenhaftungsrecht). Doch auch das Internationale Sachenrecht ist zentral betroffen¹⁶. Dies gilt sicherlich für die vertragsbegleitenden dinglichen Gestaltungsformen, vor allem die Kreditsicherheiten¹⁷, auf Grund des Bezugs zur Vertragserfüllung jedoch durchaus auch für die meisten sonstigen sachenrechtlichen Gestaltungen. Direktinvestitionen sind Indikator vor allem für die Zahl der Sachverhaltsgestaltungen mit internationalgesellschaftsrechtlicher und wiederum auch mit wirtschaftskollisionsrechtlicher Problematik, wobei es hier nun um die Anwendbarkeit der organisationsbezogenen Teile des Wirtschaftsrechts geht (vor allem Fusionskontrollrecht, wiederum Kapitalmarktrecht und Aufsichtsrechte in speziellen Branchen). Hinzu kommen mit vergleichbarem Gewicht die jeweiligen prozeßrechtli-

¹³ *Eurostat*, Eurostatistik (oben N. 8) S. 29 bis 45; *Monti*, Der Binnenmarkt und das Europa von morgen, Ein Bericht der Europäischen Kommission (1997) 92–95: Anstieg des Anteils der Ausfuhr in andere EU-Länder an der Gesamtausfuhr von 53,7% auf 67,8% (Waren) bzw. von 42,6% auf 50,2% (Dienstleistungen) im Zeitraum von 1985 bis 1995.

¹⁴ *Europäische Kommission – Generaldirektion Wirtschaft und Finanzen*, Europäische Wirtschaft – Grundzüge der Wirtschaftspolitik 2001, Statistischer Anhang (2001) bes. 204f., 212f.

¹⁵ Für erstere vgl. N. 13f., für letztere vgl. nur die (durchaus typische) Momentaufnahme für das Jahr 2000, in dem (trotz GATT, GATS und WTO) die innergemeinschaftlichen Direktinvestitionen um ca. 50% stiegen, diejenigen aus Drittländern in der Gemeinschaft um ca. 27%, und umgekehrt nur um 12%: vgl. *Eurostat*, Pressemitteilung Nr. 74/2001 vom 6. 7. 2001.

¹⁶ Vgl. – ähnlich – Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, KOM(2001)398 endg. = ABl. EG 2001 C 255/1 = Sonderbeil. zu EuZW H. 16/2001, Rz. 15.

¹⁷ Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung des Kollisionsrechts in diesem Bereich ist spätestens seit den Monographien von *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, Zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten (1996) und *v. Wilmsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht – Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag (1996), nicht mehr zu bestreiten. Vgl. zuletzt *Rott*, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten (2000).

chen Aspekte, vor allem mit dem Internationalen Zuständigkeits- und Vollstreckungsrecht. Wichtig sind hier das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, das Parallelabkommen von Lugano und nunmehr (als Ersatz des erstgenannten seit dem 1. 4. 2002) die Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung¹⁸. In diesem Bereich ist nun auch einmal die Andersartigkeit des Binnenmarktkollisionsrechts – auf Grund der genannten Rechtsakte – längst unbestritten¹⁹.

Zwar sind nicht all diese Gebiete bei einer Erörterung der E-Commerce-Richtlinie zu beleuchten. Festzustellen ist jedoch für sie alle, daß es sich bei der großen Mehrzahl der grenzüberschreitenden Fälle um Binnenmarktfälle handelt und daß bei diesen stets eine – mehr oder weniger weitreichende – gemeinschaftsrechtliche Überlagerung zu bedenken ist. Für die Europäische Gemeinschaft liegt eine Entwicklung auf der Hand, die aus den Vereinigten Staaten bekannt ist: Das Kollisionsrecht wird vor allem als Binnenmarktkollisionsrecht entwickelt werden, hier muß es sich primär bewähren²⁰. Erst dann kann die Notwendigkeit einer Adaption für die internationalen Sachverhalts-

¹⁸ (Brüsseler) EWG-Übereinkommen vom 27. 9. 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 1998 C 27/1 (konsolidierte Fassung); (Luganer) Übereinkommen vom 16. 9. 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 1998 C 33/20 (konsolidierte Fassung); mit Wirkung vom 1. 4. 2002: Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 L 12/1.

¹⁹ Vgl. nur *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen⁷ (2002); demnächst *Heß*, Europäisches Zivilprozeßrecht.

²⁰ Vgl. zu diesem Vergleich noch unten Text bei N.44. Umgekehrt eher für eine punktuelle Einfügung des Herkunftslandprinzips ins klassische IPR *Mankowski*, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-commerce-Richtlinie: *ZvglRWiss.* 100 (2000) 137–181 (139) (zitiert: Herkunftslandprinzip). Zur Frage, ob ein Kollisionsrecht im Binnenmarkt eigenständig sein oder eher dem Kollisionsrecht für alle Auslands-sachverhalte gleichen und allenfalls punktuell von diesem abweichen sollte, *Mansel*, Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza, in: Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, hrsg. von *Baur/Mansel* (2002) 1–15 (14f.) und die dort zitierten Beiträge von *Tebbens* und *van Loon* zum Sammelband sowie *Basedow*, Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?, in: *FS W. Lorenz* (2001) 465–482; *Jayme*, Zum Jahrtausendwechsel, Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus: *IPRax* 2000, 165–171 (167); außerdem zur Entwicklung spezifischen Kollisionsrechts für den Binnenmarkt in jüngster Zeit: *Kadner Graziano*, Gemeineuropäisches internationales Privatrecht, Harmonisierung des IPR durch Wissenschaft und Lehre (am Beispiel der außervertraglichen Haftung für Schäden) (2002); *Klinke*, Kollisionsnormen und Gemeinschaftsrecht, Zur Architektur des europäischen Vaterhauses, in: *FS Kegel* (2002) 1–32; Vergemeinschaftung des europäischen Kollisionsrechts, Vorträge aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens des Instituts für Internationales und Ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln, hrsg. von *Mansel* (2002); *Wilderspin/Xavier*, Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres: *Rev. crit. d.i.p.* 2002, 1–37.

gestaltungen mit Drittstaaten geprüft werden. Das Wort des Paradigmenwechsels wird sicherlich inflationär gebraucht, für das kontinentaleuropäische Kollisionsrecht mag es jedoch bezogen auf diese Entwicklung als angebracht erscheinen. Diese Entwicklung betrifft derzeit praktisch alle Gebiete außerhalb des Internationalen Familien- und Erbrechts²¹.

II. Eigenständigkeit des Binnenmarktkollisionsrechts

1. Rechtspolitische Eigenständigkeit von Kollisionsnormen für den Binnenmarkt

a) Kollisionsrecht des dynamischen Miteinanders, nicht des statischen Nebeneinanders

Es liegt nahe, daß sich Binnenmarktkollisionsrecht, das das Zusammenspiel der Rechtsordnungen im Binnenmarkt regelt, vom klassischen Kollisionsrecht, das Entsprechendes im Verhältnis zu allen Staaten weltweit leisten soll, ähnlich stark abheben sollte wie das Zusammenwirken und gegenseitige Vertrauen der Gesetzgeber im Binnenmarkt von demjenigen weltweit. Klassisches Kollisionsrecht beruht daher auf der Idee einer Koexistenz beliebiger Rechtsordnungen, auf dem gegenseitigen Respekt zwischen diesen, und organisiert statisch – für die Individuen möglichst erträglich – das daraus resultierende Nebeneinander. An die Stelle dieser Sicht tritt im Binnenmarkt eine dynamische – von der fortschreitenden Integration. Statt des Nebeneinanders wird das Miteinander optimiert. Auch die Subsidiarität wird als nicht unveränderlich in der Zeit gesehen²². Faßt man es in wenigen Worten zusammen, so ist Binnenmarktkollisionsrecht im Anknüpfungspunkt ungleich einfacher, deutlich vermarktungsfreundlicher (unten b), steht umgekehrt aber unter dem Vorbehalt einer gesteigerten »Verlässlichkeit« der Sachrechte der anderen Mitgliedstaaten (unten c). In der Hauptstoßrichtung enthält daher

²¹ In der E-Commerce-Richtlinie vgl. Art. 9 I lit. d, der (nach dem Vorbild des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens) die Unanwendbarkeit im Familien- und Erbrecht vorsieht. Freilich findet sich diese Regel nicht in Art. 1 und 2, gilt also nach dem Wortlaut der Richtlinie nicht für die gesamte Richtlinie, auch etwa nicht für das Herkunftslandprinzip. Soweit keine Vertragsfreiheit herrscht, greift auch die Ausnahmeregelung im Anhang (zu Art. 3) nicht ein. Folge wäre, daß etwa der Deutsche, der in Großbritannien wohnt, erbrechtliche Beschränkungen der Vertrags- oder Gestaltungsfreiheit (z.B: Pflichtteilsrecht) durch Nutzung elektronischer Kommunikationsformen dem Herkunftslandprinzip in Art. 3 der Richtlinie unterwerfen könnte – wohl ein Redaktionsversehen.

²² *Deckert*, Zu Harmonisierungsbedarf und Harmonisierungsgrenzen im Europäischen Gesellschaftsrecht: *RabelsZ* 64 (2000) 478–498 (486); *Schön*, Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht: *ZHR* 160 (1996) 221–251 (228); *Ulmer*, Harmonisierungsschranken des Aktienrechts (1998) 159.

auch das Europäische Vertragsrechtsübereinkommen von 1980 (EVÜ)²³, obwohl nur Mitgliedstaaten Vertragspartner sein können, vor allem klassisches, auf den Verweis weltweit ausgelegtes Kollisionsrecht (*loi uniforme*), wenn auch einzelne Charakteristiken eine zentrale Rolle im Binnenmarktprozeß spielen²⁴ und wichtige, spezifisch auf den Binnenmarkt ausgelegte Erweiterungen angedacht sind²⁵.

b) Förderung von Größen- und Verbundvorteilen als Ziel

Vielleicht noch konkreter gefaßt: Aus den Vorteilen, die von einer Integration erwartet werden, ergibt sich auch, daß für Kollisionsnormen für den Binnenmarkt andere rechtspolitische Kategorien gelten als für allgemeine Kollisionsnormen. Erwartet wird von einer rechtlichen Integration, daß Angebot und Nachfrage die integrierten nationalen Märkte stärker als einen (größeren) Markt empfinden und nutzen werden, und daß die für größere Märkte typischen Vorteile eintreten²⁶. Dies sind Skalen- oder Verbundvorteile vor allem für die Unternehmen, die für diesen Markt größere Mengen gleicher Angebote schaffen und Kosten entsprechend besser amortisieren

²³ (Römisches) Übereinkommen 80/934/EWG vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG 1980 L 266/1 = BGBl. 1986 II 810 (deutsch-englisch-französisch); in Kraft getreten am 1. 4. 1991, ABl. EG 1991 C 52/1 und BGBl. 1991 II 871, heute für alle Mitgliedstaaten; konsolidierte Fassung: ABl. EG 1998 C 27/34. Umgesetzt ist das EVÜ in Artt. 3, 6, 11 I-IV, 12 I 1, 27–37 EGBGB. Die Überführung in eine Verordnung (wie beim EuGVÜ und Insolvenzrechts-Übereinkommen) ist angedacht; vgl. nur *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001 – Anerkennungsprinzip statt IPR?: IPRax 2001, 501–514 (510).

²⁴ Dies gilt etwa für das klare, und für viele Mitgliedstaaten in diesem Umfang nicht selbstverständliche Bekenntnis zur Parteiautonomie, die nur für klar umrissene Schutz- und Ordnungsinteressen zurückgenommen wird (Artt. 5–7 EVÜ). Dies hat seine Parallele in der Grundidee der Grundfreiheiten. Vgl. *Müller-Graff*, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, hrsg. von *dems.* (1993) 195–230 (205) (Privatautonomie wird über die Grenzen erstreckt); sowie (zum Zusammenspiel) *Grundmann*, The Structure of European Contract Law: European Review of Private Law (ERPL) 2001, 505–528 (513–517). Für ein zweites Beispiel vgl. unten bei N. 160.

²⁵ Angedacht ist vor allem, für die zwingende Anknüpfung nach Art. 5 EVÜ ausdrücklich eine Ausnahme vorzusehen, soweit die Materie harmonisiert ist. Vgl. zur Auslegung bereits der *lex lata* im Binnenmarkt in diesem Sinne unten N. 42.

²⁶ Dazu statt aller *Basedow*, Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration, in: FS Mestmäcker (1996) 347–363 (355–357); *van den Bergh*, Forced Harmonisation of Contract Law in Europe – Not to be Continued, in: *An Academic Green Paper on European Contract Law*, hrsg. von *Grundmann/Stuyck* (2001) 249–268 (251–267); *Grundmann/Kerber*, European System of Contract Laws, A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making; ebd. 295–342 (299–305); *Parisi/Ribstein*, Choice of Law, in: *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, hrsg. von *Newman I* (1998) 236; *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts, *Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomie des Außenhandels* (1990) 306–308 und *passim*.

können (economies of scale and scope); dies sind Vorteile für den Verbraucher etwa bei der Breite des Angebots (größere Produktpalette); und dies sind Vorteile größerer Märkte hinsichtlich Stabilität, etwa geringerer Volatilität, und Effizienz bei der Mittelallokation.

Unternehmen empfinden und nutzen einen Raum, in dem sie nach einem Recht, dem eigenen Recht, anbieten können, sicherlich am ehesten als einen einheitlichen (größeren) Markt. Dies ist der Vorteil eines Herkunftslandprinzips. Für viele Unternehmen kann das Fehlen solcher Möglichkeiten als Marktzutrittsschranke wirken, insbesondere für kleinere und mittlere²⁷. Gerade diese Unternehmen sind etwa als potentielle Konkurrenz in oligopolistisch strukturierten Märkten von Bedeutung. Für alle Unternehmen ergeben sich Kostenvorteile.

c) Bessere Vereinbarkeit auch mit Schutz- und Ordnungsinteressen auf Grund von Integration

Umgekehrt wirft eine Befugnis von Unternehmen, auch im Ausland nach eigenem Recht anbieten zu können, potentiell Schutzprobleme auf, dies etwa auf der Nachfrageseite, beispielsweise bei Verbrauchern. Das damit angesprochene typische Spannungsverhältnis zwischen Liberalität und Schutzbedürfnissen, etwa Verbraucherschutz oder auch Umweltschutz, kommt auch im Titel der jüngsten Monographie zum Herkunftslandprinzip plastisch zum Ausdruck²⁸. Erst im Spannungsverhältnis zwischen Liberalität und Schutz- oder Ordnungsbedürfnissen – vor allem, wenn Märkte versagen²⁹ – ist die richtige Kollisionsnorm zu ermitteln. Gerade an dieser Stelle läuft die rechtspolitische Bewertung zwischen Binnenmarktkollisionsrecht und allgemei-

²⁷ Vgl. nur (neben den in der vorigen Note Genannten): *Schmidtchen*, Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte – Grundlagen eines interdisziplinären Forschungsprogramms: *RabelsZ* 59 (1995) 56–112 (72).

²⁸ *Granpierre*, Herkunftsprinzip kontra Marktanknüpfung, Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Kollisionsregeln im Wettbewerbsrecht (1999) 118–149 und passim; zum Herkunftslandprinzip ansonsten aus der monographischen Literatur *Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut (1997).

²⁹ Was traditionell als Schutzbedürfnisse – Verbraucherschutz, Umweltschutz, Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen – beschrieben wird, ist in der Theorie der Märkte als die eine oder andere Form von Versagen der Märkte zu verstehen. Zum Marktversagen vgl. nur *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik⁴ (2001) (vor allem Informationsprobleme, etwa bei Verbrauchern; externe Effekte in Form der Verlagerung von Kosten oder auch von Vorteilen auf Dritte und Wettbewerbsbeschränkungen); zum Bezug der Europäischen Regulierung gerade auf Marktversagen vgl. *Grundmann*, Europäisches Handelsrecht, Vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung: *ZHR* 163 (1999) 635–678 (665–674) (für das Vertragsrecht) (zitiert: Handelsrecht).

nem Kollisionsrecht stark auseinander, dies in drei Hinsichten. Hier ist es rechtspolitisch gänzlich anders zu bewerten, ob auf das Herkunftslandrecht etwa in Belgien verwiesen wird oder auf das in den Bermudas.

Zum ersten stehen sich die Rechte innerhalb der Gemeinschaft bei den Schutzfragen, etwa beim Verbraucherschutz, im Durchschnitt sicher bereits näher als im Vergleich mit Drittstaaten. Soll eine allgemeine Kollisionsnorm für das Verhältnis zu allen Drittstaaten aufgestellt werden, kann auch nicht eingewandt werden, daß der eine oder andere Drittstaat, etwa die Schweiz, dem Gemeinschaftsniveau recht nahe stehen mag. Vergleichbarkeit im Sachrecht kann bei der Gestaltung der Kollisionsnorm nur berücksichtigt werden, wenn Vergleichbarkeit bei den einbezogenen Ländern auch allgemein zu konstatieren ist. Am ehesten als allgemeine Kollisionsnorm – weltweit – denkbar erscheint noch das Herkunftslandprinzip, wie es im unharmonisierten Bereich gilt: Das Gastland kann durchaus sein Recht anwenden, solange das legitime Schutzbedürfnis im Herkunftsland unerfüllt bleibt³⁰. Die Schutzdimension ist also im Herkunftslandprinzip selbst angelegt und würde auch gegenüber Drittstaaten wirken. Für die rechtspolitisch abweichende Bewertung von Binnenmarktkollisionsrecht sind daher zwei weitere Unterschiede fast noch wichtiger. Sie sprechen bei Binnenmarkttransaktionen für einen Abbau der Schutz- und Beschränkungskomponente im Gastland, hingegen nicht bei Drittlandtransaktionen. Führt das Herkunftslandprinzip zu einem Schutzverlust, der in manchen Mitgliedstaaten als unerträglich empfunden wird (»Skandal«), so besteht in der Gemeinschaft ein praktisch auch wirksamer Reaktionsmechanismus: Harmonisierung ist ungleich wahrscheinlicher als ein Abschluß internationaler Konventionen unter Einschluß des Drittlandes oder gar aller fraglicher Drittländer mit laxem Schutzstandard. Der wohl wichtigste »IPR-Skandal« der 90er Jahre, für den das Schlagwort *Gran-Canaria-Fälle* steht³¹, ist auf diesem Wege, vor allem mit Erlass der Haustürwiderrufs- und der Timesharing-Richtlinie³², bereinigt worden. International wä-

³⁰ Vgl. die Nachweise unten N. 81.

³¹ Zu diesen etwa *Coester-Waltjen*, Der Eskimo-Mantel aus Spanien – ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestrikt?, in: FS Lorenz (1991) 297–319; *Jayme*, Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien – horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht: IPRax 1990, 220–222; *Kohle*, Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts: EuZW 1990, 150–156; *Langenfeld*, Noch einmal: Die EG-Richtlinie zum Haustürwiderrufgesetz und deutsches IPR: IPRax 1993, 155–157; *Taupitz*, Kaffeeferien deutscher Urlauber auf Gran Canaria – deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?: BB 1990, 642–652. Es ging darum, daß die verbraucherschützende Anknüpfung nach Art. 5 EVÜ bzw. Art. 29 EGBGB ausschied, weil der (deutsche) Verbraucher am Urlaubsort angesprochen wurde. Dort herrschte ein niedrigeres Schutzniveau. Das gemeinschaftsrechtliche Problem – mangelnde Richtlinienumsetzung – wurde in den 90er Jahren durch Effektivierung diesbezüglicher Sanktionen ausgeräumt (vgl. unten N. 35).

³² Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG L

re das Timesharing zu wenig bedeutsam gewesen, anders war dies in der Gemeinschaft³³. Bei der Formulierung eigener Kollisionsnormen für die Gemeinschaft kann also davon ausgegangen werden, daß alle Rechtsordnungen, auf die möglicherweise verwiesen wird (nicht nur einige), das Schutzniveau des Forumstaates weitgehend erreichen oder allenfalls zeitweise stärker zurückbleiben. Das Kollisionsrecht muß also nicht vorrangig mit dem Ziel gestaltet werden, Schutzniveaus zu erhalten. Zum dritten gibt es einen erheblichen Bereich – im Transaktionsrecht fast alle Regeln, mit denen Schutz- und Ordnungsinteressen verfolgt werden³⁴ –, in dem die nationalen Normen der Mitgliedstaaten nicht nur zufällig oder herkömmlich einander relativ nahe stehen. Hier stehen sie einander auf Grund von Europäischer Anordnung sehr nahe, und Gemeinschaftsrecht verbürgt zunehmend, daß die nationalen Normen auch in der Wirklichkeit nahe verwandt und austauschbar sind³⁵. Dieser Bereich ist kollisionsrechtspolitisch nochmals offensichtlich anders gelagert, da hier nun Gleichwertigkeit des (Basis-)Schutzniveaus nicht nur faktisch den Regelfall bildet, sondern rechtlich sichergestellt ist. Ein Herkunftslandprinzip ist hier uneingeschränkt zu rechtfertigen.

372/31; Änderung 1994 L 1/492; Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG L 280/83.

³³ Daher ist auch der teils geäußerten Kritik, daß hier Harmonisierung nicht angezeigt war, nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Zu dieser Kritik *Martinek*, Das Teilzeiteigentum an Immobilien in der Europäischen Union, Kritik des Timesharing-Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission: ZEuP 1994, 470–492 (477–479); *Mäsch*, Die Time-Sharing-Richtlinie im Europäischen Verbraucherschutzrecht – Licht und Schatten im Europäischen Verbraucherschutzrecht: EuZW 1995, 8–15 (9–11) (»[Subsidiaritäts-]Prinzip nicht rein quantitativ zu verstehen«); im Bereich des Arbeitsrechts ist vor allem die Arbeitnehmerentsende-Richtlinie bezeichnend: Richtlinie 96/71/EG des Rates vom 24. 9. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG 1997 L 18/1; vgl. jetzt KOM(2000)271 endg.; dazu EuGH 25. 10. 2001 – verb. Rs. C-49/98, 50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 (*Urlaubskasaspflicht des Arbeitnehmerentsendegesetzes*), EuZW 2001, 759.

³⁴ Vgl. Überblick bzw. Kommentare bei *Grundmann*, Handelsrecht (oben N. 29) 665–676; *ders.*, Europäisches Schuldvertragsrecht 2.1 ff., auch 4.1 ff., bes. 4.10 (Verbrauchervertragsrecht), 4.1 ff. und vor allem 5.1 ff. (wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffsnormen).

³⁵ Instrumente sind – neben dem klassischen Vertragsverletzungsverfahren – die unmittelbare Anwendbarkeit, die richtlinienkonforme Auslegung und – zuletzt und eher selten – die Staatshaftung: vgl. etwa *Grundmann*, Einwirkung von EG-Richtlinien des Privat- und Wirtschaftsrechts auf nationales Recht – Deckungsgleichheit zumindest im Mindestniveau: Jus 2002, 768–773.

2. Rechtsdogmatische Eigenständigkeit von Kollisionsnormen für den Binnenmarkt

a) Grundsatz

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) statuierte, daß zwingende nationale Normen, die auch nur potentiell und mittelbar grenzüberschreitende Transaktionen verhindern, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein müssen. Er entschied dies für verschiedene Teile eines weit verstandenen Vertragsrechts, etwa für die culpa in contrahendo (c.i.c.), für Gewährleistungsregeln oder die Prospekthaftung und vielfach für das Recht gegen unlauteren Wettbewerb. Andernfalls sind diese nationalen Normen auf Grund des Vorrangs der Grundfreiheiten unanwendbar³⁶. Dies ist offensichtlich ein anderer Anknüpfungspunkt, als er im Vertragsrecht oder im Recht gegen unlauteren Wettbewerb ohne Einwirkung der Grundfreiheiten gelten würde³⁷. Wird Art. 5 EVÜ oder Art. 29 EGBGB angewandt, ohne die Überlagerung durch das EG-Primärrecht zu berücksichtigen, also »nackt«, so wird damit bei Binnenmarkttransaktionen schlicht die (in Europa höchstrangige) Verfassungsordnung ausgeblendet³⁸. Solch eine Anwendung verstößt gegen das auch in der Gemeinschaft kraft Primärrecht geltende Übermaßverbot. Auch im Bereich der Niederlassungsfreiheit wird die Kollisionsnorm, die sich aus der Entscheidung in Sachen *Centros*³⁹ und jetzt *Überseering* ergibt⁴⁰, weder

³⁶ EuGH 24. 1. 1991 Rs. C-339/89 (*Alsthom Atlantique*), Slg. 1991, I-107 (I-124) (Gewährleistung); 13. 10. 1993 – Rs. C-93/92 (*CMC Motorradcenter*), Slg. 1993, I-5009 (I-5021f.) (culpa in contrahendo); für den unlauteren Wettbewerb: EuGH 7. 3. 1990 – Rs. C-362/88 (*GB-Inmo-BM*), Slg. 1990, I-667 (I-689); 18. 5. 1993 – Rs. C-126/91 (*Yves Rocher*), Slg. 1993, I-2361 (I-2386–2391); eingeschränkt, aber keineswegs aufgegeben wird die Grundfreiheitenkontrolle seit EuGH 24. 11. 1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (*Keck & Mithouard*), Slg. 1993, I-6097 (I-6130–6132); 15. 12. 1993 – Rs. C-292/92 (*Hünemann*), Slg. 1993, I-6787 (I-6822f.); die Einschränkung geht auch weniger weit, als anfangs angenommen; vgl. EuGH 6. 7. 1995 – Rs. C-470/93 (*Mars*), Slg. 1995, I-1923 (I-1941); und vor allem EuGH 10. 5. 1995 – Rs. C-384/94 (*Alpine Investment*), Slg. 1995, I-1141 (I-1176–1178) (bei Erstreckung der eigenen Normen auf ein Angebot im Ausland).

³⁷ Näher unten IV.1–3., jeweils b) und c), zu den verschiedenen Rechtsgebieten.

³⁸ So vor allem *Mankowski*, E-Commerce 22; *ders.*, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht: *RabelsZ* 63 (1999) 203–294, der das Kollisionsrecht des elektronischen Geschäftsverkehrs auf über 100 Druckseiten, unter detaillierter Behandlung vor allem von Art. 29 EGBGB abhandelt, jedoch ohne jeden Hinweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts und kollisionsrechtliche Gehalte im Gemeinschaftsrecht; anders dann im Ansatz *Mankowski*, Herkunftslandprinzip (oben N. 20) 139–153.

³⁹ EuGH 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459 (bes. I-1495).

⁴⁰ EuGH 5. 11. 2002 – Rs. 208/00 (*Überseering*), *RIW* 2002, 945; dazu etwa *Eidenmüller*, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa: *ZIP* 2002, 2233–2245; *Leible/Hoffmann*, »Überseering« und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie: *RIW* 2002, 925–945. Schon bisher wurde von einer Überprüfbarkeit der Sitztheorie ausgegangen, etwa von: *Behrens*, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Centros*-Urteil des EuGH: *IPRax* 1999, 323–331; *Freitag*, Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschafts-

der Sitz- noch der Gründungstheorie entsprechen, d.h. klassischem IPR dies- und jenseits des Kanals⁴¹. Vielmehr wird Wahlfreiheit gegeben werden (unter Abweichung von der Sitztheorie), dem Gastland jedoch auch der Einwand zwingender Gründe des Allgemeininteresses eröffnet bleiben (unter Abweichung von der Gründungstheorie).

b) Stärkerer Sachrechtsbezug

Ohne die Ausprägungen in den einzelnen Rechtsgebieten vorwegzunehmen, kann schon an dieser Stelle ein Grundzug konstatiert werden: Offensichtlich spielen, wo Binnenmarktkollisionsrecht von klassischem IPR abweicht, (auch) sachrechtliche Überlegungen eine zentrale Rolle. So ist zu fragen, ob das Sachrecht, das dem ausländischen Anbieter im Gastland entgegengehalten wird, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Gleichermaßen ist für den möglicherweise noch weiterreichenden Ausschluß des Gastlandrechts in Fragen, für die Harmonisierungsakte ergingen, jeweils zu prüfen, ob die Frage zu den gemeinschaftsrechtlich harmonisierten oder bagatellisierten zählt⁴².

recht: EuZW 1999, 267–270 (bes. 269f.); *Höfling*, Die Sitztheorie, Centros und der österreichische OGH: EuZW 2000, 145–147 (146); *Meilicke*, Urteilsanm.: DB 1999, 625–628 (627); anderer Ansicht *Kindler*, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften, Die »Centros«-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht: NJW 1999, 1993–2000 (1996–1999); *Ebke*, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH: JZ 1999, 656–661 (bes. 660). Für selbstverständlich genommen wurde die erste Auffassung im wichtigsten sonstigen Land, das (nach überwiegender Ansicht) der Sitztheorie folgt, nämlich in Frankreich (Italien und die Niederlande haben sie aufgegeben); vgl. nur *Menjuq*, Droit international et européen des sociétés (2001) 335–340.

⁴¹ Vgl. nur die Überblicke in: Münch.Komm. BGB(-*Kindler*) IntGesR Rz. 258–377; *Staudinger(-Großfeld)*, Kommentar zum BGB, Neubearb. 1998 (1998) Int. GesR Rz. 26–77, 148–161 (zitiert: *Staudinger[-Bearb.]*); zur Zweifelhafteigkeit solcher Einheitssichten *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, Das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum Internationalen Kapitalmarktrecht und zum Internationalen Unternehmensrecht (1996).

⁴² Streitig ist, ob das Gastland in solch einer Konstellation zwingende Gründe des Allgemeininteresses grundsätzlich überhaupt nicht mehr anführen kann, um eigene, über das Richtlinienniveau hinausreichende Normen einem Anbieter aus dem EG-Ausland entgegenzuhalten; vgl. einerseits (das Allgemeininteresse ist mit der Mindestharmonisierung für Binnenmarkttransaktionen erschöpft) *Bleckmann*, Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien: ZGR 1992, 364–375 (373); *Grundmann*, EG-Richtlinie und nationales Privatrecht, Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht: JZ 1996, 276–287 (277–281); *ders.*, Binnenmarktkollisionsrecht (oben N. 4) 471–476 (mit weiteren Nachweisen); *Mengozi*, La seconda direttiva bancaria, il mutuo riconoscimento e la tutela dell'interesse generale degli Stati Membri: Riv.dir.europ. 1994, 447–469 (459f.); sehr grundlegend jetzt *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) § 8; und andererseits *Roth*, Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, Zur Entwicklung internationaler Sachnormen für europäische Sachverhalte: ZEuP 1994, 5–33 (31f.); *ders.*, Der nationale Transformationsakt, Vom Punktuell-

c) Verstärkte Parallelität zu Entwicklungen im US-amerikanischen interlokalen Recht

Kollisionsrechtsvergleichend ist dieser stärkere Sachrechtsbezug im Hinblick auf die Entwicklung des US-amerikanischen Kollisionsrechts doch sehr bemerkenswert. Ein Blick auf das Internationale – genauer: interlokale – Delikts- und Gesellschaftsrecht mag hier genügen. Der prägende Zug des neueren US-amerikanischen Kollisionsrechts wird doch darin gesehen, daß Kollisionsnormen stark aus sachrechtlichen Zwecksetzungen hergeleitet werden, allen voran bei der »governmental-interest«-Analyse⁴³. Die Leitentscheidungen ergingen zunächst für das Deliktsrecht. Mit Ausnahme der ersten Entscheidung, in der governmental interests auch noch nicht sehr eindeutig abgewogen wurden, betrafen hier die »großen vier« nicht internationale, sondern interlokale Fälle (»interstate cases«)⁴⁴. Auch im Internationalen Gesellschaftsrecht der USA geht es mit der Debatte um eine Ordnung, die den Wettbewerb der Jurisdiktionen erlaubt, zentral um eine sachrechtliche Zielsetzung, die Schaffung möglichst guter sachrechtlicher Normen⁴⁵. Seit Be-

len zum Systematischen, in: Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, hrsg. von *Grundmann/Medicus/Rolland* (2000) 113 (123–126) (zitiert: Transformationsakt); *Smulders/Glazener*, Harmonization in the Field of Insurance Law through the Introduction of Community Rules of Conflict: *C.M.L.Rev.* 19 (1992) 775–797 (797). Außer Zweifel steht jedoch: Für die weiterreichende Integrationswirkung ist auch nach der erstgenannten Auffassung zu fordern, daß die Frage zu den gemeinschaftsrechtlich harmonisierten zählt oder weniger Schutzinteressen berührt als die harmonisierten (Bagatellfrage). Vgl. zu dieser Abgrenzung näher *Grundmann*, Binnenmarktkollisionsrecht (oben N. 4) 471–476.

⁴³ Grundlegend in der Bundesgerichtsbarkeit: *Allstate Ins. Co. v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981); *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980); *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985); *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985). Für die besonders einflußreichen Gliedstaaten New York und Kalifornien maßgeblich: *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 (1963); *Tooker v. Lopez*, 24 N.Y.2d 569, 301 N.Y.S.2d 519, 249 N.E.2d 394 (1969); *Neumeier v. Kuehner*, 31 N.Y.2d 121, 335 N.Y.S.2d 64, 286 N.E.2d 454 (1972); *Schultz v. Boy Scouts of America, Inc.*, 65 N.Y.2d 189, 491 N.Y.S.2d 90, 480 N.E.2d 679 (1985) bzw. *Bernkrant v. Fowler*, 55 Cal.2d 588, 12 Cal.Rptr. 266, 360 P.2d 906 (1961); *Bernhard v. Harrah's Club*, 16 Cal.3d 313, 128 Cal.Rptr. 215, 546 P.2d 719 (1976); *Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co.*, 22 Cal.3d 157, 148 Cal.Rptr. 867, 583 P.2d 721 (1978); für die sonstige Verbreitung der Lehre vgl. nur *Kay*, Theory into Practice, Choice of Law in the Courts: *Mercer L.Rev.* 34 (1983) 521; zur Kritik in Europa nur *Kegel*, The crisis of conflict of laws: *Rec. des Cours* 1964-II, 95–268 (bes. 180–207); vgl. auch *Elsing/van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (1999) 352f. und 356f. (sei Mindermeinung).

⁴⁴ Vgl. die vorige Note für Entscheidungsnachweise in Sachen *Babcock v. Jackson* (1963, Ontario-Kanada), *Neumeier* (1972); *Schultz v. Boy Scouts* (1985), *Bernhard v. Harrah's Club* (1976).

⁴⁵ Vgl. nur (für solch einen Wettbewerb) *Winter*, State law, shareholder protection, and the theory of the corporation: *J.Leg.Stud.* 6 (1977) 251–292; danach vor allem *Romano*, Law as a product, Some pieces of the incorporation puzzle: *J.L.Econ. and Org.* 1 (1985) 225–283; und verhalten auch *Bebchuk*, Federalism and the Corporation, The desirable

ginn der Debatte bei Cary und Winter ging es hier stets nur um interstate cases. Fast 20 Jahre lang diskutierte kein einziger Autor die Frage, ob sich dieser Ansatz im internationalen Fall ebenfalls bewähre, bis schließlich Bebchuk die Frage anriß – auf knapp zwei von fast 100 Seiten⁴⁶.

3. Herkunftslandprinzip – »Kollisionsnorm« in der E-Commerce-Richtlinie und Ausnahmen (Art. 3 und Anhang der Richtlinie)

a) Verhältnis zum primärrechtlich angeordneten Herkunftslandprinzip

Aspekte der kollisionsrechtlichen Frage nach der Anwendbarkeit von Rechtsordnungen beantwortet Art. 3 der Richtlinie zweifelsohne – unabhängig davon, wie die Norm einzuordnen sein mag⁴⁷. Hier müssen noch nicht die Konturen diskutiert werden, die Art. 3 dem Herkunftslandprinzip gibt⁴⁸. Offensichtlich ist jedoch, daß der Regelung des Art. 3 in zahlreichen Punkten die Aussagen und Kriterien zugrunde liegen, die der EuGH im Rahmen der Grundfreiheitenprüfung entwickelte, sowohl für nicht harmonisierte als auch für harmonisierte Bereiche⁴⁹. Es stellt sich also stets die Frage, inwieweit das in Art. 3 der Richtlinie Niedergelegte nicht bereits auf Grund primärrechtlicher Anordnung gilt (primärrechtskonforme Auslegung des

limits on state competition in corporate law: Harv.L.Rev. 105 (1992) 1435–1510; auch die vorher vertretene Gegenposition war vor allem von einer sachrechtlichen Sorge erfüllt: *Cary*, Federalism and corporate law, Reflexions upon Delaware: Yale L.J. 83 (1974) 663–705 (er befürchtete als Folge solch eines Wettbewerbs ein »race to the bottom«); jüngst zum Konzept (mit weiteren Nachweisen) *Grundmann*, Wettbewerbs der Regelgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht – jedes Marktsegment hat seine Struktur: ZGR 2001, 783–832 (zitiert: Regelgeber); jetzt *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt (2002).

⁴⁶ *Bebchuk* (vorige Note).

⁴⁷ Vgl. dazu unten IV.1; ausführlich speziell für die E-Commerce-Richtlinie *Mankowski*, Das Herkunftslandprinzip des E-Commerce-Rechts als internationales Privatrecht: EWS 2002, 401–410.

⁴⁸ Dazu unten bei N. 79ff.

⁴⁹ *Ernst* 399; *Spindler*, E-Commerce in Europa 15; wohl auch *Thünken* 18–20; tendenziell anderer Ansicht *Fezer/Koos* 353; außerdem zum Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie *Ahrens*, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, Computer und Recht (CR) 2000, 835–841; *Kur*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie, Chancen und Risiken, in: FS Erdmann (2002) 629–645; *Mankowski*, Herkunftslandprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie: IPRax 2002, 257–266; *Spindler/Fallenböck*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich: ZfRv 2003, 214–230; und Nachweise oben N.*, N. 20 und 47.

Art. 3)⁵⁰, und ob die primärrechtlichen Grundsätze in den Ausnahmehereichen von Art. 3 nicht unberührt bleiben⁵¹.

b) Art. 3 und der Ausnahmekatalog im Anhang der Richtlinie

Hinzuweisen ist nämlich für das Folgende darauf, daß zahlreiche Materien, gerade auch solche, die unten erörtert werden, von einer Anwendung des Art. 3 ausgenommen werden (vgl. Anhang zur Richtlinie). Im einzelnen sind dies: Fragen der unaufgeforderten Werbung, also eines Teilaspekts im Recht gegen unlauteren Wettbewerb (so die deutsche Einordnung); Vertragsrecht, soweit Rechtswahlfreiheit herrscht oder Verbraucherschutznormen eingreifen, d.h. im wesentlichen das gesamte Vertragsrecht mit Ausnahme der diesbezüglichen wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffsnormen (vgl. Artt. 3, 5 und 7 EVÜ); das Urheberrecht und das Recht der gewerblichen Schutzrechte; gewisse Aspekte im Recht des elektronischen Geldes und der Investmentfonds; das Versicherungs-, besonders das Versicherungsvertragsrecht, wo im Gemeinschaftsrecht ein kollisionsrechtliches Sonderregime besteht⁵²; und das Recht der Immobilienverträge. Sieht man ab von den Immobilienverträgen, deren grenzüberschreitende Dimension gering ist, und von den Versicherungsverträgen mit ihrem speziellen binnenmarktkollisionsrechtlichen Regime, handelt es sich bei allen Bereichen um solche, die entweder intensiv harmonisiert sind oder die von den Grundfreiheiten (und damit auch von dem daraus abgeleiteten Herkunftslandprinzip) nicht erfaßt werden. Ersteres ist der Fall: bei der Frage nach unaufgeforderter elektronischer Werbung (vgl. Art. 7 der Richtlinie); beim Verbrauchervertragsrecht, in dem heute praktisch jede deutsche Sachnorm auf einer EG-Richtlinie beruht⁵³; beim Recht der Investmentfonds und auch beim Urheberrecht, vor allem im Bereich Computer und Software, wo außerdem extensiv internationale Vereinheitlichung hinzutritt⁵⁴; und in naher Zukunft auch beim elektronischen Geld⁵⁵.

⁵⁰ Dazu vor allem unten IV.1. Zur primärrechtskonformen Auslegung von Sekundärrecht, etwa der E-Commerce-Richtlinie *Thünken* 19f. (implizit); allgemein *Grundmann/Riesenhuber*, Auslegung von Gemeinschaftsrecht, besonders Schuldvertragsrecht: JuS 2001, 529–536 (532) (mit weiteren Nachweisen).

⁵¹ Dazu vor allem unter IV. 2.

⁵² Festgeschrieben in der sog. zweiten Generation der Versicherungs-Richtlinien, umgesetzt in Artt. 7ff. EGVVG. Vgl. nur *Dörner*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, Kommentar zu den Artikeln 7 bis 15 EGVVG mit Materialien (1997); *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht 4.30 Rz. 15–33 und 4.31 Rz. 13–23.

⁵³ Vgl. oben N. 37.

⁵⁴ Zum ersten Bereich: Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. EG L 375/3; Änderung ABl. EG 1988 L 100/31; 1995 L 168/7; 2000 L 290/27. Zum zweiten Bereich *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht S. 927–936 sowie 5.30–5.38; gleiche Bewertung etwa bei

Letzteres ist der Fall in den Bereichen, in denen Rechtswahlfreiheit herrscht, weil hier der EuGH eine Disziplinierung des Parteiwillens durch EG-Recht zu Recht ablehnt⁵⁶. In einer klassisch kollisionsrechtlichen Perspektive, die vom Sachrecht absieht⁵⁷, geht dieser Aspekt unter, obwohl er rechtspolitisch und -dogmatisch bei Kollisionen im Binnenmarkt zentral ist.

III. Hauptregelungsbereiche im Sachrecht der E-Commerce-Richtlinie

Neben Fragen des sachlichen Anwendungsbereichs (Artt. 1f.)⁵⁸ und des Herkunftslandprinzips, auf das im Folgenden immer wieder zurückzukommen ist (Art. 3), betrifft die Richtlinie vor allem folgende Problemkomplexe: Aus dem Bereich des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb werden die Fragen der Preisnachlässe und Zugaben sowie der unaufgeforderten persönlichen Werbung (in der Telefonwerbung sog. cold calling) geregelt (Artt. 6f.)⁵⁹.

Hoeren, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, Eine erste kritische Analyse: MMR 1999, 192–199 (196).

⁵⁵ Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. 9. 2000 über die Aufnahme, die Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, ABl. EG L 275/39; Richtlinie 2000/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. 9. 2000 zur Änderung der Richtlinie 2000/12/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG L 275/37.

⁵⁶ EuGH 24. 1. 1991 (oben N. 36) I-124 (Gewährleistung); zur Rechtfertigung *Grundmann*, Handelsrecht (oben N. 29) 656–659.

⁵⁷ Klassisch für das deutsche IPR. *Kegel/Schurig* S. 114–127 (»darf daher gerechterweise nicht [...] das sachlich beste [...] angewandt werden. Anzuwenden ist vielmehr das räumlich beste«); auch, obgleich modifizierend *Grundmann*, Qualifikation gegen die Sachnorm (1985) bes. S. 80–92 (zitiert: Qualifikation); *Vrellis*, La justice »matérielle« dans une codification du droit international privé, in: FS Droz (1996) 541–562.

⁵⁸ Die Problematik der Abgrenzung gegenüber funktional nahestehenden Phänomenen, etwa gegenüber Fernsehdauerwerbung und Mailbox-Systemen, wird im folgenden nicht vertieft. Vgl. dazu nur *Holznapel*, Vorfragen zu Rundfunk-, Medien- und Telediensten, in: Handbuch Multimedia-Recht (oben N. 3) Kap. 3.2 Rz. 1–60; zu diesen Parallelproblemen *Dörr/Eckl*, Die Entwicklung des Medienrechts: NJW 1999, 1925–1936 (1926); *Lettl*, Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und E-mail: GRUR 2000, 977–983 (981–983); *Trainer*, Neufassung der EU-Richtlinie »Fernsehen ohne Grenzen« verabschiedet: Medien und Recht 1997, 127–129 (129). Jedenfalls für das im folgenden im Mittelpunkt stehende Herkunftslandprinzip ist die Problematik auch stark abgeschwächt: Im Rahmen der Fernseh-Richtlinie (Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. 10. 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. EG L 298/23; Berichtigung 331/51; Änderung ABl. EG 1997 L 202/60) wurde das Prinzip ebenfalls eingeführt (Art. 2), das erste Mal in der Geschichte der EG-Gesetzgebung.

⁵⁹ Näher dazu etwa *Spindler*, E-Commerce in Europa 13–15; auch *Glöckner*, »Cold Calling« und europäische Richtlinie zum Fernabsatz, Ein trojanisches Pferd im deutschen Lauterkeitsrecht: GRUR Int. 2000, 29–37; BGH 27. 1. 2000, JZ 2001, 101 (mit Anm. *Möllers*).

Im Vertragsrecht wird das Diskriminierungsverbot des Art. 9 erhebliche Bedeutung haben, nach dem elektronische Verträge in der Rechtsgeschäftslehre und hinsichtlich der Wirksamkeitshindernisse nicht schlechter gestellt werden dürfen als sonstige Verträge⁶⁰. Hinzu treten einerseits Informationspflichten, die den Vertragspartner greifbar machen, Beschwerdemöglichkeiten aufzeigen und die Gefahr eines fehlerhaften oder unbewußt geschlossenen Vertrages eindämmen sollen (Aufklärung über die Eingabe, die zum Vertragsabschluß führt, sowie Korrekturmöglichkeiten bei Eingabefehlern, vgl. Artt. 5 und 10)⁶¹. Hinzu treten andererseits Regeln zur Abgabe der Bestellung, insbesondere zum maßgeblichen Zeitpunkt, und zur Pflicht, den Eingang zu bestätigen (Art. 11)⁶². Neben den wettbewerbs- und vertragsrechtlichen Regeln stehen: Normen, die die Haftung von Providern, vor allem die delikts- und strafrechtliche, begrenzen (Routinen zur Aufdeckung und Bekämpfung von unzulässigen Inhalten, ansonsten nur Haftung bei Kenntnis, vgl. Artt. 12–15)⁶³; sowie Normen zur Zulassung (grundsätzliche Zulassungsfreiheit und Europapaß bei gleichzeitiger Unterwerfung unter Verhaltenskodizes, vgl. Artt. 4 und 8)⁶⁴.

In diesen Fragen werden die nationalen Regelungen also (teil-)harmonisiert. Für sie sowie alle unharmonisierten Fragen des elektronischen Geschäftsverkehrs in der Gemeinschaft gilt nach Art. 3 das Herkunftslandprinzip jedenfalls kraft sekundärrechtlicher Anordnung, wobei freilich im Anhang große Bereiche von dieser sekundärrechtlichen Anordnung ausgenommen werden.

⁶⁰ Näher dazu etwa *Glatt*, Vertragsschluß im Internet, Die Artikel 9 bis 11 der E-Commerce-Richtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht: ZUM 2001, 390–397 (bes. 391); *Spindler*, E-Commerce in Europa 10–12.

⁶¹ Näher zu Art. 5 (Angaben zur Person des Vertragsschließenden, Beschwerdemöglichkeiten) etwa *Maennel*, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen, Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission: MMR 1999, 187–192 (191); *Spindler*, E-Commerce in Europa 15. Näher zu Art. 10 (zu den sonstigen vertragsschlußbezogenen Informationen) etwa *Gierschmann*, Die E-Commerce-Richtlinie: DB 2000, 1315–1319 (1318); *Glatt* (vorige Note) 391f.

⁶² Näher dazu etwa *Gierschmann* (vorige Note) 1318; *Glatt* (oben N. 60) 392–396; *Lehmann*, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa: EuZW 2000, 517–521 (519); *Spindler*, E-Commerce in Europa 11f.

⁶³ Näher dazu etwa *Lehmann* (vorige Note) 519f.; *Lohse*, Inhaltsverantwortung im Internet und E-Commerce-Richtlinie: DStR 2000, 1874–1879; *Spindler*, E-Commerce in Europa 16–21; *ders.*, Verantwortlichkeit 199–207; rechtsvergleichend *Sieber*, Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich: ZUM 1999, 196–213.

⁶⁴ Näher dazu etwa *Spindler*, E-Commerce in Europa 16.

IV. Kollisionsrechtliche Hauptprobleme der E-Commerce-Richtlinie

1. Internationales Wettbewerbsrecht und Herkunftslandprinzip (Art. 3 der Richtlinie)

a) Überblick zum Sachrecht

Betroffen sind im Beispielfall⁶⁵ vor allem Fragen der vergleichenden Werbung, für die ein Harmonisierungsakt erging⁶⁶; der Ausbeutung fremder Leistung in Form von Rufausbeutung und von Nutzung fremder Kommunikationswege⁶⁷; und der unaufgeforderten elektronischen Werbung.

Die unaufgeforderte Werbung wurde sachrechtlich in Art. 7 der E-Commerce-Richtlinie speziell geregelt, vorher jedoch schon in Art. 10 der Fernabsatz-Richtlinie⁶⁸. Letzterer bleibt unberührt (11. Erwägungsgrund der E-Commerce-Richtlinie) und greift regelmäßig weiter ein. Nach Art. 10 der Fernabsatz-Richtlinie ist die unaufgeforderte Zusendung allein im Falle von Fax- und Voice-Mail-Geräten untersagt, d.h. die Zusendung wird in diesen beiden Fällen unter Zustimmungsvorbehalt gestellt (opt-in). In allen anderen Fällen ist sie zulässig, wenn der Empfänger nicht widersprach (opt-out), wobei es genügt, daß der Widerspruch des Adressaten offensichtlich ist. Für Letzteres wird in der E-Commerce-Richtlinie eine Operationalisierung in Form von sog. Robinson-Listen angeboten, in die sich Verbraucher eintragen können, die keine solche Werbung wünschen. Der Widerspruch ist dann für Anbieter »offensichtlich«. Dennoch bleibt es den nationalen Rechten

⁶⁵ Vgl. oben bei N. 5.

⁶⁶ Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. 9. 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG L 250/17; Änderung ABl. EG 1997 L 290/18: Regelung auch der vergleichenden Werbung, nunmehr in Art. 3a, nach dem diese jedenfalls für zulässig zu erklären ist, wenn sie, ohne irreführend, Leistungen für den gleichen Bedarf zum Gegenstand hat, objektiv relevante u.ä. Eigenschaften vergleicht, nicht Verwechslungen Vorschub leistet und nicht verunglimpft bzw. den Ruf einer fremden Marke etc. ausnutzt.

⁶⁷ In Deutschland erfaßt von § 1 UWG; etwa *Wiebe*, »Deep Links«, Neue Kommunikationsformen im Wettbewerb aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OLG Celle v. 12. 5. 1999: WRP 1999, 734–740 (bes. 736–738); *Menke*, Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags, Ein Fall für das Kennzeichen- und/oder das Wettbewerbsrecht: ebd. 982–990 (987–990); *Körner/Lehment*, Werberecht, in: Handbuch Multimedia-Recht (oben N. 3) Kap. 11.1 Rz. 84–106. So würden Suchmaschinen bei Angabe des Suchworts Viagra nunmehr auch zur Werbung von Miura führen.

⁶⁸ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG L 144/19; ergänzend Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 über Verbraucherverträge über Finanzdienstleistungen im Fernabsatz und zur Änderung der Richtlinien 90/619/EWG und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. EG L 271/16.

weiter gestattet, für den elektronischen Geschäftsverkehr auch eine opt-in-Lösung vorzusehen, also die Zusendung von Werbung in E-mails zu untersagen, wenn nicht der Empfänger ausdrücklich zustimmte⁶⁹.

b) Klassisches Kollisionsrecht

Nach klassischem Kollisionsrecht findet das Recht gegen unlauteren Wettbewerb des Marktes Anwendung, auf dem die Wettbewerber aufeinandertreffen. In jüngeren IPR-Gesetzen wird dieser Anknüpfungspunkt teils kodifiziert, etwa in § 48 II des österreichischen IPR-Gesetzes⁷⁰. In Deutschland wurde die Regel zunächst für den Wettbewerb von Unternehmen mit Auslandsitz auf deutschen Märkten entwickelt⁷¹, dann aber verallgemeinert und auch auf Unternehmen mit Sitz in Deutschland bezogen, etwa bei deren Wettbewerbshandeln im Ausland⁷². Für Deutschland setzte sich damit die Idee durch, daß Marktordnungsrecht (ausschließlich) an den betroffenen Markt anzuknüpfen sei⁷³. Abgegangen wurde damit von einer deliktischen Qualifikation und Anknüpfung.

Nach autonomem Kollisionsrecht käme das Recht der umworbenen Märkte zur Anwendung, nicht etwa der Handlungsort, der in Spanien liegt⁷⁴. Als umworbene Märkte wären bei der unaufgeforderten Zusendung (E-mail) allein diejenigen zu verstehen, in die die Werbung versandt wurde, also der

⁶⁹ *Boehme-Neßler* (oben N. 7) 155; *Fuchs*, Zwingendes Verbraucherschutzrecht, in: *Vertragsrecht der Internetprovider*, hrsg. von *Spindler* (2000) 97–160 (158f.); *Hoeren* (oben N. 54) 197f.; *Spindler*, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie: ZUM 1999, 775–795 (792f.); anderer Ansicht *Ziem*, Spamming – Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf: MMR 2000, 129–135 (134).

⁷⁰ v. *Schwind*, Internationales Privatrecht, Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis (1990) 234f.; *Schwimmann*, Das Deliktsstatut des § 48 Abs. 1 IPR-Gesetz: ÖJZ 1981, 477–482 (478). Von den sonstigen im Beispielfall mit angesprochenen Rechten wählt auch das spanische diesen Anknüpfungspunkt und auch das schweizerische (deutscher Sprachraum!); vgl. *Fernandez Rozas/Sanchez Lorenzo*, Curso de Derecho internacional privado² (1993) 493; *Rodríguez Mateos*, Competencia desleal, in: *Derecho del comercio internacional*, hrsg. von *Fernandez Rozas* (1996) 169–189; bzw. Art. 136 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht. Fraglich ist die Anknüpfung in Großbritannien, wo unlauterer Wettbewerb deliktisch qualifiziert wird; vgl. *Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller*, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*² (1995) 335.

⁷¹ BGH 30. 6. 1961, BGHZ 35, 329 (333f.) = NJW 1962, 37 (38f.) (»Kindersaugflaschen«).

⁷² BGH 20. 12. 1963, BGHZ 40, 391 (396f.) = NJW 1964, 969 (971) (»Stahlexport«); 26. 11. 1997, BGH GRUR 1998, 419 (420) (»Gewinnspiel im Ausland«); *Dethloff*, Marketing im Internet und internationales Wettbewerbsrecht: NJW 1998, 1596–1603 (1599).

⁷³ Näher dazu unten e).

⁷⁴ Wie immer der Handlungsort zu definieren ist, jedenfalls liegt er in Spanien, wenn dort die Eingaben erfolgten, der Server steht und auch im Text (allein) auf eine dort ansässige Person verwiesen wird. Zum Anknüpfungspunkt näher unten 3 b).

deutsche und der österreichische⁷⁵. Die rechtliche Behandlung der unaufgeforderten Zusendung von Werbematerial zählt nach dem Gesagten auch innerhalb der Gemeinschaft zu den wenig gesicherten Fragen.

Zudem verstößt die unaufgeforderte Werbung für Potenzmittel möglicherweise gegen das Persönlichkeitsrecht des Adressaten. Insoweit dürfte, da die Sendung an den Arbeitsplatz erfolgt, eine internationaldeliktsrechtliche Anknüpfung jeweils zu demselben Recht führen wie die Marktanknüpfung; neben das Recht am Erfolgsort tritt freilich das am Handlungsort (zu all dem unten 3.).

Bei den Fragen, die sich allein aus der Verfügbarkeit der Werbung im Internet ergeben, kämen zumindest diejenigen Märkte hinzu, in denen die Werbung Verbraucher typischerweise tatsächlich erreicht und anspricht. Insoweit ist die Sprache bedeutsam⁷⁶, so daß jedenfalls auch auf schweizerisches Recht verwiesen wäre, eventuell auch auf luxemburgisches und vielleicht noch auf niederländisches. Nach der herrschenden, weitergehenden Auffassung findet das Recht aller Märkte Anwendung, aus denen der Anbieter Bestellungen nicht ausdrücklich untersagt und unberücksichtigt läßt⁷⁷. Ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht des Adressaten ist bei der bloßen Bereitstellung im Internet nicht denkbar.

c) Binnenmarktkollisionsrecht (Herkunftslandprinzip)

Artikel 3 der Richtlinie ordnet das Herkunftslandprinzip sekundärrechtlich an⁷⁸, umschreibt es jedoch mit den zwei aus der Grundfreiheitsdogma-

⁷⁵ *Dethloff* (oben N. 72) 1601; *Mankowski*, Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht: GRUR Int. 1999, 995–1003 (1001).

⁷⁶ *Hoeren*, Grundzüge des Internetrechts – E-Commerce, Domains, Urheberrecht (2001) 37; ausführlich zum Problem der Gezieltheit des Angebots *Dethloff*, Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs: JZ 2000, 179–185 (181–185).

⁷⁷ *Löffler*, Werbung im Cyberspace, Eine kollisionsrechtliche Betrachtung: WRP 2001, 379–384 (383f.); *Mankowski*, E-Commerce 25f.

⁷⁸ Vorher bereits, freilich nur für das Vertikalverhältnis Bürger/Staat, die Fernsichtlinie, vgl. oben N. 58. Für das Horizontalverhältnis – zwischen Privatrechtssubjekten – las *Wölf*, Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt – Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte: WM 1990, 1941–1952 (1943–1952) ein sehr weitgehendes Herkunftslandprinzip in Art. 18 II der 2. Bankrechts-Richtlinie hinein (Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, ABl. EG L 386/1; Änderung ABl. EG 1992 L 110/52; jetzt Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG 2000 L 126/1); dagegen jedoch die überwiegende Meinung, etwa *Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung: AcP 192 (1992) 71–107 (100–102); *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, Das Privatrecht in der europäischen Integration: NJW 1993, 13–23 (18).

tik bekannten Grundregeln: Anbieter dürfen auch im grenzüberschreitenden Verkehr nach ihrem Herkunftslandrecht handeln. Ein Gastland darf ihnen unter Umständen jedoch seine eigenen Schutznormen entgegenhalten, genauer: Es darf behindernde, d.h. den Grenzübertritt nennenswert verteuern-⁷⁹ (international) zwingende Normen dem Anbieter aus dem EG-Ausland nur entgegenhalten, wenn es dafür zwingende Gründe des Allgemeininteresses anführen kann. Aus der Grundfreiheitendogmatik ergibt sich auch für Art. 3 der Richtlinie, daß solche Gründe, wenn die nationale Norm nicht zusätzlich diskriminierend wirkt, zwar nicht in den Kanon der geschriebenen Gründe fallen müssen, wie ihn die Schutzklauseln enthalten (etwa des Art. 34 EG; vgl. Art. 3 IV 4 lit a ii] der Richtlinie). Sie müssen aber durchaus vergleichbares Gewicht haben wie diese⁸⁰, und solche Gründe scheiden in verschiedenen Konstellationen aus: Es fehlt an zwingenden Gründen des Allgemeininteresses im Gastland, soweit eine Regel im Herkunftsland die fraglichen Schutzinteressen gleichwertig (nicht notwendig buchstabengetreu gleich) bedient⁸¹, außerdem, soweit zwingende Verbote oder Gebote aufgestellt werden, die zu schützende Partei jedoch schon durch bloße Aufklärung genügend abgesichert werden könnte⁸², und, soweit die Schutznorm im Gastland nicht lückenlos (konsistent) angewandt wird⁸³. All dies sind Ausprägungen eines allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit seinen Anforderungen an Geeignetheit und Erforderlichkeit sowie dem Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeit im engen Sinne)⁸⁴. Gewisse Zweifel ergeben

⁷⁹ Zu dieser Gleichsetzung: EuGH 13. 11. 1986 – verb. Rs. 80 und 159/85 (*Nederlandse Bakkerij Stichting ./ Edah BV*), Slg. 1986, 3359 (3380); *Grabitz/Hilff(-Leible)*, Das Recht der Europäischen Union, I: EUV/EGV (Stand: 19. Lfg. 2/2002) Art. 28 EG Rz. 16, vgl. auch Art. 30 EGV Rz. 21 (jeder »nachteilige Einfluß«) (zitiert: *Grabitz/Hilff(-Bearb.)*).

⁸⁰ Tendenzial v. d. *Groeben/Thiesing/Ehlermann(-Müller-Graff)*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵ I (1997) Art. 30 EGV Rz. 231; sowie EuGH 19. 2. 1981 – Rs. 130/80 (*Kelderman*), Slg. 1981, 527 (535f.).

⁸¹ EuGH 20. 2. 1979 – Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649 (664) (im Grundsatz); 22. 6. 1982, Rs. 220/81 (*Robertson*), Slg. 1982, 2349 (2361f.); 11. 5. 1989 – Rs. 25/88 (*Wurmser, Bouchara und Firma Norlaine*), Slg. 1989, 1105 (1127f.); 27. 6. 1996 – Rs. 293/94 (*Brandsma*), Slg. 1996, I-3159 (I-3175–3177); 17. 7. 1997 – Rs. C-97/95 (*Pascoal*), Slg. 1997, I-4209 (I-4255–4258); *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR – unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Produkthaftungsrechts und des Internationalen Vertragsrechts (1997) 60f.

⁸² Dieses Primat der Informationsregeln vor inhaltlichen Ver- und Geboten statuierte für die Verkehrsfreiheiten: EuGH 20. 2. 1979, 664; 22. 6. 1982, 2361f. (beide vorige Note); 11. 7. 1984 – Rs. 51/83 (*Kommission / Italien*), Slg. 1984, 2793 (2805f.). Entsprechend für die Niederlassungsfreiheit: EuGH 9. 3. 1999 (oben N. 39) I-1495. Ausführlich zu den verschiedenen Aspekten die verschiedenen Beiträge in: *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, hrsg. von *Grundmann/Kerber/Weatherill* (2001).

⁸³ Besonders deutlich EuGH 9. 3. 1999 (oben N. 39) I-1495; vorher etwa EuGH 18. 5. 1982 – verb. Rs. 115 u. 116/81 (*Adoni*), Slg. 1982, 1665 (1708); 12. 3. 1987 – Rs. 178/84 (*Reinheitsgebot Bier*), Slg. 1987, 1227 (1275).

⁸⁴ Vgl. 5 III EG. Verhältnismäßigkeit bei der Berufung auf zwingende Gründe des All-

sich aus Art. 3 IV lit. a i) der Richtlinie in einem Punkt: In der Grundfreiheitsdogmatik wird angenommen, daß der Kreis der zwingenden Gründe grundsätzlich offen ist, wenn die nationale Maßnahme nicht offen oder gezielt diskriminierend ist⁸⁵. Der genannte Buchstabe liest sich anders. Offensichtlich ist jedoch das Ziel, Verbraucherschutz so offen zu verstehen, daß jedenfalls das Recht gegen unlauteren Wettbewerb darunterfällt⁸⁶. Denn andernfalls fände der Schutzmechanismus des Art. 3 IV-VI der Richtlinie keine Anwendung auf den Hauptfall, in dem die Richtlinie das Herkunftslandprinzip sekundärrechtlich anordnet, das Recht gegen unlauteren Wettbewerb.

Das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 gilt für alle Regeln im »koordinierten Bereich«. Dies sind alle Regeln, die auf den elektronischen Geschäftsverkehr Anwendung finden, nicht nur solche, die auf diesen speziell zugeschnitten sind, also auch etwa solche des allgemeinen Vertragsrechts (vgl. Art. 2 lit. h der Richtlinie). Angesichts dieses umfassenden Anwendungsbereichs, der ähnlich auch dem primärrechtlich hergeleiteten Herkunftslandprinzip eigen ist, besteht nur ein wirklich bedeutsamer Unterschied zwischen primärrechtlicher und sekundärrechtlicher Anordnung des Herkunftslandprinzips⁸⁷: Soweit es nach Art. 3 Anwendung findet, muß das Gastland ein (Vor-)Verfahren bei der Kommission anstrengen, wenn es zwingende Regeln dem fremden Anbieter entgegenhalten will. Vor der Überprüfung durch den EuGH (im Prozeß) steht hier also diejenige durch die Kommission, die auch nicht vom Anbieter, sondern vom Gastland anzustrengen ist (veränderte Initiativlast).

gemeininteresses fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, vor allem EuGH 20.2. 1979, 664; 22.6. 1982, 2361f. (beide oben N.81); 12.3. 1987 (vorige Note) 1274; 11.5. 1989 (oben N.81) 1128f.; 13.5. 1997 – Rs. C-233/94 (*Deutschland ./.* *Europäisches Parlament und Rat*), Slg. 1997, I-2405 (I-2459–2462); 17.7. 1997 (oben N.81) I-4255–4258; zum Prinzip vgl. etwa *De Búrca*, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*: Yb.Eur.L. 13 (1993) 105–150 (bes. 114–126); *Emiliou*, *The Principle of Proportionality in European Law, A comparative study* (1996).

⁸⁵ EuGH 20.2. 1979 (oben N.81) 662 (»insbesondere«); 15.12. 1982 – Rs. 286/81 (*Oosthoek*), Slg. 1982, 4575 (4587); 25.7. 1991 – Rs. C-288/89 (*Stichting Gouda*), Slg. 1991, I-4007 (I-4041); *Dausges(-Dausges)*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts I* (Loseblattsrg.; Stand: Liefg. 5 2001, jetzt 3 2002) C I Rz. 110; *Grabitz/Hilf(-Leible)* (oben N.79) Art. 28 EG Rz. 19 (Fallgruppen Rz. 32–42); monographisch *Ahlfeld*, *Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV – Anwendungsbereiche, einzelstaatliche Regelungsspielräume, Quellen* (1997); auch *Weyer*, *Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, Eine Analyse des Anwendungsbereiches der Art. 30–36 EG-Vertrag auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH* (1997) 213–346; und jüngst *Millarg*, *Die Schranken des freien Warenverkehrs in der EG, Systematik und Zusammenwirken von Cassis-Rechtsprechung und Art. 30 EG-Vertrag* (2001) bes. 163–282.

⁸⁶ Wohl ebenso *Ernst* 400. Für eine Zusammenführung beider Bereiche jetzt das »Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union« vom 2.10. 2001, KOM(2001) 531 endg., bes. S. 13f.

⁸⁷ Vgl. die Nachweise oben N. 49.

Artikel 3 und die Ausnahmereiche, die im Anhang aufgeführt sind, lassen sich dahin verstehen, daß das Herkunftslandprinzip sekundärrechtlich im elektronischen Geschäftsverkehr zuvörderst für das Wettbewerbsrecht angeordnet wird. Denn die anderen beiden sachrechtlichen Hauptbereiche, in denen der elektronische Geschäftsverkehr Probleme aufwirft, das Vertragsrecht und das Recht des geistigen Eigentums, fallen nach dem Gesagten weitestgehend in den Ausnahmekatalog im Anhang.

Die Gründe dafür, ein Herkunftslandprinzip vor allem für das Recht gegen unlauteren Wettbewerb sekundärrechtlich anzuordnen, liegen auf der Hand. Die Richtlinie wurde federführend von der Generaldirektion Binnenmarkt erarbeitet, zugleich jedoch unter dem Druck des Subsidiaritätsprinzips und im Ringen mit Generaldirektionen, die Schutzinteressen eines Gastlandes weniger bereitwillig gegenüber dem Interesse an integrationsfreundlichen Lösungen zurückstellen. War es daher angezeigt, das Herkunftslandprinzip primär nur für ein Gebiet anzuordnen, so konnte die Wahl nur auf das Wettbewerbsrecht (Recht gegen unlauteren Wettbewerb) fallen, dies aus drei Gründen. Für das Wettbewerbsrecht hatte der EuGH, erstens, in der *Keck*-Rechtsprechung eine Grundfreiheitenüberprüfung der nationalen Normen des Gastlandes erheblich zurückgenommen und damit das Herkunftslandprinzip geschwächt. Dies ging so weit, daß teils von einer weitgehenden Kontrollfreiheit des Wettbewerbsrechts des Gastlandes ausgegangen wurde⁸⁸. Umgekehrt ist, zweitens, dieses Gebiet relativ schwach harmonisiert, wohl am schwächsten von allen international zwingenden Statuten im (elektronischen) Geschäftsverkehr. Das (weitgehend nicht unter Rechtfertigungsdruck stehende) Gastlandrecht wich also häufig erheblich vom Herkunftslandrecht ab. Dies wog vor allem deswegen schwer, weil mit Deutschland der größte Mitgliedstaat im Recht gegen unlauteren Wettbewerb einen besonders hohen Schutzstandard hat(te)⁸⁹. Manche Autoren hätten sich daher anlässlich der

⁸⁸ Dieses Verständnis etwa bei *Thünken* 18; tendenziell auch *Wilde* §6: Internationales Wettbewerbsrecht, in: Handbuch des Wettbewerbsrechts, hrsg. von *Gloy* (1997) Rz. 64 (mit weiteren Nachweisen); sowie (mit Kritik an der Aufspaltung E-Commerce-Wettbewerbsrecht/sonstiges Wettbewerbsrecht) *Fezer/Koos* 353. Zu den Entscheidungen vgl. die Nachweise oben N. 37.

⁸⁹ Besonders streng war das Recht der Rabatte und Zugaben, jedoch auch das Irreführungsverbot, weil der Maßstab des flüchtigen (leicht in die Irre zu führenden), nicht der des mündigen Verbrauchers angelegt wurde. Vieles hat sich hier heute geändert, vgl. *Karenfort/Weißgerber*, Lauterkeit des Wirtschaftsverkehrs in Gefahr?, Die Konsequenzen der E-Commerce-Richtlinie für RabattG und ZugabeVO: MMR-Beil. 7/2000, 38–42; *Heermann*, Rabattgesetz und Zugabeverordnung ade!, Was ist nun alles erlaubt?, Was ist nun verboten?: WRP 2001, 855–866; *Henning-Bodewig*, E-Commerce und irreführende Werbung, Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht: ebd. 771–777; und zur weitgehenden Übernahme des Leitbildes des mündigen Verbrauchers in der neueren BGH-Rechtsprechung *Köhler/Piper*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Preisangabeverordnung² (2001) § 3 Rz. 50–56.

Regelung des elektronischen Geschäftsverkehrs eine viel weitergehende Harmonisierung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb gewünscht⁹⁰. Immerhin sind wichtige Punkte geregelt, vor allem die Trennung von Inhalt und Werbung und auch die unaufgeforderte Werbung, und ist für die anderen Fragen wieder ein Rechtfertigungs- und damit auch Anpassungsdruck für die nationalen Wettbewerbsrechte aufgebaut. Die von der *Keck*-Rechtsprechung vom Rechtfertigungsdruck befreite, tatsächlich vorhandene Verschiedenheit (vor allem im größten Mitgliedstaat) wog, drittens, deswegen praktisch besonders schwer, weil Wettbewerbsrecht durch Konkurrenten durchgesetzt wird. Ein Konkurrent ist bei der Durchsetzung zwingender Gastlandstandards tendenziell ein aktiverer »privater Staatsanwalt« (private attorney general) als ein Verbraucher (was die Klagerechte von Verbraucherverbänden rechtfertigt). Zusammenfassend kann also die Fokussierung auf das Recht gegen unlauteren Wettbewerb damit erklärt werden, daß es sich hier um die festeste, weil weitgehend überprüfungsfreie Bastion des nationalen Rechts handelte, in der stark divergierende, teils vermarktungsfeindliche Regeln festgeschrieben waren, die auch noch von aktiven privaten Staatsanwälten durchgesetzt wurden.

Nicht ganz geklärt ist, wie der Verweis auf das Recht des Herkunftslandes zu verstehen ist. Als Ausgangspunkt steht jedoch fest, daß im elektronischen Geschäftsverkehr auf ein verlässliches Kriterium zurückgegriffen werden sollte und dies die Richtlinie daher auch tut. Es entscheidet der Geschäftssitz des Anbieters, nicht etwa der zufällige Eingabeort oder auch der Standort des Servers⁹¹. Andernfalls wären auch die Angabepflichten zum Geschäftssitz (Art. 5 der Richtlinie) weitgehend ihrer Bedeutung beraubt. Fraglich ist dann jedoch der Umfang des Verweises. Vor allem drei Meinungen stehen im Raum: Spindler verstand den Verweis zunächst als einen auf das herkömmliche Kollisionsrecht des Herkunftslandes (Gesamt- oder Kollisionsnormverweisung)⁹². Nach meiner persönlichen Erfahrung ist der Unterschied zwischen Gesamtverweisung und Sachnormverweisung der in der EG-Kommission damit befaßten Abteilung nicht bewußt. Dies spricht bereits gegen die

⁹⁰ *Fezer/Koos* 349 und 354; *Hoeren* (oben N.54) 195; eine größere Harmonisierungsdichte ist nach dem »Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union« (oben N.86) bes. 15 denkbar. vgl. auch schon *EG-Kommission*, Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr, KOM(97)157, 23.

⁹¹ Vgl. Art. 3 I der Richtlinie. Ebenso *Ernst* 399; *Maennel* (oben N.61) 189; *Spindler*, Verantwortlichkeit 206; *Thünken* 17; *Wägenbaur*, Europäische Regeln im Internet, Die Richtlinien zum E-Commerce: ZRPoL. 2001, 237–239 (238).

⁹² *Spindler*, E-Commerce in Europa 9f.; für das Zivilrecht auch *Lurger*, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce unter Einschluss des Verbraucherrechts und des Kollisionsrechts: Die Versicherungsrundschau 2001, 14–24 (23); eine Zwischenmeinung bei *Fezer/Koos* 352–354 (Verweis auf Marktort, dessen Sachrecht jedoch bei Behinderungswirkung vom Herkunftslandrecht verdrängt wird). Für vereinheitlichtes Kollisionsrecht ist die Zulassung des *Renvoi* äußerst ungewöhnlich; vgl. Nachweise unten N.162.

Richtigkeit dieser Auffassung. Zudem würde sich mit ihr im Regelfall der Verweis auf das Herkunftsland in sein Gegenteil verkehren: Die meisten nationalen Kollisionsrechte verweisen nach dem Gesagten in ihrem herkömmlichen Kollisionsrecht auf das Gastlandrecht als das Recht des betroffenen Marktes. Dies war aber offensichtlich nicht gewollt. Vor allem W.-H. Roth versteht das Herkunftslandprinzip im Sinne eines Günstigkeitsprinzips⁹³. Transponiert auf Art. 3 würde dies bedeuten, daß sich der Anbieter auf sein Herkunftslandrecht berufen kann, jedoch nicht muß. Vielmehr kann er sich auch den Gastlandregeln unterwerfen und damit aus denen des Herkunftslandes herausoptieren. Wenn das Herkunftslandprinzip einen Wettbewerb der Standards stärkt, spricht von der Wettbewerbstheorie her manches für diese Auffassung oder gar eine noch weitergehende Wahlfreiheit⁹⁴. Die Richtliniengeber wollten jedoch wohl allein einen Verweis auf das Sachrecht des Herkunftslandes⁹⁵.

d) Ausnahmehbereich unaufgeforderte Werbung

Auch Regeln zur unaufgeforderten Werbung werden in Deutschland als Teil des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb verstanden⁹⁶. Sie können aber auch vertragsrechtlich qualifiziert werden⁹⁷. Eine naheliegende Lösung für ein (häufiger auftretendes) Qualifikationsproblem besteht darin, den Anknüpfungspunkt in dieser Frage speziell festzulegen (vgl. etwa Art. 17 III EGBGB für die früher umstrittene Frage der Qualifikation des Versorgungsausgleichs). In diesem Sinne ist die Auflistung der unaufgeforderten Werbung in Art. 3 und im Anhang der Richtlinie zu verstehen. Fehlt es an der Festlegung, ist der Begriff des Wettbewerbsrechts – wie alle in der Richtlinie verwandten – autonom europäisch auszulegen⁹⁸.

⁹³ W.-H. Roth, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht: RabelsZ 55 (1991) 623–673 (645–662); auch v. Hein, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht (1999) 423–433; so speziell auch für Art. 3 der Richtlinie erwogen bei Mankowski, Internet 913.

⁹⁴ Kerber, Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht, in: Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts – Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schuldvertragsrecht, hrsg. von Grundmann (2000) 67–97 (88–96); dazu kritisch aus Sicht der europarechtlichen Dogmatik Koenig/Braun/Capito, Europäischer Systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen?: EWS 1999, 401–409.

⁹⁵ So auch Dethloff (oben N. 76) 181; Mankowski, Internet 913; und heute Spindler, Kapitalmarktgeschäfte (oben N. 3) 401.

⁹⁶ BGH 8. 6. 1989, JZ 1989, 858; 16. 12. 1993, GRUR 1994, 380; 27. 1. 2000 (oben N. 59) 101; Scherer, »Cold Calling« in der Europäischen Rechtsvereinheitlichung: WRP 2001, 1255–1260 (1256).

⁹⁷ Köhler/Arndt, Recht des Internet (2000) 143.

⁹⁸ Vgl. zu diesem Grundsatz zuletzt wieder Grundmann/Riesenhuber (oben N. 50) 529f., 533 (mit weiteren Nachweisen).

Da die unaufgeforderte Werbung zu den Vertriebsmodalitäten zählt, die in der *Keck*-Rechtsprechung weitgehend von einer Grundfreiheitenüberprüfung freigestellt sind, und der Richtliniengeber auch sekundärrechtlich die Zugriffsmöglichkeit des Gastlandes nicht einschränken wollte, wird insoweit das klassische Kollisionsrecht nicht oder kaum überlagert. Das Recht des betroffenen Marktes kann auch bei Binnenmarkttransaktionen durchgesetzt werden. Das Gemeinschaftsrecht setzt sogar umgekehrt einem Anspruch des Herkunftslandes, diese Frage regeln zu wollen, enge Grenzen: Das Herkunftsland muß zwingende Gründe des Allgemeininteresses dartun, wenn es diese Frage auch für das Angebot seiner Unternehmen in fremden Märkten regeln will⁹⁹.

e) Idee des Unterschieds zwischen klassischem und Binnenmarktkollisionsrecht

Der Schritt von einer deliktsrechtlichen Qualifikation des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb zu einer marktrechtlichen Anknüpfung im klassischen Kollisionsrecht war ein wichtiger. Nur bei ausschließlicher Anknüpfung an den Markt kann der jeweils betroffene Staat seine Marktregulierung uneingeschränkt durchsetzen. Eine Anknüpfung auch an den Handlungsort führt potentiell dazu, daß Marktregeln, die mehr auf Eigenschutz setzen, unterlaufen werden können; Wirtschaftspolitik könnte jeder Staat zwar dahingehend machen, daß die Schutzregeln seines Marktes beachtet werden (Anknüpfung auch an den Erfolgsort), nicht hingegen dahingehend, daß für die Transaktionen auf seinem Markt einheitlich besonders liberale Grundsätze gelten sollen (Anknüpfung auch an ein strengeres Handlungsortsrecht)¹⁰⁰.

Die Marktanknüpfung führt freilich dazu, daß für das Recht gegen unlauteren Wettbewerb nicht Verhältnisse wie in einem einzigen (europäischen) Markt herrschen. Anbieter müssen für jeden nationalen Markt eigene Zu-

⁹⁹ EuGH 10.5.1995 (oben N.36) I-1176–1178. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses wurden nur angesichts der besonderen Vertrauensanfälligkeit der fraglichen Branche (dort Kreditwesen) angenommen.

¹⁰⁰ Vgl. v. *Schwind* (oben N.70) 234f.; *Lindacher*, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs: WRP 1996, 645–652 (647); auch *Thünken* 17; sowie für das Kapitalmarktrecht *Grundmann*, Deutsches Anlegerschutzrecht in internationalen Sachverhaltsgestaltungen, Vom internationalen Schuld- und Gesellschaftsrecht zum internationalen Marktrecht: RabelsZ 54 (1990) 283–322 (bes. 305–308) (zitiert: Anlegerschutzrecht); und inzwischen die ganz überwiegende Meinung, vgl. etwa *Kiel*, Internationales Kapitalanlegerschutzrecht, Zum Anwendungsbereich kapitalanlegerschützender Normen im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht (1994) 203f., 264–268, 290f., 310; *Hopt*, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen (1991) 121, 123–125; *AktG(-Assmann)*, Großkommentar⁴, Liefg. 1 (1992) Einl. Rz.703, 705–711; komplex *Zimmer* (oben N.41) 50–74; anderer Ansicht *Ebenroth/Wilken*, Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht – Teil2: JZ 1991, 1061–1070 (1070).

schnitte wählen. Skalen- oder Verbundvorteile sind in geringerem Maß möglich, Kosten können weniger amortisiert werden. Dies mag für Produktregeln noch schwerer wiegen. Jedoch auch für Vertriebsmodalitäten, etwa die Regeln über die unaufgeforderte Werbung oder die Schranken zulässiger, etwa vergleichender Werbung, kann dies erhebliches Gewicht haben. Gerade für kleinere Unternehmen mit beschränkten Werbeetats mag die Unzulässigkeit von unaufgeforderter (extrem kostengünstiger) E-mail-Werbung einen bestimmten Markt in einem anderen Mitgliedstaat de facto versperren, da die dort abgesetzten Volumina sonstige Werbung nicht rechtfertigen. Bei Anwendung eines Herkunftslandprinzips ändert sich dies. Dies ist der klassische Integrationsansatz, in dem das Herkunftslandprinzip als Instrument für die Senkung von Kosten beim Grenzübertritt gesehen wird. Umgekehrt wurde gegen die damit verbundene Anwendung verschiedener Standards in einem Markt angeführt, so werde der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern, inländischen und ausländischen, verzerrt¹⁰¹. Hinzu tritt das Bedenken, Verbraucher würden einer Vielzahl von Rechten ausgesetzt, die sie nicht kennen – ein Bedenken, das freilich im Recht gegen unlauteren Wettbewerb nicht im Vordergrund steht¹⁰². Auch der Gesichtspunkt der Wettbewerbsverzerrung wird heute differenziert gesehen. Erst durch Zulassung von Angeboten nach verschiedenen Rechten im gleichen Markt wird der direkte Wettbewerb zwischen diesen und damit auch zwischen den verschiedenen rechtlichen Ansätzen ermöglicht¹⁰³. Der Aspekt hat freilich bei den Produktregeln wohl wieder größeres Gewicht als bei den Vertriebsmodalitäten. Der naheliegende weitere Schritt könnte dahin führen, daß jeder Anbieter nach dem nationalen Wettbewerbsrecht agieren darf, das er wählt, wenn er die Wahl seines »Herkunftsland- oder Geschäftsrechts« nur deutlich ausweist¹⁰⁴.

¹⁰¹ Aus jüngster Zeit noch etwa *Schwartz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis (1999) 7, 19–22; speziell im Zusammenhang mit der E-Commerce-Richtlinie *Fezer/Koos* 351; *Fritze/Holzbach*, Die Electronic-Commerce-Richtlinie, Ende oder Chance für das Deutsche Wettbewerbsrecht: WRP 2000, 872–876 (874f.); *Lehmann*, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz, Der Richtlinienentwurf der EU-Kommission: ZUM 1999, 180–184 (181); *Mankowski*, Herkunftslandprinzip (oben N. 20) 159; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht: MMR 2000, 59–65 (62f.).

¹⁰² Dieses wird primär als ein Schutzrecht für Konkurrenten gesehen. Zum genannten Bedenken daher näher unten 2 c).

¹⁰³ Nachweise zur reichen Literatur hierzu etwa bei *Kerber* (oben N. 94) und *Grundmann*, Regelgeber (oben N. 45) 783ff..

¹⁰⁴ Vgl. die Nachweise oben N. 93.

2. Verbrauchervertragsrecht, etwa Widerrufsrecht

a) Überblick zum Sachrecht

Die E-Commerce-Richtlinie läßt die umfangreiche Sachrechtsharmonisierung des Verbrauchervertragsrechts unberührt¹⁰⁵. Im Sachrecht ist etwa auf das Widerrufsrecht nach Art. 6 der Fernabsatz-Richtlinie hinzuweisen. Es muß mindestens sieben Tage ab Lieferung betragen, hingegen mindestens drei Monate, wenn die Angabepflichten nach Art. 5 der Richtlinie nicht akribisch erfüllt wurden. In den angesprochenen Ländern ergibt sich folgendes Bild: Im deutschen Recht (§§ 312d, 355 BGB) beträgt die Widerrufsfrist zwei Wochen und läuft ab Information über das Recht, jedoch nicht vor Warenlieferung, im österreichischen Recht 7 Werktage (ohne Samstage) bei einem Anlauf ab Vertragsschluß, jedoch nicht vor Warenlieferung¹⁰⁶. Im spanischen bzw. englischen Recht beträgt die Frist sieben Tage bzw. sieben Werktage und beginnt mit Lieferung bzw. mit Vertragsschluß (jedoch nicht vor Warenlieferung) zu laufen¹⁰⁷. Die Straffrist beträgt sechs Monate im deutschen Recht, drei Monate im österreichischen Recht und im englischen Recht, im spanischen ist sie nicht ausdrücklich vorgesehen¹⁰⁸. Generell wirft der elektronische Geschäftsverkehr vertragsrechtliche Sonderprobleme vor allem in der Vertragsabschlußphase auf. Hier harmonisierten Artt. 9 f. der E-Commerce-Richtlinie die oben genannten Kernfragen.

b) Klassisches Kollisionsrecht

Das Schwergewicht der kollisionsrechtlichen Behandlung liegt, obwohl die E-Commerce-Richtlinie auch darüber hinaus Anwendung findet, im internationalen Verbrauchervertragsrecht. Bei Viagra und Miura sind (fast) alle Käufer Verbraucher. Außerhalb der verbrauchervertragsrechtlichen Anknüpfung kennt auch das klassische Kollisionsrecht ohnehin bereits eine dem Herkunftslandprinzip entsprechende Anknüpfung (Art. 4 II EVÜ bzw. Art. 28 II EGBGB).

¹⁰⁵ Vgl. die umfangreiche, nicht abschließende Aufzählung im 11. Erwägungsgrund; Kommentierung Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht; ebenso Ernst 398.

¹⁰⁶ Vgl. im einzelnen §§ 5a, 5b und 5e österreichisches Konsumentenschutzgesetz n.F. (KSchG).

¹⁰⁷ Art. 44 I 1 Ley 7/1996 vom 15. 1. 1996, Boletín Oficial del Estado Nr. 15 vom 17. 1. 1996, S. 1243 (wohl richtlinienkonform auszulegen als sieben Arbeitstage: Botana García, in: Curso sobre protección jurídica de los consumidores, hrsg. von Botana García/Ruiz Muñoz [1999] 238); für das englische Recht s. 12(1) und (2) of The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, No. 2334.

¹⁰⁸ § 355 III BGB; für das österreichische Recht § 5e III KSchG; für das spanische Recht Botana García (vorige Note) 338; für das englische Recht wie vorige Note (s. 12 [3]).

Die Nähekriterien des Art. 5 II EVÜ bzw. 29 II EGBGB, bei deren Vorliegen das Wohnsitzrecht des Verbrauchers zur Anwendung kommt bzw. nicht abgewählt werden kann, sind bei unaufgeforderter E-mail-Werbung sicherlich erfüllt.

Komplexer ist die Rechtslage bei Werbung im Internet. Vertragsschluß, Irrtumsproblematik, Widerrufsrechte, Informationspflichten und vorgeschriebene technische Schutzstandards etc. müssen nach einem nationalen Recht beurteilt werden. Das Netz ist zwar weltweit, ein Weltrecht existiert jedoch nicht in der nötigen Präzision¹⁰⁹. Teils wird der Verbraucher als aktiver Verbraucher gesehen, der beim Surfen im Internet (wie bei aktiver Kontaktaufnahme nach dem Blättern im Telefonbuch) den ausländischen Anbieter an seinem Heimatsitz kontaktiert¹¹⁰. Artikel 5 II EVÜ wäre dann nicht erfüllt. Für die beiden denkbaren Bestellformen ist diese Auffassung jedoch fragwürdig¹¹¹. Soll die Bestellung durch eine Kommunikationsform außerhalb des Netzes ausgelöst werden, wird der Verbraucher nicht weitergehend aktiv als sonst bei Werbung, etwa Dauerwerbung im Fernsehen, bei der zugleich etwa eine Bestelltelefonnummer eingeblendet wird. Entscheidend als Kriterium im Rahmen von Art. 5 II EVÜ bzw. Art. 29 II EGBG scheint dann, daß sich das Unternehmen in beiden Fällen nicht nur in ein öffentliches Verzeichnis eintragen ließ und daß es schon für den Erstkontakt auch Leistungsbeschreibungen etc. (Werbung) vorhält. Wird wie üblich eine Bestellmöglichkeit durch Eingabe unmittelbar ins Netz bereitgestellt, muß die für die Fernsehwerbung geltende Regelung a maiore herangezogen werden. Denn hier wird für den Verbraucher nicht nur die Werbung am Heimatort zur Ver-

¹⁰⁹ Für das Verfahrensrecht eine Delokalisierung andenkend *Buchner*, E-Commerce und effektiver Rechtsschutz – oder: Wer folgt wem wohin?: EWS 2000, 147–156 (152–155). Zu den (beim Internet derzeit nicht erfüllten) rechtsquellenmäßigen Anforderungen, die m.E. erfüllt sein müssen, um von einer *lex mercatoria* in diesem Bereich auszugehen, vgl. *Grundmann*, *Lex mercatoria und Rechtsquellenlehre* – insbesondere die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1991, 43–70 (54–68); ähnlich *Wichard*, *Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte*: *RabelsZ* 60 (1996) 269–302 (295f., 302), und im Binnenmarkt *Grundmann*, *Law merchant as lex lata Communitatis* – insbesondere die *Unidroit-Principles*, in: *FS Rolland* (1999) 145–158 (146–153).

¹¹⁰ So *Müller*, *Internationales Privatrecht und Internet*, in: *Rechtsfragen der Informationsgesellschaft*, hrsg. von *Hoeren/Queck* (1999) 259–287 (282); *Reich*, *Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europaparlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 23.12.1998 und seine Auswirkungen auf das Vertragsrecht*, in: *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, hrsg. von *Schulze/Schulte-Nölke* (1999) 79–106 (99f.); *Siehr*, xxx: *Jahrbuch schweizerisches Konsumentenrecht* 1998, 151–170 (169).

¹¹¹ Im Ergebnis wie hier *Münch.Komm. BGB(-Martiny)* Art. 29 EGBGB Rz. 20 (unter Bezugnahme auf verschiedene Werbemittel); *Palandt(-Heldrich)*, *BGB*⁶¹ (2002) Art. 29 EGBGB Rz. 5; *Mankowski*, *E-Commerce* 25–27.

fügung gestellt, sondern auch noch eine spezielle, vom Anbieter eingerichtete Bestellmöglichkeit. Zuzugeben ist, daß die letztgenannte Auffassung dem Internetangebot manches von seinem Reiz für weltweit anbietende, vielleicht relativ kleine Unternehmen nimmt. Das Unbehagen findet Ausdruck in Versuchen, etwa die Ausnahmeregel in Art. 5 IV 1 lit. b EVÜ extensiv auszulegen, indem eine Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich im Land des Anbieters leicht angenommen wird oder Analogien vorgeschlagen werden¹¹². Gerade dies ist der Ansatzpunkt für ein abweichendes Binnenmarktkollisionsrecht.

c) Binnenmarktkollisionsrecht

Für das Verbrauchervertragsrecht ordnet Art. 3 die Geltung des Herkunftslandprinzips nicht an. Denn dieser Bereich ist im Anhang von der Anwendung des Art. 3 ausgenommen. Dies bedeutet freilich nicht, daß das Herkunftslandprinzip nicht gälte. Es gilt nur nicht kraft sekundärrechtlicher Anordnung und mit der sekundärrechtlichen Ausgestaltung (Anmeldungspflicht bei der Kommission). Eine Richtlinie kann die EuGH-Rechtsprechung zur Anwendung der Grundfreiheiten im Vertragsrecht und ursprünglich auch ungeschmälert im Recht gegen unlauteren Wettbewerb nicht in Frage stellen. Hierbei handelt es sich um primärrechtliche Grundsätze¹¹³.

Im unharmonisierten Bereich gelten daher die oben genannten Grundsätze¹¹⁴ auch für international zwingendes Vertragsrecht. Ein zweiter wichtiger Unterschied (neben dem der fehlenden Anmeldepflicht) ergibt sich aus dem Harmonisierungsstand. Die zwingenden Statuten im Vertragsrecht, also vor allem das Verbrauchervertragsrecht und die (sonstigen) wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffsnormen, sind ungleich intensiver harmonisiert als das Recht gegen unlauteren Wettbewerb. Soweit die Normen international zwingend sind, sind sie sogar praktisch flächendeckend harmonisiert¹¹⁵, wenn auch auf einem Mindestniveau. Angesichts dieses Befunds kommt der Streitfrage zentrale Bedeutung zu, ob das Herkunftslandprinzip hier nicht in einer verschärften Form gilt: Danach könnte das Gastland für harmonisierte Fragen strengeres, über den Richtlinienstandard hinausgehendes nationales Recht einem ausländischen Anbieter, der den Richtlinienstandard einhält, grundsätzlich überhaupt nicht mehr entgegenhalten. Es könnte sich nicht auf zwin-

¹¹² *Mankowski*, E-Commerce 26.

¹¹³ Anderer Ansicht *Roth*, Transformationsakt (oben N. 42) 125; differenzierend *v. Wil-mowsky* (oben N. 17) 53–61. Diese Bereiche sind daher nicht nur für eine Anwendung des Herkunftslandprinzips geeignet, wie etwa auch *Spindler*, E-Commerce in Europa 12 konstatiert; vielmehr gilt dieses kraft primärrechtlicher Anordnung, vgl. die oben N. 28 und auch N. 93 Genannten.

¹¹⁴ Vgl. Text oben bei N. 79ff.

¹¹⁵ Vgl. oben N. 37.

gende Gründe des Allgemeininteresses berufen, weil die unabweisbaren Bedürfnisse insoweit im Harmonisierungsprozeß definiert und gemeinschaftsrechtlich festgeschrieben wurden¹¹⁶.

d) Idee des Unterschieds zwischen klassischem und Binnenmarktkollisionsrecht

Herkömmliches Kollisionsrecht verhindert nicht nur Skalenvorteile für Unternehmen, die nicht nach einem einheitlichen Recht größere Märkte bedienen können (oben 1. e). Es schränkt auch Verbraucherwahlmöglichkeiten potentiell zu weitgehend ein. Dies ist ein zusätzlicher, aus der verbrauchervertragrechtlichen Perspektive wichtiger Aspekt.

Die Nähekriterien in Art. 5 II EVÜ und Art. 29 II EGBGB, bei deren Erfüllung eine Anknüpfung an das Herkunftslandrecht bzw. seine Wahl ausscheidet, sind starr. Ob es sich um einen mündigen Verbraucher handelt, der auch durch eine Informationsregel geschützt werden kann, ist im Rahmen dieser Regel unerheblich. Im Internet bestellen jedoch regelmäßig jedenfalls nicht überdurchschnittlich hilfsbedürftige Verbraucher. Im Internet macht nicht nur der Anbieter einen Schritt auf den Kunden zu, sondern auch umgekehrt¹¹⁷. Die genannten Kollisionsnormen erlauben es kaum, daß der Verbraucher von seinem Wohnsitz aus ohne besonderen Aufwand vergleichende Aussagen zu Produkten und Leistungen erhält, die ihm nach verschiedenen Rechten angeboten werden. Denn soweit bei ihm geworben wird, greifen Art. 5 II EVÜ bzw. Art. 29 II EGBGB ein, die eine Wahl fremden Rechts ausschließen. Umgekehrt ist der Blick in ein Verzeichnis, in dem nicht geworben wird, für ihn bei der Auswahl weniger hilfreich.

Mit dem Herkunftslandprinzip sind, wenn das Gastland zumindest im unharmonisierten Bereich noch zwingende Gründe des Allgemeininteresses anführen kann, die Wahlfreiheit des Verbrauchers und notwendige Schutzinteressen in ein subtileres Gleichgewicht zu bringen. Es gibt Verbraucher, die mündig handeln können. Ihr Wahlrecht wird durch eine zwingende Anknüpfung ohne Ausnahmen zu weitgehend eingeschränkt¹¹⁸. Artikel 5 II EVÜ und Art. 29 II EGBGB zwingt auch diese unter ein Regime, das auf weniger mündige Verbraucher zugeschnitten ist. Diese Normen verpflichten das Gastland nicht, nur solche Normen durchzusetzen, deren Anwendung auch unter Berücksichtigung all der genannten Facetten eines Verhältnismä-

¹¹⁶ Vgl. zum Streitstand die Nachweise oben N. 42.

¹¹⁷ Dies betont etwa *Mankowski*, E-Commerce 24. Ebenfalls wertungsmäßig ambivalent ist, daß der Anbieter durch Nutzung des Internets Vorteile wegen Ausdehnung der Nachfrage genießt (*Mankowski* ebd. 31). Wieder gilt gleiches auch umgekehrt für den Kunden.

¹¹⁸ Grundlegend *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge (1998) 253–261 et passim.

bigkeitsgrundsatzes und des bereits im Herkunftsland bestehenden Schutzes unverzichtbar erscheinen. Artikel 5 II und Art. 29 II EGBGB wohnt kein Mechanismus inne, auch Angebote zuzulassen, bei denen Verbraucherschutz auf ein unverzichtbares Maß begrenzt ist. Höherer Verbraucherschutz erzeugt regelmäßig Kosten und reduziert Wahlmöglichkeiten, vermindert also Möglichkeiten präferenzgerechten Zuschnitts. Das Herkunftslandprinzip führt nun gerade nicht allein zu einem Schutzabbau, sondern zu einem Nebeneinander von unvermindert hoher Schutzintensität und von anders zugeschnittenen Angeboten. In einem Gastland mit hohem Schutzniveau – und nur hier ergeben sich die fraglichen Kollisionen – konkurrieren im selben Markt Angebote mit hohem (inländischen) Schutzniveau und (einige ausländische) mit potentiell niedrigerem. Verbraucher selbst entscheiden sich für das Maß an Risiko. Der risikoadverse Verbraucher kann das Risiko eines Geschäfts nach ausländischem Recht unter diesem Regime durchaus meiden. Daß er lernt, sich dann gegen das Risiko zu entscheiden, ist ihm durchaus zuzumuten. Insbesondere der mündige Verbraucher erhält demgegenüber Wahlfreiheiten, die ihm nicht mehr durch einen paternalistischen Gesetzgeber an seinem Wohnsitz genommen werden können. Ist einmal der Verbraucher durch solch eine Wahlmöglichkeit überfordert, kann er etwa seine eigene Unfähigkeit, verschiedene Risiken zu wägen, nicht erkennen, bleibt noch der Vorbehalt zwingender Gründe des Allgemeininteresses. Die Ausübung dieses Vorbehalts wird jedoch umgekehrt wiederum durch den EuGH neutral, unter unabhängiger Beleuchtung der verschiedenen Alternativen überprüft. Auch der Vergleich mit der Situation bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Hinweis darauf, daß Märkte bei diesen bekanntlich versagen,¹¹⁹ ist nur begrenzt stichhaltig: Bei nationalen Gesetzgebern ist typischerweise weniger anzunehmen, daß sie die Konditionen systematisch für eine Seite verschlechtern. Außerdem gibt es keine beliebige Vielzahl von Regelwerken im Markt, in Betracht kommen vielmehr häufig nur einige wenige Rechte. Ihre grundsätzliche Ausrichtung, schutzintensiv oder liberal, kann durch entsprechende Informationsinstrumente für den Markt durchaus hinreichend transparent gemacht werden.

Ist ein Mindestsockel an Verbraucherschutz gewährleistet, wie dies in der Gemeinschaft angesichts nahezu flächendeckender Harmonisierung der Fall ist, wird die Anwendung dieses Mechanismus noch besser vorhersehbar: Nach hier vertretener Auffassung entfällt der Vorbehalt zwingender Gründe des Allgemeininteresses, Angebote nach verschiedenem rechtlichen Zuschnitt konkurrieren im Gastland. Die Aufgabe, den Mindestschutz zu gewährleisten und insbesondere auch das Risiko der Rechtsvielfalt aufzudek-

¹¹⁹ So tendenziell *Schwintowski*, [Diskussionsbeitrag] in: *Europäisches Vertragsrecht*, hrsg. von *Weyers* (1997) 139–141, der deswegen auch vorschlägt, für Rechtsordnungen ein der Inhaltskontrolle vergleichbares Prüfverfahren einzurichten.

ken, also den weniger mündigen Verbraucher zu Risikozurückhaltung aufzurufen, fällt dem Harmonisierungsakt zu.

Besonders groß wäre die Wahlfreiheit, wenn das Herkunftslandprinzip in der Tat im Sinne eines Günstigkeitsprinzips verstanden würde. Im Gastland würden dann nicht nur Angebote inländischer Anbieter nach inländischem Standard mit solchen ausländischer Anbieter nach einem Herkunftslandstandard konkurrieren, sondern potentiell auch mit solchen (größerer) ausländischer Anbieter, die diese alternativ auch nach inländischem Standard zuschneiden. Ausländische Anbieter mögen dann für die inländischen Kunden Standortvorteile im Ausland mit dem besonders hohen Schutzstandard im Inland verbinden.

e) Ausblick: Verschulden in der Vertragsanbahnungsphase

Verfehlt wäre es anzunehmen, Art. 3 der Richtlinie gelte für das Verschulden in der Vertragsanbahnungsphase, da dieses im Anhang nicht gesondert als Ausnahme aufgeführt sei¹²⁰. Für die hier vertretene Position, nach der das primärrechtlich angeordnete Herkunftslandprinzip ohnehin unberührt bleibt, ist die Abgrenzung von geringerer Bedeutung. Wichtig ist sie regelmäßig nur für die Anmeldepflicht. Dennoch muß vorrangig mittels autonom europäischer Begriffsbildung geklärt werden, ob es sich bei dem fraglichen Problem nicht um ein vertragsrechtliches handelt und dort dann häufig um ein (auch) verbrauchervertragsrechtliches. Hierfür spricht einiges. Jedenfalls in den vertragsbezogenen, nicht eigentlich deliktischen Fallgruppen der culpa in contrahendo geht es doch vorrangig um nicht gegebene oder fehlerhafte Information. Vorvertragliche Informationspflichten zählen im Europäischen Verbrauchervertragsrecht zu den Hauptinstrumenten¹²¹. Auch die Vorverlagerung des Zeitpunkts der Bindung der beruflich tätigen Vertragspartei zählt zu seinen Charakteristika¹²².

¹²⁰ Wie hier auch *Spindler*, E-Commerce in Europa 12.

¹²¹ Vgl. etwa Art. 3 II der Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. 6. 1990 über Pauschalreisen, ABl. EG L 158/59 (Bindungswirkung vorvertraglicher Information, wenn kein Vorbehalt bereits bei Informationsbekanntgabe); sowie ähnlich Art. 3 II der Richtlinie 94/47/EG vom 26. 10. 1994 (oben N. 32). Beides geht weiter als Art. 2 II lit. d und IV der Kaufrechts-Richtlinie, die die Korrektur bei Vertragsschluß frei zulassen (dazu nächste Note). Zu weiteren solcher Regeln vgl. etwa: Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht (oben N. 16) Annex III unter 2.1.1; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht 2.02 Rz. 16, 4.10 Rz. 29, 4.13 Rz. 19, 4.30 Rz. 47, 4.31 Rz. 29, auch 2.10 Rz. 32–35; 4.20 Rz. 19f.

¹²² Zuletzt wieder in Art. 2 II lit. d der Kaufrechts-Richtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171/12), nach der (nicht berichtigte) Werbeaussagen binden; zu (teils noch weitergehenden) Parallelnormen vgl. nur vorige Note sowie: EU-Kaufrechts-Richtlinie(-*Grundmann*), Kommentar, hrsg. von *dems./Bianca* (2002) Einl. Rz. 7 und Art. 2 Rz. 42; ausführlich *Riesenhuber* (oben

Ersetzt wird eine klassische Kollisionsnorm, die wiederum komplex, unterschiedlich in unterschiedlichen Ländern und nicht integrationsfördernd ist. Im deutschen Kollisionsrecht wird überwiegend unterschieden¹²³: Soll mit den Grundsätzen zur culpa in contrahendo ein vertragsbezogenes (Vermögens-)Interesse geschützt werden, wird die Regel als vertragsrechtlich qualifiziert. Soll mit den Grundsätzen hingegen die Integrität absoluter Rechte geschützt werden und sollen primär gewisse Schwächen des Deliktsrechts ausgeglichen werden, so wird eine deliktsrechtliche Qualifikation und Anknüpfung vorgeschlagen. Ähnlich sieht man das im deutschsprachigen Ausland¹²⁴. Die romanischen Rechte, beeinflusst durch die weite deliktische Generalklausel des Art. 1382 des französischen Code Civil, neigen zu einer deliktischen Qualifikation¹²⁵.

Um den Unterschied zwischen dem klassischen Kollisionsrecht und dem Binnenmarktkollisionsrecht zu erklären, hat man je nach Anknüpfung die Überlegungen zum Vertragsrecht (oben d) und zum Deliktsrecht heranzuziehen (unten 3.).

3. Persönlichkeitsrecht sowie geistiges Eigentum

a) Überblick zum Sachrecht

Fragen der Verantwortlichkeit für den Umgang mit Information stellen sich im elektronischen Geschäftsverkehr vielfältig. Der Beispielfall¹²⁶ betrifft

N. 42) §§ 13 und 15; und zur traditionellen Sicht im Rahmen des Individualvertrages *Valentino*, *Obblighi di informazione – contenuto e forma negoziale* (1999).

¹²³ Zuerst *Bernstein*, *Kollisionsrechtliche Fragen der culpa in contrahendo*: *RabelsZ* 41 (1977) 281–298 (285–289); ihm folgend z.B. *Kreuzer*, *Zur Anknüpfung der Sachwalterhaftung*: *IPRax* 1988, 16–20 (17f.); *Köstlin*, *Anlegerschutz und Auslandsbeziehungen* (1985) 126–128; *Münch.Komm. BGB(-Martiny)* Art. 32 EGBGB, Rz. 44; im Grundsatz auch *Grundmann*, *Anlegerschutzrecht* (oben N. 100) 310; die teils für eine (vertragsrechtliche) Einheitsanknüpfung angeführte Entscheidung BGH 9. 10. 1986, *NJW* 1987, 1141 kann allenfalls für den Ast vertragsbezogenes (Vermögens-)Interesse ins Feld geführt werden (also ebenfalls für die Differenzierungslösung), der BGH ging sogar schlicht von Vertrag aus; eine deliktische Anknüpfung wählt demgegenüber für den Fall, daß es zu keinem Vertragsschluß kam, OLG Frankfurt 11. 7. 1985, *IPRax* 1986, 373 (377f.) und in einem Vertrauensschutzfall wohl auch OLG München 24. 2. 1983, *WM* 1983, 1093 (1097).

¹²⁴ Speziell für Österreich; *Rummel(-Schwimmann)*, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*² (1992) Vor § 35 IPRG Rz. 4. Ausführlich *Frick*, *Culpa in contrahendo*, *Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie* (1992) 170–223.

¹²⁵ Vgl. *Kötz/Flessner*, *Europäisches Vertragsrecht I: Kötz*, *Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, die Beteiligung Dritter am Vertrag* (1996) 13f.; rechtsvergleichend *Farnsworth*, *Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report*, in: *Mélanges v. Overbeck* (1990) 657–680; zu den Wurzeln: *Zimmermann*, *The Law of Obligations, The Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 244f.

¹²⁶ Vgl. oben bei N. 5.

vor allem drei Fragenkreise: Angesprochen sind Fragen des Persönlichkeitsrechts und solche des geistigen Eigentums (mit Urheberrecht). Beide Bereiche fallen unter die Richtlinie¹²⁷, während das hier angesichts der Datenerhebung potentiell ebenfalls berührte Datenschutzrecht aus dem Anwendungsbereich ausgenommen ist (Art. 1 V 5 lit. b)¹²⁸. Die Fragenkomplexe Persönlichkeitsrecht und geistiges Eigentum (mit Urheberrecht) unterscheiden sich dadurch, daß der erste nicht harmonisiert ist, der zweite hingegen intensiv bzw. durch internationale Rechtsakte ausgestaltet wurde.

Fragen des Persönlichkeitsrechts bilden den wichtigsten Bereich neben dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb, der (noch) praktisch unharmonisiert ist und durch Art. 3 sekundärrechtlich dem Herkunftslandprinzip unterworfen wurde, während das Urheberrecht und das geistige Eigentum im Anhang unter den Ausnahmereichen aufgeführt sind¹²⁹. Fragen des Persönlichkeitsrechts sollen im Folgenden auch ganz im Vordergrund stehen. Seit auch etwa die deutsche Rechtsprechung Strafaspekte bei der Haftung für Persönlichkeitsrechtsverstöße berücksichtigt¹³⁰, ist das Risiko gestiegen. Nicht weniger wichtig sind Unterlassungsansprüche, zumal sie typischerweise kein Verschulden voraussetzen¹³¹. Die Richtlinie regelt die Frage der Haftung, genauer der Haftungsbegrenzung, auch derjenigen bei Persönlichkeitsrechts-

¹²⁷ Für das Persönlichkeitsrecht: Recht im Internet, Der Rechtsberater für Online-Anbieter und Nutzer, hrsg. von Schwarz/Peschel-Mehner (12/2002) Kap. 3.4. (Presse und Persönlichkeitsrecht). Für das Urheberrecht und das Recht des geistigen Eigentums, die nicht als Ausnahmen im Anhang hätten aufgeführt werden müssen, wenn sie nicht der Richtlinie unterfielen Spindler, Verantwortlichkeit 201. Zum reformierten spanischen Urheberrecht Müller, Das neue spanische Urheberrecht im Vergleich zum deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Urheberrechtsharmonisierung (1997).

¹²⁸ Häufig wird im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr auch das Datenschutzrecht angesprochen, etwa Boehme-Neßler, CyberLaw – Lehrbuch zum Internet-Recht (2001) 283–314; Koch, Internet-Recht (1998) 349–372; Mankowski, E-Commerce 27–31. Soweit es um die Werbung und die Abgabe von Bestellungen im Internet geht, also um die eigentlichen Probleme der Schnittstelle, dürften die Probleme eher gering sein. Dies gilt, obwohl Art. 2 lit. b der EG-Datenschutz-Richtlinie (Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG L 281/31) auch für die bloße Erhebung die Freiwilligkeit allein nicht als Rechtfertigung genügen läßt, sondern auch insoweit auf die Notwendigkeit der Erhebung abstellt.

¹²⁹ Kritisch dazu angesichts des intensiven Harmonisierungsstandes Hoeren (oben N. 54) 196 (offenbar davon ausgehend, daß kein Herkunftslandprinzip gelte).

¹³⁰ BGH 15. 11. 1994, NJW 1995, 861 (»Caroline von Monaco«); und noch klarer auf Rückverweisung hin: OLG Hamburg 25. 7. 1996, NJW 1996, 2870; dazu etwa Körner, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente: NJW 2000, 241–246.

¹³¹ Dies ist der Fall in allen Rechten, die im Beispielfall angesprochen sind. Vgl. als sachrechtlichen Überblick Freitag, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Internet, in: Handbuch zum Internet-Recht, Electronic Commerce, Informations-, Kommunikations- und Mediendienste, hrsg. von Kröger/Gimmy (2000) 290–333.

verstößen, in einem Teilaspekt: Für die Dienstleister, die den Netzzugang herstellen und die Informationen transportieren, die sog. Provider, begrenzen Artt. 12–15 die zivil- und strafrechtliche¹³² Verantwortlichkeit ganz erheblich, regelmäßig auf die Erfüllung von Routinen, sonst Vorsatz. Diese Wertung darf auch nicht durch Einräumung von Unterlassungsansprüchen konterkariert werden¹³³. Im Beispielsfall geht es freilich nicht um Verhalten von Providern.

b) Klassisches Kollisionsrecht

Fragen des geistigen Eigentums stehen vorliegend nicht im Vordergrund, sie stellen sich wegen Verwendung eines publikumswirksamen Namens (»El Niño«) als Werbemittel. Im klassischen Kollisionsrecht gilt für Bestand und auch Inhalt der Schutzrechte grundsätzlich das Territorialitätsprinzip¹³⁴. Ob für den publikumswirksamen Namen Schutz gewährt wird, entscheidet also das Recht des Territoriums, für das Schutz begehrt wird. Für die (deliktische) Schadensersatzhaftung aus Eingriff in Schutzrechte gilt dann das Deliktsstatut¹³⁵, obwohl im Sachrecht der Schadensersatz bei Urheberrechtsverletzung durchaus besonders gerechnet werden mag¹³⁶ und auch die Tatbestandsvoraussetzungen abweichen mögen, etwa Verschulden nicht gefordert werden mag¹³⁷.

Nach dem Deliktsstatut beurteilt sich auch ein möglicher Schadensersatzanspruch wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung¹³⁸, hier weil insinuiert wird, El Niño benötige Potenzmittel. Angeknüpft wird also kumulativ an den Handlungs- und den Erfolgsort (Art. 40 I EGBGB)¹³⁹. Dies ist aber nicht ein-

¹³² *Freitag*, Providerhaftung im Binnenmarkt – Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie: Computer und Recht (CR) 2000, 600–609 (604); *Spindler*, Verantwortlichkeit 202 und 204; der 8. Erwägungsgrund der Präambel, der betont, daß das Strafrecht nicht harmonisiert werde, läßt freilich Zweifel aufkommen.

¹³³ *Freitag* (vorige Note) 605; *Spindler*, Verantwortlichkeit 204.

¹³⁴ *Köhler/Arndt* (oben N. 97) 140; *Siehr*, Internationales Privatrecht – Deutsches und Europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis (2001) 292; ausführlich (zu dieser h.M. kritisch) *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht (2001) 399–419.

¹³⁵ Zum Zusammenspiel im einzelnen *Muth*, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (2000) 56–64.

¹³⁶ So in Deutschland § 97 UrhG, zu den Sonderregeln vgl. *Haberstrumpf*, Handbuch des Urheberrechts² (2000) 277–280.

¹³⁷ So etwa beim Bereicherungsausgleich, der etwa die ersparte Lizenzgebühr (die bei Zustimmung zu zahlen gewesen wäre) umfaßt, jedoch auch beim Unterlassungs- und Widerrufsanspruch *Helle*, Sonstige Persönlichkeitsrechte, in: Handbuch Multimedia-Recht (oben N. 3) Kap. 8.1 Rz. 150–179.

¹³⁸ BGH 19. 12. 1995, BGHZ 131, 332 (335) = NJW 1996, 1128 (1128); zu den Einzelheiten etwa *v. Hein* (oben N. 93) 315–342.

¹³⁹ Zum kodifizierten Recht etwa *v. Hinden*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Das anwendbare Recht (1999) 45f.; auch *Spickhoff*, Die Restkodifikation des internationa-

heitlich so in der Europäischen Gemeinschaft, schon im englischen Recht und anderen common law Jurisdiktionen regen sich Zweifel¹⁴⁰. Auch für das Gemeinschaftskonventionsrecht, hier die prozessuale Parallelnorm in Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, verstand der EuGH als *lex loci delicti* (beim Persönlichkeitsrechtsverstoß) sowohl das Recht am Handlungs- als auch das am Erfolgsort¹⁴¹. Was unter diesem bereits zweifachen Anknüpfungspunkt und der damit verbundenen Schutzkumulation zu verstehen ist, ist nochmals facettenreich. Bei der Bestimmung des Handlungsortes wird vielfach auf den Standort des Servers abgestellt¹⁴². Alle andere Handlungen seien noch Vorbereitungshandlungen, die noch nicht den Eingriff durch Verbreitung mit sich brächten. Teilweise wird freilich auch der Ort des Einspeisens für maßgeblich erachtet¹⁴³. Das sei der Ort, von dem aus der Inhaltsanbieter die Informationen zwecks Einspeisens ins Internet absendet¹⁴⁴. Auch der Erfolgsort kann mehrfach verstanden werden. Man kann an den Wohnort des Opfers, hier Großbritannien, denken¹⁴⁵ oder aber, weil dort das Ansehen potentiell herabgemindert wird, an die Zielmärkte¹⁴⁶, hier diejenigen, in die E-mails versandt wurden, bzw. bei Internetwerbung die deutschsprachigen oder gar alle potentiell betroffenen Märkte (bei Interessenbeeinträchtigung, d.h. Immaterialschaden dort)¹⁴⁷.

Ein Unterlassungsanspruch folgt den gleichen Grundsätzen¹⁴⁸.

len Privatrechts: Außervertragliches Schuld- und Sachenrecht: NJW 1999, 2209–2215 (2212f.); sowie die Standardkommentare.

¹⁴⁰ Vgl. *McClellan/Morris*, *The Conflict of Laws*⁵ (2000) 358–366, 377; v. *Hinden* (vorige Note) 45f.; auch die Übersicht bei Generalanwalt Darmon im Fall *Fiona Shevill*: EuGH 7. 3. 1995 – Rs. C-68/93 (*Fiona Shevill*), Slg. 1995, I-415 (I-420–426).

¹⁴¹ EuGH 7. 3. 1995 (vorige Note) I-458–462.

¹⁴² *Hoeren/Pichler*, *Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich*, in: *Praxis des Online-Rechts*, hrsg. von *Loewenheim/Koch* (1998) 381–471 (460–462); *Ubber*, *Rechtsschutz bei Mißbrauch von Internet-Domains*: WRP 1997, 497–503 (502); LG Düsseldorf 4. 4. 1997, GRUR 1998, 159 (160); auch (freilich als Erfolgsort) *Bachmann*, *Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Internet*, Zu LG München I vom 17. 10. 1996: IPRax 1998, 179–187 (184–186).

¹⁴³ *Bachmann* (vorige Note) 182f.; *Staudinger/v. Hoffmann* Art. 38–42 EGBGB, Neubearb. 2001 (2001) Art. 40 EGBGB Rz. 18; eine Zwischenlösung wohl bei *Spindler*, *Deliktsrechtliche Haftung im Internet – nationale und internationale Rechtsprobleme*: ZUM 1996, 533–563 (559f.: von wo aus »willentliche Steuerung der Kommunikationseinrichtungen«) (zitiert: Haftung).

¹⁴⁴ *Pfeiffer*, *Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/96*: NJW 1997, 1207–1216 (1215).

¹⁴⁵ So bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien etwa *Binder*, *Zur Auflockerung des Deliktsstatuts*: RabelsZ 20 (1955) 401–499 (477).

¹⁴⁶ KG Berlin 25. 3. 1997, NJW 1997, 3321 (Tatort, wo »bestimmungsgemäß abrufbar«).

¹⁴⁷ Also mosaikartige Berufung des Rechts des jeweils betroffenen Auswirkungsorts für dortige Auswirkungen: *Bachmann* (oben N. 142) 184–186; *Mankowski*, *Das Internet im In-*

c) Binnenmarktkollisionsrecht

Das Recht des geistigen Eigentums bildet einen der wenigen Bereiche, in dem das klassische Kollisionsrecht früh im Gemeinschaftsrecht erheblich überlagert und in dem dies früh als Sonderregime im Binnenmarkt wahrgenommen wurde. Dies muß hier nicht nochmals näher erörtert werden. Das zentrale Mittel der Integration ist der sog. Erschöpfungsgrundsatz: Ist die Ware einmal mit Zustimmung des Schutzrechtsinhabers in den Verkehr gebracht, kann das Schutzrecht – ein gewerbliches oder das Urheberrecht – in einem anderen Mitgliedstaat nicht nochmals geltend gemacht werden¹⁴⁹. Der Schutzrechtsverbrauch im Herkunftsland wirkt also auch im Gastland.

Für Persönlichkeitsrechtsverstöße greift Art. 3 der Richtlinie ein, gilt also das Herkunftslandprinzip. Denn die Frage ist nicht im Ausnahmekatalog des Anhangs zu finden. Unter den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses ist insbesondere der Schutz der Menschenwürde aufgeführt (Art. 3 IV lit. a i)) – ein Recht, das jedenfalls in Deutschland auch herangezogen wird, um den Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsrechtsverstößen zu begründen¹⁵⁰. Der Anknüpfungspunkt ist anders als im klassischen Kollisionsrecht (Handlungs- und Erfolgsort, beide mit Facetten) nicht nur nicht vielfältig und damit potentiell sehr belastend für Informationsdienste. Er ist auch einfach definiert als der Niederlassungsort (vgl. Art. 3 I der Richtlinie), sicher auch im Zugriff. Die Entlokalisierung der Sachverhalte schlägt sich, anders als im klassischen Kollisionsrecht, auch nicht ansatzweise in Anknüpfungsvielfalt und -unsicherheit nieder. Ebenfalls gelten muß das Herkunftslandprinzip beim Unterlassungsanspruch¹⁵¹.

ternationalen Vertrags- und Deliktsrecht (oben N.38) 274–276; *Spindler*, Haftung (oben N.143) 555–559; Kritik von *v. Hinden* (oben N.139) 154–168; vgl. auch rechtsvergleichend *Danckwerts*, Persönlichkeitsverletzungen im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Privatrecht, Ein Plädoyer für das Personalstatut (1999).

¹⁴⁸ BGH 19. 12. 1995 (oben N. 138), BGHZ 131, 332 (335) = NJW 1996, 1128 (1128); zu den Einzelheiten etwa: *v. Hein* (oben N.93) 289–305 (selbst beim Handlungsort differenzierend); *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (2000) 711ff., bes. 718–720; Münch.Komm. BGB(-*Kreuzer*) Art. 38 EGBGB, Rz. 289, 300.

¹⁴⁹ So vor allem EuGH 20. 1. 1981 – verb. Rs. 55 und 57/80 (*Musik-Vertrieb membran ./.* *GEMA*), Slg. 1981, 147 (148) (Urheberrecht); 14. 7. 1981 – Rs. 187/80 (*Merck ./.* *Stephar*), Slg. 1981, 2063 (2064); 9. 7. 1985 – Rs. 19/84 (*Pharmon ./.* *Hoechst*), Slg. 1985, 2281 (2297) (beide Patentrechte); 17. 10. 1990 – Rs. C-10/89 (*CNL-Sucal ./.* *Hag*), Slg. 1990, I-3711 (I-3757–3759) (Warenzeichen). Ausdrücklich aufgenommen wurde der Grundsatz später etwa in Art. 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. EG 1989 L 40/1.

¹⁵⁰ BGH 20. 1. 1958, BGHZ 26, 249 (359) (»Herrenreiter«); 19. 9. 1961, GRUR 1962, 105 (106) (»Ginsengwurzel«); Münch.Komm. BGB(-*Schwerdtner*) § 12 Rz. 288f. (mit weiteren Nachweisen).

¹⁵¹ Für Parallellanknüpfung von Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch bei Internetsachverhalten auch *Bachmann* (oben N.142) 187 (freilich vor Erlaß der Richtlinie).

d) Idee des Unterschieds zwischen klassischem und Binnenmarktkollisionsrecht (Deliktsrecht)

Die kumulative Anknüpfung im Internationalen Deliktsrecht wird mit einer Sympathie für das Opfer gerechtfertigt (*favor laesi*)¹⁵². Hingegen habe der Täter das Geschehen in der Hand und sei weniger schützenswert. Qualitativ bedeutet es einen weiteren Schritt, wenn nicht nur kumulativ, sondern streuend angeknüpft wird. Dennoch wird dieser Schritt etwa bei Persönlichkeitsrechtsverstößen durchaus getan, etwa wenn Falschmeldungen in mehreren Ländern verbreitet werden¹⁵³. Noch immer habe der Täter das Geschehen in der Hand. Im elektronischen Geschäftsverkehr wird die streuende Anknüpfung freilich nochmals diffuser, wenn es um die Verbreitung über das Internet geht. Bei der Verbreitung über Presse oder Funk, vor allem Fernsehen, müssen die Mitteilungen oder die Werbung über ein Presseorgan oder einen Sender in einen Markt eingeführt werden. Diese Mittler haben ein bereits feststehendes Veröffentlichungsgebiet bzw. die Lizenz nur für einen Markt, beim Funk gar weitgehend ohne weitere Verbreitung. Im Internet werden Mitteilung und Werbung hingegen sofort weltweit zugänglich. Daß der Täter das Geschehen noch immer in der Hand hat, wird zunehmend zur Theorie. Es stellt sich in aller Schärfe die Frage, ob der Schutz potentieller Opfer höher gestellt werden soll oder die Förderung von Vermarktungsinteressen.

Bei dieser Frage ist rechtspolitisch von Bedeutung, ob auch Rechte in »Verleumdungsparadiesen« potentiell ausschließlich zur Anwendung kommen können (als Herkunftslandrecht) oder ob diese Gefahr nicht besteht und ob auf möglicherweise zu vermarktungsfreundliche Regeln in solch einem potentiell zur Anwendung kommenden Recht reagiert werden kann, jedenfalls für die Zukunft. Mit anderen Worten: Wenn in den klaren Fällen, in denen sich Opferschutz aufdrängt, ohnehin alle potentiell anwendbaren Rechte Schadensersatz-, oder zumindest Gegendarstellungs- und Unterlassungsansprüche gewähren, ist die mitteilungshinderliche Kumulation der Anknüpfungspunkte nicht mehr selbstverständlich. Mit dem Herkunftslandprinzip wird unter dieser Prämisse den Vermarktungsinteressen der Vorrang eingeräumt. Gewisse Bedeutung hat in diesem Zusammenhang, daß es im elektronischen Geschäftsverkehr, wenn nicht gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum mit ihrem Sonderregime betroffen sind, ganz überwiegend um immaterielle Schäden geht. Ob das Herkunftslandprinzip etwa auch im Pro-

¹⁵² *Kegel/Schurig* 626–628; *Fritzsche* (oben N. 148) 719; ausführlich *v. Hein* (oben N. 93) 89–142 (letztere beide auch kritisch).

¹⁵³ Vgl., jeweils mit weiteren Nachweisen, *Münch.Komm. BGB(-Kreuzer)* Art. 38 EGBGB Rz. 52, 213–216; *Spindler*, Haftung (oben N. 143) 555–559 (auch hier, entsprechend der Mosaiktheorie [oben N. 147], jeder Erfolgsort für dort erzielten Erfolg); auch EuGH 7. 3. 1995 (oben N. 140) I–461 (für Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, wenn der Verletzte dort auch bekannt ist).

dukt- oder Umwelthaftungsrecht gilt und gelten soll, ist weniger klar¹⁵⁴. Bei immateriellen Schäden wird demgegenüber das Kompensationsinteresse typischerweise nur mit größerem Zögern über das Handlungs-, hier das Mitteilungsinteresse gestellt – dies belegt auch eine rechtsvergleichende Übersicht¹⁵⁵. Wenn es nun auch aus diesem Grund rechtspolitisch durchaus erwägenswert erscheint, die deliktische Haftung für geschäftliche Mitteilungen im elektronischen Geschäftsverkehr dem Herkunftslandprinzip zu unterwerfen, und wenn die Richtlinie auch tatsächlich in diesem Sinne verfährt, so bleibt dennoch zu konstatieren, daß der Konflikt ein schwierigerer ist als im (Verbraucher-)Vertragsrecht. Dort wird mit dem Herkunftslandprinzip nur dem wahlwilligen Kunden Gestaltungsmacht zurückgegeben. Jeder Marktteilnehmer kann aber auch beim höheren inländischen Schutzstandard bleiben. Im Deliktsrecht hat das Opfer diese Möglichkeit nicht, mit der Einführung des Herkunftslandprinzips wird hier eine weitergehende Wahl zwischen Vermarktungs- und Integrationsinteressen einerseits und anderen Schutzinteressen andererseits getroffen. Ohne Vorbehalt fiel die Wahl freilich nicht aus. Jedes Gastlandrecht, das mehr Opferschutz vermittelt, kann unter den genannten engen Kautelen bei Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses zur Anwendung kommen. Mit Festschreibung des Herkunftslandprinzips wird zudem eine zweite Wahl getroffen: Optiert wurde hiermit auch für eine wesentliche Vereinfachung des Anknüpfungspunktes – zentral wichtig gerade im elektronischen Geschäftsverkehr.

V. Einige Überlegungen zu rechtsgebietsübergreifenden Fragen

1. Der Allgemeine Teil des Internationalen Privatrechts ungleich vereinfacht

Ein kategorial anderes Kollisionsrecht im Binnenmarkt macht auch Adaptionen im Allgemeinen Teil unumgänglich. Vorliegend können hierzu nur erste Überlegungen formuliert werden, eine vertiefte Diskussion würde den Rahmen sprengen. Erleichtert wird die Aufgabe dadurch, daß Binnenmarktkollisionsrecht einheitlich in der Gemeinschaft geltendes Kollisionsrecht ist, hierin vergleichbar dem durch internationale Übereinkommen vereinheitlichten Kollisionsrecht. Für solches sind die notwendigen Adaptionen des Allgemeinen Teils durchaus diskutiert, Anleihen sind daher teils möglich.

¹⁵⁴ Freitag, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht (2000) 339–426, 433–437; Münch.Komm. BGB(-Kreuzer) Art. 38 EGBGB Rz. 201–203; v. Hein (oben N. 93) 377–433 sowie (zum Umweltrecht) 42f. und 121–126.

¹⁵⁵ Vgl. nur v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II (1999) Rz. 81–104, 150–165, bes. 153, 156.

Bemerkenswert ist, daß Internationalprivatrechtler zwar vereinheitlichtes Kollisionsrecht als den Idealfall von Kollisionsrecht verstehen¹⁵⁶, überwiegend aber Binnenmarktkollisionsrecht skeptisch gegenüberstehen¹⁵⁷. In der Tat ist Binnenmarktkollisionsrecht auch gegenüber Kollisionsrecht, das durch Übereinkommen vereinheitlicht wurde, kategorial anders: Letzteres soll durchaus noch offen sein für eine beliebige Vielzahl souveräner Staaten. Daher unterscheidet sich das Binnenmarktkollisionsrecht vom klassischen Einheitskollisionsrecht auch, indem es ungleich stärker auf Inhalte des Sachrechts (auf »policies«) abstellt. Dies ist unabdingbar so: Die größere Einfachheit von Binnenmarktkollisionsrecht im Anknüpfungspunkt und vor allem seine größere Vermarktungsfreundlichkeit steht unter dem Vorbehalt einer »Verlässlichkeit« der Sachrechte der anderen Mitgliedstaaten (oben II.1.).

a) Internationales Privatrecht und Internationales Verwaltungsrecht

In der Grundfreiheitendogmatik – und damit auch in einem Kernbestand des Binnenmarktkollisionsrechts – wird offensichtlich nicht zwischen privat- und verwaltungsrechtlichen (oder allgemeiner öffentlichrechtlichen) Normen unterschieden, während das klassische Kollisionsrecht hier eine zentrale Trennlinie konstatiert¹⁵⁸. Für beide fordert der EuGH, wenn sie nur behindernd wirken und international zwingend Anwendung finden wollen, eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses¹⁵⁹. Für beide wendet er insoweit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an. Für beide schreibt er vor allem vor, daß die Anwendung vergleichbarer Schutznormen im Ausland die Anwendung der eigenen Schutznormen unzulässig macht.

¹⁵⁶ Vgl. nur – besonders drastisch – *Kegel*, Internationales Privatrecht⁷ (1995) 112: Nationale Verwurzelung ist »Krebschaden des IPR« (gestrichen in *Kegel/Schurig*).

¹⁵⁷ Dies findet etwa darin seinen Ausdruck, daß vielfach schon der genuin kollisionsrechtliche Gehalt in Zweifel gezogen wird (vgl. die Nachweise unten 174f.), daß weit überwiegend gefordert wird, das Kollisionsrecht im Binnenmarkt sei an den Leitlinien des allgemein, für weltweite Kollisionen geschaffenen Kollisionsrechts zu modellieren (Nachweise. oben N.20) und daß das Binnenmarktkollisionsrecht eher peripher im Kollisionsrecht behandelt wird. Dagegen etwa *Grundmann*, Binnenmarktkollisionsrecht (oben N.4) 457; *ders.*, Internationales Privatrecht als Verfassungsordnung – Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht oder: ein Europäisches System der Vertragsrechte: RIW 2002, 329–342.

¹⁵⁸ Vgl. nur *Kegel/Schurig* S. 934–941 (§ 23 I); Münch.Komm. BGB(-*Sonnenberger*) Einl. IPR Rz. 355–396.

¹⁵⁹ Vgl. für öffentlichrechtliche, im Verwaltungsvollzug anzuwendende Normen die bereits zitierten Entscheidungen etwa in Sachen *Cassis de Dijon* (EuGH 20.2. 1979 [oben N.81]) oder *Reinheitsgebot Bier* (EuGH 12.3. 1987 [oben N.83]), für zivilrechtliche die ebenfalls bereits zitierten Entscheidungen etwa in Sachen *CMC Motorradcenter* (EuGH 13.10. 1993), *Yves Rocher* (EuGH 18.5. 1993), *Mars* (EuGH 6.7. 1995) etc. (alle oben N.36) und *Centros* (EuGH 9.3. 1999 [oben N.39]).

Es verwundert daher nicht, daß sich die Idee einer Annäherung zwischen dem Internationalen Privatrecht und dem Internationalen Verwaltungsrecht (IVR) in der kollisionsrechtlichen Behandlung gerade im Europäischen Vertragsrechtsübereinkommen¹⁶⁰ besonders nachdrücklich findet. Artikel 7 I des Übereinkommens sieht bekanntlich vor, daß auch ausländisches öffentliches Recht und vor allem Verwaltungsrecht grundsätzlich im Inland anzuwenden ist. Aus deutscher Sicht mag die Möglichkeit, gegen diese Norm einen Vorbehalt zu erheben, im Vordergrund stehen. Von den 15 Mitgliedstaaten hat einen solchen jedoch der Hauptteil gerade nicht erhoben¹⁶¹.

Auch in der E-Commerce-Richtlinie gilt Art. 3 für verwaltungsrechtliche und zivilrechtliche Regeln gleichermaßen. In der Tat kann die Art der Durchsetzung der jeweiligen Pflicht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergieren.

b) Renvoi, Qualifikation und Vorfrage

Der Renvoi ist schon nach klassischem IPR jedenfalls im Vertragsrecht zurückgedrängt (vgl. Art. 15 EVÜ). Allgemein wird er für verfehlt gehalten für international vereinheitlichtes Kollisionsrecht, jedenfalls für die Kollisionen zwischen den Rechten der Vertragsstaaten.¹⁶² Denn das Ziel, internationale Entscheidungseinheit zwischen den betroffenen Rechten zu steigern, bleibt hier gänzlich unberührt, wenn allein entsprechend der Erstverweisung verfahren wird; es besteht also kein gegenläufiges Interesse, das gegen eine Anknüpfung im Sinne des Anknüpfungspunktes spräche, den der eigene Gesetzgeber als sinnvoll festgelegt hat. Binnenmarktkollisionsrecht wirkt nun in seinem Hauptbestand entweder nur zwischen Mitgliedstaaten – so die Grundfreiheiten mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG) – oder führt zur Anwendbarkeit von Mitgliedstaatenrecht – so die häufig zu findende Klausel, daß die Richtlinienvorgabe stets durchzusetzen sei, wenn ein na-

¹⁶⁰ Nachweise oben N. 23. Ob es sich hierbei schon heute (und nicht nur in Zukunft) um einen Gemeinschaftsrechtsakt handelt, ist zwar umstritten. Vgl. zu den Argumenten, mit Nachweisen zum Streitstand, etwa Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht 1.01 Rz. 6 und 8. Jedenfalls handelt es sich unter allen internationalen Vereinheitlichungsbemühungen, die eine allgemeine kollisionsrechtliche Regelung eines Kerngebietes enthalten, am ehesten um einen solchen.

¹⁶¹ So wurde etwa schon in der ersten Welle der Vorbehalt nach Art. 7 I EVÜ nicht ausgeübt von Belgien, Dänemark, Frankreich, Italien, den Niederlanden, vgl. BGBl. 1991 II 871; 1992 II 550; dem stand (neben Deutschland) nur Großbritannien und Luxemburg gegenüber. Vgl. im einzelnen Fundstellennachweis B, abgeschlossen am 31. 12. 2000, S. 599.

¹⁶² Vgl. Graue, Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Übereinkommen: RabelsZ 57 (1993) 26–50; Siehr (oben N. 134) 452f.; Kropholler, Der Renvoi im vereinheitlichten Kollisionsrecht, in: FS Henrich (2000) 393–402; ders., Internationales Privatrecht – einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts⁴ (2001) 172f. Dort auch zu den (teils abweichenden) Überlegungen für den Fall, daß die Verweisung im vereinheitlichten IPR zu einem Drittstaat führt.

her Kontakt zu einem Mitgliedstaat besteht. Im zweiten Fall darf das Recht des Mitgliedstaats jedenfalls nicht auf ein Drittstaatenrecht weiterverweisen.

Qualifikationsfragen haben ihren Hauptgrund darin, daß jeweils eine Kollisionsnorm für größere Gruppen von Sachnormen einen Anknüpfungspunkt bereithält, daß aber wegen möglicher Polyfunktionalität mancher Sachnormen teils unterschiedliche Kollisionsnormen in Betracht kommen, zumal wenn es sich um Kollisionsnormen verschiedener Rechtsordnungen handelt¹⁶³. Letztlich handelt es sich also um Abgrenzungsprobleme. Im Binnenmarktkollisionsrecht erfassen die Grundfreiheiten, deren »Anknüpfungspunkt« untereinander kaum differiert¹⁶⁴, alle grenzüberschreitenden Sachverhalte, soweit es sich nicht um international dispositives Recht handelt. Die Haupttrennlinie verläuft zwischen harmonisiertem und nicht harmonisiertem Recht. Denn im ersten Fall greifen die Instrumente der Durchsetzung der Umsetzungsverpflichtung ein; und umgekehrt scheidet nach wohl h.M. für die harmonisierten Fragen oder mangels Bedeutung unharmonisiert gelassenen Fragen eine Anwendung strengeren nationalen Rechts im grenzüberschreitenden Fall grundsätzlich aus¹⁶⁵. Im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie haben ähnliche Abgrenzungsprobleme – zwischen Art. 3 und dem Anhang – eine relativ geringe Bedeutung, wenn man in den Ausnahmebereichen noch das primärrechtlich abgesicherte Herkunftslandprinzip anwendet.

Die Vorfrage – d. h. die kollisionsrechtliche Verweisungsfrage für Rechtsinstitute, deren Vorliegen im Rahmen der anwendbaren Sachnorm zu prüfen ist – wird im Rahmen von vereinheitlichtem IPR so behandelt, daß internationaler Entscheidungseinklang gewährleistet ist:¹⁶⁶ Primär wird im vereinheitlichten IPR danach gesucht, ob nicht die kollisionsrechtliche Lösung für das fragliche Institut auch aus dem vereinheitlichten IPR selbst hergeleitet werden kann. In der Tat wirken die kollisionsrechtlichen Gehalte der Grund-

¹⁶³ Dazu *Bernasconi*, Der Qualifikationsprozeß im IPR (1997); *Grundmann*, Qualifikation (oben N. 57); Münch.Komm. BGB(-*Sonnenberger*) Einl. IPR Rz. 444–475; *Mistelis*, Charakterisierungen und Qualifikation im IPR (1999); *Weber*, Die Theorie der Qualifikation (1986).

¹⁶⁴ Diskutiert unter dem Stichwort der Konvergenz der Grundfreiheiten, vgl. dazu: *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht: EuropaR 1992, 145–162; *Classen*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, Absolute und relative Gehalte der Grundfreiheiten: EWS 1995, 97–106; *Eberhartinger*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten: EWS 1997, 43–52; *Weber/Bohr*, Grundfreiheiten, in: Handbuch der europäischen Integration – Strategie, Struktur, Politik der Europäischen Union² hrsg. von *Röttiger/Weyringer* (1996) 315–356 (345f.).

¹⁶⁵ Zu beidem die Hinweise oben in N. 35 und 42.

¹⁶⁶ Zu den beiden im folgenden genannten Wegen im vereinheitlichten Internationalen Privatrecht *Kropholler* (oben N. 162) 224f.; *Schmidt*, The incidental question in private international law: Rec. des Cours 1992-II, 305–415; *Schuz*, A modern approach to the incidental question (1997); *Wienke*, Zur Anknüpfung der Vorfrage bei internationalprivatrechtlichen Staatsverträgen (1977).

freiheiten in ihren verschiedenen Ausprägungen flächendeckend. Sekundär wird dafür plädiert, nicht die eigenen Kollisionsnormen heranzuziehen (so die h.M. für autonomes Kollisionsrecht), sondern diejenigen der Rechtsordnung, der die Sachnorm angehört, die auf das Vorliegen des fraglichen Rechtsinstituts abstellt.

c) Rolle des *ordre public*, Anpassung und sonstige Fragen des Allgemeinen Teils

Auch der Vorbehalt des *ordre public* ist neu zu überdenken¹⁶⁷. In den Gebieten des Vermögensrechts, die derzeit das Gemeinschaftsrecht fast ausschließlich zum Gegenstand hat, wird der Vorbehalt ohnehin für weniger wichtig gehalten¹⁶⁸. Der wichtigste Unterschied zum klassischen Kollisionsrecht besteht darin, daß der Vorbehalt nicht mehr ins Ermessen der Mitgliedstaaten gelegt wird. Vielmehr überprüft der EuGH seine Ausübung anhand der Grundfreiheiten. Der *ordre-public*-Vorbehalt erscheint nicht mehr als Ausfluß der (im Grundsatz uneingeschränkten) staatlichen Souveränität, sondern als europarechtlich kontrollierter Vorbehalt, der (in den unharmonisierten Bereichen) die Möglichkeit autonomer, nationaler Rechtsetzung zur Verfolgung definierter Ziele erhält. In dieser Form hat der Vorbehalt auch Eingang gefunden in Art 3 IV-VI der E-Commerce-Richtlinie.

Anpassungsprobleme sind im Vertragsrecht unwahrscheinlich, solange das Gemeinschaftsrecht vor allem die regulierenden Teile umfaßt¹⁶⁹: Hier entscheidet es darüber, ob punktuell das jeweilige Gastlandrecht zusätzlich Anwendung findet; das Zusammenspiel der großen Gruppen dispositiven Rechts bleibt weiter den nationalen Rechten und dem klassischen Internationalen Privatrecht überantwortet. Im Gesellschaftsrecht erscheinen umgekehrt Anpassungsprobleme durchaus real, etwa in der Konstellation der Entscheidung in Sachen *Centros*: Kann, wenn dänisches Recht den Gläubigerschutz vor allem durch die Festlegung zwingenden Mindestkapitals verfolgt, englisches Recht Anwendung finden, das solch eine Vorschrift für die Private Limited Company nicht kennt, ohne daß auch die englischen insolvenzrecht-

¹⁶⁷ Vgl. zum Themenbereich bereits *Baumert*, Europäischer *ordre public* und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht – unter besonderer Berücksichtigung der sog. mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen (1994); besonders instruktiv *Martiny*, Gemeinschaftsrecht, *ordre public*, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, hrsg. von *v. Bar* (1991) 211–242; sehr früh *Reichelt*, »Europäischer« *ordre public* im autonomen Kollisionsrecht?: ZfRV 16 (1975) 217–226.

¹⁶⁸ Etwa *v. Bar*, Internationales Privatrecht I (1987) Rz. 638; zum Hauptanwendungsgebiet im Familienrecht: *Lüderitz*, Fortschritte im deutschen Internationalen Privatrecht, in: FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln (1988) 271–295 (289f.).

¹⁶⁹ Vgl. nur *Grundmann*, Handelsrecht (oben N. 29) 665–674.

lichen Haftungstatbestände Anwendung fänden, die als funktionales Äquivalent gelten¹⁷⁰?

Auch die sonstigen Institute des Allgemeinen Teils des IPR harren der Diskussion. Neu zu durchdenken sind etwa Institute wie die Gesetzesumgehung¹⁷¹, die Substitution¹⁷², der Statutenwechsel und manch anderes mehr.

2. Keine »kollisionsrechtliche Regelung« (Art. 1 IV der Richtlinie)?

a) Der Streit um den Begriff des Kollisionsrechts

Nach Erwägungsgrund 23 der Präambel und Art. 1 IV der Richtlinie sollen durch die Richtlinie nicht zusätzliche Kollisionsnormen geschaffen werden. Umgekehrt dürfen jedoch nach dem genannten Erwägungsgrund herkömmliche Kollisionsnormen die Freiheit zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft nicht einschränken. Entfalten sie beschränkende Wirkung, verstoßen sie demnach gegen die Richtlinie und sind wegen ihres Nachranges unanwendbar. Kollisionsrechtsgehalte fügt die Richtlinie dem herkömmlichen Kollisionsrecht also allemal zu, indem es manche seiner Gehalte für unanwendbar erklärt. Letztlich erklärt sich die gefundene Formel damit, daß die federführende Generaldirektion Binnenmarkt einem Konflikt mit der (für IPR potentiell vorrangig zu befragenden) Generaldirektion Justiz und innere Angelegenheiten vorbeugen wollte.

Vieldiskutiert ist die Frage, ob das Herkunftslandprinzip und ähnliche Regelungsgehalte, die sich aus dem Primärrecht oder auch dem Sekundärrecht ergeben¹⁷³, als kollisionsrechtlich zu verstehen sind¹⁷⁴. Dies wird teils mit dem

¹⁷⁰ Vgl. dazu *Davies*, Legal Capital in Private Companies in Great Britain: AG 1998, 346–354.

¹⁷¹ Vgl. nur in Sachen *Centros* (EuGH 9.3.1999 [oben N.39]) die Sicht des Nestor des deutschen Internationalen Privatrechts *Kegel*, Es ist was faul im Staate Dänemark – Editorial: EWS 8/1999; auch *Kindler* (oben N.40) 1993 (»Scheinauslandsgesellschaften«); dazu aber auch die Nachweise zur gegenläufigen h.M. in N.40.

¹⁷² Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht, das Recht anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen, geht wohl deutlich weiter; vgl. dazu *Happe*, Überlegungen zur Rolle von Art. 100b EWG-Vertrag im System der Warenverkehrsfreiheit des EWG-Vertrages, in: FS Bleckmann (1993) 119–139; *Matthies*, Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Artikel 100b EWG-Vertrag), in: FS Steindorff (1990) 1287–1301.

¹⁷³ In jüngerer Zeit vgl. etwa wieder Art. 7 II der Kaufrechts-Richtlinie (Nachweise oben N.122) und – dafür vorbildlich – Art. 6 II der AGB-Richtlinie (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG L 95/29). Zum Streit, ob diese Regeln als kollisionsrechtlich zu verstehen sind oder nicht, vgl. etwa *Joustra*, De internationale consumentenovereenkomst (1997) 330–332 (im ersten Sinne); sowie *Fallon*, Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993: *Revue Européenne de Droit de la Consommation* (REDC) 1996, 3–20 (14); *Tenreiro/Gomez*, La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation: REDC 2000, 5–39 (34) (im

Hinweis verneint, die fraglichen Regeln schlossen die Anwendung eines Rechts nur aus, ohne selbst eine Verweisungsnorm zu enthalten¹⁷⁵. Freilich mögen schon die Grundfreiheiten selbst im Sinne eines Günstigkeitsprinzips zu verstehen sein (und dann auch mehrere Verweisungen enthalten)¹⁷⁶. Und andernfalls greift im konkreten Einzelfall eine herkömmliche Verweisungsnorm, die ohne Grundfreiheitenprüfung nicht zur Anwendung gekommen wäre, und beruht somit die Verweisung immerhin auf einer zusammengesetzten Anordnung aus Gemeinschaftsrecht und herkömmlichem Kollisionsrecht. In der Tat ist zwar im Sachrecht auch die für das Gemeinschaftsrecht charakteristische Unanwendbarkeitsklärung von der Nichtigkeit zu unterscheiden.¹⁷⁷ Dennoch wirkt diese, wenn auch für eine begrenztere Zahl von Sachverhalten, im Ergebnis wie die Nichtigkeit.

b) Binnenmarktkollisionsrecht – Kollisionsrecht, jedoch mit eigenständigem Charakter

Fraglich ist freilich viel grundsätzlicher, ob die genannte Diskussion nicht von der eigentlich wichtigen Feststellung und Forschungsperspektive ablenkt: Herkunftslandprinzip und ähnliche Regelungsgehalte, die sich aus dem Primärrecht oder auch dem Sekundärrecht ergeben, haben unzweifelhaft einen Regelungsgehalt für die Frage, welche Rechtsordnung im konkreten Fall zur Anwendung kommt. Und dies ist doch die Kernfrage von Kollisionsrecht. Daß sie inhaltlich fundamental anders gestaltet sein müssen, ist, wenn man die rechtspolitische Eigenständigkeit von Binnenmarktkollisions-

zweiten Sinne); und zuletzt wieder: EU-Kaufrechts-Richtlinie (*van Gerven/Stijns*) (oben N. 122) Art. 7 Rz. 69–73.

¹⁷⁴ *Basedow*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis: *Rabelsz* 59 (1995) 1–55 (12–27); *Roth* (oben N. 93) 660–672; *Drasch* (oben N. 28) bes. 244–260; v. *Wilmowsky*, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit: *Rabelsz* 62 (1998) 1–37; im Grundsatz auch *Bernhard*, Cassis de Dijon und Kollisionsrecht – am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs: *EuZW* 1992, 437–443 (438–440); *Brödermann*, Das Europäische Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des IPR, in: *ders./Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht (1994) 207–222; *Gebauer*, Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa: *IPRax* 1995, 152–156 (bes. 155f.); speziell für die E-commerce-Richtlinie *Mankowski*, Internet 912f.; *Nickels*, Der elektronische Geschäftsverkehr und das Herkunftslandprinzip: *DB* 2001, 1919–1923 (1921f.).

¹⁷⁵ Münch.Komm. BGB(-*Sonnenberger*) Einl. IPR Rz. 137 (jedenfalls nicht »im positiven Sinn«); *Staudinger(-Fezer)* Int. Wirtschaftsrecht (2000) Rz. 433; *Freitag* (oben N. 154) 339; und im Zusammenhang mit der E-commerce-Richtlinie *Fezer/Koos* 350; *Löffler* (oben N. 77) 380f.

¹⁷⁶ Nachweise oben N. 93.

¹⁷⁷ Unanwendbar ist die fragliche nationale Norm nämlich nur in Binnenmarktsachverhalten, nicht gegenüber Drittstaaten und im Rahmen der Grundfreiheitendogmatik auch nicht im reinen Inlandssachverhalt: vgl. nur *EuGH* 19. 3. 1992 – Rs. C-60/91 (*José António Batista Morais*), *Slg.* 1992, I-2085 (I-2105) (mit weiteren Nachweisen).

recht ernstnimmt, selbstverständlich. Viel wichtiger als die Frage, ob der Wirkungsmechanismus in jedem Detail vergleichbar ist, ist doch die Frage, wie Kollisionsnormen zugeschnitten sein müssen, um auf die spezifischen Bedürfnisse einer integrierten Vielrechtsordnung zu reagieren. In diesem Punkt ist in der Tat richtig, daß herkömmliches Kollisionsrecht durch sein Abstrahieren vom Sachrecht viel an Rechtssicherheit gewinnt und weltweit auf Sachverhalte Anwendung finden kann, während im Binnenmarktkollisionsrecht Sachrechtsfragen und -abwägungen in jedem Einzelfall wichtig sind: etwa ob das Herkunftslandrecht gleichwertig ist oder beispielsweise auch ob die aufgeworfene Frage Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen ist.

Will man der Eigenständigkeit in der Technik und auch in den zentralen Anknüpfungspunkten Ausdruck verleihen, zugleich jedoch auch dem Umstand, daß es dennoch auch hier um die Kernfrage geht, nach welcher Rechtsordnung eine Fallfrage letztlich entschieden wird, so bietet sich der Begriff des Binnenmarktkollisionsrechts an – eigenständig und dennoch auf die Grundsatzfrage nach dem räumlichen Anwendungsbereich von Rechtsordnungen bezogen.

Mit der neuen Kompetenznorm in Art. 65 EG, der Ersetzung des EuGVÜ durch Verordnung, einem anstehenden gleichen Schritt für das EVÜ¹⁷⁸ und der Schaffung eines einheitlichen Internationalen Deliktsrechts¹⁷⁹ steht die derzeitige Dynamik des für den Binnenmarkt geschaffenen oder zu schaffenden Kollisionsrechts außer Frage. Nicht alle Maßnahmen bilden Binnenmarktkollisionsrecht im engen Sinne, weil es sich zwar um Rechtsakte der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten in ihrem Verbund handelt, diese jedoch weltweit auf Sachverhalte Anwendung finden sollen und nicht spezifisch auf Integrationsbedürfnisse reagieren. Dennoch tragen sie zu einem wichtigen Befund bei: Im Kollisionsrecht ist das Verhältnis zwischen nationalem und supranationalem Recht längst verkehrt. Das Bild der Inseln supranationalen Rechts im Meer nationalen Rechts mag im Sachrecht noch zutreffen, im Kollisionsrecht sicherlich nicht. Diese Aussage bezieht sich nun nicht mehr nur auf die Herkunft der wichtigsten Rechtsakte. Vielmehr unterliegen alle Kollisionsnormen zugleich auch einer Überformung speziell für die Integrationsbedürfnisse im Binnenmarkt. Denn zum einen erfassen die insoweit zentral wichtigen Grundfreiheiten alle grenzüberschreitenden Sachverhalte im Binnenmarkt. Und zum anderen enthalten fast alle bzw. viele Sekundärrechtsakte zwei Regeln mit kollisionsrechtlichem Gehalt: die Regel, daß strengeres nationales Recht zugelassen wird, jedoch nur soweit die Integra-

¹⁷⁸ Zur Ersetzung des EuGVÜ Nachweise oben N. 18. Für das EVÜ ist Vergleichbares geplant; vgl. nur *Jayne/Kohler* (oben N. 23) 510.

¹⁷⁹ Zur geplanten Verordnung zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen vgl. etwa *Nickels* (oben N. 174) 1922; *Siehr* (oben N. 134) 239. Am 3. 5. 2002 legte die Generaldirektion Inneres und Justiz einen Vorentwurf vor, in 2003 wird ein Vorschlag erwartet.

tionsordnung des EG-Vertrags nicht tangiert wird¹⁸⁰; und die (nicht ganz so flächendeckend zu findende) Regel, daß der Standard der Richtlinie nicht durch Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Drittstaates abbedungen werden kann, wenn ein enger Bezug zur Gemeinschaft besteht¹⁸¹.

Das Binnenmarktkollisionsrecht kann als das Kollisionsrecht verstanden werden, das Integrationsbedürfnissen und -schritten speziell gewidmet ist. Da heute die Mehrzahl aller grenzüberschreitenden Sachverhaltsgestaltungen für die Mitgliedstaaten solche des Binnenmarktes sind, ist das Binnenmarktkollisionsrecht ein prioritärer Betrachtungsgegenstand für alle Mitgliedstaaten, auch für die deutsche Kollisionsrechtswissenschaft. Der Versuch, es konzeptionell in das Prokrustesbett eines Kollisionsrechts zu zwingen, das nicht auf eine integrierte Rechtsordnung zugeschnitten ist, ist fragwürdig.

V. Zusammenfassung

Gut zwei Drittel der Auslandssachverhalte der Mitgliedstaaten sind heute Binnenmarktsachverhalte, mit steigender Tendenz. Dies macht es wahrscheinlich, daß in der Gemeinschaft (wie in den USA) Kollisionsrecht zunehmend primär auf grenzüberschreitende Geschäfte und Sachverhalte im Binnenmarkt zugeschnitten wird (»interlokales Recht«). Jedenfalls ist es verfehlt, die Integrationseignung von Kollisionsrecht im Binnenmarkt nur marginal zu behandeln.

Die E-Commerce-Richtlinie ist ein Meilenstein in dieser Entwicklung. In ihrem Art. 3 wird das sog. Herkunftslandprinzip erstmals sekundärrechtlich für einen Großbereich des Absatzes festgeschrieben. Mit kleineren Abweichungen galt das Herkunftslandprinzip freilich bereits kraft primärrechtlicher Anordnung, dort aber mit einem wichtigen Ausnahmebereich, den nunmehr die Richtlinie abdeckt: dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb. Die Richtlinie regelt den elektronischen Geschäftsverkehr mit seinen verschiedenen Rechtsproblemen, also flächendeckend, wenn auch fragmentarisch. Auch das primärrechtlich angeordnete Herkunftslandprinzip gilt sehr breit. Daher können für den elektronischen Geschäftsverkehr das klassische Kollisionsrecht, nach dem weiter die Drittlandbeziehungen zu beurteilen sind, und das Binnenmarktkollisionsrecht, vor allem mit dem Herkunftslandprinzip, breit einander gegenübergestellt werden. Vorliegend wurde das Recht gegen unlauteren Wettbewerb, das (Verbraucher-)Vertragsrecht, das Recht des geistigen Eigentums (mit Urheberrecht) und das Recht der deliktischen

¹⁸⁰ Im Europäischen Schuldvertragsrecht gilt dies für alle Rechtsakte mit Ausnahme der (älteren) Produkthaftungs- und Handelsvertreter-Richtlinie; vgl. genaue Auflistung und auch Hinweis auf die sehr ähnliche, wenn auch weniger explizite Rechtslage im Europäischen Gesellschaftsrecht Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht S. 77–81.

¹⁸¹ Vgl. nur Beispiele oben N. 173.

Schadensersatzansprüche sowie der Unterlassungsansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverstößen behandelt. Stets war nicht nur der Unterschied zu konstatieren, sondern auch seine Bedeutung, vor allem seine Integrationsrelevanz, zu beleuchten. In der Tat ist Binnenmarktkollisionsrecht nicht nur rechtsdogmatisch erheblich anders – schon dies gilt es zu betonen –, sondern auch rechtspolitisch. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob sehr weitgehend auf ein Heimatrecht des Anbieters aus einem Mitgliedstaat – welchem auch immer – verwiesen wird oder auf das Heimatrecht des Anbieters aus irgendeinem Drittstaat – das können auch etwa die Bermudas sein.

Ein zentrales Merkmal von Binnenmarktkollisionsrecht (neben seinem stärkeren Sachrechtsbezug) ist wichtig gerade für den elektronischen Geschäftsverkehr und die dort beklagte Verflüchtigung der Anknüpfungspunkte: Gemeinschaftsrecht ist zuvörderst Unternehmensrecht. Mit der Beurteilung der Verantwortlichkeit nach seinem Heimatrecht wird nicht nur dem jeweiligen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, einen viel größeren Markt nach einem Recht zu bedienen, sondern auch ein sicherer Anknüpfungspunkt und eine klare Überwachungszuständigkeit geschaffen.

Binnenmarktkollisionsrecht sollte nicht nur von den Transaktionsvolumina her zunehmend Leitbildcharakter haben. In den erörterten Gebieten schien auch vielfach auf, daß Binnenmarktkollisionsrecht ein erhebliches Vereinfachungspotential birgt und dies keineswegs zu Lasten der rechtspolitischen Überzeugungskraft. Mit dem viel stärkeren Sachrechtsbezug könnte sich der Stil des Kollisionsrechts ändern, der Diskurs mit den sachrechtlichen Disziplinen stärker werden. In den Integrationsgebieten wachsen der Rechtsvergleichung, obwohl sie hier noch eher jung und vielleicht auch noch schwächer ist, zusätzliche Aufgaben zu.