

Frank Walk

Das Herkunftslandsprinzip der E-Commerce-Richtlinie

Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG und
seine Umsetzung in deutsches Recht



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist
bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich**

Zugleich: Dissertation, Augsburg, Univ., 2002

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2002

ISBN 3-8316-0166-6

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 – Fax: 089/277791-01

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	I-VIII
Literaturverzeichnis	IX-XVIII
Einleitung	1-2
Teil 1: Die E-Commerce-Richtlinie	3-123
Teil 2: Gesetz zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie	123-148
Anhang 1: Text der Richtlinie 2000/31/EG	
Anhang 2: Text des Teledienstgesetzes (TDG)	

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IX
Einleitung	1
Teil 1: Die E-Commerce-Richtlinie	
I. Grundlagen	
1. Historische Entwicklung und Struktur des Internet	3
a) Entwicklung	3
b) Struktur	3
2. Grundsätzliches zum E-Commerce	4
a) E-Commerce in tatsächlicher Hinsicht	4
b) E-Commerce in rechtlicher Hinsicht	5
c) Grundlegende Problematik des E-Commerce	6
3. Die E-Commerce-Richtlinie	7
a) Ausgangspunkt und Ziele	7
b) Vorgeschichte	9
c) Inhalte	10
d) Umsetzung in deutsches Recht	11
4. Problemlage	12
a) Gegenstand der Untersuchung	12
b) Gang der Untersuchung	13
II. Inhalt des Herkunftslandsprinzips der E-Commerce-Richtlinie	
1. Allgemeines	14
2. Anwendungsbereich des Herkunftslandsprinzips	15
a) Niederlassung innerhalb der Gemeinschaft	15
aa) Bestimmung der Niederlassung	16
bb) Innerstaatliche Dienste	16
b) Dienste der Informationsgesellschaft	17
aa) Dienste	17
(1) Elektronisch erbracht oder vermittelt	18
(2) Dienstleistungen	18
bb) Warengeschäfte	18
(1) Schwerpunkttheorie	19
(2) Terminologie der Richtlinie	19

cc)	Werbefinanzierte Dienste	20
dd)	Kommerzielle Kommunikation	20
c)	Koordinierter Bereich	21
aa)	Allgemein	22
bb)	Sonderproblem der Selbstkontrolle	23
(1)	Definition	23
(2)	Freiwillige Selbstkontrolle in Deutschland	24
(3)	Bedeutung	24
3.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie	25
a)	Ausnahmen gem. Art. 1 E-Commerce-Richtlinie	26
aa)	Besteuerung	26
bb)	Richtlinien 95/49/EH und 97/66/EG	27
cc)	Kartellrecht	27
dd)	Weitere Tätigkeiten	27
b)	Ausnahmen gem. Art. 1 Abs. 3 E-Commerce-Richtlinie	28
aa)	Problem	28
bb)	Beispiel	29
cc)	Lösungsvorschlag	30
c)	Ausnahmen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 E-Commerce-Richtlinie	
i.V. mit dem Anhang	30	
aa)	Überblick	30
bb)	Verbraucherverträge	31
cc)	Weitere Bereiche	32
d)	Ausnahmen vom Herkunftslandsprinzip nach Art. 3 Abs. 4	
Zwischenergebnis	33	
4.	Rechtfertigung des Herkunftslandsprinzips	34
a)	Angleichung des Sachrechts	34
b)	Vereinheitlichung im Wege des Kollisionsrechts	35
c)	Vereinheitlichung über ein Herkunftslandsprinzip	35
aa)	Das Herkunftslandsprinzip der Fernsehrichtlinie	36
bb)	„horizontaler“ Ansatz	37
cc)	Vorzüge und Gefahren des Herkunftslandsprinzips	38

III

III. Verhältnis des Herkunftslandsprinzips zum IPR

1.	Meinungsstand im Überblick	39
2.	Kollisionsrechtliches Verständnis des Herkunftslandsprinzips	40
a)	Zweck	40
b)	Prinzip der Anerkennung	41
c)	Anhang zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie	42
3.	Gesamtrechtsverweisung	43
4.	Sachrechtliches Verständnis	44
a)	Wortlaut	44
b)	Das primärrechtliche Herkunftslandsprinzip	45
aa)	Begrenzte Unanwendbarkeit nationaler Vorschriften	46
bb)	Kollisionsrechtliche Schlussfolgerungen	46
cc)	Regelungsgehalt der Grundfreiheiten	47
c)	Milderes Mittel	48
d)	Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie	48
e)	Rom-II-Abkommen	49
5.	Eingriffsrechtliches Verständnis	49
	Zwischenergebnis	51

IV. Folgen des Herkunftslandsprinzips

1.	Werbeformen im Internet	52
a)	Homepage	52
b)	Banner	53
c)	Interstitials	54
d)	Pop-ups	54
e)	Websponsoring	54
f)	Links	55
g)	Werbung über Versand von E-Mails	56
h)	Sonstige Werbemaßnahmen	56
2.	Betroffene Bereiche neben dem Werberecht	56
3.	Darstellung des geltenden Marktortprinzips	57
a)	Allgemein	57
aa)	Tatort	57
bb)	Marktort	58
b)	Sonderfall Multistate-Wettbewerbshandlungen	59

IV

aa)	Einschränkung des Marktortprinzips	59
bb)	Internetfälle	60
Zwischenergebnis	62	
V.	Vergleich Online/Offline	
1.	Fall: angelehnt an Keck	63
a)	Fall Offline	63
aa)	Reichweite des Art. 28 EGV	64
(1)	Allgemeines zu Art. 28 EGV	65
(2)	Maßnahmen gleicher Wirkung	66
(3)	Zwingende Erfordernisse	66
(4)	Verhältnismäßigkeit	67
(5)	Verkaufsmodalitäten und Produktvorschriften.....	68
bb)	Ergebnis	69
b)	Übertragung Online	69
2.	Fall: angelehnt an Oosthoek	70
a)	Fall Offline	70
aa)	Recht der Zugaben in Europa	70
bb)	Maßnahme gleicher Wirkung	72
cc)	Zwingende Erfordernisse	72
dd)	Verkaufsmodalitäten	73
ee)	Ergebnis	73
b)	Übertragung Online	73
Zwischenergebnis	74	
3.	Vereinbarkeit der Reichweite des Herkunftslandsprinzips mit der Reichweite des EG-Vertrages	75
a)	Einschränkende Auslegung	75
ff)	Wortlaut	75
gg)	Werberegelungen	76
hh)	Weitere Komplizierung der Rechtslage	76
b)	Sonderfall: Euro-Marketing	77
aa)	Sonstige Verkaufsmodalitäten	77
bb)	Sinn und Zweck der Grundfreiheiten	78
cc)	Fall: angelehnt an Familia-Press	79
c)	E-Commerce als einheitliches Marketingsystem	80

Zwischenergebnis	80
4. Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen	81
a) Nochmals Familia-Press	82
b) Übertragung Online	82
Zwischenergebnis	84
c) Umfang der Privilegierung	84
aa) Art. 3 Abs. 4 bis 6 E-Commerce-Richtlinie	85
(1) Allgemeines	85
(2) Schutzziele	87
(3) „unbeschadet gerichtlicher Klagen“	88
bb) Missbrauchsklausel	89
d) Rechtfertigung der Privilegierung der Online-Dienste	91
aa) Kompetenz des Richtliniengebers	91
bb) Sachliche Rechtfertigung der Privilegierung von Online-Diensten	92
(1) Schutzwürdigkeit der Empfänger	92
(2) Zwang zur Grenzüberschreitung	93
5. Abschließender Fall: angelehnt an DocMorris	94
a) Kaufvertrag	95
aa) Anwendbares Recht	95
bb) Ausnahmetatbestand	96
cc) Einfluss des Europarechts	97
b) Werbung	98
aa) Anwendbares Recht	98
bb) Verstoß gegen § 1 UWG	99
cc) Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetz	99
dd) Einfluss des Europarechts	100
c) Unter der Geltung des Herkunftslandsprinzips	100
aa) Kaufvertrag	101
bb) Werbung	101
(1) Rechtfertigung nach Art. 1 Abs. 3 E-Commerce-Richtlinie	102
(2) Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 E-Commerce-Richtlinie	102

Ergebnisse	103
VI. Kritik am Herkunftslandsprinzip der E-Commerce-Richtlinie	
1. Inländerdiskriminierung neuer Qualität	105
a) Darstellung der Inländerdiskriminierung	105
aa) Fall: angelehnt an Alpine Investments	105
bb) Ergebnis	107
b) Unterschied zum herkömmlichen Problem der Inländerdiskriminierung	107
aa) Klassische Problematik der umgekehrten Diskriminierung	107
bb) Diskriminierung im E-Commerce	108
c) Benachteiligung durch die nationale Rechtsordnung	108
d) Berufung der Inländer auf die Grundfreiheiten	109
aa) Anwendbarkeit des Art. 49 EGV	109
(1) Adressat des Art. 49 EGV	109
(2) Grenzüberschreitung	109
bb) Verbotene Dienstleistungshemmnisse	110
aa) Spezifische Beschränkungen des Exports	111
bb) Sonderfall Euro-Marketing	111
e) Folgerungen	112
cc) Möglichkeit der Berufung auf die Grundfreiheiten	112
dd) Verhältnis zum Herkunftslandsprinzip	112
f) Vorwurf der Mittelstandsfeindlichkeit	114
aa) Benachteiligung am Inlandsmarkt	114
bb) Auslandsmarkt	115
Zwischenergebnis	115
2. Weitere Kritikpunkte am Herkunftslandsprinzip	116
a) „race to the bottom“	116
b) Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung	117
aa) Begründung	117
bb) Bewertung	118
(1) Keine Relevanz für den E-Commerce	118
(2) Nationale Gründe	119
(3) Zugabeverordnung	119

VII

103	cc) Europarechtliche Vorgaben	120
105	(1) Benachteiligung am Inlandsmarkt	120
105	(2) Benachteiligung am Auslandsmarkt	121
105	c) Räumliche Zersplitterung in europäische und außereuropäische Sachverhalte	122
107	Teil 2: Gesetz zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie	
107	I. Allgemeines	
107	1. Formwirksamkeit elektronischer Verträge	124
08	2. Informationspflichten	124
08	3. Teledienstegesetz	124
08	4. Umsetzung des Herkunftslandsprinzips	125
09	II. § 4 Abs. 1 TDG n.F.	
09	1. Regelung	125
09	2. Satz 1	126
09	3. Satz 2	127
09	a) Mehrere Marktorte	127
09	b) Ausschließlich ausländischer Marktort	128
09	aa) Verstoß des § 4 Abs. 1 TDG n.F. gegen das Regulierungs gebot des Art. 3 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie	128
09	(1) Bestehen des Regulierungsgebot	128
09	(2) Verstoß gegen das Regulierungsgebot	129
09	(3) Einschränkung des Regulierungsgebots	130
09	bb) Begrenzung durch das Sachrecht des Herkunftslandes	131
09	(1) Günstigkeitsvergleich zwischen Sachrecht und den Rechtsfolgen des Kollisionsrecht	131
09	(2) Günstigkeitsvergleich zwischen Sachnormen	131
09	(3) Unanwendbarkeit des § 4 Abs. 1 S. 2 TDG n.F. ...	132
09	cc) Kein effektives Entgegenkommen	133
09	(1) Zwang zur Ermittlung ausländischen Rechts	133
09	(2) Gefahr der engeren Auslegung des Herkunftslands- prinzips durch andere Mitgliedstaaten	134
09	dd) Widerspruch zwischen dem Günstigkeitsvergleich des Herkunftslandsprinzips und des IPR	134

VIII

III.	§ 4 Abs. 2 TDG n.F.	
1.	Regelung	135
2.	§ 4 Abs. 2 S. 2 TDG n.F.	136
a)	Mehrere Marktorte	136
aa)	Regulierungsgebot	137
bb)	Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie	137
(1)	Rechtfertigung des Gesetzgebers	137
(2)	Einschränkende Auslegung	137
cc)	Vermehrte Anwendung ausländischen Rechts	138
b)	Ausschließlich inländischer Marktort	139
aa)	Günstigkeitsvergleich zwischen Sachrecht und kollisionsrechtlichen Rechtsfolgen	139
bb)	Günstigkeitsvergleich zwischen Sachnormen	139
cc)	Teleologische Reduktion des § 4 Abs. 2 TDG n.F	141
IV.	§4 Abs. 3 TDG n.F.	
	Zwischenergebnis	143
V.	Prozessuale Konsequenzen	
VI.	Ergebnisse und Ausblick	
1.	Anwendungsbereich	144
2.	Verhältnis zum IPR	145
3.	Wirkungen des Herkunftslandsprinzips	145
a)	Keine Erweiterung der Waren- und Dienstleistungsfreiheit	146
b)	Eingeschränkte Erreichung der Ziele	146
c)	Inländerdiskriminierung	146
5.	Deutsche Umsetzung	147
6.	Ausblick	147

Anhang 1: Text der E-Commerce-Richtlinie

Anhang 2: Text des Teledienstegesetzes (TDG)

Literaturverzeichnis

Aufsätze, Bücher etc.

- Ackermann, Thomas*, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“, RIW 1994, S. 189 ff.
- Ahrens, Hans-Jürgen*, Das Herkunftslandsprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, S. 835 ff.
- Apel, Jürgen/Grapperhaus, Tanja*, Das Offline-Online Chaos, WRP 1999, S. 1247 ff.
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*, Wettbewerbsrecht, 21. Auflage, München 1999.
- Beckmann, Christoph*, Werbeselbstdisziplin in Deutschland und Europa, WRP 1991, S. 702 ff.
- Berneke, Wilhelm*, Zum Lauterkeitsrecht nach einer Aufhebung von Zugabenverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, S. 615 ff.
- Bernhard, Peter*, Cassis de Dijon und Kollisionsrecht – am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs, EuZW 1992, S. 437 ff.
- Bernhard, Peter*, Buchbesprechung, RabelsZ 63 (1999), S. 175 ff.
- Bernhard, Peter*, Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, Diss. Würzburg 1993.
- Birsch, Klaus*, EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, S. 235 ff.
- Bleckmann, Albert*, Europarecht, 6. Auflage, Köln, München u.a. 1997.
- Bleiweiß, Christian*, Rechtliche Aspekte des E-Commerce, JA 2000, S. 506 ff.
- Bodewig, Theo/Henning-Bodewig, Frauke*, Rabatte und Zugaben in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, WRP 2000, S. 1341 ff.
- Bodewig, Theo*, Elektronischer Geschäftsverkehr und unlauterer Wettbewerb, GRUR Int. 2000, S. 475 ff.
- Bodewig, Theo*, Vorrang wirtschaftlicher Interessen im Medienrecht? JZ 2000, S. 659 ff.
- Boehme-Neßler, Volker*, Rechtsprobleme der Internet-Werbung, ZUM 2001, S. 547 ff.

Einleitung

Ende des Jahres 2000 nutzten mehr als 20 Millionen Bundesbürger – zumindest gelegentlich – das Internet und seine Angebote¹. Mit über 200 Millionen Nutzern weltweit gehört das Internet schon heute zu den führenden Massenmedien. Die Zahl der Nutzer steigt mit jährlich mehr als 30 % deutlich stärker als bei anderen Massenmedien. Noch größeres Wachstum wird bei den Umsätzen im E-Commerce erwartet². Ob sich diese Erwartungen erfüllen, lässt sich kaum vorhersagen, besonders wegen der Rückschläge der gesamten Branche in der jüngeren Vergangenheit. Jedoch zweifelt kaum jemand daran, dass die Bedeutung des E-Commerce wächst.

E-Commerce ist nichts grundlegend Neues. Unternehmen tauschen seit Jahren Geschäftsdaten über verschiedene – oft geschlossene und firmeneigene – Kommunikationsnetze aus. Im Unterschied dazu bildet das Internet ein offenes Netz und ermöglicht länderübergreifende Kommunikation und Wirtschaftsverkehr zwischen Unternehmen und zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

Das Internet ist aber nicht einfach nur länderübergreifend, sondern von Grund auf international. Es kennt technisch keine nationalen Grenzen. Ein Angebot das in das Internet gestellt wird, kann technisch nicht auf einzelne oder bestimmte Empfängerländer begrenzt werden, es ist sozusagen grenzignorierend.³ Die Probleme der Unbegrenzbarkeit des Internet zeigt bereits folgender kurzer Beispielsfall⁴:

Ein Apotheker in den Niederlanden bietet auf seiner Internetseite den Verkauf und die Lieferung von Medikamenten an, die in den Niederlanden nicht rezeptpflichtig sind. Im Gegensatz zu den Niederlanden dürfen in Deutschland Arzneien nicht im Versandhandel an Endverbraucher verkauft werden. Die öffentliche Werbung gegenüber Verbrauchern für den Versandhandel ist ebenfalls verboten. Wenn nun deutsche Verbraucher über das Internet bei dem niederländischen Apotheker

¹ Beilage NJW 6/2001 Anwalt 6/2001 S. 18.

² Eierhoff, MMR 2000, 57.

³ Moritz, CR 2000, 61.

⁴ Dem Beispiel liegen die Entscheidungen LG Frankfurt/M. v. 09.11.2000 – 2-03 O 366/00 und LG Berlin v. 07.11.2000 – 103 O 192/00, MMR 2001, 243 ff. sowie LG Frankfurt/M. v. 09.11.2000 – 2-03 O 365/00 (nicht veröffentlicht) zugrunde.

Arzneien bestellen, ergeben sich verschiedene juristische Fragen: Welches Recht ist auf den Kaufvertrag anwendbar, welches Recht auf die Werbung im Internet? Ist der Anbieter, der das Angebot nicht auf das Land seiner Niederlassung begrenzen kann und wohl auch nicht will, gezwungen sich den deutschen Vorschriften anzupassen oder gar ganz auf diese Form des Absatzes zu verzichten, obwohl er sich in den Niederlanden rechtmäßig verhält? Muss er im Zweifel die Rechtsordnungen sämtlicher Nationen beachten, in denen sein Angebot abgerufen werden kann, oder soll er nur die in seinem Staat geltenden Vorschriften beachten müssen? Wird der vorsichtige Unternehmer nicht eher auf ein solches Angebot verzichten, als sich dem Risiko unbekannter Rechtsordnungen auszusetzen?

Um die sich aus der Internationalität ergebenden juristischen Hindernisse für das Angebot gewerblicher Leistungen im Internet zu beseitigen, haben das Europäische Parlament und der Rat die so genannte E-Commerce-Richtlinie⁵ erlassen.

Zentraler Punkt der Richtlinie ist das Herkunftslandsprinzip⁶ (Art. 3 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie)⁷. Danach soll sich ein Anbieter von Internet-Diensten grundsätzlich nur an den Rechtsvorschriften des Ortes seiner Niederlassung orientieren müssen. Mit der Einführung des Herkunftslandsprinzips soll die Unsicherheit der Diensteanbieter darüber, welchem Recht sie unterliegen, beseitigt werden⁸.

Ob das Herkunftslandsprinzip und seine Umsetzung in deutsches Recht dieses Ziel erreichen und welche Probleme damit verbunden sind, untersucht diese Arbeit.

⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 v. 17.07.2000.

⁶ Der Begriff des Herkunftslandsprinzips ist unklar. Je nachdem, worauf man das Herkunftsland bezieht, kann er anderes meinen, z.B. das Land aus dem eine Person kommt, das Land aus dem eine Leistung kommt, das Land in dem ein Recht begründet wurde. So zu Recht Sonnenberger, Zgl/RWiss 100 (2001), 107 (129 Fn. 95). Nach Art. 3 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie ist das Land der Niederlassung des Diensteanbieters gemeint.

⁷ Das Herkunftslandsprinzip wurde erstmals im Folgedokument zum Grünbuch Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt, KOM (1998) 121 endg. vom 4.3.1998 entwickelt; im Grünbuch selbst KOM (1996) 192 endg. vom 8.6.1996 kommt es demgegenüber nur am Rande vor.

⁸ Erwägungsgrund Nr. 4 zur Richtlinie 2000/31/EG, ABl. EG Nr. L 178 v. 17.07.2000.