Urheber- und wettbewerbsrechtliche Prob- leme von Linking und Framing

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth

vorgelegt

von

Stephan Ott aus Bayreuth

Inhaltsübersicht

| 2. | Teil: Internationales Privatrecht | | | |
|------|--|------|--|--|
| I. | Internationales Wettbewerbskollisionsrecht | _135 | | |
| 1. | Grundzüge | _135 | | |
| 2. | Das Herkunftslandprinzip als europäische Kollisionsnorm? | _142 | | |
| 3. | Wettbewerbshandlungen im Internet | _163 | | |
| II. | Internationales Urheberkollisionsrecht | _199 | | |
| 1. | Grundzüge | _199 | | |
| | Schutzlandprinzip und Internet | _202 | | |
| III. | Originäres Cyberlaw | _221 | | |
| 1. | Cyberspace und staatsfreie Gebiete | _221 | | |
| 2. | Weitere Ansätze zur inhaltlichen Ausgestaltung eines Cyberlaw und zu | | | |
| | seiner Durchsetzung – Netiquette und "Provider-Law" | 234 | | |

Inhaltsverzeichnis

| 2. | Teil: Internationales Privatrecht | _135 | | |
|---|---|------|--|--|
| I. Internationales Wettbewerbskollisionsrecht | | | | |
| 1. | Grundzüge | | | |
| | a) Deliktskollisionsrecht | _136 | | |
| | b) Wettbewerbskollisionsrecht | _137 | | |
| | (1) Stahlexport-Entscheidung | _139 | | |
| | (2) Tampax-Entscheidung | _140 | | |
| | (3) Gran Canaria-Entscheidung | _141 | | |
| | (4) Zusammenfassung | _142 | | |
| 2. | Das Herkunftslandprinzip als europäische Kollisionsnorm? | _142 | | |
| | a) Warenverkehrsfreiheit und internationales Privatrecht | _143 | | |
| | (1) Die Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag | _143 | | |
| | (2) Kollisionsrechtlicher Gehalt des primären Gemeinschaftsrechts | _144 | | |
| | b) Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie | 146 | | |
| | (1) Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie | 147 | | |
| | aa. Dienste der Informationsgesellschaft zwischen den | | | |
| | Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft | _147 | | |
| | bb. Koordinierter Bereich | _148 | | |
| | (2) Herkunftslandprinzip | _149 | | |
| | aa. Darstellung | 149 | | |
| | bb. Kritik am Herkunftslandprinzip in der Literatur | 149 | | |
| | (3) Einschränkungen des Herkunftslandprinzips | 151 | | |
| | aa. Begrenzter Anwendungsbereich | _151 | | |
| | bb. Rechtsprechung des EuGH zum Missbrauch der | | | |
| | Grundfreiheiten | 151 | | |
| | cc. Schutzklauselverfahren | 152 | | |
| | (4) Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum Kollisionsrecht | _153 | | |
| | aa. Reichweite der Bezugnahme auf innerstaatliche Vor- | | | |
| | schriften | 153 | | |
| | bb. Kollisionsrechtlicher Gehalt des Herkunftslandprinzips | 155 | | |
| | cc. Günstigkeitsprinzip | 157 | | |

Inhaltsverzeichnis

| | dd. Ergebnis | 160 |
|----|---|-----|
| | c) Die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in § 4 TDG | 161 |
| 3. | | 163 |
| | a) Möglichkeiten der Beschränkung des Zugriffs aus bestimmten | |
| | Staaten | 165 |
| | (1) Möglichkeiten zur Territorialisierung des Internets aus der | |
| | Sicht der Gerichte | 165 |
| | aa. Playboy v. Chuckleberry | 165 |
| | bb. Yahoo-France Entscheidung | 166 |
| | (2) Technik zur Territorialisierung des Internets | 169 |
| | aa. Vorteile für Unternehmen bei einer Territorialisierung d | es |
| | Internets | 169 |
| | bb. Vorhandene technische Möglichkeiten und zu erwarten | de |
| | Entwicklungen | 170 |
| | cc. Bewertung der Technik | 172 |
| | b) Kriterien zur Bestimmung der Zielrichtung einer Website | 175 |
| | (1) Sprache | 175 |
| | aa. Allgemeines | 175 |
| | bb. Webseitenangebot in mehreren Sprachen | 176 |
| | cc. Übersetzungsdienste im Internet | 178 |
| | (2) Zahlungsmittel | 178 |
| | aa. Angabe in mehreren Währungen | 179 |
| | bb. Kreditkarten | 179 |
| | cc. Internetspezifische Zahlungssysteme | 179 |
| | (3) Begleitende Werbung in anderen Medien | 181 |
| | (4) Charakter der Dienstleistung und Marktbedeutung | |
| | (5) Mögliche weitere Indizien in der Übersicht | |
| | c) Eigener Ansatz | 186 |
| | (1) Darstellung | 186 |
| | (2) Mögliche Einwände und ihre Wiederlegung | 188 |
| | aa. Abschreckungseffekt | 188 |
| | bb. Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung | 189 |
| | cc. Ungerechtigkeiten bei automatischen Bestellverfahren _ | |
| | dd. Ungerechtigkeiten bei online erbrachten Leistungen | 190 |
| | (3) Vorteile des gefundenen Ergebnisses: Vorhersehbarkeit, | |
| | Steuerbarkeit und leichte Feststellbarkeit | 192 |
| | (4) Unterschiede zur Vornahme einer Gesamtabwägung aufgru | ınd |
| | verschiedener Indizien | 193 |

| | d) | Auswirkungen von Links auf das gefundene Ergebnis | 194 |
|------|-----|---|-------------|
| | | (1) Links zu der eigenen Webseite | 194 |
| | | aa. Werbebanner | 195 |
| | | bb. "Gewöhnliche Links" | 195 |
| | | (2) Link von der eigenen Webseite weg | 196 |
| | | (3) Link selber als wettbewerbswidrige Handlung | 196 |
| | | (4) Link auf eine Webseite mit wettbewerbswidriger Handlung | 197 |
| II. | Int | ernationales Urheberkollisionsrecht | 199 |
| 1. | Gr | undzüge | 199 |
| 2. | Scł | nutzlandprinzip und Internet | 202 |
| | a) | Zwingende kollisionsrechtliche Vorgaben der RBÜ? | 204 |
| | b) | Überlegungen zur Bestimmung des Urheberrechtstatuts | 206 |
| | | (1) Universalitätsprinzip | 206 |
| | | (2) Anknüpfung an das Recht des Ursprungslandes | 208 |
| | | aa. Satellitensendungen und Sendelandtheorie | 208 |
| | | bb. Sendelandtheorie und Internet | 209 |
| | | cc. Keine Sendelandtheorie durch die E-Commerce-Richtlinie | 211 |
| | | dd. Keine Sendelandtheorie durch WCT oder WPPT | 212 |
| | | (3) Übertragbarkeit deliktsrechtlicher Ansätze auf das Urheber- | |
| | | recht | 212 |
| | | aa. Gewöhnlicher Aufenthalt | 212 |
| | | bb. Mosaiktheorie | 213 |
| | | cc. Für den Geschädigten vorteilhafteste Erfolgsortrecht | 214 |
| | c) | Vorschlag einer zukünftigen Regelung | 214 |
| | | (1) Alternative Anknüpfung / Herkunftslandprinzip | 215 |
| | | (2) Sicherung von Mindestrechten | 217 |
| | | (3) Gesonderte Anknüpfung bei geschäftlicher Werkverwendung_ | 219 |
| | | (4) Ergebnis | 220 |
| III. | Or | iginäres Cyberlaw | 221 |
| | | berspace und staatsfreie Gebiete | 221 |
| | a) | * | rnet223 |
| | | (1) Rechtsdurchsetzung in totalitären Staaten | |
| | | (2) Durchsetzbarkeit nationaler Regelungen im Internet | 226 |
| | b) | Staatsverträge bezüglich der Antarktis | 229 |
| | , | (1) Internationalprivatrechtliche Regelungen hinsichtlich der | · = · |
| | | Antarktis | 229 |
| | | (2) Übertragbarkeit der Ansätze auf das Internet | 230 |
| | | | |

| П | ını | กว | ITCI | 10 | 770 | 10 | n | nı | c |
|---|-----|----|------|----|-----|----|---|----|---|

2. Weitere Ansätze zur inhaltlichen Ausgestaltung eines Cyberlaw und zu seiner Durchsetzung – Netiquette und "Provider-Law" _____234

2. Teil: Internationales Privatrecht

Here is an enormous, an incalculable force ... let loose suddenly upon mankind; exercising all sorts of influences, social, moral, and political; precipitating upon us novel problems which demand immediate solutions; banishing the old, before the new is half matured to replace it; bringing the nations into close contact before yet the antipathies of race have begun to be eradicated; giving us a history full of changing fortunes and rich in dramatic period. ²⁹²

Der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Linking und Framing gegen deutsches Urheber- und Wettbewerbsrecht verstößt, muss die Prüfung vorangehen, wann das deutsche Recht im konkreten Fall überhaupt Anwendung findet. Die einschlägige Rechtsordnung zu bestimmen, ist Aufgabe des internationalen Privatrechts. Zwar existieren zahlreiche völkerrechtliche Abkommen, doch ist es nach wie vor überwiegend durch nationale Rechtsquellen geprägt und damit von Staat zu Staat unterschiedlich.

Das mit der Klage angerufene Gericht wendet stets das eigene nationale Kollisionsrecht an, die lex fori,²⁹³ und bestimmt mit ihrer Hilfe das Recht des Staates, auf das die maßgeblichen Anknüpfungspunkte hinweisen. Diese können je nach Rechtsbereich sehr unterschiedlich sein. Den Anfang der Erörterungen bildet das internationale Wettbewerbsprivatrecht (I.). Anschließen werden sich Ausführungen zum internationalen Urheberkollisionsrecht (II.). Am Ende des Abschnitts stehen Überlegungen, ob das internationale Privatrecht angesichts des Problems, Anknüpfungspunkte im Internet zu bestimmen, noch zeitgemäß ist oder ob es von neuren Modellen, wie etwa einem "Provider-Law", verdrängt werden sollte (III.).

I. Internationales Wettbewerbskollisionsrecht

1. Grundzüge

Wettbewerbsrecht ist Deliktsrecht. Es verwundert daher nicht, dass sich die Rechtsprechung zum Wettbewerbskollisionsrecht zunächst am allgemeinen

²⁹² Charles Francis Adam (1868) anlässlich der bevorstehenden Fertigstellung der ersten transkontinentalen Eisenbahn; zitiert nach Grossfeld, The American Journal of Comparative Law Vol. 48 (2000), 261.

²⁹³ Vgl. v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 7.

Deliktskollisionsrecht orientiert hat.²⁹⁴ Deshalb soll auf dieses zunächst kurz eingegangen werden.

a) Deliktskollisionsrecht

Bei unerlaubten Handlungen findet das Recht des Tatorts, die lex loci delicti commissi, Anwendung.²⁹⁵ Tatort ist sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort. Liegen beide bei sog. Platzdelikten in einem Staat, ist die Anknüpfung unproblematisch. Ist dies jedoch bei Distanzdelikten nicht der Fall, müssen zunächst Handlungs- und Erfolgsort lokalisiert und dann ihr Verhältnis zueinander geklärt werden. Der Handlungsort befindet sich dort, wo sich der Täter bei Begehung der Tat aufgehalten hat,²⁹⁶ der Erfolgsort dort, wo das von der Deliktsnorm geschützte Rechtsgut verletzt worden ist.²⁹⁷ Die Vornahme bloßer Vorbereitungshandlungen vermag dabei einen Handlungsort im Sinne des Deliktskollisionsrechts nicht zu begründen. Bedeutungslos für die Bestimmung des Erfolgsortes ist es, wo die endgültigen Schadensfolgen eingetreten sind.

Bei Distanzdelikten galt bis zur Neufassung der Art. 38 - 46 EGBGB durch das am 1.6.1999 in Kraft getretene Gesetz zum internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21.5.1999²⁹⁸ das sog. Ubiquitätsprinzip in folgender Ausprägung: Bei Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort wurde dasjenige Recht angewendet, das den Geschädigten materiell besser stellte.²⁹⁹ Dieses hatte der Richter von Amts wegen zu ermitteln. Hintergrund für dieses Prinzip ist die doppelte Funktion des Haftungsrechts: Zum einen Verhaltenssteuerung, zum anderen Schadensausgleich. Kei-

²⁹⁴ Vgl. Lindacher, WRP 1996, 645.

²⁹⁵ Vgl. BGHZ 93, 214, 216; BGH NJW-RR 1990, 604, 605; MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 12 ff., 35 ff. m.w.N.

²⁹⁶ Vgl. MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 44 ff. m.w.N.

²⁹⁷ Zur Bestimmung des Erfolgsortes MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 48 ff. m.w.N. Ausführlich zur Bestimmung von Handlungs- und Erfolgsort im Internet Bachmann, IPRax 1998, 179 ff.; Muth, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 61 ff.; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 256 ff. Danach ist der Standort des Computers des Täters, wo das Einspeisen der Inhalte in das Internet geschieht, als Handlungsort anzusehen und der Ort der Abrufbarkeit als Erfolgsort, sofern dort Interessen des Verletzten beeinträchtigt sind. Als irrelevant werden wegen der Beliebigkeit und Zufälligkeit des Übermittlungswegs Durchleitungsorte wie z.B. der Einwahlknoten in das Netz des Online-Dienstes oder Internet-Gateways angesehen.

²⁹⁸ Abgedruckt in BGBl. I 1026.

²⁹⁹ Vgl. BGH NJW 1981, 1606 f. - Benomyl; MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB, Rdn 50 ff. Eine Auflockerung erfolgte allerdings in den Fällen, bei denen sich eine engere Beziehung zu einem anderen Staat feststellen ließ als zum Tatort, z.B. bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit bzw. gleichem gewöhnlichen Aufenthalt.

nem der beiden Aspekte wird ein Vorrang zugebilligt. Ein weiterer Grund ist in der "Sympathie mit dem Opfer" zu sehen.

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Art. 40 EGBGB zwar am Günstigkeitsprinzip festgehalten, dieses aber modifiziert. Das Recht des Handlungs- und des Erfolgsortes gelten nun nicht mehr alternativ, sondern nach Wahl des Verletzten. Primär ist dabei an das Recht des Landes anzuknüpfen, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Der Verletzte kann jedoch im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins (§ 275 ZPO) oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens (§ 276 ZPO) verlangen, dass das Recht des Erfolgsortes angewandt wird.³⁰⁰

b) Wettbewerbskollisionsrecht

Die Grundsätze des Deliktskollisionsrechts können nicht ohne weiteres auf das Wettbewerbsrecht übertragen werden, wie ein Blick auf die Geschichte der Bestimmung des Wettbewerbsstatuts belegt. Nach Ansicht des Reichsgerichts mussten alle inländischen Gewerbetreibenden auch im Ausland ihren Wettbewerb untereinander nach den inländischen Vorschriften richten.³⁰¹ Es fand das gemeinsame deutsche Personalstatut Anwendung. Ein Rückgriff auf das deutsche Recht erfolgte zudem, wenn auch nur ein Teilstück einer Handlung im Inland begangen wurde. Bereits Vorbereitungshandlungen sollten hierfür genügen.³⁰²

Diese Rechtsprechung wurde zunächst vom BGH aufgegriffen und fortgeführt. 303 Sie hatte zur Konsequenz, dass aufgrund eines extensiven Verständnisses des Handlungsortes die Beurteilung von Wettbewerbsverstößen häufig nach dem vertrauten deutschen Recht erfolgen konnte (sog. Heimwärtsstreben). 304 Gleichzeitig begünstigte sie Ergebnisse, die heute nicht mehr als befriedigend angesehen werden würden. Ein wichtiges Ziel des Wettbewerbskollisionsrechts muss es sein, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. 305 Die Wettbewerber, die in einem Markt aufeinandertreffen, sollen den gleichen Regelungen unterworfen sein, um Wettbewerbsvorteile und Wettbewerbsnachteile auszuschließen. Nach der damaligen Rechtsprechung mussten inländische Unternehmen ihr

³⁰⁰ Ausführlich zum neuen Deliktskollisionsrecht Spickhoff, IPRax 2000, 1 ff.

³⁰¹ Vgl. RGZ 140, 25, 29 - Hohner.

³⁰² Vgl. RGZ 150, 265, 269 - Stecknadeln.

³⁰³ Vgl. BGHZ 14, 286 ff.

³⁰⁴ Vgl. *OLG Düsseldorf* WRP 1957, 121: " Der Begriff des Handlungsortes ist weit auszulegen, um möglichst den Wettbewerb von inländischen Unternehmen im Ausland einheitlich den deutschen Wettbewerbsregel zu unterwerfen."

³⁰⁵ Vgl. Lindacher, WRP 1996, 645, 646; Bornkamm in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 99, 107; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909; Bernhard, EuZW 1992, 437, 441.

Verhalten aber an zwei Rechtsordnungen anpassen, soweit sie auch auf einem ausländischen Markt tätig werden wollten. Inländische Unternehmer waren damit auf Auslandsmärkten gegenüber ihren dortigen Konkurrenten insoweit schlechter gestellt, als sie auch im Ausland dem strengen deutschen Wettbewerbsrecht unterworfen waren. Die Anwendung der deliktsrechtlichen Tatortregel verhinderte so eine Chancengleichheit der Wettbewerber und lief dem Gebot der par condicio concurrentium entgegen.

Eine Trendwende leitete der BGH erst 1961 im sog. "Kinderflaschen-Fall" ein, in dem er die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision etablierte. Maßgeblich ist seitdem der Ort, an dem sich die beanstandete Wettbewerbshandlung auf die dortigen Wettbewerber auswirkt (sog. Marktort). Die damit verbundene Irrelevanz des Handlungsortes und die alleinige Anknüpfung an den Erfolgsort wird allen geschützten Interessen gerecht, nämlich dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb, der Chancengleichheit der Unternehmer und schließlich den Verbraucherschutzinteressen. Alle diese Interessen sind am Marktort lokalisiert. Damit kommt der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder dem gewöhnli-

³⁰⁶ Vgl. BGHZ 35, 329, 333 f. – Kindersaugflaschen. Diese Grundregel ist heute weitgehend akzeptiert, vgl. nur MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB, Rdn 233 ff.; Sack, WRP 1994, 281 f. Auch das Schrifttum versucht, den Deliktsort wettbewerbsspezifisch zu bestimmen. Abgestellt wird u.a. auf den Ort der Interessenbeeinträchtigung oder der wettbewerbsmäßigen Interessenkollision. Ein weiterer Vorschlag zielt auf die Übernahme des kartellrechtlichen Auswirkungsprinzips. Einen Überblick über die in der Literatur vertretenen Ansichten vermitteln Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, S. 168 ff. und MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 232 ff. m.w.N. Die dogmatische Einordnung ist jedoch nach wie vor umstritten. Für eine wettbewerbsrechtliche Ausformung der Tatortregel Staudinger/v. Hoffman Art. 38 EGBGB Rdn 516; Erman/Hohloch Art. 38 EGBGB Rdn 43; Dieselhorst, ZUM 1998, 293; Kort, GRUR Int. 1994, 594, 595 f.; a.A. für eine eigenständige Anknüpfungsregel Schricker, GRUR Int. 1982, 720, 722 f.; Koch, JZ 1991, 1039, 1040.

Auch mit dem 1999 eingefügten Art. 40 EGBGB erfolgte keine Änderung. Aus den Materialien zum Gesetz ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber von der bisherigen Marktortanknüpfung abweichen wollte. Ausführlich dazu und zur konstruktiven Umsetzung (korrigierende Auslegung des Art. 40 EGBGB oder Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB) *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909 f. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen) vom 15.5.1984, abgedruckt bei *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 540 ff. (1. Auflage, 1990), enthielt in Art. 40 II Nr. 2 EGBGB noch eine besondere Vorschrift zum Wettbewerbskollisionsrecht. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts des Bundesjustizministeriums vom 1.12.1993, abgedruckt bei *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 575 ff. (3. Auflage, 1997), hat diese jedoch nicht übernommen.

³⁰⁷ Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15, 16; Lindacher, WRP 1996, 645, 647.

³⁰⁸ Vgl. Lindacher, WRP 1996, 645, 647.

chen Aufenthalt der Kunden und den Orten, an denen Vorbereitungshandlungen erfolgen oder ein Schaden eintritt, grundsätzlich keine Bedeutung mehr zu. 309

Der BGH hat in der Folgezeit in zahlreichen weiteren Entscheidungen an der Marktortanknüpfung festgehalten, diese jedoch weiter präzisiert und Ausnahmen statuiert.³¹⁰ Drei Entscheidungen, denen Bedeutung bei der Frage der Ausformung der Marktortregel bei Online-Sachverhalten zukommt, sollen im Folgenden dargestellt werden.

(1) Stahlexport-Entscheidung³¹¹

Der BGH hielt in dieser Entscheidung beim Auslandswettbewerb zwischen Inländern deutsches Recht auch dann für anwendbar, wenn sich der Wettbewerb auf dem Auslandsmarkt ausschließlich zwischen inländischen Unternehmern abspielt oder wenn die Wettbewerbshandlung sich speziell und gezielt gegen den inländischen Mitbewerber richtet. Dann sei durch die unmittelbare Richtung der beanstandeten Maßnahme gegen einen Inländer eine besondere Inlandsbeziehung gegeben. Eine selbständige Anknüpfung an den gemeinsamen Inlandssitz sei dem deutschen internationalen Privatrecht nicht fremd, sondern liege z.B. der Verordnung vom 7.12.1942 über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebiets³¹² zugrunde. Der BGH bejahte deshalb die Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts für den Fall, dass ein Unternehmer in einem Rundschreiben Kunden eines Konkurrenten von personellen Veränderungen in seinem Unternehmen unterrichtet und darauf hinweist, dass bestimmte namentlich genannte führende Angestellte bei der Klägerin leitend tätig gewesen sind. Bei dem Versuch, sich an den guten Ruf der Klägerin anzulehnen und ihr geschäftliches Ansehen zu gefährden, ginge es im wesentlichen um die Beeinträchtigung von Individualinteressen des Klägers.

Der ersten vom BGH aufgestellten Einschränkung kommt zumindest heute kaum mehr Bedeutung zu. Angesichts einer globalisierten Weltwirtschaft wird sich der Wettbewerb im Ausland praktisch nie nur zwischen inländischen Wettbewerbern abspielen.³¹³

³⁰⁹ Vgl. BGH GRUR Int. 1998, 617, 619 - Gewinnspiel im Ausland.

³¹⁰ Siehe die Nachweise bei MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 233, sowie die nachfolgend besprochenen Entscheidungen.

³¹¹ BGHZ 40, 391 ff. - Stahlexport.

³¹² RGB1 I 706; mittlerweile aufgehoben durch Art. 4 des Gesetzes zum internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen. Siehe auch Art. 40 II 1 EGBGB, der nun ausdrücklich vorsieht, dass das Recht des Staates Anwendung findet, in dem der Ersatzpflichtige und der Verletzte zur Zeit des Haftungsereignisses ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten.

³¹³ So auch Staudinger/v. Hoffmann, Art. 38 EGBGB Rdn 523 m.w.N.

In der letzteren Alternative ist keine Auflockerung der wettbewerbsrechtlichen Kollisionsregel zu sehen, sondern nur ein Abgrenzungskriterium zwischen Wettbewerbs- und Deliktskollisionsrecht. Sofern sich eine Maßnahme zumindest überwiegend gegen die geschäftlichen Interessen eines oder mehrerer individuell bestimmter Konkurrenten richtet, fehlt es an der wettbewerbsrechtstypischen Besonderheit, die eine gegenüber der allgemeinen deliktsrechtlichen Anknüpfung verschiedene Kollisionsregel rechtfertigt. Es liegt keine Betroffenheit der Gesamtheit der Konkurrenten bzw. der Allgemeinheit vor. Als nur betriebsbezogene Wettbewerbshandlung findet letztlich Deliktskollisionsrecht Anwendung.314 Aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungsregelungen von Delikts- und Wettbewerbskollisionsrecht ergibt sich daher bei der Beurteilung von internationalen Sachverhalten ein Qualifikationsproblem. Handelt es sich um einen marktorientierten Wettbewerbsverstoß, ist an das Recht des Marktortes anzuknüpfen. Treten Allgemeininteressen bei einem Wettbewerbsverstoß in den Hintergrund, liegt eine nur betriebsbezogene Handlung vor. 315 Dann ist dem Deliktsstatut bei Distanzdelikten folgend wahlweise an den Handlungsort, also an den Ort, von wo aus der Wettbewerbsverstoß gesteuert wurde, oder an den Erfolgsort, der am Sitz des beeinträchtigten Unternehmens lokalisiert ist, anzuknüpfen.316

(2) Tampax-Entscheidung³¹⁷

Die Tampax-Entscheidung aus dem Jahre 1970 setzt sich mit sog. Spill-over Effekten auseinander. Der Beklagte hatte in einer deutschsprachigen schweizerischen Zeitschrift mit irreführenden Angaben für Hygieneartikel geworben. Teile der Auflage gelangten auf dem Vertriebsweg nach Deutschland, wo das Produkt, wenn auch nicht vom Beklagten, ebenfalls verkauft wurde.

³¹⁴ Vgl. hierzu und zur Kritik an der Auflockerung der Marktortregel Lindacher, WRP 1996, 645, 649; Staudinger/v. Hoffmann, Art. 38 EGBGB Rdn 521 ff.; MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 249 ff., jeweils m.w.N.

Der BGH geht von einer einseitigen Kollisionsnorm aus, da er Wettbewerbshandlungen zwischen Ausländern in Deutschland nicht nach dem gemeinsamen ausländischen Heimatrecht, sondern nach dem deutschen Marktortrecht beurteilt, vgl. *Sack*, WRP 1994, 281, 283; Staudinger/*Fezer*, Int. WirtschaftsR Rdn 354, unter Bezugnahme auf *BGH* GRUR 1988, 453, 454 – Ein Champagner unter den Mineralwässern. Generell zu Ausnahmen vom Marktortprinzip *Sack*, WRP 1994, 281, 282 ff.

³¹⁵ Zur Abgrenzung marktbezogene/betriebsbezogene Wettbewerbshandlungen auch Lindacher, WRP 1996, 645, 649 f., der eine bestehende Klagebefugnis von Verbänden als Signal für ein tangiertes Allgemeininteresse ansieht.

³¹⁶ Vgl. MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 236 f.; Staudinger/Fezer, Int. WirtschaftsR Rdn 605 ff

³¹⁷ BGH JZ 1971, 731 f. - Tampax.

Der BGH sah als Ort der wettbewerblichen Interessenkollision nicht nur die Schweiz, sondern auch Deutschland an, da die Zeitschrift dort ebenfalls bestimmungsgemäß vertrieben wurde und sich die unlautere Werbung auf den deutschen Markt auswirke. Sofern eine Zeitschrift an einem Ort 'bestimmung sgemäß und nicht nur zufällig" verteilt werde, handle es sich um einen Erfol gsort. Obiter dictum wies der BGH darauf hin, dass der Fall anders zu entscheiden gewesen wäre, wenn 'nur da und dort ein Einzelstück" nach Deutschland gelangt wäre und es sich nicht um einen regelmäßigen Vertrieb gehandelt hätte.

Aus der Entscheidung ist zu schließen, dass bei Wettbewerbshandlungen, denen eine Streuwirkung auf mehrere nationale Märkte zukommt (sog. Multistate-Wettbewerbshandlungen), die Berufung auf mehrere Rechtsordnungen möglich ist. Es bestehen damit mehrere Erfolgs- und Marktorte. Eine Schwerpunktbetrachtung, die zur Anwendung nur einer Rechtsordnung führen würde, hat nicht zu erfolgen. Die Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung ist für jeden Markt isoliert nach seinem Recht zu beurteilen. Sofern bei Multistate-Wettbewerbshandlungen ein Schadensersatzanspruch in Frage kommt, müssen mehrere Rechtsordnungen nebeneinander berücksichtigt werden. Der Schadensersatz, der aufgrund des Rechts eines der Staaten zu leisten ist, ist auf den im Geltungsbereich des angewandten Statuts entstanden Schaden begrenzt.

(3) Gran Canaria-Entscheidung³²⁰

Der BGH hatte darüber zu befinden, ob bei einer Werbeveranstaltung eines spanischen Unternehmens, für die auf Gran Canaria mit deutschsprachigen Einladungen geworben wurde und bei der nur Produkte aus einer Wollfabrik der Beklagten aus Deutschland angeboten wurden, deutsches Wettbewerbsrecht Anwendung findet, wenn die Vertragsabwicklung vollständig in Deutschland stattfindet. Er hat dies verneint. Ein mit dem Werbemarkt nicht identischer Absatzort des betroffenen Produkts sei unerheblich. 321 Abzustellen sei allein auf den Ort, an dem mit unlauteren Mitteln auf die Entschließung des Kunden eingewirkt werden soll. Auf diesen Ort beziehe sich das Interesse der Allgemeinheit an einem lauteren Wettbewerb bei der Kundengewinnung und das Interesse potentieller Kunden, vor unlauteren Praktiken geschützt zu werden. Wird somit

³¹⁸ Vgl. *Lindacher*, WRP 1996, 645, 648; *Sack*, GRUR Int. 1988, 320, 327 f. Zur umstrittenen Frage, ob ein Gericht alle nach dem Kollisionsrecht anwendbaren Rechtsordnungen auch dann zu beachten hat, wenn keine Partei deren Anwendung beantragt, vgl. Staudinger/*Fezer*, Int. WirtschR Rdn 612 ff. m.w.N.

³¹⁹ Vgl. MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 248.

³²⁰ Vgl. BGH GRUR 1991, 463 ff. - Gran Canaria.

³²¹ Siehe auch BGH NJW 1998, 1227, 1228 – Gewinnspiele im Ausland; Lindacher, WRP 1996, 645, 648; Sack, GRUR Int. 1988, 320, 323 f.; MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 241 m.w.N.; a.A. OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 1081, 1083.

im Inland für ausländischen Absatz geworben, gilt inländisches Wettbewerbsrecht. Umgekehrt ist ausländische Werbung für inländischen Absatz am ausländischen Wettbewerbsrecht zu messen. 322

(4) Zusammenfassung

Das internationale Wettbewerbsprivatrecht wird durch die Anknüpfung an den Marktort geprägt, da dort die Interessen der beteiligten Unternehmen aufeinandertreffen. Nur in seltenen Fällen kommt in Abweichung von dieser Grundregel deutsches Recht auch dann zur Anwendung, wenn sich der Wettbewerbsverstoß eines deutschen Unternehmens zwar auf einen ausländischen Markt bezieht, sich aber gezielt gegen ein anderes deutsches Unternehmen richtet.

2. Das Herkunftslandprinzip als europäische Kollisionsnorm?

Bei den bisherigen Ausführungen wurde die europarechtliche Dimension des Wettbewerbskollisionsrechts ausgeklammert, obwohl der Einfluss aus Brüssel auf die Bestimmung des Wettbewerbsstatuts immer größer wird. So wurde erst jüngst mit Art. 65 lit. b EG eine Grundlage für Maßnahmen zur Förderung der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind, geschaffen. Damit wurde zugleich der Weg bereitet für eine Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse in der EG, wie sie das Rom II-Abkommen bringen soll. Noch ist nicht endgültig abzusehen, wann und mit welchem Inhalt dies geschehen wird. Der Entwurf einer Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom $21.6.1999^{323}\ stellt$ ganz allgemein auf die engste Verbindung ab (Art. 3 I) und präzisiert diese hinsichtlich des Wettbewerbsstatuts dahingehend, dass die engste Verbindung zu dem Staat besteht, in dem sich die schädigende Handlung auswirkt (Art. 3 VI). Diese Anknüpfung würde derjenigen an den Marktort nach deutschem Recht entsprechen.

³²² Vgl. BGH GRUR 1976, 316, 317 – Besichtigungsreisen II.

³²³ Hierzu auch Wagner, EuZW 1999, 709 ff. Der Entwurf ist nicht veröffentlicht. Am 3.5.2002 hat die Europäische Kommission den Vorentwurf eines Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht veröffentlicht. Nach dessen Art. 5 findet auf eine wettbewerbsrechtliche Streitigkeit das Recht des Staates Anwendung, in dem der unlautere Wettbewerb oder die unlauteren Praktiken die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Verbraucherinteressen beeinträchtigt bzw. beeinträchtigen. Siehe

http://www.computerundrecht.de/docs/eu_rom_2_vorentwurf_vom_3_5_2002.htm.

In eine völlig entgegengesetzte Richtung könnten zur Zeit noch das primäre oder sekundäre Gemeinschaftsrecht weisen. An der Marktortanknüpfung nach deutschem Recht kann für den Bereich der EU nicht festgehalten werden, wenn dieses eine abweichende Kollisionsnorm aufstellt. Nach Art. 3 II 2 EGBGB würde dieses dem nationalen internationalen Privatrecht vorgehen. Eine Kollisionsnorm könnte den Regelungen über die Grundfreiheiten zu entnehmen sein oder für einen Teilbereich durch die E-Commerce-Richtlinie geschaffen worden sein.

a) Warenverkehrsfreiheit und internationales Privatrecht³²⁴

(1) Die Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag

Zur Verwirklichung des freien Warenverkehrs sehen Art. 28, 29 EG ein Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung vor. Zu der letzten Gruppe zählt der EuGH, seiner sog. Dassonville-Formel³²⁵ entsprechend, jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, "die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern": Die bloße Möglichkeit einer Behinderung genügt. Selbst eine Gleichbehandlung eingeführter Waren mit denen im Inland und der damit verbundene Ausschluss eines diskriminierenden Charakters bedeutet noch nicht, dass eine innerstaatliche Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre. Die Einschränkung des Warenverkehrs bedarf vielmehr stets einer besonderen Rechtfertigung.

Unter teilweiser Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung unterscheidet der EuGH seit dem sog. Keck-Urteil³²⁶ zwischen produktbezogenen Regeln und bestimmten Verkaufsmodalitäten.³²⁷ Letztere sind nicht mehr als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen, sofern sie für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben. Sie enthalten keine spezifische Behinderung des Warenverkehrs und finden uneingeschränkt auch auf ausländische Wettbewerber Anwendung. Produktbezogene Regelungen müssen nur dann

³²⁴ Die Frage nach einem kollisionsrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten wird allein anhand der Warenverkehrsfreiheit erörtert.

³²⁵ Vgl. *EuGH* Slg. 1974, 837 ff. – Dassonville.

³²⁶ Vgl. EuGH Slg. 1993, I-6097 ff. – Keck.

³²⁷ Unter Verkaufsmodalitäten sind vor allem solche Vorschriften zu verstehen, welche die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen regeln, unter denen Waren vertrieben werden. Die Art und Weise der Vermarktung betreffen z.B. Sonderveranstaltungsregeln, Preisfestsetzungen und Wettbewerbsbeschränkungen. Hierzu Sack, WRP 1994, 281, 291. Zum Begriff der bestimmten Verkaufsmodalitäten Heermann, GRUR Int. 1999, 579, 582 ff. Produktbezogene Vorschriften hingegen beziehen sich auf die Merkmale der Erzeugnisse, z.B. Aufmachung, Form, Etikettierung, Verpackung.

hingenommen werden, wenn sie entweder unterschiedslos einheimische und eingeführte Waren betreffen und notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen³28 gerecht zu werden (sog. Cassis-de-Dijon Rechtsprechung³29) oder aufgrund der Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EG zulässig sind. Sofern nationalstaatliche Regelungen nicht im Einklang mit den Art. 28, 30 EG stehen, sind sie im innergemeinschaftlichen Verkehr unanwendbar. Bei Sachverhalten ohne grenzüberschreitende Bezüge hingegen ist Marktteilnehmern die Berufung auf die Art. 28 ff. EG verwehrt und die gemeinschaftsrechtswidrige nationale Norm wird angewendet.

(2) Kollisionsrechtlicher Gehalt des primären Gemeinschaftsrechts

Das dargestellte System europarechtlicher Vorgaben hat die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis kollisionsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Prüfung zueinander stehen. Lässt sich aus dem Gemeinschaftsrecht aufgrund der im Einzelfall möglichen Nichtanwendbarkeit des Rechts des Einfuhrlandes die zwingende kollisionsrechtliche Vorgabe einer Anknüpfung an das Recht des Herkunftslands entnehmen oder kann von einer "friedlichen Koexistenz"derg estalt gesprochen werden, dass die kollisionsrechtliche Prüfung einer Überprüfung durch EG-vertragliche Bestimmungen vorgeschaltet ist? 330

Der EuGH geht in seinen Entscheidungen zumeist nicht ausdrücklich auf kollisionsrechtliche Fragen ein. Aus seiner bisherigen Rechtsprechung kann aber zwingend nur der Schluss gezogen werden, dass er das Herkunftslandprinzip als nicht in den Bestimmungen über die Grundfreiheiten verankert ansieht.³³¹ In einer zur Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Sachnormen ergangenen Entscheidung äußerte sich der EuGH z.B. wie folgt: "ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht verhindert, dass in einem Mitgliedstaat die in diesem Staat geltenden Vermarktungsvorschriften

³²⁸ Als solche wurden u.a. der Verbraucherschutz und die Lauterbarkeit des Handelsverkehrs angesehen. Vgl. Grabitz/Hilf/Leible, Art. 28 EGV Rdn 19 m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH.

³²⁹ Vgl. EuGH Slg. 1979, 649 ff. – Cassis de Dijon.

³³⁰ Für eine kollisionsrechtliche Regelung Basedow, NJW 1996, 1921, 1922, 1927 f.; ders., RabelsZ 59 (1995), 1, 48 ff.; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1601 ff.; Bernhard, EuZW 1992, 437 ff.; keine Auswirkung auf das Wettbewerbskollisionsrecht sehen Sack, WRP 1994, 281 ff.; ders., WRP 2001, 1408, 1413 ff.; Ohly, GRUR Int. 2001, 899, 901; Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 72 ff.; Kort, GRUR Int. 1994, 594, 600 f.; Lurger in: Gruber (Hrsg.), Die rechtliche Dimension des Internet, S. 69, 85; Ahrens, CR 2000, 835, 838; Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 350; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 192; für ein Günstigkeitsprinzip: Jayme/Kohler, IPRax 1993, 357, 370 f.; Chrocziel, EWS 1991, 173, 178, in diese Richtung auch Halfmeier, ZEuP 2001, 837, 854.

³³¹ Vgl. Sack, WRP 1994, 281, 285 f.; Thünken, IPRax 2001, 15, 18.

auf die aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Waren angewandt werden."332 Auch in zahlreichen weiteren Entscheidungen erfolgte eine Überprüfung des Rechts des Marktortes auf seine Vereinbarkeit mit Art. 28 EG (früher Art. 30 EGV).³³³ Dieses Verständnis der Art. 28, 30 und 29 EG ist sachgerecht und entspricht Sinn und Zweck der Vorschriften. Nicht nur, dass Art. 30 EG von beeinträchtigenden staatlichen Regelungen des Einfuhrlandes spricht, auch das differenzierte System der Art. 28 ff. EG würde weitgehend leer laufen. 334 Eine Vielzahl wettbewerbsbeschränkender Regelungen ist entweder durch Art. 30 EG oder durch zwingende Erfordernisse nach der Cassis-de-Dijon Rechtsprechung gerechtfertigt³³⁵ oder bedarf als bloße Verkaufsmodalität nach der Keck-Rechtsprechung keiner weiteren Rechtfertigung. Diese Vorschriften könnten gleichwohl keine Anwendung mehr finden, wenn man aufgrund einer kollisionsrechtlichen Regelung allein auf die Sachnormen des Herkunftslandes abstellen würde. Der Anwendungsbereich des Art. 30 EG wäre erheblich verkürzt. Nach dem kollisionsrechtlichen Verweis auf die Sachnormen des Herkunftslandes könnten nur noch diese auf eine mögliche Beeinträchtigung des Handels im Einfuhrstaat angewandt werden.³³⁶

Auch über den kollisionsrechtlichen ordre public (Art. 6 EGBGB) könnte den Gesetzen des Bestimmungslandes in den seltensten Fällen zur Anwendung verholfen werden.³³⁷ Ausländisches Recht findet nicht schon dann keine Anwendung mehr, wenn es ein Verhalten erlaubt, das in Deutschland als Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG eingestuft werden würde, son-

³³² Vgl. EuGH Slg. 1981, 181, 194 – Dansk Supermarked/Imerco, Entscheidungsgrund Nr. 15.

³³³ Eine ausführliche Darstellungen der Entscheidungen des EuGH, aus denen ein Schluss auf das Kollisionsrecht gezogen werden kann, findet sich bei Sack, WRP 1994, 281, 285 ff.

³³⁴ Vgl. Sack, WRP 1994, 281, 289; Thünken, IPRax 2001, 15, 19; Gebauer, IPRax 1995, 152, 155 f.

³³⁵ Dogmatisch wird in den "zwingenden Erfordernissen" i.S.d. Cassis -de-Dijon Rechtsprechung z.T. auch eine immanente Schranke des Art. 28 EG gesehen. Vgl. zu diesem Streit Grabitz/Hilf/Leible, Art. 28 EGV Rdn 20.

³³⁶ So Sack, WRP 1994, 281, 289, 293, der zu Recht darauf hinweist, dass bei einer Inländer-diskriminierung aufgrund des Rechts des Einfuhrlandes, diese vom nationalen Gesetzgeber beseitigt werden kann. Soweit man einen kollisionsrechtlichen Verweis auf das Herkunftsland annimmt, wäre eine Inländerdiskriminierung aufgrund der Anwendung fremden Rechts gegeben, die nur vom dortigen ausländischen Gesetzgeber beseitigt werden könnte, woran dieser wohl nur ein sehr geringes Interesse haben wird.

³³⁷ Kaum gangbar ist der von Sack, WRP 1994, 281, 290, angedachte Weg, auf dem Gebiet des grenzüberschreitenden Warenverkehrs innerhalb der EU die Rechtfertigungsgründe zum ordre public gem. Art. 6 EGBGB zu zählen. Es drohen dann unterschiedliche Auslegungen der Rechtfertigungsgründe, die im Rahmen des Art. 6 EGBGB national, im Bereich des EG durch den EuGH gemeinschaftsrechtlich ausgelegt werden würden. A.A. wohl Basedow, RabelsZ 59 (1995), 1, 20; MüKo/Sonnenberger, Art. 6 EGBGB Rdn 67.

dern erst wenn das ausländische Recht einen völlig unzureichenden Schutz gegenüber Wettbewerbshandlungen gewährt, die nach der gemeinsamen Ansicht der durch gleiche sittliche Anschauungen verbundenen Kulturstaaten Wettbewerbsverstöße darstellen.³³⁸ Innerhalb der Länder der EU ist dies nur schwer vorstellbar.

Soweit daher nationale Sachnormen keine unzulässige, weil gerechtfertigte Beschränkung des Warenverkehrs darstellen, besteht kein Anlass von der Marktortanknüpfung abzuweichen. Gleiches gilt bezüglich der bestimmten Verkaufsmodalitäten i.S. der Keck-Rechtsprechung, die schon deshalb keinen Einfluss auf das internationale Privatrecht haben können, weil sie nicht Art. 28 EG unterfallen.³³⁹ Auch bei einem Verstoß gegen Art. 28 EG ersetzen die Regelungen des Herkunftslandes diejenigen des Einfuhrlandes nicht. Warenbezogene Regelungen finden nämlich immer Anwendung. Die Einfuhr von Waren in ein anderes Land erfordert vorbehaltlich der Art. 28, 30 bzw. 29 EG die Einhaltung der warenbezogenen Regelungen sowohl des Einfuhr- als auch des Herkunftslandes. 340 Eine Förderung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs wäre nur mit einer Günstigkeitsregelung³⁴¹ dergestalt, dass dasjenige Recht angewendet wird, das den Warenverkehr am wenigsten behindert, möglich. Ob ein solches System aufgrund der damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen erstrebenswert ist, erscheint fraglich. Jedenfalls ist ein solches System durch den EG-Vertrag nicht zwingend vorgegeben. Das primäre Gemeinschaftsrecht kann die deutsche Marktortanknüpfung nicht verdrängen.342

b) Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie³⁴³

Mit der E-Commerce-Richtlinie, die vom Europäischen Parlament am 4.5.2000 verabschiedet und am 17.7.2000 in Kraft getreten ist, hat die Europäische Ge-

³³⁸ Vgl. *BGHZ* 35, 329, 337 - Kindersaugflaschen; *Lindacher*, WRP 1996, 645, 651; *Sack*, WRP 2000, 269, 287; MüKo/*Kreuzer*, Art. 38 EGBGB Rdn 255.

³³⁹ Vgl. Sack, WRP 1994, 281, 292; Gebauer, IPRax 1995, 152, 156.

³⁴⁰ Vgl. Sack, WRP 1994, 281, 291 f.

³⁴¹ Vgl. Basedow, RabelsZ 59 (1995), 1, 16; zur Kritik hieran Gebauer, IPRax 1995, 151, 156

³⁴² Die Ausführungen zur Warenverkehrsfreiheit gelten entsprechend für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG). Diesen Regelungen kann ebenfalls kein Herkunftslandprinzip entnommen werden. Zur Frage, ob die in der Keck-Entscheidung vorgenommene Differenzierung zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Vorschriften für die Dienstleistungsfreiheit gilt, siehe z.B. Sack, WRP 2000, 269, 283 ff.

³⁴³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABIEG Nr. L 178/1 vom 17.7.2000 = GRUR Int. 2000, 1004 ff.

meinschaft teilweise eine Abkehr von der Marktortanknüpfung eingeleitet.³⁴⁴ Das in Art. 3 der Richtlinie verankerte Herkunftslandprinzip schlägt einen neuen Weg ein und will die Risiken, denen Unternehmer im Online-Bereich bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit ausgesetzt sind, reduzieren und den Wettbewerb innerhalb der EU fördern, indem Wettbewerber nur nach dem Recht ihres Heimatlandes behandelt werden. Ob sich Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie eine kollisionsrechtliche Regelung entnehmen lässt, gehört trotz der an sich eindeutig klingenden Aussage des Art. 1 IV, dass die Richtlinie keine zusätzlichen Regelungen im Bereich des internationalen Privatrechts schafft, zu einer der umstrittensten Fragen. Entsprechend kontrovers war die Diskussion um die richtige Umsetzung in das nationale Recht.

(1) Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie

aa. Dienste der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft

Der Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie ist auf Dienstleistungen der Informationsgesellschaft beschränkt. Darunter ist aufgrund des Verweises in Art. 2 a auf die Definition in der Transparenzrichtlinie³⁴⁵ jede i.d.R. gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung zu verstehen.³⁴⁶ Dem 18. Erwägungsgrund der E-

³⁴⁴ Einen Überblick über das Gesetzgebungsverfahren vermittelt *Hamann*, ZUM 2000, 290 f.

³⁴⁵ Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABIEG Nr. L 204/37 vom 21.7.1998 in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABIEG Nr. L 217/18 vom 5.8.1998.

³⁴⁶ Im Sinne dieser Definition ist unter "im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung" eine Dienstleistung zu verstehen, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird. "Elektronisch erbrachte Dienstleistung" meint eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet oder empfangen wird. "Auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung" schließlich ist eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.

Commerce-Richtlinie ist zu entnehmen, dass damit insbesondere die Tätigkeit des online erfolgenden Verkaufs von Waren erfasst sein soll, nicht jedoch die Auslieferung der Waren oder die Erbringung anderer Offline-Dienste.

Nicht zwingend erforderlich ist es, dass der Nutzer selbst ein Entgelt für die Leistung erbringt. Es genügt bereits eine Finanzierung der Angebote durch Dritte, z.B. durch Werbebanner.³⁴⁷ Nicht-kommerzielle Anbieter wie etwa Universitäts-Provider oder Angebote privater Homepages unterfallen gegebenenfalls nicht den Regelungen der E-Commerce-Richtlinie.³⁴⁸ Ferner regelt die Richtlinie nicht die Dienste von Anbietern, deren Niederlassung sich außerhalb der europäischen Gemeinschaft befindet, sondern nur den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (Art. 1 I der E-Commerce-Richtlinie).³⁴⁹

bb. Koordinierter Bereich

Der koordinierte Bereich, der umschreibt, welche nationalstaatlichen Vorschriften vom Anwendungsbereich der Richtlinie betroffen sind, umfasst nach Art. 2 h der E-Commerce-Richtlinie alle "für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft ... in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen"³⁵⁰. Angesprochen sind damit sämtliche europäischen und nationalstaatlichen Regelungen, denen Diensteanbieter im Online-Bereich unterworfen sind.³⁵¹ Erwägungsgrund Nr. 21 der E-Commerce-Richtlinie nennt z.B. Online-Informationsdienste, Online-Werbung, Online-Verkauf und Online-Vertragsschluss. Nicht mehr zum harmonisierten Bereich zählen nach Art. 2 h ii Anforderungen betreffend die Ware als solche, z.B. Sicherheitsnormen, Kennzeichnungspflichten oder die Haftung für die angebotenen Waren.³⁵²

Auf die einzelnen Problemfelder der Definition der "Dienste der Informationsgesellschaft" soll hier nicht näher eingegangen werden. Zu den Fragen, inwieweit z.B. Internet-Rundfunk oder Push-Dienste umfasst sind und zu weiteren Einzelheiten des Anwendungsbereichs *Waldenberger*, EuZW 1999, 296; *Leupold*, ZUM 1998, 99, 101; *Maennel*, MMR 1999, 187, 188; *Spindler*, ZUM 1999, 775, 780; *Tettenborn*, K&R 1999, 252, 255.

³⁴⁷ Vgl. Spindler, MMR-Beilage 7/2000, S. 4.

³⁴⁸ Vgl. Maennel, MMR 1999, 187, 188.

³⁴⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 58 der E-Commerce-Richtlinie.

³⁵⁰ Näher zum koordinierten Bereich Spindler, MMR-Beilage 7/2000, S. 4, 7 f.

³⁵¹ Vgl. Landfermann, ZUM 1999, 795, 798.

³⁵² Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15, 17; Tettenborn, K&R 2000, 59, 61.

(2) Herkunftslandprinzip

aa. Darstellung

Im Mittelpunkt der Richtlinie steht das in Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie verankerte Herkunftslandprinzip, dessen unklares Verhältnis zum internationalen Privatrecht von Hoeren als eine der dunkelsten Stellen der Richtlinie bezeichnet wurde und das der Kommission nach der Veröffentlichung des ersten Entwurfs den Vorwurf bescherte, dass sie "entweder keine Ahnung vom IPR hat oder eine solch große Kenntnis, dass einem Angst und Bange wird". 353

Art. 3 I der E-Commerce-Richtlinie bestimmt, dass jeder Mitgliedstaat dafür Sorge zu tragen hat, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Nach Abs. 2 dürfen die Mitgliedstaaten den in einem anderen Mitgliedstaat erbrachten Dienst nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Für einen Diensteanbieter ist damit im Rahmen seiner Online-Tätigkeit nur die Rechtsordnung desjenigen Mitgliedstaates maßgeblich, in dem er seine Niederlassung hat. Einer Kontrolle anhand der Rechtsnormen eines anderen Mitgliedstaats ist er grundsätzlich nicht mehr ausgesetzt. Aufgrund der Legaldefinition des Art. 2 c der E-Commerce-Richtlinie kommt es dabei nicht auf den Ort an, an dem die technischen Geräte lokalisiert sind, sondern darauf, von welchem Ort aus die Online-Aktivitäten durch den Anbieter gesteuert werden. Statt auf leicht manipulierbare formale oder technische Kriterien (Briefkasten, Server-Standort) wird auf den Schwerpunkt der tatsächlich ausgeübten wirtschaftlichen Aktivität abgestellt.³⁵⁴ Diensteanbieter können damit gemeinschaftsweit tätig werden, sofern sie ihr Verhalten nur an den Regeln ihres Herkunftslandes ausrichten. Damit verbunden ist, unabhängig davon, ob letzten Endes eine Kollisionsregel zu bejahen ist, im tatsächlichen Ergebnis eine klare Abkehr von dem bisherigen Grundsatz der Marktortanknüpfung.

bb. Kritik am Herkunftslandprinzip in der Literatur

Zwar wird das Herkunftslandprinzip teilweise für ein export-orientiertes Land wie die Bundesrepublik Deutschland für besonders vorteilhaft gehalten,³⁵⁵ dies trifft aber nur für große international ausgerichtete Unternehmen zu. Mittelstän-

³⁵³ *Hoeren*, MMR 1999, 192, 195, der der Kommission vorwirft, den Mut zu einer weiteren Harmonisierung des Wettbewerbsrechts verloren zu haben.

³⁵⁴ Vgl. Maennel, MMR 1999, 187, 189; siehe auch Erwägungsgrund Nr. 19 der E-Commerce-Richtlinie.

³⁵⁵ Vgl. Landfermann, ZUM 1999, 795, 799.

dischen Unternehmen, deren Hauptumsatzmarkt im Inland liegt, bringt die Regelung mehr Nach- als Vorteile. Auf ihrem Heimatmarkt bekommen sie es mit ausländischen Konkurrenten zu tun, für deren Tätigkeit zumeist ein liberaleres als das strenge deutsche Wettbewerbsrecht gelten wird. Infolgedessen kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen. 357

Zudem wird befürchtet, das Herkunftslandprinzip würde einen starken Anreiz dafür bieten, sich in einem Staat mit sehr niedrigem wettbewerbsrechtlichen Niveau niederzulassen. Se Dem ist zu widersprechen. Se Aufgrund der Definition des Art. 2 c der E-Commerce-Richtlinie genügt es nicht, nur die technischen Geräte ins Ausland zu verlegen. Vielmehr muss der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit verlagert werden. Im Ergebnis bliebe der Anbieter trotzdem in vielen Rechtsbereichen, die vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips ausgenommen sind, also z.B. in Bezug auf den Verbraucherschutz oder das Urheberrecht, der ehemaligen Heimatrechtsordnung unterworfen, wenn er in diesem Land weiterhin wirtschaftlich aktiv bleibt. Zudem müsste der Anbieter befürchten, dass ihm die Wettbewerbsvorteile nicht auf lange Sicht erhalten bleiben. Eine materielle Vereinheitlichung oder zumindest Annäherung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten durch die Einführung eines Mindestniveaus erscheint wahrscheinlich, wenn auch dieser Prozess noch Jahre in Anspruch nehmen wird.

³⁵⁶ Galt das deutsche Lauterbarkeitsrecht lange Zeit als das strengste Europas, so mehren sich in jüngster Zeit Stimmen in der Literatur, die bezweifeln, ob dies noch immer der Fall ist. Vgl. hierzu Henning-Bodewig, WRP 2001, 771 m.w.N. unter Berufung auf die Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung und unter Hinweis auf das gewandelte Verbraucherbild hin zum "verständigen Durchschnittsverbraucher". In Einzelfällen kön nten daher auch deutsche Wettbewerber im Ausland vom Herkunftslandprinzip profitieren.

³⁵⁷ Hierzu und zu zahlreichen weiteren Gründen, die gegen ein Herkunftslandprinzip sprechen sollen, vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 913 ff.; ders., ZVgIRWiss 100 (2001), 137, 158 ff.; Ohly, GRUR Int. 2001, 899, 906 f.; Lurger in: Gruber (Hrsg.), Die rechtliche Dimension des Internet, S. 69, 89; Arndt/Kohler, EWS 2001, 102, 107; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 194 f.; Fritze/Holzbach, WRP 2000, 872, 876.

³⁵⁸ So Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 913 ff. m.w.N.

³⁵⁹ In diese Richtung auch *Spindler*, ZUM 1999, 775, 786; *Tettenborn*, K&R 1999, 252, 256; *Ruess*, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 148.

³⁶⁰ Erste Schritte wurden bereits eingeleitet. Am 2.10.2001 hat die Kommission einen Verordnungsvorschlag über die Verkaufsförderung im Binnenmarkt beschlossen (vgl. KOM (2001) 546 endg.) und ein Grünbuch zum Verbraucherschutz gegen unlautere Geschäftspraktiken bei der Werbung vorgelegt (vgl. KOM (2001) 531 endg.). Siehe dazu Göhre, WRP 2002, 36 ff.; Micklitz/Keβler, GRUR Int. 2002, 885 ff.

(3) Einschränkungen des Herkunftslandprinzips

aa. Begrenzter Anwendungsbereich

Bereits jetzt findet eine deutliche Entschärfung des Herkunftslandprinzips durch zahlreiche Einschränkungen statt. Da die E-Commerce-Richtlinie nicht gegenüber Anbietern mit Sitz in Drittstaaten gilt, kann ein befürchteter "race to the bottom" ohnehin nur auf das Gebiet der EU begrenzt eintreten und auch dort nicht hinsichtlich zahlreicher von der E-Commerce-Richtlinie ausgenommener Rechtsgebiete, bei denen die Kommission noch keine ausreichende Harmonisierung der verschiedenen nationalen Regelungen gesehen hat.³⁶¹

bb. Rechtsprechung des EuGH zum Missbrauch der Grundfreiheiten

Es ist zu erwarten, dass der EuGH in besonders krassen Fällen einen Missbrauch des Herkunftslandprinzips unterbinden wird, indem er in Fallgestaltungen, bei denen es alleiniger Zweck der Verlegung der Dienstetätigkeit ist, dem eigentlichen Heimatrecht zu entgehen, dem ursprünglichen Heimatstaat eine Gleichstellung mit seinen inländischen Anbietern erlaubt.³⁶² Entsprechendes hat der EuGH z.B. für eine Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts, die in Luxemburg eine kommerzielle Sendeanstalt betrieb, entschieden.³⁶³ Deren Sendungen waren auf das niederländische Publikum ausgerichtet, der überwiegende Teil der Mitarbeiter stammte aus den Niederlanden und die Werbemittlungen zielten auf die Niederlande. Der EuGH sah bei einer solchen Fallgestaltung in der Gleichstellung der ausländischen mit inländischen Sendeanstalten in den Niederlanden keinen Verstoß gegen Art. 59 f. EGV (jetzt Art. 49 ff. EG). Es solle dadurch verhindert werden, dass sich in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Anstalten in missbräuchlicher Weise die im EG garantierten Freiheiten zunutze machen können, um sich Beschränkungen zu entziehen, die sich aus inländischen Vorschriften ergeben.

³⁶¹ Vgl. Begründung der Kommission zum Richtlinienvorschlag zu Art. 22 I der E-Commerce-Richtlinie.

Das Herkunftslandprinzip gilt nicht für die Rechtsgebiete, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie gänzlich ausgenommen sind, also z.B. nicht für Steuer- und Datenschutzrecht (Art. 1 V). Zusätzlich wurden weitere Rechtsgebiete, für die die anderen Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie Anwendung finden, spezifisch nur für die Regelung des Art. 3 ausgenommen. Hierzu zählt z.B. das Urheberrecht (Art. 3 III i.V.m. Anhang I).

³⁶² Vgl. Erwägungsgrund Nr. 57 der E-Commerce-Richtlinie, der auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug nimmt; siehe auch *Bodewig*, GRUR Int. 2000, 475, 482, der auf das ungeklärte Problem hinweist, ob eine Umgehung nach subjektiven oder objektiven Kriterien zu ermitteln ist. Siehe ferner *Spindler*, RIW 2002, 183, 185 m.w.N.

³⁶³ *EuGH* GRUR Int. 1995, 147, 149 – TV 10 SA/Commissariaat voor de Media.

cc. Schutzklauselverfahren³⁶⁴

Schließlich ist auf das in Art. 3 IV-VI der E-Commerce-Richtlinie geregelte Schutzklauselverfahren hinzuweisen. Danach steht es den Mitgliedstaaten frei, zu versuchen, nationalen Vorschriften zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit sowie solchen zum Schutz von Verbrauchern weiterhin Geltung zu verschaffen. Bei Erfolg kann das Verhalten des Anbieters unabhängig vom Recht des Herkunftslandes nach dem Marktortrecht bestimmt werden. Erforderlich ist hierzu die Durchführung eines Gemeinschaftsverfahrens, bei dem u.a. die Kommission von der beabsichtigten Maßnahme unterrichtet werden muss. Diese hat dann die Vorschrift zu überprüfen. Damit soll sichergestellt werden, dass der freie Dienstleistungsverkehr der Informationsgesellschaft nicht in unverhältnismäßiger und ungerechtfertigter Weise eingeschränkt wird.

Gerichte müssen dieses Verfahren nicht durchlaufen. Zivilgerichte dürfen unter den genannten Voraussetzungen Maßnahmen ergreifen, die "von der Freiheit der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft abweichen."³⁶⁵

³⁶⁴ Vgl. zu dem Verfahren Sack, WRP 2001, 1408, 1421 ff.; Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 50 ff; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 190; Arndt/Köhler, EWS 2001, 102, 106; Spindler, MMR-Beilage 7/2000, S. 4, 8 f., der in der Praxis eine Art Gruppenfreistellungsverfahren wie im Kartellrecht erwartet, in dem bestimmte Fallgruppen von Anfang an als unbedenklich eingestuft werden. Andererseits Henning-Bodewig, WRP 2001, 771, 776, die Art. 3 IV der E-Commerce-Richtlinie für zu kompliziert hält, als dass es zu seiner Anwendung in der Praxis kommen dürfte.

³⁶⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 25 der E-Commerce-Richtlinie.

(4) Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum Kollisionsrecht

Noch immer ungeklärt ist es, ob Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie ein kollisionsrechtlicher Gehalt zugeschrieben werden kann. ³⁶⁶

aa. Reichweite der Bezugnahme auf innerstaatliche Vorschriften

Unabhängig davon, ob man einen kollisionsrechtlichen Verweis auf das Herkunftsland annimmt oder nur einen sachrechtlichen Prüfungsmaßstab bejaht, hat eine Auseinandersetzung mit der Frage zu erfolgen, ob unter "geltenden innerstaatlichen Vorschriften" i.S.d. Art. 3 I der E-Commerce-Richtlinie auch Normen des internationalen Privatrechts zu verstehen sind. Nach einigen Stimmen in der Literatur soll dies der Fall sein. 367 Hintergrund für diese Auffassung ist einerseits der Versuch, die mit dem Herkunftslandprinzip verbundenen Nachteile zu verhindern, andererseits die Überlegung, dass ein allgemeines kollisionsrechtliches Anknüpfungsprinzip den verschiedenen von der Richtlinie erfassten Rechtsgebieten nicht gerecht werden würde. 368

³⁶⁶ Für einen kollisionsrechtlichen Charakter: Thünken, IPRax 2001, 15, 20; Gierschmann, DB 2000, 1315, 1316; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 198; Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 83 ff.; Brenn, ÖJZ 1999, 481, 482; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 912, der von einer fünfzehnseitigen Kollisionsnorm spricht, weil das Herkunftslandprinzip zur Anwendung des Rechts jedes einzelnen Mitgliedstaates führen kann; ders., ZVglRWiss 2001, 137, 140 ff.; ders., CR 2001, 630, 632; ders. IPRax 2002, 257, 258 ff. Gegen einen kollisionsrechtlichen Charakter: Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 352 f.; Ohly, GRUR Int. 2001, 899, 900 ff.; Arndt/Köhler, EWS 2001, 102, 106; Dethloff, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, S. 54; Nickels, DB 2001, 1919, 1922; Halfmeier, ZEuP 2001, 837, 862 f.; Löffler, WRP 2001, 379, 380; Spindler, MMR 1999, 199, 206 (in ZHR 2001, 324, 336 aber von einer "hybriden Konstruktion zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv" spr echend); Ziem, MMR 2000, 129, 133 f., Siehe auch Ahrens, CR 2000, 835, 838, der das Herkunftslandrecht als rechtliche Ausnahme einstuft und dem Beklagten die Beweislast dafür auflegen will, dass der Herkunftslandstandard geringer ist als der des Landes, das mittels des internationalen Privatrechts ermittelt wurde. Gegen diesen Ansatz Ohlv. GRUR Int. 2001, 899, 903.

³⁶⁷ Spindler, ZUM 1999, 775, 785 (mittlerweile anderer Ansicht, siehe ZHR 165 (2001), 324, 337; ders., RIW 2002, 183, 185); Hoeren, MMR 1999, 192, 195; Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247, 1252; zur Kritik an dieser Auffassung Thünken, IPRax 2001, 15, 20; Nickels, DB 2001, 1919, 1922; Halfmeier, ZEuP 2001, 837, 864; Ahrens, CR 2000, 835, 837; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 913; ders., ZvglRWiss 100 (2001), 137, 152; Gierschmann, DB 2000, 1315, 1316; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 196; Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 353; Sack, WRP 2001, 1408, 1410; Härting, DB 2001, 80, 81.

³⁶⁸ Vgl. Spindler, ZUM 1999, 775, 785.

Eine Verweisung auf das Marktortrecht findet sich in zahlreichen EU-Staaten.369 Wäre das nationale Kollisionsrecht von der Verweisung erfasst, käme in solchen Staaten das Wettbewerbsrecht des Ortes der Niederlassung wieder nicht zur Anwendung. Folge wäre z.B., dass ein niederländischer Wettbewerber, soweit er auf dem deutschen Markt tätig werden würde, wieder deutschem Recht unterworfen wäre, weil das niederländische Recht ebenfalls der Marktortanknüpfung folgt. Der Niederländer müsste seine Online-Dienste an einer Vielzahl von Rechtsordnungen ausrichten, nämlich nach allen, auf deren Gebiet er tätig wird. Der Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie wäre auf ein Minimum reduziert. Sie würde weitgehend Selbstverständlichkeiten regeln. Bedeutung käme ihr nur im Bereich des öffentlichen Rechts zu, z.B. hinsichtlich der staatlichen Aufsicht über die Medien.³⁷⁰ Eine große Erleichterung der Rechtsanwendung kann auch nicht darin gesehen werden, dass nur noch auf das Kollisionsrecht des Heimatlandes abzustellen wäre und nicht mehr auf eine Vielzahl von Kollisionsrechtsordnungen.³⁷¹ Ein Diensteanbieter könnte lediglich mit dem Kollisionsrecht seines Heimatlandes die anwendbaren Rechtsordnungen ermitteln und sich sicher sein, auch in anderen EU-Ländern nur nach den so bestimmten Rechtsordnungen verklagt zu werden.

Mit einer solchen Leseart wird jedoch nicht genügend berücksichtigt, dass es nicht der innerhalb der EU noch halbwegs überschaubare Bereich des Kollisionsrechts ist, der den Diensteanbietern Probleme bereitet, sondern die Vielzahl der verschiedenen nationalen Wettbewerbsordnungen, die gegebenenfalls alle gleichzeitig zu beachten sind. Eine Verweisung auf das internationale Privatrecht des Herkunftslandes verfehlt daher das mit der E-Commerce-Richtlinie eindeutig verfolgte Ziel einer Förderung eines einheitlichen Euro-

³⁶⁹ Vgl. zur Anknüpfung des unlauteren Wettbewerbs in verschiedenen Staaten der EU Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, S. 133 ff., insbesondere die vergleichende Zusammenschau, S. 238 ff. In einigen Staaten findet man keine oder nur wenige Entscheidungen zum grenzüberschreitenden Wettbewerb. Dies ist darauf zurückzuführen, dass diese Länder keine oder nur eine sehr junge Kodifikation des Wettbewerbsrechts kennen (Spanien, Portugal; Bernhard, S. 235 ff. bzw. 233 f.) bzw. diese keine praktische Bedeutung hat (Griechenland; Bernhard, S. 192 f.). In Dänemark spielen zivilrechtliche Verfahren wegen einer behördlichen Schlichtung kaum eine Rolle (Bernhard, S. 175 f., 241). In den Niederlanden ist die Marktortregel anerkannt (Bernhard, S. 223 ff.), in Frankreich kann aufgrund der dort ergangenen Entscheidungen auf eine solche geschlossen werden (Bernhard, S. 177 ff., 188 f.). Die Rechtsprechung zahlreicher anderer Länder lässt die Tendenz erkennen, wenn möglich, das heimatliche Recht anzuwenden (insbesondere Großbritannien, Irland und Italien; Bernhard, S. 194 ff., 209 f. bzw. 211 ff.).

³⁷⁰ Vgl. Spindler, ZUM 1999, 775, 785.

³⁷¹ So aber Spindler, MMR-Beilage 7/2000, S. 4, 10.

Marketing durch Gewährung von Rechtssicherheit. ³⁷² Die Ausrichtung an mehrere Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Schutzstandards soll gerade vermieden werden.

Zudem bestünde für Staaten mit geringerem Schutzniveau die Möglichkeit, ihren Diensteanbietern Wettbewerbsvorteile auf ausländischen Märkten zu verschaffen, indem sie von einer Marktortanknüpfung zu einer Herkunftslandanknüpfung übergehen. Ein "race to the bottom" könnte zumindest zur Zeit noch über das Kollisionsrecht eingeleitet werden. Erst eine Vereinheitlichung durch die erwartete Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog. Rom II-Verordnung) würde Abhilfe schaffen.³⁷³ Somit entspricht eine Verweisung auf das internationale Privatrecht des Herkunftslandes nicht dem Inhalt der E-Commerce-Richtlinie, führt deren Ziele vielmehr ad absurdum und ist abzulehnen.

bb. Kollisionsrechtlicher Gehalt des Herkunftslandprinzips

Wollte man in dem Herkunftslandprinzip eine Kollisionsregel erblicken, müsste sich ein Anbieter innerhalb der EU nur am Recht seiner Niederlassung orientieren, daran aber immer. Er müsste ausländische Rechtsordnungen nicht ermitteln, wenn er seine Dienste auf andere Länder ausdehnt. Ausländische Gerichte müssten seine Tätigkeit ausschließlich an seinem Heimatrecht messen. Gegen die Annahme einer Kollisionsregel derart, dass stets das Recht des Herkunftslandes mit Ausnahme von dessen internationalem Privatrecht Anwendung findet, spricht jedoch das klar erklärte Ziel des Normgebers selbst, der stets betont hat, die Richtlinie wolle das internationale Privatrecht nicht antasten.³⁷⁴ Art. 1 IV der E-Commerce-Richtlinie sagt unmissverständlich, dass die Richtlinie **keine** zusätzlichen Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts schafft.³⁷⁵ Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie muss daher als sachrechtliches Prinzip verstanden werden.

³⁷² Vgl. Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 353; Thünken, IPRax 2001, 15, 20; Staudinger/Fezer, Int. WirtschaftsR Rdn 448; vgl. Begründungserwägung 22 des Richtlinienentwurfs: "... Um den freien Dienstleistungsverkehr und die Rechtssicherheit für Anbieter und Nutzer wirksam zu gewährleisten, sollten die Dienste der Informationsgesellschaft zudem grundsätzlich dem Rechtssystem desjenigen Mitgliedstaates unterworfen werden, in dem der Anbieter niedergelassen ist."

³⁷³ Vgl. den Entwurf des Rates vom 21.6.1999. Es handelt sich um eine Ergänzung zum Römischen Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980. Hierzu schon oben ab S. 142.

³⁷⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 23 der E-Commerce-Richtlinie.

³⁷⁵ Zur Frage, ob der Richtliniengeber überhaupt die mit Art. 1 IV E-Commerce-Richtlinie verbundenen Probleme erkannt hat, vgl. Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 91 ff.

Das nach dem internationalen Zivilprozessrecht zuständige Gericht hat deshalb zunächst ohne jede Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips die anwendbare Rechtsordnung zu ermitteln. Das gefundene Ergebnis wird dann in der Weise vom sekundären Gemeinschaftsrecht überlagert, als Vorschriften, die gegenüber dem Heimatrecht einen höheren Standard vorschreiben, wegen ihrer Europarechtswidrigkeit nicht mehr berücksichtigt werden dürfen.³⁷⁶ Dies bedeutet, dass die bisher notwendige Prüfung, ob eine den Warenverkehr behindernde Rechtsnorm des Bestimmungslandes angewandt werden darf, weil sie als bloße Regelung einer bestimmten Verkaufsmodalität nicht dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG unterfällt oder durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist, entfällt. Auch wenn eine nationale Vorschrift, die strengere Anforderungen als das Heimatrecht aufstellt, diesen Anforderungen standhält, kann sie im Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie keine Geltung mehr haben.

Als Vorbild für Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie sind somit die Regelungen über die Grundfreiheiten auszumachen.³⁷⁷ In beiden Fällen ist es das Sachrecht des Herkunftslandes, das einer Prüfung daraufhin unterzogen wird, ob es den freien Dienstleistungsverkehr einschränkt.³⁷⁸ Lediglich quantitativ wird eine neue Dimension erreicht, als eine viel größere Zahl nationaler Regelungen nicht mehr durchgesetzt werden darf.³⁷⁹ Qualitativ bleibt das Ergebnis aber das selbe wie bei den Grundfreiheiten. Es handelt sich um keine kollisionsrechtliche Regelung.

Teile in der Literatur beurteilen dies anders und sprechen u.a. von einer Lückenfüllung durch das Recht des Herkunftslandes, wenn das ermittelte nationale Sachrecht strenger ist als dieses. Wäre das in der Tat immer zutreffend, spräche dies für ein kollisionsrechtliches Verständnis. Auf der anderen Seite kann keine Rede von einem kollisionsrechtlichen Gehalt sein, wenn das Herkunftslandprinzip nicht der Ermittlung der anwendbaren Rechtsordnung dient, sondern nur die Nichtanwendbarkeit von Vorschriften feststellt. Dann stünde einem rein sachrechtlich geprägtem Verständnis nichts im Wege. 381

Das Bestehen der Lücke wird zumeist leichthin behauptet, doch sollte dies erst für die verschiedensten Arten von Wettbewerbsverstößen näher untersucht werden. Dies kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Beispielhaft sei aber die Werbung im Internet erwähnt. Eine Lücke würde voraussetzen, dass die Heimatrechtsordnung nicht sowieso schon durch das internationale Privat-

³⁷⁶ Vgl. MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR Rdn 137; Spindler, MMR 1999, 199, 206; Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 352.

³⁷⁷ Siehe auch Ohly, GRUR Int. 2002, 899, 902.

³⁷⁸ Vgl. Spindler, ZHR 2001, 324, 326.

³⁷⁹ Siehe auch Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 197.

³⁸⁰ Vgl. Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 144; Spindler, ZHR 2001, 324, 336.

³⁸¹ Siehe *Mankowski*, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 144, der von einer Unmöglichkeit eines sachrechtlichen Verständnisses des Herkunftslandprinzips spricht.

recht berufen ist. ³⁸² In einem grenzüberschreitenden Medium ist aber genau dies keine Seltenheit. Folgt das nationale Kollisionsrecht der Marktortanknüpfung, ist es kaum vorstellbar, dass der Niederlassungsstaat nicht auch berufen ist. In diesem liegt nach der Legaldefinition des Art. 2 c der E-Commerce-Richtlinie der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Betätigung. Im Internet wird Werbung nicht nach Regionen aufgeteilt. ³⁸³ Das internationale Privatrecht beruft deshalb das Heimatrecht. Das Herkunftslandprinzip schließt dann nur an sich anwendbare Normen anderer Rechtsordnungen aus. Eine genauere Untersuchung kann daher nicht zu dem Ergebnis führen, dass eine reine kollisionsrechtliche Regelung vorliegt und allenfalls der These von Spindler von einer hybriden Regelung Nachdruck verleihen. ³⁸⁴

Den Mitgliedstaaten steht es frei, nationalen Vorschriften über das Schutzklauselverfahren nach Art. 3 IV-VI der E-Commerce-Richtlinie Geltung zu verschaffen. Dies kann zwar nicht als ausschlaggebendes Argument gegen eine kollisionsrechtliche Regelung ins Feld geführt werden, weil dem Internationalen Privatrecht beschränkte Verweisungen, die ein favorisiertes Ergebnis begünstigen sollen, nicht fremd sind,³⁸⁵ zeigt aber zumindest wieder, dass keine Gesamtverweisung auf das Recht des Herkunftslandes stattfinden soll.

cc. Günstigkeitsprinzip

Solange ein Schutzklauselverfahren nicht durchgeführt wurde, bedeutet dies, dass strengere inländische Normen vom Recht des Herkunftslandes überlagert werden. Es erfolgt eine sehr weitgehende Verdrängung. Faktisch findet zu einem großen Teil nur noch ausländisches Recht Anwendung. Insoweit ergibt sich kein anderes Ergebnis als bei der Annahme eines kollisionsrechtlichen Verweises. Was aber geschieht, wenn das Bestimmungsland Vorschriften mit einem geringeren Schutzniveau aufweist? Wer eine Kollisionsregel bejaht, muss hier das Recht des Herkunftslandes anwenden. Nach der hier vertretenen Aufassung wäre das Recht des Bestimmungslandes nun berufen und nicht das strengere Heimatrecht, das das erstere nur dann verdrängt, wenn es strengere Anforderungen aufstellt. Folge wäre eine Art Günstigkeitsprinzip, wenn es um

³⁸² In diese Richtung auch Sack, WRP 2001, 1408, 1410 f.

³⁸³ Siehe ausführlicher hierzu ab S. 165.

³⁸⁴ In die Richtung von Spindler auch *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB Beilage 10/2001, S. 1, 10. Zur Kritik an diesem Ansatz *Mankowski*, IPRax 2002, 257, 263; *Ruess*, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 96 f.

Das auch in dem Fall, in dem nach den Regelungen des internationalen Privatrechts das Herkunftsland nicht berufen ist, dessen Anwendbarkeit nicht aufgrund des Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie geboten ist, wird im nächsten Abschnitt gezeigt werden.

³⁸⁵ Vgl. etwa die Regelungen des Unterhaltsstatuts (Art. 18 EGBGB), die den Berechtigten begünstigen (favor alimenti).

die Frage des anwendbaren Rechts gegenüber ausländischen Anbietern geht. Es wäre immer das Recht anwendbar, das geringere Restriktionen vorsieht.

Die gegen ein solches Günstigkeitsprinzip bisher vorgebrachten Argumente können nicht überzeugen. 386 Eingewandt wird, dass sich der Diensteanbieter erst zeit- und kostenintensiv nach dem Recht etwaiger Zielstaaten erkundigen müsste, was der Intention der Richtlinie zuwiderlaufe. 387 Der Erfolg der E-Commerce-Richtlinie, nämlich dass ein Anbieter sich sicher sein darf, innerhalb der EU nicht nach einem strengeren Recht als nach seinem Heimatrecht beurteilt zu werden, bleibt indes auch unter einem Günstigkeitsprinzip unangetastet. Es wäre einem Anbieter i.d.R. gar nicht zu raten, das weniger strenge Recht eines anderen Bestimmungslandes zu ermitteln. Dies lässt sich anhand eines in Deutschland ansässigen Unternehmens belegen, das sowohl auf dem deutschen als auch auf dem französischen Markt tätig werden möchte und das für seine Produkte auf seiner Homepage Werbung macht. Vernünftigerweise wird es sein Verhalten an dem (unterstellt) strengeren deutschen Wettbewerbsrecht ausrichten. Denn wenn es die Gestaltung nach der ermittelten französischen Wettbewerbsordnung ausrichtet, droht ihm in Deutschland eine Klage eines Konkurrenten, bei dessen Erfolg die Online-Werbung de facto mangels Möglichkeit, den Abruf nur auf ein Staatsgebiet beschränkt zu unterbinden, auch für den anderen Staat untersagt werden würde. 388 Der einzige Vorteil des Unternehmers bei einem Günstigkeitsprinzip läge also darin, dass er in einem Staat mit geringerem Schutzniveau eine gegen ihn gerichtete Klage nicht verlieren würde, wenn es trotz Verletzung seines Heimatrechts das dortige Recht beachtet. Die Gefahr, sich vor einem fremden Gericht verteidigen zu müssen, würde verringert werden. Dieses Ergebnis erscheint sachgerecht. Warum sollte sich ein ausländischer Konkurrent darauf berufen dürfen, der Anbieter verletze sein Heimatrecht, wenn er auf dem Gebiet des Heimatrechtes mit dem Beklagten gar nicht in Wettbewerb steht? Einem Wettbewerber wäre es dann, wie schon bisher, nur möglich, sich auf mehrere Rechtsordnungen zu berufen, wenn er auf dem jeweiligen Markt auch tätig wird. 389

³⁸⁶ Zur Kritik am Günstigkeitsprinzip Thünken, IPRax 2001, 15, 20; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 195 f.; Dethloff, JZ 2000, 179, 183; für ein Günstigkeitsprinzip auch Fritze/Holzbach, WRP 2000, 872, 876. Ausführlich zu Vor- und Nachteilen eines Günstigkeitsprinzips Mankowski, CR 2001, 630, 633 ff.

³⁸⁷ Vgl. Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 199; Mankowski, CR 2001, 630, 636.

³⁸⁸ Die geäußerten Bedenken würden damit nur in dem nicht sehr praxisnahen Fall zum Tragen kommen, in dem der Anbieter auf den Märkten verschiedener Staaten tätig wird, nicht aber auf dem seiner Niederlassung.

Siehe auch *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, S. 290, die darauf hinweist, dass sich bei unteilbaren Handlungen hinsichtlich von Unterlassungsansprüchen zwischen Günstigkeitsprinzip und reinem Herkunftslandprinzip keine Unterschiede ergeben würden.

³⁸⁹ Vgl. Staudinger/v. Hoffmann, Art. 38 EGBGB Rdn 546.

Der Vorteil für die Gerichte liegt ebenfalls auf der Hand. Sofern eine Maßnahme nach dem ihnen vertrauten Heimatrecht zulässig ist, können sie die Klage abweisen und müssen nicht zusätzlich ermitteln, ob nach einem ihnen fremden Rechtssystem ein Wettbewerbsverstoß gegeben wäre. Ähnliches gilt für die Mitbewerber am Marktort. Diese stehen jetzt vor dem Problem, das Recht zahlreicher Staaten der EU zu ermitteln. 390 Anstatt dass ein Unternehmen, das auf mehreren Märkten tätig wird, die dort geltenden Regelungen ermitteln muss, müssen nun theoretisch alle Unternehmen eines Marktes sämtliche EU-Rechtsordnungen kennen, um die Rechtswidrigkeit des Handelns von ausländischen Konkurrenten beurteilen zu können. Unter einem Günstigkeitsvergleich wäre dies zumindest in eine Richtung erleichtert.

Das Günstigkeitsprinzip verstößt zudem nicht gegen Art. 3 I der E-Commerce-Richtlinie. Angeblich soll dem eindeutigen Wortlaut zu entnehmen sein, dass der Diensteanbieter stets die Vorschriften seines Herkunftslandes einhalten muss, da Ausnahmen nicht vorgesehen sind.³⁹¹ So kann die Bestimmung nur gedeutet werden, wenn eine kollisionsrechtliche Regelung bejaht wird. Anwendbar ist dann stets das Recht des Herkunftslandes. Dessen Voraussetzungen muss der Anbieter immer einhalten. Von einem günstigerem Empfangslandrecht kann er dementsprechend nie profitieren. Anders stellt sich die Lage dar, wenn man eng am Wortlaut der Richtlinie bleibt und einen kollisionsrechtlichen Gehalt verneint. Dann ist Art. 3 I der E-Commerce-Richtlinie eingeschränkt. Die Richtlinie kann nicht gleichzeitig anordnen, dass stets das Recht des Herkunftslandes beachtet werden muss und es gleichzeitig unterlassen, eine Kollisionsregel aufzustellen. Betreibt ein in Deutschland niedergelassener Unternehmer auch Wettbewerb in Portugal, ist nach der deutschen Anknüpfung an das Marktortrecht portugiesisches Recht maßgeblich. Wie soll sich der Portugiese vor einem deutschen Gericht darauf berufen können, dass der deutsche Anbieter deutsches Recht nicht einhält, wenn dieses keine Anwendung findet? Dem Gesetzgeber ist es ohne Veränderung des deutschen Kollisionsrechts unmöglich, den deutschen Anbieter in einer solchen Fallgestaltung dem ansonsten nicht anwendbaren strengeren deutschen Recht zu unterwerfen. Art. 3 I der E-Commerce-Richtlinie kann somit selbstverständlich nur dann angewendet werden, wenn das nationale Recht zur Entscheidung berufen ist.³⁹²

Als problematisch könnte sich schließlich die Behandlung der Konstellation herausstellen, bei der das Herkunftslandrecht ausnahmsweise nicht durch das internationale Privatrecht zur Anwendung bestimmt ist. Nach der gerade vorge-

³⁹⁰ Zu diesem Aspekt ausführlich Sack, WRP 2002, 271, 279.

³⁹¹ So aber Thünken, IPRax 2001, 15, 20; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 197 f.; siehe auch Spindler, ZHR 2001, 324, 337 ff.

³⁹² Im Ergebnis auch Sack, WRP 2001, 1408, 1411, 1415 f., unter Berufung auf die historische Entwicklung von Art. 1 IV der E-Commerce-Richtlinie; a.A. Mankowski, CR 2001, 630, 635: "Das Herkunftslandprinzip erheischt Vorrang vor dem IPR, nicht umgekehrt."

nommenen Interpretation des Art. 3 I der E-Commerce-Richtlinie ist der Anbieter dann nicht zur Einhaltung der Vorschriften des Herkunftslandes verpflichtet. Jetzt auf einen Günstigkeitsvergleich zu verzichten und das Recht eines anderen Mitgliedstaates über den Streit entscheiden zu lassen, ³⁹³ würde dem Zweck der E-Commerce-Richtlinie, nie strengeren Vorschriften als denen des Heimatlandes zu unterliegen, nicht gerecht werden. In diesen Fällen ist ebenfalls ein Vergleich mit dem kollisionsrechtlich nicht bestimmten Recht des Herkunftslands vorzunehmen

dd. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die E-Commerce-Richtlinie keinen Einfluss auf das internationale Privatrecht hat. Es bleibt bei der Marktortanknüpfung. Jedoch kann das mit Hilfe der Kollisionsnormen ermittelte Recht bei Anbietern mit Sitz innerhalb der EU gegebenenfalls aufgrund des sachrechtlich verstandenen Herkunftslandprinzips nicht angewendet werden. Die E-Commerce-Richtlinie hat damit die auf Dauer sicherlich nicht tolerierbare Konsequenz, dass Wettbewerbsmaßnahmen je nachdem, ob sie im Internet oder in Printmedien vorgenommen werden, unterschiedlichen Anforderungen unterliegen. ³⁹⁴ Für eine solche Aufspaltung der Rechtsbeurteilung von Online- und Offline-Sachverhalten besteht keinerlei Rechtfertigung. Sie sollte schnellstmöglich durch weitere Harmonisierungsmaßnahmen beseitigt werden. Angesichts des Entwurfs der EG-Verordnung zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II) erscheint eine schnelle Abschaffung des Herkunftslandprinzips nicht völlig ausgeschlossen. Wahrscheinlicher ist allerdings eine Regelung im Rom II-Abkommen, die die Bestimmungen der E-

³⁹³ So aber Sack, WRP 2001, 1408, 1419 f. Kritisch hierzu auch Spindler, RIW 2002, 183, 186.

³⁹⁴ Zur Kritik an dieser Aufspaltung Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 353 f.; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 164 f.; siehe auch Thünken, IPRax 2001, 15, 20, der die unterschiedliche Beurteilung deshalb als gerechtfertigt ansieht, weil bei Printmedien die Reichweite klar bestimmt ist, während im Internet das Bewusstsein hinsichtlich der räumlichen Tätigkeit fehlen soll. Siehe auch Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247, 1256 ff., die aufgrund der mit dem Herkunftslandprinzip verbundenen Nachteile, insbesondere der Inländerdiskriminierung, Zweifel daran haben, ob eine solche Regelung noch der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit dient und von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 100 a EGV (jetzt Art. 95 EG) gedeckt ist. Ferner bezweifeln sie, ob die Aushebelung nationaler Vorschriften, die nur Verkaufsmodalitäten regeln, nach Art. 3 b III EGV (jetzt Art. 5 EG) als erforderlich angesehen werden kann.

Siehe schließlich auch *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, S. 284 ff., die generell für Multistate-Wettbewerbshandlungen in der Europäischen Union statt einer Marktortanknüpfung ein Herkunftslandprinzip vorschlägt.

Commerce-Richtlinie für weiterhin anwendbar erklärt und damit die Online/Offline-Unterscheidung von Wettbewerbsmaßnahmen vorerst zementiert.

c) Die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in § 4 TDG

Nach den gemachten Ausführungen stellt Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie weder eine kollisionsrechtliche Regelung dar, noch steht er einem Günstigkeitsvergleich entgegen. Es ist daher bedauerlich, dass der deutsche Gesetzgeber sein ursprüngliches Vorhaben einer ausdrücklichen Einführung eines Günstigkeitsvergleichs aufgegeben hat.³⁹⁵ Die Schlechterstellung deutscher Anbieter im Exportbereich gegenüber Anbietern aus anderen EU-Ländern hätte zumindest teilweise gelindert werden können.³⁹⁶ Letztlich war der Widerstand gegen ein Günstigkeitsprinzip zu groß³⁹⁷ und die Bereitschaft, sich dem Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens auszusetzen, zu gering.³⁹⁸ Die letztlich verabschiedete Fassung des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 9.11.2001³⁹⁹ lehnt sich deshalb eng an den Wortlaut der E-Commerce-Richtlinie an. Viele Fragen bleiben damit vom

³⁹⁵ Der im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie vom 14.2.2001 ursprünglich vorgesehene § 4 TDG enthielt jedoch ein zweiseitiges Günstigkeitsprinzip. Diese Vorschrift ist im Anhang abgedruckt. Vgl. auch die Erläuterungen zum Referentenentwurf von Bröhl, MMR 2001, 67 ff.; Sack, WRP 2001, 1408, 1411 ff.; Nickels, DB 2001, 1919 ff.; Härting, DB 2001, 80 ff.; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 198 f.; Mankowski, CR 2001, 630 ff.

³⁹⁶ Dies hätte allerdings vorausgesetzt, dass die anderen EG-Staaten die Richtlinie in gleicher Weise umsetzen. Einem Anbieter mit Sitz in Deutschland wäre nicht damit gedient gewesen, wenn bei einer Klage gegen ihn in einem anderen Land ein strengeres Herkunftslandprinzip Anwendung gefunden hätte. Dazu *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188, 199.

³⁹⁷ Vgl. z.B. die Pressemitteilung des Deutschen Multimedia Verbands (dmmv) vom 21.6.2001; *Mankowski*, CR 2001, 630, 631 m.w.N.

³⁹⁸ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drucksache 14/6098), BT-Drucks. 14/7345, S. 31; positiv zum Entfallen des Günstigkeitsvergleichs äußern sich auch *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 198, 199.

Mehr Mut bewies auch die österreichische Regierung nicht. Ihr erster Gesetzesentwurf orientierte sich stark an dem deutschen Entwurf und sah ebenfalls einen Günstigkeitsvergleich vor, dazu *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188, 200 f. Die ausdrückliche Normierung eines Günstigkeitsvergleichs ist im verabschiedeten E-Commerce Gesetz (vgl. insbesondere dessen § 20, öst. BGBl. I 2001/152) jedoch entfallen. Der Text der Umsetzung und die Gesetzesbegründung findet sich auch unter

http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/I/texte/008/I00817_.html. Dazu auch $\it Lurger/Vallant, MMR 2002, 203 ff.$

³⁹⁹ BGBI. I, S. 3721 ff. Zur Umsetzung Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 199 f.; Sack, WRP 2002, 271 ff.; Spindler, NJW 2002, 921, 925 ff.; Mankowski, IPRax 2002, 257 ff.; Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, S. 101 ff.

Gesetzgeber unbeantwortet und müssen durch Gerichte und Wissenschaft gelöst werden. Das letzte Wort wird wohl erst vom EuGH gesprochen werden.

Das Herkunftslandprinzip wurde in § 4 TDG verankert. § 4 I TDG regelt, dass in Deutschland niedergelassene Diensteanbieter deutschem Recht auch dann unterliegen, wenn sie Teledienste in einem anderen EU-Land geschäftsmäßig anbieten oder erbringen. Anbieter aus anderen EU-Ländern sind nach § 4 II TDG den Beschränkungen des deutschen Rechts vorbehaltlich des Abs. 5, der das Schutzklauselverfahren in das deutsche Recht umsetzt, nicht unterworfen. Die vom Herkunftslandprinzip ausgenommenen Bereiche werden in § 4 IV TDG aufgezählt.

Der Streit, ob das Herkunftslandprinzip kollisionsrechtliche Regelungen aufstellt oder rein sachrechtlich interpretiert werden kann, wird fortgesetzt werden müssen, da der Gesetzgeber auf eine Klarstellung verzichtet und sich darauf beschränkt hat, die Formulierung des Art. 1 IV der E-Commerce-Richtlinie fast wortwörtlich in § 2 VI TDG zu übernehmen, nach dem das Gesetz keine Regelungen im Bereich des Internationalen Privatrechts schafft. Nach der hier vertretenen Auffassung zur E-Commerce-Richtlinie handelt es sich bei der Bestimmung des § 2 VI TDG keineswegs um einen Etikettenschwindel. Es bleibt dabei, dass sowohl bei Anbietern mit Sitz in Deutschland als auch in einem anderen EU-Staat zunächst mittels der Marktortanknüpfung die anzuwendenden Rechtsordnungen zu bestimmen sind und deren Bestimmungen erst auf der sachrechtlichen Ebene gegebenenfalls für unanwendbar befunden werden müssen.

Auch wenn der klarstellende Hinweis in § 4 I TDG aus der Entwurfsfassung (,soweit sich nicht aus den Regeln des internationalen Privatrechts etwas and eres ergibt") entfallen ist, bede utet dies nicht, dass ein Diensteanbieter mit Sitz in Deutschland bezüglich der Beurteilung seiner Tätigkeit im Ausland stets deutschem Recht unterworfen sein muss. 400 Aufgrund der IPR-Neutralität des § 4 TDG ist dies vielmehr nur dann der Fall, wenn deutsches Recht kollisionsrechtlich zur Entscheidung berufen ist. Weder einem Günstigkeitsvergleich oder einer Berufung ausländischen Rechts für die Tätigkeit in Deutschland niedergelassener Anbieter steht er im Weg. 401 Ein neben dem deutschen Recht anwendbares Recht eines anderen EU-Staats wird nur dann verdrängt, wenn es weiterreichendere Verbote aufstellt als das deutsche Herkunftslandrecht. Das Ziel der E-Commerce-Richtlinie, Anbieter keinen strengeren Verboten zu unterwerfen als denen ihres Heimatstaates, lässt sich nicht nur über eine (ausschließliche) Anknüpfung an das Recht ihres Heimatstaates erreichen, sondern auch durch einen Günstigkeitsvergleich. Sind ausnahmsweise nur ausländische Rechtsordnungen nach den Bestimmungen des internationalen Privatrechts zu berücksichtigen, hat ein Günstigkeitsvergleich mit dem (nicht berufenen) Recht des Her-

⁴⁰⁰ So auch Sack, WRP 2002, 271, 274; a.A. Spindler, RIW 2002, 183, 186.

⁴⁰¹ Vgl. Sack, WRP 2002, 271, 275 f.

kunftslandes zu erfolgen. 402 Jede andere Deutung wird dem Zweck der E-Commerce-Richtlinie nicht gerecht. Ein Diensteanbieter soll sich gewiss sein können, dass auf seine Tätigkeit nie ein strengeres ausländisches Sachrecht Anwendung findet.

Bei Anbietern aus anderen EU-Ländern ist wiederum mit Hilfe des deutschen Kollisionsrechts zunächst das anwendbare Recht zu ermitteln, das anschließend den Vergleich mit dem Recht des Herkunftslandes standhalten soll. § 4 II TDG enthält selbst keine Aussagen über das berufene Recht, sondern lediglich einen Maßstab zur Überprüfung des ermittelten Rechts. 403 Nur in Ausnahmefällen kann es zur Anwendung eines strengeren Rechts als dem des Herkunftslandes kommen, nämlich dann, wenn ein darüber hinausgehendes Verbot nach § 4 V TDG gerechtfertigt ist. Insoweit scheint vom Wortlaut des § 4 TDG her ein Unterschied zur Behandlung von Anbietern mit Sitz in Deutschland auszumachen zu sein. Hinsichtlich dieser Gruppe fehlt es an einer ausdrücklichen Klarstellung, dass sie strengeres ausländisches Recht zu beachten hat, wenn dieses nach dem Marktortrecht gerechtfertigt ist. 404 Der Vorwurf einer fehlerhaften Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie ist allerdings nur unter einer kollisionsrechtlichen Leseart des § 4 I TDG begründet. Denn dann besteht nur die Kollisionsregel des § 4 I TDG, die dem deutschen Recht zur Anwendung verhilft und es schwer macht, eine Begründung dafür zu finden, warum ausländisches Recht auf diese Anbieter zumindest dann Anwendung finden soll, wenn gerechtfertigte Verbote durchgesetzt werden sollen. Bei Annahme eines sachrechtlichen Verständnisses hingegen bestimmt das deutsche internationale Privatrecht gegebenenfalls schon die Anwendung ausländischer Rechtsordnungen. Diese müssen aufgrund der E-Commerce-Richtlinie bereits bestimmen, dass ihre Regelungen nur angewendet werden, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Der deutsche Gesetzgeber konnte deshalb im Unterschied zu § 4 II TDG auf eine Erwähnung verzichten. Dass er dies getan, spricht wiederum gegen ein kollisionsrechtliches Verständnis.

3. Wettbewerbshandlungen im Internet

Die Anknüpfung an den Marktort gilt auch für das Internet. Nur im Anwendungsbereich des § 4 TDG findet je nach Verständnis auf der kollisionsrechtlichen oder sachrechtlichen Ebene eine Verdrängung durch das Recht des Herkunftslandes statt.

Internetseiten können weltweit abgerufen werden, wobei es keine Rolle spielt, auf welchem Server die Informationen gespeichert sind und wo sich der

⁴⁰² A.A. Sack, WRP 2002, 271, 276 f.

⁴⁰³ Vgl. Spindler, NJW 2002, 921, 926; ders., RIW 2002, 183, 185.

⁴⁰⁴ Daher für eine Korrektur über eine richtlinienkonforme Auslegung Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 199.

Benutzer gerade aufhält. Ein Erfolgsort ist damit grundsätzlich in jedem Staat mit Internetzugang gegeben. Aber nicht in jedem Staat werden sich spürbare Auswirkungen zeigen, werden sich die Surfer von einer Webseite angesprochen fühlen. Es erscheint daher unbillig, von Wettbewerbern zu verlangen, ihre Handlungen im Internet müssten sämtlichen Wettbewerbsrechtsordnungen der Welt genügen. 405 Deren Inhalt zu ermitteln, ist nicht nur für Unternehmer mit größtem Aufwand verbunden, sondern auch für die zur Entscheidung berufenen Gerichte. Einschränkend ist deshalb das Überschreiten einer kollisionsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle zu fordern. 406 Von der Eignung einer Homepage zur spürbaren Beeinflussung eines Marktes kann gesprochen werden, wenn sie sich gezielt auch an ausländische Kunden richtet, mithin ein finales Handeln vorliegt. 407 Mit welchen Indizien auf ein solches geschlossen werden kann, ist eine in der Literatur mittlerweile heftig diskutierte Frage. Dabei herrscht Einigkeit darüber, dass ein alleiniges Abstellen auf die subjektiven Absichten des Wettbewerbers nicht in Betracht kommt. 408 Die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung kann nicht von der bloßen Behauptung des Anbieters abhängig gemacht werden, seine Website sei nicht auf einen bestimmten Markt ausgerichtet. Eine solche Äußerung müsste sich anhand der objektiven Ausrichtung der Webseite bestätigen lassen. Als Kriterien für diese werden z.B. die benutzte Sprache, Zahlungsmodalitäten, der Charakter der Website, die Angabe von Telefonnummern für Bestellungen aus verschiedenen Ländern oder verschiedener Währungen immer wieder genannt. 409 Eine eindeutige Abgrenzung erlauben auch sie nur in offensichtlichen Fällen. In den meisten Konstellationen kann nur aufgrund einer Gesamtschau aller Indizien ermittelt werden, welcher Markt angesprochen werden soll. Das Ergebnis dieser Abwägung ist für den Wettbewerber oft nicht vorhersehbar und daher bislang kaum geeignet, für die notwendige Rechtssicherheit zu sorgen. 410

 $^{405\ \} Vgl.\ \textit{R\"{\textit{u}}\beta\textit{mann}}, \ K\&R\ 1998, 422, 423; \ \textit{Dethloff}, \ JZ\ 2000,\ 179,\ 181\ f.$

⁴⁰⁶ Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15, 16; Sack, WRP 2000, 269, 278; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 915 f.; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599; Kotthoff, CR 1997, 676, 680 f.

⁴⁰⁷ Vgl. Riißmann, K&R 1998, 422, 426; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 915; Kotthoff, CR 1997, 676, 680.

⁴⁰⁸ Vgl. Riiβmann, K&R 1998, 422, 424; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917; Kotthoff, CR 1997, 676, 680.

⁴⁰⁹ Diese Kriterien werden diskutiert von Dethloff, NJW 1998, 1596, 1600; Rüβmann, K&R 1998, 422, 424; Kotthoff, CR 1997, 676, 680 f.; Dieselhorst, ZUM 1998, 293, 295; Löffler, WRP 2001, 379, 381 f.; Wegner, CR 1998, 676, 681; Mankowski, CR 2000, 763 ff.; ders., GRUR Int. 1999, 909, 916 ff.; für das Markenrecht Bettinger/Thum, GRUR Int. 1999, 659, 672 f.; Dinwoodie, Private International Aspects Of The Protection Of Trademarks, http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil_01_4.doc, S. 46 f.; Kur, WRP 2000, 935, 937 f.

⁴¹⁰ In diese Richtung auch Löffler, WRP 2001, 379, 382; Börsch, Sind Hyperlinks rechtmäßig?, S. 184.

Im folgenden soll zunächst untersucht werden, ob mit technischen Mitteln der Zugriff auf Webseiten für die Bewohner einzelner Länder eingeschränkt bzw. ganz verhindert werden kann. Anschließen wird sich eine Untersuchung von einigen der genannten Kriterien. Nach Darstellung eines eigenen Ansatzes wird dieser Abschnitt mit der Übertragung der gefundenen Ergebnisse auf Linkingsachverhalte abgeschlossen.

a) Möglichkeiten der Beschränkung des Zugriffs aus bestimmten Staaten

Die Technik hat das Problem geschaffen, warum sollte sie es nicht auch lösen können, ist eine immer wieder zu lesende Aussage. ⁴¹¹ Doch kann das Allheilmittel für die Probleme, die die digitale Technik heraufbeschworen hat, wirklich in noch mehr digitaler Technologie zu suchen sein? ⁴¹² Kann es mit ihrer Hilfe jetzt schon oder zumindest in naher Zukunft möglich sein, den Zugriff auf Webseiten für die Bewohner einzelner Länder so effektiv zu sperren, dass sich die Frage nach der Bestimmung der Zielrichtung einer Webseite in der Praxis nicht mehr stellt, weil die Antwort auf der Hand liegt? Überall dort, wo der Unternehmer den Aufruf der Webseite noch zulässt. Dieser Abschnitt wird zeigen, dass die Antwort auf die Maschine keineswegs in der Maschine selbst liegt, sondern in der Hand der "Krawattis". ⁴¹³ Eine Territorialisierung des Internets ist zwar in Ansätzen durchführbar, an der Globalität des Medium führt zur Zeit aber noch kein Weg vorbei.

Möglichkeiten zur Territorialisierung des Internets aus der Sicht der Gerichte

aa. Playboy v. Chuckleberry⁴¹⁴

Es überrascht auf den ersten Blick, dass immer wieder Gerichtsurteile ergehen, die auf der Vorstellung basieren, eine Reterritorialisierung des Internets sei möglich. So verpflichtete der District Court for the Southern District of New York in seiner Entscheidung im Fall *Playboy v. Chuckleberry* den Beklagten dazu, zu verhindern, dass seine Website von Surfern aus den USA betrachtet

⁴¹¹ Siehe dazu Bechtold, GRUR 1998, 18, 19.

⁴¹² Siehe hierzu die Werbung der amerikanischen Firma myCIO.com, die sich mit Netzwerksicherheit beschäftigt: "What if the baseball could repair the window? The Internet caused the problem. It's only fitting it should also provide the solution."

⁴¹³ Bezeichnung der Juristen durch den Europa-Direktor der ICANN, Andy Müller-Maguhn, in seiner "Regierung serklärung". Vgl. http://www.trend.partisan.net/trd1200/t421200.html.

⁴¹⁴ Playboy Enterprises v. Chuckleberry Publishing Inc., 39 U.S.P.Q. 2d 1746 (S.D.N.Y.), besprochen u.a. von Bettinger/Thum, GRUR Int. 1999, 659, 661.

werden kann. Zur Umsetzung dieser Verpflichtung hielten es die Richter für möglich, dass der beklagte italienische Websitebetreiber eine kostenlose Passwortkontrolle einführt. Die Vergabe solle nach der Kontrolle der Nutzeridentität erfolgen, wobei amerikanischen Bürgern der Zugang zu verweigern sei.

bb. Yahoo-France Entscheidung

Einen technischer geprägten Lösungsansatz verfolgte das Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI). In seiner Entscheidung vom 20.11.2000, die weltweit für Schlagzeilen sorgte, verpflichtete das französische Gericht durch eine einstweiliger Verfügung das Internet-Portal Yahoo zu einer täglichen Geldbuße von 100.000 France, wenn der Web-Katalog bestimmte Auktionsseiten nicht innerhalb einer dreimonatigen Frist für französische Internetbenutzer blockiert. 415 Der dort erfolgende Verkauf von NS-Objekten verstieß gegen französisches Recht (Art. 645 – 1 Code Penal), nicht aber gegen das der USA, wo diese Angebote unter die verfassungsrechtlich garantierte Meinungsfreiheit fallen (First Amendment). Die Richter kamen zu der Überzeugung, dass ein Filtersystem, das die IP-Nummern feststellt, Nutzer aus Frankreich zu 70 % identifizieren und von den fraglichen Webseiten aussperren könnte. Die Nationalität der restlichen 30 % ließe sich ermitteln, indem Nutzer zur Abgabe einer Erklärung über ihre nationale Herkunft aufgefordert werden.

Die Entscheidung wurde unter verschiedenen Aspekten heftig kritisiert. Sie werde das Internet negativ verändern und bestärke totalitäre Staaten in ihren Versuchen zu einer Territorialisierung des Internets und zur Zensur von Inhalten. Ferner sei die Entscheidung in den USA, wo sich der Server mit den fraglichen Inhalten befindet, nicht vollstreckbar. 416 Für diese Arbeit von Bedeutung

⁴¹⁵ Ingesamt wurden drei Entscheidungen erlassen. Englische Übersetzungen finden sich unter LICRA et UEJF v. Yahoo! Inc. and Yahoo France, Tribunal de Grande Instance de Paris, 22.5.2000, http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm; 11.8.2000, ehemals unter http://www.gyoza.com/lapres/html/yahen8.html, 20.11.2000, http://www.gigalaw.com/library/france-yahoo-2000-11-20-lapres.html. In der Entscheidung vom Mai 2000 wurde Yahoo eine Frist von zwei Monaten gewährt, um notwendige Maßnahmen zur Befolgung eines Gerichtsbeschlusses zu ergreifen und dem Gericht mitzuteilen, wie sie vorzugehen gedenken, um den Zugriff französischer Internetnutzer zu unterbinden. Das Gericht war im Juli 2000 mit der Antwort von Yahoo, eine technische Blockade sei nicht zu realisieren, nicht zufrieden und gab ein Gutachten in Auftrag, diese Frage zu klären.

⁴¹⁶ Yahoo Inc. hat vor dem Federal District Court in San Jose California Klage mit dem Antrag erhoben, die französische Entscheidung für in den USA nicht vollstreckbar zu erklären. Der US-Bezirksrichter gab Yahoo Inc. Recht: Internet-Inhalte amerikanischer Firmen seien durch den ersten Verfassungszusatz geschützt.

Zu dem Urteil McDonald, Judge to Yahoo!: Ignore the French,

ist aber einzig die Frage, ob die Ansicht der Richter in technischer Hinsicht zutreffend ist. 417 Das von ihnen eingeholte Sachverständigengutachten deutet darauf hin, dass technische Zugriffsbeschränkungen leichter möglich sind, als bisher gemeinhin angenommen wurde. Ausgangspunkt der Überlegungen des französischen Gerichts ist die IP-Adresse und die Frage, ob mit ihr der Standort eines Internetnutzers zuverlässig bestimmt werden kann. Die IP-Adresse besteht in einer Zahlenfolge, die aus einer Gruppe von vier Zahlenwerten zwischen 0 und 255 gebildet wird, die durch Punkte voneinander getrennt sind, z.B. 142.33.13.57. Sie bezeichnet die Adresse eines an das Internet angeschlossenen Rechners und ist zwingend dafür erforderlich, dass einen Rechner für ihn bestimmte Datenpakete erreichen können. Zum gleichen Zeitpunkt kann eine IP-Adresse immer nur einem Computer zugewiesen sein. Die meisten Computer haben keine fixen IP-Adressen, sondern erhalten bei jeder Einwahl in das Internet eine sog. dynamische IP-Adresse zugewiesen, die aus dem Pool der für ihren Server bestimmten IP-Adressen stammt. 418 70 % der französischen Nutzer könnten so bei Kenntnis der Standorte der einzelnen Server und der ihnen zugewiesenen IP-Adressen bestimmt werden. Nicht erfassbar seien jedoch Nutzer, die Server wie den von AOL benutzen, 419 deren Netzwerk sich über Staatsgrenzen hinweg erstreckt und bei denen jeder Nutzer eine IP-Adresse aus Virginia zugeteilt bekommt. 420 Auch der Zugriff von Nutzern, die Anonymizer 421 ver-

http://www.newsfactor.com/perl/story/14666.html. Das Urteil findet sich unter http://www.eff.org/Cases/LICRA_v_Yahoo/20011107_us_distct_decision.html, ferner in MMR 2002, 26 ff. Siehe auch die Anmerkung von *Mankowski*, MMR 2002, 28 ff. Gegen das Urteil des kalifornischen Bezirksgerichts wurde Berufung zum U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit eingelegt.

⁴¹⁷ Eine eingehende Auseinandersetzung mit allen Kritikpunkten findet sich bei *Penfold*, Nazis, Porn and Politics: Asserting Control over Internet Content, http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/penfold.html. Siehe auch den Kommentar zu der Entscheidung vom 20.11.2000 von *Hartmann*, K&R 2001, 63 f., der berichtet, dass zu den Gutachtern der amerikanische Internet-Mitbegründer Vinton Cerf gehörte. Dieser hatte das Gutachten zunächst nicht unterzeichnet, auf Nachfrage des Gerichts aber erklärt, es sei technisch richtig, seine Einwände würden sich allein auf die hinter dem Internet stehende Philosophie beziehen.

Zu Beschränkungsmöglichkeiten des Zugriffs ferner *Dinwoodie*, Private International Aspects Of The Protection Of Trademarks, http://www.wipo.int/pilforum/en/documents/doc/pil_01_4.doc, S. 29 f.; *Bettinger/Thum*, GRUR Int. 1999, 659, 660. Siehe zur technischen Seite ferner die Ausführungen zu der Frage, wie totalitäre Staaten versuchen, den Zugriff auf bestimmte Webseiten zu unterbinden ab S. 223.

⁴¹⁸ Weitere Informationen zu IP-Adressen unter http://www.glossar.de/glossar/z_ip.htm

⁴¹⁹ Ende Juni 2001 waren immerhin 30 Millionen Internetnutzer Kunden von AOL. Sechs Millionen davon kommen aus 16 verschiedenen Ländern von außerhalb der USA.

⁴²⁰ Vgl. Bettinger/Thum, GRUR Int. 1999, 659, 660.

wenden oder sich Inhalte mit Proxy-Servern⁴²² beschaffen, könne nicht verhindert werden.⁴²³ Feststellbar sei dann nur noch die für die Filterung irrelevante IP-Adresse des Anonymizers. Ein Großteil dieser Gruppen könne durch Erklärungen der Nutzer über ihre Nationalität erfasst werden.⁴²⁴ In Kombination mit einem Filter könnten 90 % der französischen Surfer von einem Zugriff auf die fragliche Webseite abgehalten werden.

- 422 Ähnlich wie Anonymizer arbeiten Proxy-Server. Die Internetseiten werden von diesen auf Anforderung eines Nutzers aufgerufen, im eigenen Datenbestand zwischengespeichert und an die Nutzer weitergeleitet. Die angewählte Webseite wird nicht direkt mit dem Browser verbunden. Der Proxy-Server dient damit als eine Art überregionaler Cache, der alle persönliche Daten sperren kann.
- 423 So auch *Penfold*, Nazis, Porn and Politics: Asserting Control over Internet Content, http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/penfold.html>.
- 424 Das Ergebnis der Abfrage wird in Form von Cookies gespeichert, so dass bei einem zweiten Besuch keine erneute Erklärung notwendig wird. Ein Cookie ist eine kleine Textdatei, die der Browser auf Anweisung eines Web-Servers auf dem Rechner der surfenden Person ablegt. Die Datei enthält Informationen über das Nutzungsverhalten des Besuchers. Der Betreiber einer Website kann so genau feststellen, wann und wie oft seine Webseite von dem jeweiligen Surfer besucht wird. Ihm ist es z.B. möglich, festzustellen, nach welchen Produkten seines Shops ein Surfer gesucht hat und ihn damit gezielt auf Neuerscheinungen in diesem Bereich hinweisen. Ein Surfer kann anhand eines Cookies eindeutig identifiziert werden, mag ihm auch bei einem weiteren Besuch eine andere IP-Nummer zugewiesen worden sein.

⁴²¹ Statt direkt die gewünschte Webseite anzusurfen, wird deren Domain-Adresse auf der Webseite eines Anonymizers eingetragen. Dieser steht zwischen der angewählten Webseite und dem heimischen Computer und verdeckt die IP-Adresse des eigenen Rechners. Die meisten Anonymizer sind kostenpflichtig. Nachteilig wirkt sich zudem aus, dass sie das Erscheinen der gewünschten Webseite verzögern und der Aufbau bis zu viermal langsamer erfolgt. Auch lassen sich mit einigen Anonymizern keine Internetseiten anzeigen, die Java, Java-Applets oder JavaScript verwenden. Manche Webseiten werden zudem fehlerhaft angezeigt.

Seit August 2001 stellt Anonymizer.com ein Softwareprogramm zum Download bereit, das in der Menüleiste eines Browsers ein zusätzliches Element aufnimmt. Auf Knopfdruck soll dieses ein anonymes Surfern ermöglichen. Ein Surfer muss damit nicht mehr jedes Mal den Umweg über die Webseite des Anonymizers nehmen, sondern die Daten werden automatisch durch ihren Proxy-Server geleitet und die Herkunft des Surfers verschleiert; vgl. Mc Donald, Want Privacy? Get Cloaked on the Web with One Click, http://www.newsfactor.com/perl/story/12592.html. Der bekannteste deutsche Anonymizer ist der von der Fernuniversität Hagen entwickelte Rewebber, siehe http://www.rewebber.de.

(2) Technik zur Territorialisierung des Internets

Inwieweit der Ansatz des französischen Gerichts zutreffend und es tatsächlich möglich ist, die territoriale Herkunft eines Surfers zu bestimmen, soll nun untersucht werden.

aa. Vorteile für Unternehmen bei einer Territorialisierung des Internets

Bereits Ende der 90er Jahre stand fest, dass eine Datenbank, in der die physikalischen Standorte der einzelnen Rechner aufgelistet werden, realisierbar wäre. 425 Die Erstellung wurde für unwahrscheinlich gehalten, da die Liste wegen ständig neuer Rechneranbindungen nie vollständig sein würde und die Erstellung und Wartung viel zu teuer wäre. Wer sollte diesen finanziellen Aufwand auf sich nehmen wollen? Dabei wurde, wie sich mittlerweile herausgestellt hat, ein Umstand vernachlässigt. Die Datenbank könnte immense wirtschaftliche Vorteile mit sich bringen. 426 Sie würde es ermöglichen, Werbung im Internet zu regionalisieren. Französischen Surfern könnte französischsprachige und Italienern italienischsprachige Werbung eingeblendet werden. Ein Bekleidungsunternehmen könnte Surfern aus Los Angeles Bademode, Surfern aus Alaska Winterkleidung anbieten. Anderen Unternehmen würde die Datenbank eine Tätigkeit im Internet überhaupt erst möglich machen. Die strengen Kryptographiebestimmungen der USA verbieten z.B. die Ausfuhr entsprechender Software, nicht aber den Verkauf an US-Bürger. Ein Angebot im Internet zum Download dieser Software muss deshalb sicherstellen, dass das Angebot nur auf die USA beschränkt bleibt. Anderenfalls würde eine strafrechtliche Verfolgung drohen. Gleiches gilt für die Angebote von Glücksspielen im Internet, die in zahlreichen Staaten verboten sind.⁴²

Ein weiterer Anwendungsbereich, der dagegen unbedeutend erscheint, aber ein Beleg dafür ist, dass dem Erfindungsreichtum der Verwendungsmöglichkeiten keine Grenzen gesetzt sind, betrifft den Verkauf von Eintrittskarten zu Sportveranstaltungen. Wie schnell kann der Heimvorteil einer Sportmannschaft verloren gehen, wenn Anhänger der gegnerischen Mannschaft über die Website der Heimmannschaft in großen Mengen Eintrittskarten erwerben? Den Washington Capitals gelang es mit Hilfe eines Softwareprogramms, zu

⁴²⁵ Vgl. Bettinger/Thum, GRUR Int. 1999, 659, 660.

⁴²⁶ Siehe auch *Tedeschi*, E-Commerce: Borders Returning to the Internet, http://www.nytimes.com/2001/04/02/technology/02ECOMMERCE.html.

⁴²⁷ Surfern aus den USA, China, Italien und einigen anderen Ländern wird z.B. der Zugang zur Webseite http://www.UKBetting.com verweigert.

verhindern, dass Surfer aus Pittsburgh Eintrittskarten zu den Play-Off-Spielen gegen Pittsburgh in der Saison 2000/01 online erwerben konnten.⁴²⁸

bb. Vorhandene technische Möglichkeiten und zu erwartende Entwicklungen

(1.) Angesichts der breit gestreuten Anwendungsmöglichkeiten verwundert es nicht, dass mittlerweile zahlreiche Firmen versuchen, den Markt mit Programmen zu versorgen, die eine Lokalisierung von Surfern ermöglichen sollen. Infosplit, 429 NetGeo, 430 Quova 431 und Digital Envoy 432 sind dabei nur einige Beispiele für Unternehmen, die sich in monatelanger Arbeit 433 die Mühe gemacht haben, alle 4,2 Milliarden IP-Adressen einem Standort zuzuweisen. 434 Die sich immer weiter verbessernden Softwareprogramme erlauben mittlerweile eine deutlich über 90 % liegende staatengenaue Lokalisierung von Nutzern. In über 80 % der Fällen ist eine auf die Stadt genaue Bestimmung möglich. Die Erfassung von Nutzern von AOL-Kunden macht ebenfalls deutlich erkennbare Fortschritte. Die Trefferquote ist aber noch immer unterdurchschnittlich.

⁴²⁸ Vgl. *Heath*, Capital Owner Puts Pittsburgh Fans on Ice, ehemals unter. Genutzt hat es den Capitals trotzdem nichts. Washington schied nach sechs Spielen aus.

⁴²⁹ Siehe http://www.infosplit.com>.

⁴³⁰ Siehe http://www.netgeo.com>.

⁴³¹ Siehe http://www.quova.com>.

⁴³² Siehe http://www.digitalenvoy.com>.

⁴³³ Zur Erfassung der IP-Adressen und ihrer Zuordnung zu einem Standort waren im Rahmen der Entwicklung der Software RealMapping von MediaPlex 12 Personen 18 Monate lang beschäftigt. 2 % der IP-Adressen werden jeden Monat in neue Hände vergeben. Die der Software zugrundeliegenden Datenbanken müssen daher ständig wieder neu aktualisiert werden. Vgl. *Tedeschi*, E-Commerce: Borders Returning to the Internet, http://www.nytimes.com/2001/04/02/technology/02ECOMMERCE.html.

⁴³⁴ Für einen Überblick über die von den genannten Firmen entwickelten Softwareprogrammen siehe *Geist*, Is There a There There? Toward Greater Certainty For Internet Jurisdiction, http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistjurisdiction-us.pdf, S. 50 ff. Auch Yahoo arbeitet mit einem Anbieter von Lokalisierungsdiensten zusammen, nämlich mit Akamai, den Entwicklern von EdgeScape. Vgl. *Unbekannter Verfasser*, Yahoo will Internet-Werbung regionalisieren, http://www.heise.de/newsticker/data/cgl-28.06.01-001/. In Deutschland bietet z.B. die Freenet AG regionalisierte Werbemöglichkeiten an. Hierzu wurde Deutschland in 56 Einzelregionen unterteilt. Mit der Einwahlnummer eines Surfers soll sichergestellt werden, dass nur Surfer des gewünschten Gebietes die Werbung zu sehen bekommen. Das System funktioniert zwar mit sehr hoher Genauigkeit, allerdings nur bei Surfern, die sich über Freenet ins Internet einwählen. Siehe http://werbung.freenet.de/html/targeting/regionales_targeting.phtml>.

- (2.) Das auch als IPv4 bekannte derzeitig eingesetzte Adressierungssystem wird in den nächsten Jahren nach und nach durch IPv6 ersetzt werden müssen, weil freie Adressen zu einem knappen Gut werden. 435 Das neue 128-Bit-Adresssystem soll es Berechnungen nach ermöglichen, jedem Quadratmeter der Erde 1.500 IP-Adressen zuzuweisen. 436 Einhergehen könnte mit der Einführung von IPv6 eine systematischere Vergabe der IP-Adressen, die eine Lokalisierung kinderleicht machen könnte. Geplant ist sie bisher allerdings noch nicht.
- (3.) Denkbar, aber zur Zeit ebenfalls noch Zukunftsmusik ist ein verstärkter Einsatz von Zertifikaten. Bereits heute besteht ein rechtlicher Rahmen für elektronische Unterschriften. Wöglich wären in Zukunft Zertifikate, die Angaben nicht nur über die Identität, sondern auch über Alter, Staatsangehörigkeit oder Wohnort enthalten. Diese würden dann vom Browser an die Webseite, die aufgerufen werden soll, übermittelt. Diese könnte prüfen, ob Zugang gewährt wird. Darauf, dass ein Nutzer seinen Browser so konfiguriert, dass er die

Erste Ansätze in diese Richtung bestehen heute schon. Zur Bewertung und Filterung von Inhalten hat das W3C das Protokoll PICS (Platform for Internet Content Selection) entwickelt, das sowohl von den Browsern von Netscape als auch von Microsoft unterstützt wird. PICS sollte Eltern ursprünglich die Kontrolle darüber ermöglichen, welche Webseiten für ihre Kinder zugänglich sind. Die Entwicklung des Protokolls ist u.a. auf zahlreiche Gesetzgebungsvorhaben zur Zensur von Inhalten im Internet (Eine Übersicht über USamerikanische Gesetze zur Zensur im Internet findet sich unter http://www.aclu.org/issues/cyber/censor/stbills.html) zu verstehen und sollte zeigen, dass eine Regulierung ohne gesetzliche Intervention möglich ist.

Das System basiert darauf, dass Webseiten nach ihrem Inhalt bewertet werden. Denkbar sind Bewertungen wie bei Filmen, etwa "Freigegeben ab 12 Jahren" oder "Freigegeben ab 18 Jahren" bzw. Schema, die Webseiten danach einstufen, ob sich pornographisches Material oder Gewaltdarstellungen auf ihnen befindet und von welcher "Schädlichkeit" diese ist.

Die Technologie der PICS selber ist neutral. Ihr liegt keine Bewertung von Inhalten zugrunde, sie ermöglicht sie nur. Vorgenommen wird sie z.B. von den Erstellern der Webseite selbst oder von Dritten, z.B. Softwarefirmen. Ihr Ergebnis sind Filterprogramme wie das bereits erwähnte CyberPatrol (siehe S. 81). Diese arbeiten so mit den Browsern zusammen, dass bestimmte Webseiten nicht mehr angezeigt werden. Eine vollständige Bewertung sämtlicher Inhalte im Internet ist angesichts der gewaltigen Datenmenge allerdings nicht realisierbar.

⁴³⁵ Siehe auch *Olsen*, Geographic tracking raises opportunities, fears, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-3424168.html>.

⁴³⁶ Vgl. zu IPv6 Federrath/Pfitzmann in: Moritz/Dreier (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, S. 8. Insgesamt sollen 340 Sixitillionen Adressen zur Verfügung stehen.

⁴³⁷ Vgl. z.B. Rossnagel, MMR 2000, 451 ff.

⁴³⁸ Vgl. Lessig, Code und andere Gesetze des Cyberspace, S. 74 ff.

entsprechenden Zertifikate sendet, hat ein Unternehmer allerdings keinen Einfluss.

cc. Bewertung der Technik

- (1.) Selbst wenn mit den dargestellten Methoden Erfolge erzielt werden können, führen sie doch nicht zu einer effektiven Territorialisierung des Internets. Jeder, der eine Webseite wirklich abrufen will, kann beim derzeitigen Stand der Technik daran nicht gehindert werden. Ganz leicht kann eine Staatsangehörigkeitserklärung mit einer einfachen Lüge umgangen werden. Auch eine IP-Adresse lässt sich anonymisieren. Voraussetzung dafür ist jedoch ein entsprechendes Hintergrundwissen, insbesondere die Kenntnis vom Vorhandensein von Anonymizern. Von einer weiten Verbreitung dieses Wissens kann zwar noch nicht ausgegangen werden, je verbreiteter aber Filter werden, desto bekannter werden die möglichen Gegenmaßnahmen werden.
- (2.) Was schließlich heute schon gegen die Filtertechnologie spricht, ist ihre Ungenauigkeit.⁴³⁹ Wer versucht, Surfer aus Frankreich zu blockieren, wird auch Nutzer außerhalb Frankreichs treffen. Mittels der IP-Nummer lässt sich der Standort eines Servers feststellen, nicht aber der des Surfers, wenn er sich über einen Online-Dienst einwählt.⁴⁴⁰ Hier erscheint die IP-Adresse, die der Online-Dienst dem Nutzer bei der Einwahl vergibt. Ob die Einwahl aus dem gleichen

Auch wenn die Technologie ursprünglich zum Jugendschutz eingesetzt wurde, kann sie dazu verwendet werden, Webseiten nach anderen Kriterien zu bewerten. Eine Webseite könnte Meta-Informationen enthalten, in welche Länder Lieferungen erfolgen sollen. Ein Browser, der diese erkennt, könnte den Zugriff auf diese Webseite abbrechen, wenn der Nutzer nicht mit Angeboten konfrontiert werden will, die von ihm nicht angenommen werden können.

Ausführlichere Informationen zu PICS finden sich auf den Webseiten des W3C unter http://www.w3.org/PICS/>.

- 439 Allgemein zu Problemen von Filterprogrammen *Nunberg*, The Internet Filter Farce, http://www.prospect.org/print/V12/1/nunberg-g.html>. Die Filterprogramme sind meist nicht flexibel genug und blockieren entweder zu wenige oder zu viele Webseiten. Gängige Filterprogramme arbeiten mit Positiv- oder Negativfiltern. In Negativlisten werden alle Webseiten aufgeführt, die verboten sind, in Positivlisten alle, die erlaubt sind. Hinzu kommt, dass Filterprogramme Inhalte mit vorgegebenen Schlüsselbegriffen abgleichen und damit weitere Webseiten sperren können. Siehe auch *Penfold*, Nazis, Porn and Politics: Asserting Control over Internet Content, http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/penfold.html>. Bei Filterprogrammen, die zum Schutz von Kindern vor unerwünschten Inhalten eingesetzt werden, wurden z.B. beim Filtern von Seiten, die die Begriffe "Sex" oder "Schlampe" enthalten, auch alle Webse iten über die englische Grafschaft "Sussex" bzw. solche, die das Wort "Nachtischlampe" enthalten, gesperrt.
- 440 Ausführlich zur technischen Überprüfbarkeit des Abrufortes v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 121 ff.

Land geschieht, in dem sich der Server befindet, ist letztlich zufällig. Die Einwahl kann auch per Mobilfunk vom anderen Ende der Erde aus erfolgen.⁴⁴¹ Eine Optimierung der Datenbank ist mit Hilfe der Provider allerdings möglich. T-Online z.B. sortiert die IP-Adressen, die an ihre Kunden bei ihrer Einwahl vergeben werden, regional. Es wird vermutet, dass sich T-Online von Firmen für die Daten über die interne Zuordnung der IP-Adressen bezahlen lässt.⁴⁴²

(3.) Technische Schutzmaßnahmen sind nach dem heutigen Stand der Technik zwar einsetzbar und können die Zugriffsmöglichkeiten erschweren, nicht aber ganz verhindern. Der Werbebranche wird eine über 90 % liegende Trefferquote für ihre Zwecke genügen. Ein Anreiz zur Umgehung ist hier im Unterschied zu Online-Glücksspielen oder dem Verkauf von Nazi-Memorabilien kaum vorstellbar. Auf der juristischen Ebene gilt es zu entscheiden, ob der Ausschluss der Surfer eines bestimmten Landes trotz der fehlenden 100 %igen Wirksamkeit technischer Programme und der bestehenden Umgehungsmöglichkeiten genügend ist, die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften dieses Landes nicht mehr Anwendung finden zu lassen.

Der Einsatz von Technologie zum begrenzt möglichen Webseitenabruf mag ein schwerwiegendes Indiz dafür sein, welche Märkte ein Unternehmer nicht ansprechen will. Entscheidend muss aber auch dann sein, wie er sich verhält, wenn ihn trotz dieser Maßnahmen Angebote aus den entsprechenden Ländern erreichen

Ferner befindet sich die entsprechende Technologie noch in den Kinderschuhen, ist noch nicht ausgereift, teuer⁴⁴³ und bisher kaum eingesetzt. Aus der Nichtergreifung solcher Maßnahmen kann nicht darauf geschlossen werden, ein weltweiter Kundenkreis solle mit der Website angesprochen werden. Eine Pflicht zur Nutzung dieser Technologie lässt sich nicht begründen. Unternehmer sollten sich aber bewusst sein, dass sie einen Schritt zur Reduzierung des Haftungsrisikos in einem weltweiten Medium darstellen kann.

In Zukunft ist damit zu rechnen, dass immer bessere Soft- und Hardware zum Einsatz kommen wird, um den Zugriff auf einzelne Webseiten kontrollieren zu können. Einhergehen wird eine Weiterentwicklung der Technik, diese

⁴⁴¹ v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 124 weist in diesem Zusammenhang auf den Internetdienst Telnet hin, bei dem auf einen Computer von einem anderen Ort zugegriffen werden kann. Hier kann ebenfalls nur die IP-Nummer des "vorgeschobenen"Rechners registriert werden.

⁴⁴² Vgl. Puscher, Internet World 2/02, 49, 50.

⁴⁴³ Die Installation des Programms RealMapping kostet je nach gewünschter Genauigkeit (nur Staaten oder auch Städte) zwischen 10.000 und 100.000 \$. Hinzu kommen monatliche Kosten für Updates zwischen 2.500 und 15.000 \$. Vgl. Tedeschi, E-Commerce: Borders Returning to the Internet,

http://www.nytimes.com/2001/04/02/technology/02ECOMMERCE.html.

Maßnahmen wieder zu umgehen.⁴⁴⁴ Ein Teufelskreis, aus dem ein Ausbruch erst dann gelingen kann, wenn das Internet als das akzeptiert wird, was es ist: Ein globales Medium, das sich gegen jeden Versuch einer Territorialisierung zur Wehr setzen wird, weil diese seiner Grundphilosophie widerspricht. Die Technik kann somit die Frage, nach welchen Kriterien die Zielrichtung einer Webseite zu bestimmen ist, weder jetzt noch in naher Zukunft überflüssig machen. Die "Krawattis"sind g efragt!

⁴⁴⁴ So haben sich Hackergruppen wie der Cult Of The Dead Cow dazu verschrieben, neue Technologien zu entwickeln, um staatliche Zensur im Internet zu unterbinden. Siehe ihre Erklärung unter http://www.cultdeadcow.com/cDc_files/declaration.html>.

b) Kriterien zur Bestimmung der Zielrichtung einer Website

If I'm selling to you, I speak your language. If I'm buying, dann müssen Sie Deutsch sprechen (Willy Brandt)

(1) Sprache

aa. Allgemeines

(1.) Die verwandte Sprache kann zu einer faktischen Eingrenzung des Adressatenkreises führen. 445 Webseiten in kyrillischer Schrift werden schlicht von den meisten Deutschen nicht verstanden. Doch bereits dieses Beispiel zeigt, mit welchen Unsicherheiten dieses Kriterium verbunden ist, wenn die in Deutschland eingewanderten Russlanddeutschen mitberücksichtigt werden, die mit dem Inhalt einer solchen Webseite durchaus etwas anfangen können. So lässt sich zwar für die meisten Sprachen ein lokales Kerngebiet mit der größten Verbreitung bestimmen, 446 doch auch außerhalb dieses Gebietes werden mehr oder weniger viele Personen dieser Sprache mächtig sein und zum potentiellen Kreis derer gehören, für die die Webseite von Interesse ist. Bei klassischen Einwanderungsländern wie den USA versagt dieses Kriterium letztlich völlig.

Dass der Einfluss einer Wettbewerbsmaßnahme auf nicht gänzlich unbedeutende nationale Minderheiten zu berücksichtigen ist, wurde vom BGH bereits mehrfach hinsichtlich fremdsprachiger Werbung ausgesprochen. ⁴⁴⁷ Je verbreiteter eine Sprache ist, desto weniger können Auswirkungen auf andere Staaten ausgeschlossen werden. Verwendet der Wettbewerber gar die englische Sprache, die Sprache des Internets schlechthin, ⁴⁴⁸ sind keinerlei Anhaltspunkte mehr für eine Einschränkung der Zielrichtung erkennbar.

⁴⁴⁵ Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917; siehe zu diesem Kriterium auch OLG Frankfurt K&R 1999, 138 f.; Kotthoff, CR 1997, 676, 682; Rüβmann, K&R 1998, 422, 424. Internetnutzer werden Webseiten in ihrer Heimatsprache bevorzugen. Zu diesbezüglichen Untersuchungen im asiatischen Raum Bonisteel, Asian Surfers Prefer Native, http://www.computeruser.com/newstoday/99/11/06/news6.html.

⁴⁴⁶ Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917; ders., RabelsZ 63 (1999), 203, 245 f.

⁴⁴⁷ Vgl. *BGH* GRUR 1991, 463, 465 – Kauf im Ausland; *BGH* GRUR Int. 1998, 617, 619 – Gewinnspiel im Ausland.

⁴⁴⁸ Einer Statistik aus dem Jahre 2000 zufolge sind 68,39 % der Internetseiten in englischer Sprache verfasst. An zweiter Stelle rangieren mit weitem Abstand japanischsprachige Webseiten mit 5,85 %. Deutschsprachige Webseiten nehmen mit 5,77 % den dritten Platz ein. Gewerbliche Websites sollen zu 96 % in Englisch verfasst sein. Mit der immer stärkeren Verbreitung des Internets in nicht englischsprachigen Ländern ist in den nächsten Jahren mit einem Rückgang der Dominanz englischsprachiger Webseiten zu rechnen. Weitere diesbezügliche Statistiken finden sich unter

http://www.glreach.com/globstats/index.php3. Bis 2007 soll Chinesisch die vorherrschende Sprache des Internets sein.

(2.) Kann somit aus der Verwendung einer Sprache oft nicht auf eine Begrenzung der Zielrichtung der Internetpräsenz geschlossen werden, gilt es zu überlegen, ob allein mit der Sprache umgekehrt die Anwendbarkeit einer bestimmten Wettbewerbsrechtsordnung begründet werden kann. Doch wäre eine solche generelle Regel nicht immer zutreffend, was sich anhand eines Beispiels veranschaulichen lässt. Allein aufgrund der Verwendung der deutschen Sprache auf eine Bedeutung für den deutschen Markt schließen zu wollen, hieße Webseiten von österreichischen und schweizerischen Unternehmen pauschal dem deutschen Recht zu unterwerfen, was nicht richtig sein kann.⁴⁴⁹ Die Sprache allein ohne weitere Indizien ist deshalb häufig nicht dazu geeignet, die notwendige Verbindung zu einem nationalen Markt herzustellen.

bb. Webseitenangebot in mehreren Sprachen

Ein nur mit Mühen und nur teilweise erfolgsversprechender Weg zur Abmilderung der Folge, dass nach nur einer Rechtsordnung rechtswidrige Maßnahmen insgesamt zu unterlassen sind, kann es sein, eine Internetseite in mehreren Sprachen anzubieten. 450 Es erscheint auf den ersten Blick durchaus diskutabel, dass ein auf dem deutschen und französischen Markt tätiger Unternehmer bezüglich des in französischer Sprache verfassten Teils nur dem französischen Recht und bezüglich des deutschsprachigen Teils nur dem deutschen Recht unterliegt. Wettbewerbsmaßnahmen, die nur gegen eine Rechtsordnung verstoßen, müssten bei einer solchen Betrachtung nicht völlig unterlassen werden. Dieser Ansatz hätte den Vorteil, dass er geeignet ist, Wettbewerbsnachteile, die durch das Auftreten auf verschiedenen Märkten entstehen, zu verhindern. Ein deutscher Unternehmer hätte gegenüber deutschen Konkurrenten nicht den Nachteil, dass er im Verhältnis zu diesen im Internet strengeren Restriktionen unterliegt, bloß weil er auf mehreren Märkten tätig wird und damit sein Internetauftritt am insgesamt schärfsten Wettbewerbsrecht ausgerichtet sein müsste.

Doch dafür, dass ein Surfer aus Deutschland nur die deutsche Version, einer aus Frankreich nur die französische Version wählt, gibt es keine Garantie. Man wird deshalb, wenn man einen solchen Standpunkt überhaupt beziehen möchte, sehr hohe Anforderungen an die Gestaltung der Internetseite stellen müssen, um von einer hinreichenden Trennung der Inhalte sprechen zu können. Als nicht genügend wäre es etwa anzusehen, wenn sich nach Eingabe der entsprechenden URL zunächst eine englischsprachige Webseite aufbaut, die schon eine das Wettbewerbsrecht verletzende Aussage enthält, selbst wenn die Möglichkeit eines Wechsels zu einer anderen Sprache gegeben ist. Zu fordern ist hier gege-

⁴⁴⁹ So auch KG Berlin GRUR Int. 2002, 448, 450 – Knoblauch Kapseln; a.A. aber wohl Kotthoff, CR 1997, 676, 682.

⁴⁵⁰ Kurz angedacht auch von Kloos, CR 1999, 46 f.

benenfalls, dass die Sprachwahl auf einer eigens dafür geschaffenen Startseite erfolgen muss. Genügend wäre zudem eine Erreichbarkeit unter verschiedenen Internet-Adressen.⁴⁵¹

Ein Einwand bleibt bei einer solchen Gestaltung jedoch immer erhalten: Entscheidend ist für die kollisionsrechtliche Anknüpfung unter Zugrundelegung der Gran-Canaria-Entscheidung⁴⁵² der Ort, an dem auf die Kaufentscheidung eingewirkt wird. In Deutschland leben genügend Franzosen, die auf den französischsprachigen Teil zurückgreifen werden. Der Ansatz wird damit schlicht der Internationalität des Mediums nicht gerecht, bleiben doch alle Sprachversionen weltweit abrufbar. Mit anderen Worten vermag der Ansatz eines Internetauftritts in verschiedenen Sprachen zumindest die gegebenenfalls zahlreichen Ausländer in einem Land nicht hinreichend zu erfassen. Es kann dann nur einer Gesamtabwägung überlassen bleiben, ob der Anteil ausländischer Mitbürger so groß ist, dass allein von ihnen eine spürbare Marktbeeinträchtigung ausgehen kann. Es versteht sich von selbst, dass hier wieder andere Indizien zusätzlich berücksichtigt werden müssen, z.B. ob das Angebot speziell auf Ausländer zugeschnitten ist.

Ferner gilt es darauf hinzuweisen, dass der Ansatz in vielen Fallgestaltungen schlicht versagen würde, weil es zahlreiche Sprachen gibt, die in unterschiedlichen Ländern gesprochen werden. Ist bei obigem Beispielsfall noch eine Trennung durchführbar, ist dies unmöglich, wenn der Unternehmer neben dem deutschen Markt nicht mehr den französischen, sondern den österreichischen Markt bedient. Insbesondere bei der Verwendung der englischen Sprache vermag der Ansatz wegen der großen internationalen Verbreitung keinen befriedigenden Lösungsweg mehr zu weisen.

Was schließlich soll geschehen, wenn ein Unternehmer mit unterschiedlichen französischen und englischen Version online vertreten ist, aber Waren in Deutschland anbietet? Müssen sich dann beide Versionen am deutschen Recht messen lassen? Oder nur die Englische, auf die von Deutschland aus prozentual die meisten Zugriffe zu erwarten sind? Zusammenfassend muss daher gesagt werden, dass der Ansatz mehrerer Sprachversionen nur zahlreiche neue Abgrenzungsfragen mit sich bringt, die einer Rechtssicherheit nicht förderlich sind, und abzulehnen ist.

⁴⁵¹ Beispiele hierfür finden sich zahlreiche im Internet. Hingewiesen sei nur auf Suchmaschinen wie Yahoo, die u.a. für Deutschland, Frankreich und Italien jeweils eigene Webseiten unterhalten oder auf den Buchversand Amazon, der sowohl unter einer .com, .uk als auch .de-Adresse online anzutreffen ist.

⁴⁵² Siehe oben S. 141.

cc. Übersetzungsdienste im Internet

Abschließend sei zum Kriterium der Sprache angemerkt, dass die ohnehin schon geringe Aussagekraft des Kriteriums durch die zunehmende Zahl von Übersetzungsdiensten im Internet weiter an Bedeutung verlieren wird. Einige Suchmaschinen wie z.B. Alta Vista⁴⁵³ oder Google⁴⁵⁴ bieten bereits Übersetzungen von Webseiten an. ⁴⁵⁵ Das Ergebnis ist bisher allerdings noch bescheiden. Die maschinellen Übersetzer produzieren vielfach ein Sprachwirrwarr, das eher für Lacherfolge⁴⁵⁶ als für das Verständnis dessen gut ist, was die Originalversion des Textes aussagt. Meistens ist es jedoch möglich, zumindest einen ungefähren Eindruck vom Inhalt der Webseite zu erhalten. Deutlich verbesserte Übersetzungsprogramme sollen in Zukunft die Veröffentlichung von Unternehmens-Websites in verschiedenen Sprachen überflüssig werden lassen und Einsparungen bei der Bereitstellung von Online-Ressourcen möglich machen. ⁴⁵⁷

(2) Zahlungsmittel

Die Bezahlung der online bestellten Waren ist auf unterschiedliche Art und Weise möglich. Noch dominieren die traditionellen Zahlungsmittel. Es ist sowohl eine sog. offline-Zahlung, die unabhängig von der Bestellung über das Internet mit Scheck, gegen Nachnahme oder durch Überweisung erfolgen kann, als auch eine online veranlasste Zahlung, z.B. über Kundenkonten oder mittels Kreditkarte, möglich. ⁴⁵⁸ In der Zukunft könnten neuere Zahlungssysteme, die eine Bezahlung online von Computer zu Computer ermöglichen, an Bedeutung gewinnen. Gesucht wird insbesondere nach einem allgemein akzeptierten Zahlungssystem, mit dem Kleinstbeträge schnell und sicher eingezogen werden können. Im folgenden ist darzustellen, ob aus der Angabe von Währungen und den zugelassenen Zahlungsmethoden Erkenntnisse für die Zielrichtung eines Internetauftritts gewonnen werden können.

⁴⁵³ Vgl. Babelfish, http://www.altavista.com/sites/babelfish>.

⁴⁵⁴ Vgl. http://www.google.com>. Angeboten wird bisher eine Übersetzung aus dem Französischen, Deutschen, Italienischen, Spanischen und Portugiesischen. Weitere Sprachen sollen folgen.

⁴⁵⁵ Eine Übersicht über zahlreiche Übersetzungshilfen findet sich unter http://www.foreignword.com>.

⁴⁵⁶ So meldet ein Wetterbericht aus Boston 85 % Duschwahrscheinlichkeit und ist bei der Übersetzung eines Urteils aus den Niederlanden von einem Gerichtskurzschluss die Rede.

⁴⁵⁷ Vgl. die Informationen zum Websphere Translation Server von IBM, http://www.ibm.com/news/ch/10-01-01-1.html>.

⁴⁵⁸ Zu dieser Einteilung Neumann, Die Rechtsnatur des Netzgeldes, S. 14 ff.

aa. Angabe in mehreren Währungen

In der allerdings nur selten anzutreffenden Angabe eines Preises in verschiedenen Währungen ist ein eindeutiger Hinweis auf eine entsprechende Zielrichtung einer Webseite zu erblicken. Dies ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass Länder, deren Währungen überhaupt nicht angegeben wurden, nicht zum Zielpublikum der Webseite gehören können.⁴⁵⁹ Diese negative Ausgrenzung lässt sich nur in Verbindung mit anderen Indizien vornehmen.

Eine weitere Abschwächung des Kriteriums ist mit der Einführung des Euro verbunden. He Allein aufgrund der Angabe des Preises in der neuen Gemeinschaftswährung kann nicht zugleich darauf geschlossen werden, dass zu dem beabsichtigten Kundenkreis die Bewohner sämtlicher EU-Länder zu zählen sind.

bb. Kreditkarten

Da bei den meisten Bestellungen, die über das Internet abgewickelt werden, Kreditkarten als Zahlungsmittel zugelassen sind, wird sich aufgrund deren internationaler Verbreitung in den seltensten Fällen über die zugelassenen Zahlungsmittel eine Einschränkung der Zielrichtung bestimmen lassen. 461

cc. Internetspezifische Zahlungssysteme⁴⁶²

Einen Anhaltspunkt für die Zielrichtung kann die Teilnahme an internetspezifischen Zahlungssystemen liefern, die auf ein bestimmtes Gebiet bezogen sind.⁴⁶³

⁴⁵⁹ So auch *Kothoff*, CR 1997, 676, 683. In Deutschland erlaubt zudem § 244 BGB eine Bezahlung in Euro, wenn eine in einer anderen Währung als Euro ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen ist, soweit nicht die Zahlung in der anderen Währung ausdrücklich vereinbart ist.

⁴⁶⁰ Vgl. auch Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 247.

⁴⁶¹ Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 918. Gleiches gilt für die aus den Niederlanden stammende Internet Paycard. Diese wird überall dort akzeptiert, wo auch Eurocard/Mastercard genommen wird. Im Unterschied zu einer normalen Kreditkarte ist sie nur sechs Monate gültig und ihr "Kreditrahmen" wird vom Besitzer selbst festegelegt, i ndem er vor der Benutzung Geld auf sein Paycard-Konto einzahlt. Aufgrund einer Grundgebühr von 8 € und den hohen Kosten für eine Auslandsüberweisung auf ein Paycard-Konto hat sich dieses Modell in Deutschland bislang nicht durchgesetzt. Vgl. http://www.internetpaycard.com.

⁴⁶² Vgl. hierzu auch Köhler/Arndt, Recht des Internet, S. 64 ff.; Boehme-Neβler, Cyberlaw, S. 177 ff.

Die "erste Gener ation" an neuen Zahlungsmethoden ist bereits gescheitert. Im Jahr 2001 wurden die Internetbezahlsysteme CyberCash und das von der deutschen Bank unterstützte e-cash eingestellt. Heide wurden nur von einigen wenigen Händlern unterstützt und waren weit davon entfernt, sich auf dem Markt durchzusetzen. Sie scheiterten an der mangelnden Akzeptanz beim Kunden. Etabliert hat sich bislang noch keines der elektronischen Zahlungssysteme. An Versuchen, neue Zahlungssysteme einzuführen, mangelt es trotzdem nicht. Vorgeschlagen wurde für die Bezahlung im Internet etwa die Verwendung der weit verbreiteten Geldkarte, was den Anschluss eines Kartenlesegeräts am heimischen Computer erforderlich machen würde. Herner wurden zur CeBit 2001 eine Reihe neuer Systeme vorgestellt, wobei das aus Österreich stammende System der paysafecard das wohl interessanteste Konzept ist.

- 463 A.A. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 918, der von einer internationalen Verbreitung elektronischen Geldes ausgeht und daher keine Rückschlussmöglichkeit auf nationale Märkte sieht. Dies mag zwar für einige Projekte zutreffend sein (DigiCash arbeitete z.B. mit Banken in den USA oder in Schweden zusammen), längst jedoch nicht für alle.
- 464 Mittels digitalem Geld wurden hier Transaktionen über eine Art Ersatzwährung abgewickelt, die nur von autorisierten Firmen in "echtes" Geld umgetauscht wurden. Der Nutzer kaufte "elek tronische Münzen"; sog. Tokens. Diese bestehen auf der technischen Ebene aus einer digitalen Zeichenkette, die u.a. Informationen zum Wert, eine Identifikationsnummer und einen digitalen Stempel der Ausgabestelle, der die Echtheit bezeugt, enthält. Mit dem virtuellen Geld konnte im Internet bezahlt werden, indem dieses online an den Händler übermittelt wurde. Ausführlich zu Cybergeld und diesbezügliche Rechtsfragen Kümpel, WM 1998, 365 ff.; Werner, Supplement Banken und Versicherungen, Beilage zu K&R Heft 10/1999, S. 21 ff.; Neumann, Die Rechtsnatur des Netzgeldes, insbesondere die Darstellung des e-cash-Systems, S. 21 ff.
 - Das erste diesbezügliche Verfahren wurde von der Firma DigiCash entwickelt (sog. e-cash-Verfahren), die e-cash-Lizenzen vergab und in Deutschland von der Deutschen Bank unterstützt wurde. Im Rahmen eines Pilotprojekts war es möglich, für maximal 400,- DM digitale Münzen zu erwerben, die auf der Festplatte des heimischen Computers gespeichert wurden. Diese konnten nur einmal für eine Transaktion verwendet werden, mussten also nach einmaliger Zahlungsverwendung wieder bei der Bank eingelöst werden, um zu verhindern, dass Kopien der Token in Umlauf gelangen konnten (sog. Einweg-Tokensystem).
 - Einen Überblick über zahlreiche Bezahlsysteme findet sich unter http://www.iww.uni-karlsruhe.de/izv4/Infoseiten/index.html>.
- 465 Vgl. auch die, allerdings nicht repräsentative Umfrage zu Zahlungsmitteln im Internet, die an der Universität Karlsruhe im Rahmens eines Seminars durchgeführt wurde: http://www.iww.uni-karlsruhe.de/IZV3/>. Danach würden zwar 52,8 % der Befragten ein guthabenbasiertes, vorausbezahltes System wie e-cash einsetzen, jedoch haben erst ca. 1,5 % von diesen schon einmal ein solches System verwendet.
- 466 Siehe zur Geldkarte http://www.iww.uni-karlsruhe.de/izv4/Infoseiten/infosys.html>.
- 467 Vgl. http://www.paysafecard.com>. Bis Anfang 2002 konnten ca. 150 Partner-Shops gewonnen werden. Auch die Deutsche Telekom-Tochter DeTeCard-Service bietet ihre eigene Internet-Prepaid-Karte MicroMoney mittlerweile auf dem Markt an.

Dabei handelt es sich um eine Guthabenkarte für das Internet, die einer Prepaid-Karte für Handys nicht unähnlich ist. Der Kunde erwirbt eine bei Tankstellen, Supermärkten oder bei der Post erhältliche Karte und rubbelt vor dem erstmaligen Gebrauch einen 16-stelligen PIN-Code frei. Beim Bezahlen im Internet muss dieser Code eingegeben werden. Ein großer Vorteil dieses seit 5.6.2001 auch in Deutschland mit Unterstützung der Commerzbank-Shops und des Bertelsmann Club praktizierten Systems⁴⁶⁸ liegt darin, dass die Bezahlung nicht mehr mit der Versendung sensibler Daten wie der Kreditkartennummer über das Internet verbunden ist. Dem Kunden droht damit nur ein verhältnismäßig geringer Schaden, sollte ihm die Karte einmal abhanden kommen oder der PIN-Code in falsche Hände gelangen.

Abschließend sei das click&buy System der Firstgate Internet AG erwähnt, das zahlreiche prominente Anbieter⁴⁶⁹ unterstützen und das von den Internetnutzern positiv aufgenommen wurde. Bis Oktober 2001 beteiligten sich bereits 220.000 Surfer daran. Bei diesem können Kunden nach ihrer Registrierung bei Firstgate bei den angebundenen Händlern gebührenpflichtige Informationen abrufen. Firstgate verwaltet die anfallenden Beträge und stellt sie ihren Kunden einmal pro Monat je nach Wunsch per Lastschrift oder Kreditkarte in Rechnung.

So gering die Bedeutung neuerer Zahlungssysteme im Internet bisher ist, so gering ist auch noch ihre Bedeutung für das internationale Wettbewerbsrecht. Denkbar ist es allerdings z.B., es als ein Indiz für eine entsprechende Zielrichtung der Webseite anzusehen, wenn ein im Ausland ansässiger Händler die Möglichkeit einer in seinem Heimatland nicht erhältlichen Paysafecard einräumt.

(3) Begleitende Werbung in anderen Medien⁴⁷⁰

Sofern ein Unternehmen in anderen Medien eines Landes Werbung für seine Leistungen macht, spricht dies dafür, dass dieses Land von seiner Internetpräsenz angesprochen werden soll. Häufig wird ein Aufmerksammachen auf eine Internetseite durch die klassischen Werbeträger (TV, Kino, Zeitung und Zeitschriften) erfolgen, indem dort die Internetadresse angegeben wird.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Vgl. *Unbekannter Verfasser*, Internet-Prepaid-Karte ab heute erhältlich, http://www.heise.de/newsticker/data/hod-05.06.01-000/>.

⁴⁶⁹ Z.B. Focus, Playboy, RTL, n-tv. Siehe http://www.firstgate.de>.

⁴⁷⁰ Vgl. Kotthoff, CR 1997, 676, 682.

⁴⁷¹ Siehe z.B. Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 576, die davon berichten, dass der US-amerikanische Anbieter Victoria's Secret aufgrund eines 30-Sekunden-Werbespots bei der Übertragung des Super-Bowl-Endspiels 200 Millionen Zugriffe innerhalb von vier Tagen registrierte.

(4) Charakter der Dienstleistung und Marktbedeutung⁴⁷²

In eindeutigen Fällen wie dem einer deutschsprachigen Homepage eines Pizzabringdienstes werden mit den Kriterien des Charakters der Dienstleistung und der Marktbedeutung brauchbare Ergebnisse erzielt. Die Webseite wird i.d.R. in keinerlei Weise geeignet sein, den Wettbewerb in anderen Ländern spürbar zu beeinflussen.⁴⁷³ Sie ist nur auf den deutschen Markt gerichtet. Sie will nur die Leute ansprechen, die von ihrem Angebot sinnvollerweise Gebrauch machen können.⁴⁷⁴ Der Betreiber des Services muss nicht damit rechnen, nach japanischem Wettbewerbsrecht verklagt zu werden, bloß weil seine Webseite dort abrufbar ist.

Hier liegt das Ergebnis auf der Hand. Auch bei zahlreichen anderen Geschäften sind die Angebote primär auf einen bestimmten Staat bezogen. Doch ist damit nicht gesagt, dass Interesse an ihnen nur in diesem Staat besteht. Zu denken ist hier z.B. an den deutschen USA-Touristen, der von Deutschland aus seine Hotelzimmer bucht und Zugtickets- und Eintrittskarten zu Sportveranstaltungen online bestellt. Die Leistungen werden zwar im Ausland erbracht, entscheidend ist jedoch nur der Werbemarkt. Wo die Vertragserfüllung zu erfolgen hat, ist irrelevant. ⁴⁷⁵ Deshalb spielt es auch bei dem Angebot von Dienstleistungen keine Rolle, ob diese am Ort des Kunden, des Wettbewerbers oder an einem dritten Ort erbracht werden sollen.

Mit den Kriterien des Charakters der Dienstleistung und der Marktbedeutung kann ein Kerngebiet bestimmt werden, das eine Website ansprechen möchte. Ein Interesse außerhalb dieses Gebietes lässt sich in den meisten Fällen jedoch nicht gänzlich ausschließen. Wie groß aber das Interesse sein muss, damit ein Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle bejaht werden kann, ist die entscheidende Frage. Genügt schon eine einzige Person aus einem Land, die vom Wettbewerber per Versand einen Artikel erworben hat? 10? 100? 1.000? Wo, wenn man dies abstrakt überhaupt festlegen kann, ist die Grenze zu ziehen?

Hinzu kommt für den potentiell Geschädigten, dass er die Marktbedeutung des Wettbewerbers kaum einschätzen kann. 476 Ihm ist es nicht möglich, nachzuweisen, wie groß die Zahl der Kunden in einem bestimmten Land ist. Diese Zahl kann der Wettbewerber nur selber kennen. Es wäre ihm ein leichtes, sich im Prozess mit einer Schutzbehauptung aus der Verantwortlichkeit zu stehlen. Auf ein quantitatives Element kann es mangels Bestimmbarkeit und Willkürlichkeit der Festlegung deshalb nicht ankommen. 477 Die Beurteilung

⁴⁷² Hierzu Wegner, CR 1998, 676, 681; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 918.

⁴⁷³ Befindet sich die Pizzeria im Grenzgebiet, können natürlich Bewohner mehreren Länder angesprochen werden.

⁴⁷⁴ Vgl. Rüßmann, K&R 1998, 422, 424; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 918.

⁴⁷⁵ Vgl. Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 247; ders., CR 2000, 763, 766; siehe auch S. 141 zu den Ausführungen zur Gran Canaria Entscheidung des BGH.

⁴⁷⁶ Vgl. Löffler, WRP 2001, 379, 381; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 919.

lichkeit der Festlegung deshalb nicht ankommen.⁴⁷⁷ Die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung muss unabhängig von Umsatzzahlen und Marktanteilen vorgenommen werden.

(5) Domain, unter der eine Website betrieben wird

Die Domain, unter der eine Website betrieben wird, kann bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung eine Rolle spielen. Wer unter einer .de-Top-Level-Domain erreichbar ist, wird im Regelfall mit seiner Website zumindest auch den deutschen Markt ansprechen wollen. An Sofern aber keine geographischen Top-Level-Domains verwendet werden, sondern z.B. .com, .org, .net oder eine der neu eingeführten Top-Level-Domains wie .info oder .name, versagt dieses Kriterium. Auch ansonsten ist es nicht zwingend, aus einer Länderkennung auf eine wirtschaftliche Tätigkeit in dem entsprechenden Land zu schließen, da für die Wahl vielfältige Motive eine Rolle spielen können. Häufig sind begehrte .de-Domains bereits vergeben und es muss auf andere Top-Level-Domains ausgewichen werden. Immer populärer wird es dabei, auf Länderkennungen zurückzugreifen, obwohl zu dem entsprechenden Land keinerlei Beziehungen bestehen. Beispielsweise werden in Deutschland .ws-Domains kommerziell gehandelt. Ws steht eigentlich für das Land West Samoa, lässt sich aber als Abkürzung für Website interpretieren.

⁴⁷⁷ A.A. Dethloff, NJW 1998, 1596, 1600: Der Schutz des Marktbeteiligten oder des Marktes als Institution erfordere bei nur minimaler Einwirkung auf den Markt nicht die Anwendung der dortigen Rechtsordnung. Ferner Kort, GRUR Int. 1994, 594, 597 ff., der für den Bereich der Fernsehwerbung eine Übernahme des im Kartellrecht geltenden Auswirkungsprinzips des Art. 98 II 1 GWB auf das internationale Wettbewerbskollisionsrecht diskutiert und ebenfalls eine quantitative Spürbarkeitsschwelle fordert. Siehe auch Mankowski GRUR Int. 1999, 909, 917, der die Spürbarkeitsgrenze dann als überschritten ansieht, "wenn eine nicht unerhebliche Zahl von Vertragsabschlüssen mit Kund en in einem bestimmten Staat nachzuweisen ist", freilich ohne Angabe einer genauen Grenze. Gleiches gilt für Kur, WRP 2000, 935, 938: Die Anforderungen an die Spürbarkeit seien nicht zu hoch anzusetzen. Ferner Sack, WRP 2000, 269, 274, der ebenfalls auf die Quantität des Spill-over abstellt.

Gegen ein quantitatives Mindestmaß auch *Rüβmann*, K&R 1998, 422, 426; *Kotthoff*, CR 1997, 676, 680; *Börsch*, Sind Hyperlinks rechtmäßig?, S. 182 f.

⁴⁷⁸ Vgl. Kotthoff, CR 1997, 676, 682; Wegner, CR 1998, 676, 681.

⁴⁷⁹ Ein aktuelles Beispiel liefert hierzu der Iran. So ist die offizielle Regierungswebsite unter http://www.khatami.ws zu erreichen und nicht unter der offiziellen .ir Kennung des Iran. Auch Bayern verfügt über eine "eigene" Top -Level-Domain: .by. Informationen zum Freistaat sind z.B. unter http://www.bayern.by zu finden. .by ist eigentlich die Länderkennung von Weißrussland. In Schweden schließlich sind .nu-Domains beliebt, da "nu" das schwedische Wort für "jetzt" ist und die eigentlichen .se -Domains bislang nur nach sehr strengen Kriterien vergeben wurden.

reich für die Vergabe von Domain-Names zuständigen Stelle, belegt zudem, dass dies je nach Top-Level-Domain nicht nur unbedeutende Ausnahmen sind. Won den ca. 200.000 österreichischen .at-Domains sind nur ca. 80 % von Österreichern selbst registriert. 20 % befinden sich in der Hand von Ausländern, allein 12 % der Inhaber kommen aus Deutschland. 481

(6) Mögliche weitere Indizien in der Übersicht

Neben den bisher ausführlich diskutierten Indizien mögen im Einzelfall noch andere Merkmale für die Gesamtbetrachtung Bedeutung gewinnen. Einige davon seien im folgenden kurz benannt. Weitere Hinweise auf die Zielrichtung einer Website können sich ergeben aus:

- der Angabe von Kontaktadressen, insbesondere der Nennung von Konten oder verschiedenen Telefonnummern für die Kunden aus unterschiedlichen Ländern.⁴⁸²
- speziell gegen einzelne Konkurrenten gerichtete Aktionen.⁴⁸³
- Gewinnspielen. Die Teilnahmebedingungen können Teilnehmer aus bestimmten Ländern ausschließen, z.B. kann auf der Webseite der amerikanschen Version des "Wer wird Millionär" Quiz jeder die Fragen durchspielen, gewinnen können jedoch nur die Bewohner der USA.⁴⁸⁴
- elektronischen Kundenzeitschriften. Diese werden häufig, um multimedial aufbereitete Informationen ergänzt, auf herkömmlichen Printausgaben basieren. Deren Vertriebsgebiet kann Rückschlüsse darauf zulassen, welche Zielgruppe angesprochen werden soll.
- Awards, die der Website verliehen wurden. Erhält eine 'deutsche" Website von einer französischen Computerzeitschrift eine Auszeichnung, ist dies ein deutliches Indiz dafür, dass die Inhalte der Website in Frankreich beachtet werden.

⁴⁸⁰ Vgl. *Unbekannter Verfasser*, 200 000 .at-Domains, ehemals unter http://www.akademie.de/news/langtext.html?id=9111.

⁴⁸¹ Umgekehrt befinden sich noch nicht so viele .de-Domains in den Händen ausländischer Unternehmer. Ursache hierfür sind die Richtlinien der deutschen Vergabestelle DENIC, nach denen bei der Registrierung einer .de-Domain ein administrativer Ansprechpartner mit Wohn- oder Geschäftssitz innerhalb Deutschlands eingetragen sein muss. Seit Sommer 2001 bietet der Registrar united-domains.de einen Treuhandservice an, bei dem der Kunde als Domaininhaber und der Registrar als administrativer Ansprechpartner eingetragen wird. Die Zahl ausländischer Inhaber von .de-Domains wird daher steigen.

⁴⁸² Vgl. Thünken, IPRax 2001, 15, 16; Wegner, CR 1998, 676, 681; Dethloff, NJW 1998, 1506, 1600

⁴⁸³ Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 919.

⁴⁸⁴ Siehe http://abc.go.com/primetime/millionaire/showhighlights/players/millionaires.html.

- der Erwähnung einer Website in den Medien eines Landes. Insbesondere Computerzeitschriften weisen häufig auf interessante Websites aus dem Ausland hin.⁴⁸⁵
- rechtlichen, technischen oder sonstigen Gründen, die der Einfuhr von Waren oder Dienstleistungen in ein Land entgegenstehen können. Kann eine Ware nicht legal in einen Staat eingeführt werden, wird zumeist nicht beabsichtigt sein, die dortige Bevölkerung anzusprechen.
- Werbung mit Personen, die nur in bestimmten Ländern bekannt sind. 486
- sonstigen Handlungen, die auf die Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in einem Staat schließen lassen, etwa die Anmeldung von Markenrechten. ⁴⁸⁷
- 485 So fanden sich allein in der Zeitschrift Online Today 8/2001 weit mehr als 100 Hinweise auf Webseiten, die unter einer anderen geographischen TLD als .de abrufbar waren. So erfuhr man von einer tschechischen Pamela Anderson Webseite und von einem Anbieter aus Australien, der ein Skateboard mit 2 PS starkem Motor auch nach Deutschland liefert. Ferner von einem schweizerischen Uhren- und österreichischen Web-Space-Anbieter. In einem Special über europäische Städte wurden zahlreiche ausländische Websites mit Informationen zu Hotels, Museen und Stadtführern aufgeführt.
- 486 Vgl. *LG Köln* MMR 2002, 60 budweiser.com. Siehe dazu die Anmerkung von *Mankowski*, MMR 2002, 61 f.
- 487 Die WIPO hat im Oktober 2001 ein Konfliktlösungsmodell für Kennzeichenrechte im Internet beschlossen. Diesem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Benutzung einer Marke im Internet global erfolgt und auf technischem Weg nicht eingeschränkt werden kann. Das Abkommen regelt nicht das internationale Privatrecht, es überlässt dessen Ausgestaltung vielmehr den einzelnen Mitgliedsstaaten. Das materielle Recht wird als die geeignete Ebene begriffen, auf der das Spannungsverhältnis zwischen der Territorialität von Markenrechten und der Globalität des Internets zu lösen ist. Das Abkommen sieht dazu vor, dass die bloße Wahrnehmbarkeit eines Zeichens noch keine zeichenrechtlich relevante Benutzungshandlung darstellt, sondern dass eine wirtschaftliche Wirkung hinzutreten muss. Wann dies der Fall ist, soll durch einen, wenn auch nicht abschließenden Kriterienkatalog konkretisiert werden, in dem sich viele der diskutierten Indizien wiederfinden. Es ist davon auszugehen, dass von den Empfehlungen neue Impulse für die entsprechende Diskussion im Rahmen des Wettbewerbsrechts ausgehen werden.

Die Empfehlungen entfalten keine Bindungswirkung und müssen nicht ins nationale Recht umgesetzt werden. Der Vorschlag zu diesem Abkommen ist abgedruckt in WRP 2001, 833 ff. Informationen zu den Empfehlungen des Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications (SCT) und zu den Beratungen dazu auf der Homepage der WIPO unter

http://www.wipo.int/sct/en/documents/index.htm. Ausführlicher zur Entstehungsgeschichte und Inhalt des Abkommens Bettinger, WRP 2001, 789 ff.; Kur, GRUR Int. 2001, 961 ff. Eine ausführliche Diskussion der markenrechtlichen Problematik findet sich bei Bettinger/Thum, GRUR Int. 1999, 659 ff.; Kur, WRP 2000, 935 ff.; Dinwoodie, Private International Aspects Of The Protection Of Trademarks, http://www.wipo.int/pilforum/en/documents/doc/pil_01_4.doc. Siehe aus der Rechtsprechung auch OLG Karlsruhe MMR 2002, 814 ff. – Intel; OLG Hamburg MMR 2002, 822 ff. – hotel-maritime.dk.

c) Eigener Ansatz

(1) Darstellung

Zur Bestimmung des Marktortes im Internet ist auf die Finalität der Maßnahme eines Wettbewerbers abzustellen. Von einem Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle ist auszugehen, wenn der Wettbewerber selbst zugibt, seine Webseite soll auf einem bestimmten Markt Wirkung entfalten. Abs Dann ist das Recht dieser ins Auge gefassten Staaten anwendbar. Darauf, wie erfolgreich auf einen Markt eingewirkt wird, kann es nicht ankommen, da dies für Konkurrenten nicht ersichtlich ist. Diesen wäre es nicht möglich, das Bestehen eines Anspruchs zu überprüfen, da sie nicht einmal die anwendbare Rechtsordnung bestimmen könnten.

Sofern der Wettbewerber z.B. mittels eines auf seiner Webseite angebrachten Disclaimers⁴⁹⁰ angibt, dass das Angebot für bestimmte Staaten gilt, muss er sich daran festhalten lassen und das Recht dieser Länder beachten.⁴⁹¹ Soweit der Disclaimer umgekehrt ausdrücklich Länder von einem Angebot ausnimmt, kann dies nur als Indiz gelten.⁴⁹² Der BGH spricht der Absicht, nur einen bestimmten Markt beliefern zu wollen, eine statutausschließende Bedeutung in der Tampax-Entscheidung zu Recht ab.⁴⁹³ Entscheidend ist vielmehr, ob entsprechend dieser Aussage verfahren wird. Tut der Wettbewerber dies nicht und liefert er seine Produkte auf entsprechende Anfrage in eigentlich ausgenommene Länder, kann ihn der Disclaimer nicht vor der Anwendbarkeit der dortigen Wettbewerbsordnung bewahren. Der Wettbewerber verhält sich widersprüchlich und der

⁴⁸⁸ Vgl. *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 917; *Kothoff*, K&R 1999, 139 f.

⁴⁸⁹ Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917.

⁴⁹⁰ Engl. = Haftungsausschluss, Dementi. Es handelt sich hierbei um rechtliche Ausschlussklauseln, die Betreiber einer Internetseite vor juristischen Konflikten schützen sollen. Der Text der Erklärung hängt von dem mit dem Disclaimer verfolgten Zweck ab. Häufig finden sich Disclaimer, mit denen die Verantwortlichkeit für die Inhalte verlinkter Webseiten verneint wird. Soweit es um die wirtschaftliche Zielrichtung einer Webseite geht, kann sowohl eine positive (Lieferung nur in die Länder A, B, C) als auch eine negative (Lieferung nicht nach A, B, C) Formulierung erfolgen. Wer sich mit einer juristisch einwandfreien Formulierung überfordert sieht, kann z.B. auf den kostenlosen Disclaimer-Service unter http://www.disclaimer.de zurückgreifen, der vorformulierte Disclaimer bereitstellt.

⁴⁹¹ Vgl. zu Disclaimern Kotthoff, K&R 1999, 139 f.; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 919 f.

⁴⁹² Vgl. OLG Frankfurt GRUR Int. 2001, 771, 773 – Internet-Apotheke; Löffler, WRP 2001, 379, 380; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 919 f.

⁴⁹³ Vgl. BGH GRUR 1971, 153, 154 - Tampax; siehe hierzu S. 140.

Disclaimer wird zur unbeachtlichen protestatio facto contraria. 494 Eine Berufung auf ihn verstößt gegen Treu und Glauben (venire contra factum proprium).

Damit ist noch nicht beantwortet, ob schon die einmalige Lieferung einer Ware in ein Land oder die dort erfolgte Erbringung einer Dienstleistung zur Anwendbarkeit der dortigen Rechtsordnung führt. Interessengerecht ist es nur, dies bereits genügen zu lassen und damit eine sehr niedrige Spürbarkeitsschwelle anzulegen. Das Internet ist ein internationales Medium. Wer sich eines solchen Mediums bedient, weiß, dass er damit Menschen in allen Staaten der Welt erreichen kann. Mag er auch vor allem ein bestimmtes Gebiet zu erreichen versuchen, wird er oft nicht abgeneigt sein, Bestellungen aus anderen Ländern entgegenzunehmen. Solche sog. spill-over-Effekte sind im Internet keine Seltenheit und durchaus beabsichtigt. Sie dienen der Erschließung neuer Märkte. Von einer nur zufälligen Kenntnisnahme durch Personen dritter Länder kann keine Rede sein. Erhält der Wettbewerber Angebote aus dem Ausland, muss er erkennen, dass zumindest Teile der dortigen Bevölkerung von seiner Website angesprochen werden. Er muss jetzt die Entscheidung treffen, ob

⁴⁹⁴ Vgl. KG Berlin GRUR Int. 2002, 448, 449 f. – Knoblauch Kapseln; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 920; ders., CR 2000, 763, 767; Engels, AfP 2000, 524, 525; Hoeren, WRP 1997, 993, 998

⁴⁹⁵ Ähnlich im Ergebnis auch Löffler, WRP 2001, 379, 383, der darauf hinweist, dass damit international noch nicht einmal die strengsten Anforderungen gestellt werden. In Frankreich soll die bloße Abrufbarkeit genügen und in der Schweiz, in der das Marktauswirkungsprinzip gilt, werden potentielle Abnehmer in Zweifelsfällen schon als genügend angesehen, um die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts zu begründen.

In diese Richtung auch die Entscheidung des *OLG Frankfurt* GRUR Int. 2001, 771, 773 – Internet-Apotheke. Das Gericht stellte maßgeblich auf die tatsächliche Belieferung deutscher Abnehmer ab, wenn auch ohne ausdrückliche Stellungnahme zu einem Spürbarkeitserfordernis.

Siehe ferner *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, S. 119, die darauf hinweist, dass es im Internet im Vergleich zu Leistungen außerhalb des Netzes noch viel schwieriger ist, zu ermitteln, ob eine Marketingaktivität einen Markt spürbar beeinflusst.

⁴⁹⁶ Vgl. Spindler, ZUM 1996, 533, 558 f.; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 270 ff.; zweifelnd v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 129 f.: Es werde von einem bestimmungsgemäßen Verbreitungsgebiet gesprochen, obwohl der Nutzer das effektive Verbreitungsgebiet festlegt.

⁴⁹⁷ Um allerdings auf allen Märkten erfolgreich agieren zu können, müssen Produkte und Internetseiten auf die einzelnen Regionen zugeschnitten werden, insbesondere kulturelle Eigenheiten beachtet werden. Ein Beispiel für sog. "Name Flopping", also für eine kon traproduktive Wahl eines Produktnamens, war die Vermarktung des Chevrolet-Modells "Nova" auf dem spanischen Markt. "Nova" bedeutet auf spanisch "Jäuft nicht". Vgl. *Lemme*, Interkulturelle Hürden, Internet World 2002, 36 f.

⁴⁹⁸ Vgl. *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 239; zu spill-over-Effekten bei Pressedelikten siehe auch die Ausführungen zur Tampax-Entscheidung des BGH auf S. 140. Gegen eine Berücksichtigung von spill-over-Effekten *Engels*, AfP 2000, 524, 525.

er diesen Markt bedienen will oder nicht. Nimmt er das Angebot an, zeigt er Interesse an dem neuen Markt und profitiert von dem spill-over-Effekt. Im Gegenzug dafür muss er sich vergewissern, dass er die auf dem neuen Markt herrschende Wettbewerbsordnung einhält. 499 Man könnte insofern davon sprechen, dass die beabsichtigte Zielrichtung der Website vom Wettbewerber ursprünglich enger beurteilt wurde, als sie eigentlich war. Mit der Entscheidung, einen neuen, zunächst nicht ins Blickfeld genommenen Markt zu beliefern, nimmt er nun billigend in Kauf, dass die Website auch dort Auswirkungen hat. Der Unternehmer hat damit durch sein Verhalten die Zielrichtung seiner Website erweitert. Diese Einordnung hat den Vorteil, dass es jetzt irrelevant ist, ob dies der einzige Kunde aus diesem Markt bleibt. Denn soweit es sich um ein finales Handeln bezüglich eines Marktes handelt, kommt es wie oben gezeigt, auf den Erfolg grundsätzlich nicht an.

War somit bislang der Absatzerfolg eines Produkts belanglos, sofern ein Unternehmen nur Waren auf dem Markt eines bestimmten Staates angeboten hat, bedarf diese Überlegung für ein weltweites Computernetz einer Modifikation. Da das Angebot faktisch von jedem Staat der Welt aus wahrgenommen werden kann, muss an die Stelle des Angebots die tatsächlich erfolgte Lieferung treten. Steht diese erst einmal fest, kommt es auf den Umfang des Absatzerfolgs in diesem Land nicht mehr an.

Als erstes Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass ein Unternehmer mit der Erweiterung seines Aktionskreises das Risiko erhöht, nach fremden Rechtsordnungen verklagt zu werden. Mit der Erweiterung seiner Erwerbschancen korrespondiert der Aufwand, sich über das Recht der neu erschlossenen Märkte zu informieren. Will ein Unternehmer dies vermeiden, muss er konsequenterweise **sämtliche** spill-over-Anträge ablehnen. Die eingangs dargestellten Kriterien verlieren damit ihre Bedeutung nicht restlos, vielmehr bleiben Fallgestaltungen übrig, bei denen auf sie zurückgegriffen werden muss, z.B. dann, wenn es bisher nur zu Vorbereitungshandlungen für eine geschäftliche Tätigkeit in einem bestimmten Land gekommen ist oder bei denen eine nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von Unternehmen ebenfalls wirtschaftliche Auswirkungen haben kann.

(2) Mögliche Einwände und ihre Wiederlegung

aa. Abschreckungseffekt

Der ungebrochene Boom des Internets hat gezeigt, dass das hohe Rechtsanwendungsrisiko in der Praxis kaum geeignet ist, einen Unternehmer von seinen Internetaktivitäten abzuhalten. Als zu groß werden die mit einem weltweiten

⁴⁹⁹ Vgl. auch Rüßmann, K&R 1998, 422, 426.

Medium verbundenen Chancen eingeschätzt.⁵⁰⁰ Gegen diesen Ansatz kann deshalb nicht mit Erfolg die Einwendung erhoben werden, er erschwere aufgrund eines Abschreckungseffekts eine volkswirtschaftlich sinnvolle Betätigung.

bb. Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung

Die bisherige Rechtsprechung zu Werbung in Druckerzeugnissen steht dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Einzelne Exemplare, die außerhalb des regelmäßigen Vertriebs in ein Land gelangen, können die Anwendbarkeit der dort geltenden Vorschriften nicht begründen. ⁵⁰¹ Die Vorhersehbarkeit einer grenzüberschreitenden Wirkung, auf die die Tampax-Entscheidung abstellt, wäre nicht gewährleistet. Anders bei einer regelmäßigen Verbreitung, wie sie auch im Internet gegeben ist.

Die Schwelle, ab der eine Einwirkung auf das Marktgeschehen angenommen werden kann, wird von der Rechtsprechung allgemein niedrig angesetzt. Zumindest für den Fall eines eng begrenzten Abnehmerkreises hat das OLG Hamburg es genügen lassen, wenn einzelne Exemplare ins Inland gelangen. ⁵⁰² Die notwendige, zur Anwendung deutschen Rechts führende Inlandsbeziehung sei bereits aufgrund der Auslieferung von zwei Exemplaren einer Zeitschrift im Rahmen eines Abonnements nach Hamburg gegeben. Ob die Rechtsprechung diese niedrigen Anforderungen auf das Internet übertragen wird, lässt sich noch nicht absehen, wäre aber zu begrüßen.

cc. Ungerechtigkeiten bei automatischen Bestellverfahren

Zugunsten des Wettbewerber kann nicht eingewendet werden, aufgrund eines automatischen Bestellverfahrens habe er keine Möglichkeit gehabt, die Leistung

⁵⁰⁰ Vgl. Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 235; a.A. Ahrens, CR 2000, 835, 836, der dies nur solange gelten lassen will, als "die Sogwirkung des technischen und ökonomischen Neulands tatsächlich eingetretene negative Erfahrungen mit Rechtsstreitigkeiten überwiegt."

⁵⁰¹ Vgl. die auf S. 140 besprochene Tampax-Entscheidung sowie *BGH* GRUR 1978, 194 ff. – profil.

⁵⁰² Vgl. OLG Hamburg GRUR Int. 1987, 105, 107 – IR/UV – Kombinationstrockner. In diese Richtung auch RG GRUR 1936, 670, 675 f. (inländischer Begehungsort bejaht bei ca. 200 Exemplaren einer Zeitung, die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb nach Deutschland versendet wurden) und LG Mannheim GRUR Int. 1968, 236 (internationale Zuständigkeit gegeben bei Vertrieb einer US-amerikanischen Zeitschrift durch Abonnements und Auslegung in Amerikahäusern in Deutschland). Dem OLG Stuttgart GRUR Int. 1987, 925 – expo data, genügte hingegen der Bezug einer schweizerischen Zeitschrift nur durch den Verletzten und den Hersteller der durch die beanstandeten Anzeige beworbenen Erzeugnisse nicht zur Annahme der internationalen Zuständigkeit.

in ein bestimmtes Land nicht erbringen zu können.⁵⁰³ Ihm steht es frei, eine automatische oder individuelle Abschlussmöglichkeit einzuführen. Entscheidet er sich für erstere, nimmt er bewusst in Kauf, dass Verträge mit Personen aus jedem beliebigen Land geschlossen werden. Ihm geschieht kein Unrecht, wenn von ihm als Preis dafür, Kunden in aller Welt erreichen zu können, verlangt wird, gegebenenfalls die Wettbewerbsordnungen sämtlicher Staaten einzuhalten, zumal ihm hier wieder Gestaltungsformen offen stehen, um die Vorteile des automatischen Verfahrens zu erhalten. Ihm ist es möglich, auf der Webseite mit der Schaltfläche, die zum Abschluss der Bestellung angeklickt werden muss, klar zum Ausdruck zu bringen, dass dieses Angebot nicht für Besteller aus bestimmten Ländern gilt. Klicken diese trotzdem auf die Schaltfläche, kommt kein Vertrag zustande.

dd. Ungerechtigkeiten bei online erbrachten Leistungen

Wenn der Unternehmer einen Versand von Produkten ins Ausland betreibt, kann er aufgrund der Lieferadresse erkennen, wo sich sein Vertragspartner befindet. Schwieriger gestaltet sich für ihn die Angelegenheit, wenn er seine Ware online verschickt, z.B. Software zum Download anbietet. Hier droht ihm die Gefahr, dass ihm sein Kunde seinen Aufenthaltsort verschweigt oder gar über ihn täuscht. Aus der Angabe einer E-Mail Adresse, an die die Ware verschickt wird, kann er ebenfalls nicht zuverlässig auf die Herkunft aus einem bestimmten Land schließen, da eine E-Mail Adresse bei vielen Anbietern weltweit beantragt werden kann. 504

Durch eine Lüge verliert jedenfalls der Kunde seine Schutzwürdigkeit und ihm ist z.B. die Berufung auf Verbraucherschutzvorschriften seines Heimatlandes versagt. 505 Vom internationalen Schuldvertragsrecht zu trennen ist allerdings die Frage, ob das Wettbewerbsrecht des Heimatstaates des "Jügenden Kunden" Anwendung findet. Hierbei sind wiederum Allgemeininteressen zu berücksichtigen. Die Erklärung eines Unternehmers, seine Ware sei nur für Personen aus bestimmten Ländern bestimmt, muss bedeutungslos bleiben, wenn er keinerlei Maßnahmen zu ihrer Realisierung trifft. Dann lädt er geradezu dazu ein, belogen zu werden. Es ist dann nicht unbillig, ihn das Risiko der Lüge tragen zu lassen.

⁵⁰³ Vgl. Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 248; ferner Rüβmann, K&R 1998, 422, 424 f., der einen Vertrag mit einem ausländischen Kunden zwar als starkes Indiz werten will, dass die Homepage auch auf das Heimatland des Kunden zielt, dieses Indiz aber bei einem automatisierten Vertragsschluss nur mit Zurückhaltung berücksichtigen möchte.

⁵⁰⁴ Eine bei http://eurosport.ifrance.com/emailheberg/index.htm beantragte fiktive Adresse wie stephanott-bayreuth@eurosport.com lässt keinerlei Schluss auf die Herkunft aus einem bestimmten Land zu.

⁵⁰⁵ Vgl. Osthaus, AfP 2001, 13, 19.

Aktuell geworden ist eine solche Fallgestaltung z.B. in den USA bei einer Klage gegen die kanadische Firma iCraveTV. ⁵⁰⁶ Diese hatte im November 1999 damit begonnen, US-amerikanische Fernsehprogramme auf ihrer Website auszustrahlen. Das war vermutlich nach kanadischem Recht zulässig, nicht aber nach dem der USA. Die MPAA erhob deshalb in Pittsburgh Klage und erwirkte eine einstweilige Verfügung zur Einstellung des Programms. ⁵⁰⁷ Der kanadischen Firma hatte es nichts genützt, dass sie ihren Service nur Surfern aus Kanada anbieten wollte und zu diesem Zweck die Besucher mehrfach versichern ließ, dass sie aus Kanada kommen würden. Das Verfahren endete schließlich mit einem Vergleich. ⁵⁰⁸ Die Klage wurde zurückgezogen und iCraveTV stellte sein Programm vorerst ein, arbeitete aber zunächst weiter an einem technischen Verfahren, um in Zukunft sicherzustellen, dass ihre Website nur von kanadischen Surfern aufgerufen werden kann. ⁵⁰⁹

Es bleibt einem Unternehmer bei diesen Fallgestaltungen wohl nichts anderes übrig, als sich z.B. durch Zusendung eines Passworts per Post, das für den Download erforderlich ist, von dem Aufenthaltsort des Kunden zu überzeugen. Dieser Weg ist sicherlich nicht besonders praktikabel, steht er doch in krassem Widerspruch zu der mit dem Internet verbundenen Idee einer besonders raschen Geschäftsabwicklung. Es kann aber an dieser Stelle nur noch einmal wiederholt werden, dass derjenige, der sich den Vorteil des Internets mit einem weltweiten Kundenkreis zu nutze machen will, nicht erwarten darf, dass dies ohne jegliche Nachteile zu erhalten ist. Zudem mögen Zertifizierungsstellen, die Auskunft über die Herkunft eines Kunden geben können, und immer weiter verbesserte Lokalisierungssoftware in Zukunft einen praktikableren Weg ebnen können.

⁵⁰⁶ Siehe dazu *Lucas*, CRI 2001, 152 ff.; *Handa*, CRI 2002, 46 ff.; *Geist*, Is There a There There? Toward Greater Certainty For Internet Jurisdiction, http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistjurisdiction-us.pdf, S. 5 ff.

⁵⁰⁷ National Football League v. TVRadioNow Corp., 53 U.S.P.Q. 2d 1831 (W.D. Pa. 2000).

⁵⁰⁸ Siehe den Text des Vergleichs unter

http://www.cab-acr.ca/english/joint/submissions/settlement.htm.

⁵⁰⁹ JumpTV hat die Idee mittlerweile aufgegriffen und will einen auf Kanada beschränkten Zugang zu US-amerikanischen Fernschprogrammen auf seiner Website anbieten. Ein Gesetzesentwurf zur Änderung des kanadischen Urheberrechts vom Dezember 2001 sieht vor, die sog. retransmission of broadcasts zu untersagen und der Geschäftsidee ihre Grundlage entziehen.

⁵¹⁰ Hierzu auch Kur, WRP 2000, 935, 938.

⁵¹¹ Vgl. die Informationen zu PICS in Fußnote 438.

(3) Vorteile des gefundenen Ergebnisses: Vorhersehbarkeit, Steuerbarkeit und leichte Feststellbarkeit

Das gefundene Ergebnis befindet sich in Einklang mit der im Wettbewerbsrecht im Vordergrund stehenden Funktion der Verhaltenssteuerung. Dem Wettbewerber ist es möglich, eine Einwirkung auf einen Marktort durch sein Verhalten zu verhindern. Von ihm wird nichts unzumutbares verlangt. Allein wegen der Abrufbarkeit einer Website in einem Staat unterliegt er nicht deren Rechtsordnung. Selbst wenn er bemerkt, dass viele Besucher seiner Website aus diesem Land kommen, steht er nicht vor der Alternative, diese Rechtsordnung zu berücksichtigen oder völlig auf seinen Internetauftritt zu verzichten. Auf den Hinweis, niemand sei gezwungen, eine Website zu unterhalten, könnte man sich hier auch nicht zurückziehen. Eine solche Sichtweise wäre nur vertretbar, wenn einem Unternehmer eine sinnvolle äquivalente Lösung zur Verfügung stehen würde. An einem Internetauftritt eines Unternehmens führt aber heute kein Weg mehr vorbei. Es kann allerdings von einem Unternehmer erwartet werden, dass er Angebote ablehnt, die aus einem Staat kommen, auf dessen Markt er nicht tätig werden und dessen Gesetze er nicht beachten will. Niemand kann ihn dazu zwingen, einen Vertrag mit Personen außerhalb des vorgesehenen Zielgebiets einzugehen. Soweit er zur Unterstützung seiner Absicht auf der Homepage einen klarstellenden Hinweis aufnimmt, in welche Länder er nicht liefern wird, kann er eine Vielzahl potentieller Kaufinteressenten davon abhalten, ihm Vertragsangebote zu unterbreiten. 512 Zusätzlich kann er – muss er aber nicht – technische Maßnahmen ergreifen, um den Zugriff auf seine Website aus bestimmten Ländern zu erschweren.

Einem potentiell Geschädigten schließlich ist es leicht möglich, durch einen Testkauf festzustellen, ob der Wettbewerber auf einem bestimmten Markt tätig wird und damit seiner Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Tatsachen nachkommen, mit denen die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung begründet werden muss. Beliefert ein Unternehmer tatsächlich – auch trotz anderer Ankündigung auf seiner Homepage – einen fremden Markt, ist dies ein schnell ermittelbares und im Regelfall das entscheidende Indiz, das genügt, um die Anwendbarkeit der dort herrschenden Rechtsordnung zu bejahen. Nur in Aus-

⁵¹² Siehe z.B. die Webseiten von Expedia, einem Anbieter von Tourismusleistungen, die dies ansatzweise erkennen lassen. Es existieren getrennte Webseiten für Großbritannien, Deutschland, Kanada, die Niederlande und Italien. Auf einer Übersichtsseite wird erklärt, auf welcher Webseite Bewohner welchen Landes Bestellungen tätigen können (">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&&zz=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&hfnm=h_EX_intl.htx&rfrr=-2011&ct=1005934696510&>">http://www.expedia.com/pub/agent.dll?qscr=hgen&h

nahmefällen wird es dem Wettbewerber noch möglich sein, eine entsprechende Zielrichtung zu widerlegen. Er müsste darlegen können, dass es sich um einen begründeten Ausnahmefall handelt und er sonst nicht in dieses Land liefert. Bei einem Testkauf wird ihm eine solche Begründung schwer fallen. Möglich erscheint z.B. der Einwand, dass es sich nur um ein Versehen eines Mitarbeiters gehandelt hat und sonst dieser Markt nicht beliefert wird. Für eine solche Behauptung trägt der Wettbewerber die Beweislast. Möglich wäre etwa ein Nachweis durch Vorlage entsprechender Korrespondenz, dass bisher immer Vertragsangebote aus diesem Staat abgelehnt wurden. Zusätzlich könnten vorgelegte Log-Protokolle⁵¹³ Hinweise vermitteln. Allein eine unternehmensinterne Weisung ohne Hinzutreten weiterer Umstände, die auf eine beabsichtigte Begrenzung des Aktionsradius schließen lassen, genügt jedoch nicht. Reinen Schutzbehauptungen von Unternehmern muss von Anfang an entgegengewirkt werden.⁵¹⁴

(4) Unterschiede zur Vornahme einer Gesamtabwägung aufgrund verschiedener Indizien

In der Praxis dürfte die hier vertretene Auffassung in den meisten Fällen zu dem gleichen Ergebnis führen wie die Vornahme einer Gesamtabwägung der dargestellten Kriterien. Man braucht sich nur die Pflichten des Gerichts nach § 293 ZPO für den Fall vor Augen zu halten, in dem es zur Anwendbarkeit einer ausländischen Rechtsordnung gelangt. Der Richter hat das ausländische Recht von Amts wegen zu erforschen und anzuwenden. Dabei genügt er seinen Pflichten noch nicht mit der Anwendung des reinen Gesetzeswortlauts, vielmehr muss er stets Rechtsprechung und Lehre des fremden Landes berücksichtigen. Damit noch nicht genug, wird von ihm in Fällen, bei denen das ausländische Recht die ihm vorliegende Gestaltung bislang nicht zu entscheiden hatte, was gerade bei Online-Sachverhalten recht häufig der Fall sein wird, erwartet, die bestehende Lücke nach dem fremden Recht zu schließen und das dort geltende Recht weiterzuentwickeln.⁵¹⁵ Mag er sich dabei der Hilfe eines Sachverständigen bedienen dürfen, so ist der ihn treffende Aufwand ungleich höher als bei der Anwendung deutschen Rechts. Es bedarf keiner prophetischen Gaben, um vorherzusehen, dass ein Richter unter diesen Umständen geneigt sein wird, die Gesamtab-

⁵¹³ Log-Dateien sind reine Textdateien, die Informationen über die Zugriffe auf eine Homepage enthalten. Normalerweise werden Datum und Uhrzeit eines Zugriffs, die URL der aufgerufenen Webseite sowie die IP-Adresse und Domain des Surfers angezeigt. Zahlreiche Provider (z.B. Strato und Puretec) bieten diesen Service ohne Zusatzkosten an. Zudem gibt es zahlreiche externe Provider, die ihre Dienste für eine Homepage-Statistik zur Verfügung stellen.

⁵¹⁴ Vgl. *OLG Frankfurt* K&R 1999, 138, 139; *Kotthoff*, K&R 1999, 139, 140; *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 920.

⁵¹⁵ Vgl. v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 101.

wägung zur Anwendbarkeit deutschen Rechts führen zu lassen, wenn erst einmal ein erster hinreichender Inlandsbezug mit einem Verkauf in Deutschland hergestellt ist. ⁵¹⁶ Die unverkennbar vorhandene Tendenz der Gerichte – nicht nur in Deutschland – zum sog. "Heimwärtsstreben" droht jede A bwägung zu beeinflussen. Deshalb erscheint es mir "ehrlicher" und der Rechtssicherheit dienlicher zu sein, von Anfang an ein klares Kriterium einzuführen, an dem sich alle Parteien orientieren können. Zumindest die Website desjenigen, der – wenn auch gegebenenfalls nur in Ausnahmefällen – Leistungen in Deutschland erbringt, muss sich am deutschen Wettbewerbsrecht messen lassen.

d) Auswirkungen von Links auf das gefundene Ergebnis

Die Website eines Wettbewerbers steht nicht für sich geschlossen im Internet, sondern ist durch zahlreiche Links mit anderen Webseiten verbunden. Websites werden bei Suchmaschinen angemeldet und Werbebanner sollen zusätzlich Aufmerksamkeit auf das eigene Angebot lenken. Andererseits führen nicht nur Links zur eigenen Website hin, sondern ebenso von ihr weg.

(1) Links zu der eigenen Webseite

In diesem Abschnitt soll geklärt werden, ob Links dazu führen können, dass sich der Kreis der anwendbaren Rechtsordnungen vergrößert und ob Links in einer Gesamtabwägung Bedeutung erlangen können. Das Umfeld einer Website kann aufschlussreich zur Bestimmung der Zielrichtung einer Webseite sein. So wird, um ein in der Literatur immer wieder angeführtes Beispiel aufzugreifen, das Werbebanner eines Herstellers von Schneeräumgeräten auf einer Webseite, die die Wetterkarte von Michigan zeigt, den Schluss auf eine Ausrichtung der Werbung zumindest auch auf Michigan zulassen. 517 Doch ob Werbebannern oder "gewöhnlichen Links", 518 insbesondere solchen von Suchmaschinen, generell Hinweise für die Zielrichtung einer Website entnommen werden können, gilt es zu untersuchen.

⁵¹⁶ Dieses Argument ist freilich im Bereich der EU dadurch abgeschwächt, dass das deutsche Recht aufgrund des Herkunftslandprinzips weitgehend verdrängt wird, mit der Folge, dass dem Richter die Ermittlung ausländischen Rechts nur noch für den Fall erspart bleibt, in dem er erkennt, dass eine Handlung nach deutschem Recht zulässig ist und es wegen des Günstigkeitsprinzips nicht mehr auf das ausländische Recht ankommt.

⁵¹⁷ Vgl. nur Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 919.

⁵¹⁸ Werbebanner enthalten zwar i.d.R. Links zu der Homepage eines Unternehmers, im folgenden soll aber eine getrennte Betrachtung von Werbebannern und "gewöhnlichen" Links ohne Werbung erfolgen, da hier teilweise unterschiedliche Kriterien zu berücksichtigen sind.

aa. Werbebanner

Die in der Literatur immer wieder zu lesende Aussage, dass Banner grundsätzlich die Reichweite der Webseite teilen, auf der sie geschaltet sind, kann in keiner Weise überzeugen. 519 Wer ein globales Medium nutzt, kann damit versuchen, entweder ein weltweites Publikum anzusprechen oder nur ein lokal beschränktes. Es kann auch für einen Unternehmer mit letzterer Intention Sinn machen, sich für die Schaltung eines Werbebanners an eine Webseite mit weltweiter Ausrichtung zu halten wie an eine internationale Suchmaschine, weil er weiß, dass er dort zahlreiche potentielle Kunden ansprechen kann. Sofern er trotzdem aus anderen Ländern Angebote erhält, ist nicht einzusehen, warum er die Rechtsordnungen dieser Länder einhalten muss, wenn er von dort stammende Angebote generell ablehnt. Und wenn er solche annimmt, ist er nach der hier vertretenen Ansicht unabhängig von dem Werbebanner bereits verpflichtet, die dortige Rechtsordnung einzuhalten. Zudem ist zu beachten, dass sich bei konsequenter Anwendung des Ansatzes der Literatur das Problem, die Reichweite einer Webseite zu ermitteln, vervielfältigen würde. Es müsste nicht nur die Reichweite der Webseite des Wettbewerbers mit gegebenenfalls sehr unsicheren Kriterien ermittelt werden, sondern ebenso die aller Webseiten, auf denen er ein Werbebanner geschaltet hat. Diese Arbeit zu leisten, ist völlig unmöglich, weil diese ihrerseits ihre Reichweite durch Bannerwerbung vergrößert haben könnten. Jede Rechtsanwendungssicherheit ginge verloren. Letztlich müsste man konsequenterweise in zahlreichen Fällen aufgrund der zahlreichen Verbindungen der Internetseiten untereinander wieder zu dem gerade nicht begrüßenswerten Ergebnis der Geltung sämtlicher Rechtsordnungen gelangen.

bb. 'Gewöhnliche Links"

Nichts anderes als für Werbebanner kann für gewöhnliche Links gelten. Soweit der Link ohne jeden Einfluss des Wettbewerbers auf seine Webseite gesetzt wurde, widerspricht es schon der mit dem Wettbewerbsrecht verfolgten Funktion der Verhaltenssteuerung, wenn durch ihn die Reichweite seiner eigenen Webseite erhöht werden würde. Einem Link kommt im Regelfall nicht einmal eine Indizwirkung zu.

Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Setzen des Links vom Wettbewerber initiiert wurde. Damit eigene Webseiten im Internet gefunden werden, erfolgt ein Eintrag bei Suchmaschinen. Soweit es sich um eine Anmeldung bei

⁵¹⁹ In diese Richtung aber *Dethloff*, NJW 1998, 1596, 1600; *dies.*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, S. 116; *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 919.

⁵²⁰ Zu diesem Problemkreis auch *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 920; *Dethloff*, NJW 1998, 1596, 1600.

einer nationalen Suchmaschine handelt und sich die Wettbewerbstätigkeit auf diesen Markt bezieht, ergeben sich keine Probleme. Aber auch die Anmeldung bei einer internationalen Suchmaschine (z.B. yahoo.com) hat keine Ausdehnung der Reichweite der eigenen Website oder eine Indizwirkung hierfür zur Folge. 521 Zum einen gelten hier die oben zu Werbebannern angestellten Überlegungen, zum anderen gibt es hier einen zusätzlichen, die Rechtssicherheit nicht förderlichen Aspekt zu bedenken. Ein Konkurrent könnte nämlich aus dem Vorhandensein einer Eintragung in einer internationalen Suchmaschine nicht zuverlässig auf eine weltweite Zielrichtung einer Webseite schließen, da er sich nicht sicher sein kann, ob der Wettbewerber diesen Eintrag überhaupt veranlasst hat. Zum einen kann theoretisch jeder die Webseite eines anderen anmelden, zum anderen hat die Eintragung bei einer nationalen Suchmaschine keineswegs zur Folge, dass eine Webseite nicht als Suchergebnis bei internationalen Suchmaschinen erscheinen kann. Zahlreiche Meta-Suchmaschinen, die selber keinen eigenen Datenbestand haben, sondern auf den Bestand normaler Suchmaschinen, Webkataloge oder anderer Datenbestände zurückgreifen, berauben einer Differenzierung nach nationalen sowie internationalen Suchmaschinen jeglicher Grundlage. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Suchmaschinen Webseiten auch ohne Anmeldung durch Crawler erfassen.

Es kann daher keineswegs der Schluss gezogen werden, dass mit der Schaltung eines Werbebanners bzw. durch einen Link zur eigenen Webseite hin deren Reichweite vergrößert wird.

(2) Link von der eigenen Webseite weg

Links, die von der Homepage eines Wettbewerbers wegführen, haben nach der hier vertretenen Ansicht keinerlei Bedeutung bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung. Selbst wenn man nach Indizien für die Zielrichtung einer Website sucht, wird man hier nicht fündig werden, da die mit dem Setzen eines Links verbundenen Absichten zu unterschiedlich sein können. Links wird sich zumeist nicht entnehmen lassen, dass sie nur für die Bewohner eines bestimmten Landes von Interesse sind.

(3) Link selber als wettbewerbswidrige Handlung

Bei der Bestimmung der Rechtsordnung, die zur Beurteilung über die Rechtmäßigkeit eines Links selber berufen ist, stellt sich zunächst das Problem der Qualifikation: Findet das Wettbewerbsstatut Anwendung oder liegt, da sich ein Link direkt "gegen" die Website eines Konkurrenten richtet, eine betriebsbez ogene Wettbewerbsverletzung vor, die nach dem allgemeinen Deliktskollisions-

⁵²¹ So aber Dethloff, NJW 1998, 1596, 1600.

recht zu behandeln ist? Nach der Stahlexport-Entscheidung des BGH⁵²² soll in Abkehr von der Marktortanknüpfung bei einer unmittelbar gegen einen deutschen Konkurrenten gerichteten Maßnahme ausnahmsweise deutsches Recht anwendbar sein. Zwar mag man wie in der Stahlexport-Entscheidung von einer gezielt gegen einen Mitbewerber gerichteten Maßnahme sprechen, im Unterschied zu dem vom BGH entschiedenen Fall, in dem es um an bestimmte Personen gerichtete Schreiben ging, richtet sich ein Link nicht an einen abgeschlossenen Personenkreis, sondern an ein unbestimmtes Publikum, nämlich die Allgemeinheit.⁵²³ Ein Rückgriff auf das Deliktstatut muss aber ausscheiden, wenn über das individuelle Schutzinteresse des verlinkten Unternehmers hinaus eine Allgemeininteressen berührende hinreichende Marktauswirkung gegeben ist.⁵²⁴

Links wohnt das Potential inne, eine Verschlechterung der Wettbewerbsposition des betroffenen Unternehmers herbeiführen zu können. Einer online verfügbaren Zeitung werden z.B. Kunden abspringen, wenn eine "Meta-News-Site" durch Links auf die Angebote mehrerer Zeitungen einen besseren Überblick verschaffen kann. ⁵²⁵ Ein Surfer wird sich im Zweifel für das umfassendere Angebot entscheiden. Andere Wettbewerber könnten sich dazu gezwungen fühlen, ihrerseits die Maßnahme nachzuahmen, um weiterhin im Wettbewerb bestehen zu können. Links könnten so zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten auf einem Markt führen. Sie verletzen damit nicht nur Individual-, sondern Allgemeininteressen und unterstehen dem Wettbewerbsstatut.

Auf allen Märkten, auf denen sowohl das verlinkte als auch das den Link setzende Unternehmen tätig werden, kann der Wettbewerb gestört sein, weil dem Unternehmen Konkurrenz durch Ausbeutung seiner eigenen Arbeitsleistung durch einen Mitbewerber droht. Das auf diesen Märkten anwendbare Wettbewerbsrecht hat derjenige, der den Link setzt, zu beachten.

(4) Link auf eine Webseite mit wettbewerbswidriger Handlung

Setzt ein Wettbewerber einen Link auf eine Webseite, die ihrerseits einen wettbewerbswidrigen Inhalt aufweist, muss das für diese Beteiligung anwendbare Recht ermittelt werden. Der Frage, wie bei Beteiligten (Mittäter, Anstifter und Gehilfen) das Delikts- bzw. Wettbewerbsstatut zu bestimmen ist, wurde bisher in der Literatur wenig Beachtung geschenkt. Auch höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Themenkreis ist rar. Prinzipiell ist es möglich, das anwendbare Recht gesondert für jede Person zu bestimmen und damit in Kauf zu

⁵²² *BGHZ* 40, 391 ff. - Stahlexport; siehe oben S. 139

⁵²³ Vgl. Staudinger/*Fezer*, Int. WirtschR Rdn 529 ff., der bei vergleichender Werbung wegen deren Ausrichtung an ein unbestimmtes Publikum ebenfalls keinen Anwendungsbereich für die in der Stahlexport-Entscheidung statuierte Ausnahme sieht.

⁵²⁴ Vgl. BGH GRUR 1982, 495, 497 f. - Domgarten-Brand.

⁵²⁵ Siehe dazu die Fälle der Meta-Sites ab S. 86.

nehmen, dass es zu einer Spaltung des anwendbaren Rechts kommen kann. ⁵²⁶ Eine Tat könnte nach verschiedenen Rechtsordnungen zu beurteilen sein, je nachdem ob es um die Haftung des Haupttäters oder eines Beteiligten geht. Will man dieses Ergebnis – schon allein im Interesse einer Regressvereinfachung - verhindern, muss man eine einheitliche Anknüpfung bevorzugen und das Haupttäterstatut über alle Deliktsbeziehungen entscheiden lassen. ⁵²⁷ Dafür spricht insbesondere, dass es um die Beurteilung eines einheitlichen Lebenssachverhalts geht. Auch der BGH hat sich in einer Entscheidung von 1982 – allerdings ohne nähere Begründung – zu der letzteren Auffassung bekannt. ⁵²⁸ Die Haftung der Beteiligten richte sich "nach dem Haftungsrecht des Landes, dessen Rechtsordnung auf den Täter der als unerlaubt in Betracht kommenden Handlung ... Anwendung findet ..., es sei denn, die Anstiftung oder Beihilfe dazu stelle sich ohne Rücksicht auf die Haftung des Täters bereits selbst als unerlaubte Handlung nach dem Recht des Ortes dar, an dem der Anstifter oder Gehilfe gehandelt hat. "⁵²⁹

Sofern es somit um die Beurteilung der Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoß durch einen Link geht, ist nach der oben vertretenen Ansicht zu bestimmen, welchen Markt der Haupttäter beliefert. Die auf diese Weise ermittelten Rechtsordnungen sind gleichfalls für die Beteiligten maßgeblich.

⁵²⁶ Vgl. Stoll in: Dieckmann/Frank/Hanisch/Simitis (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, S. 631, 650 ff.

⁵²⁷ Vgl. MüKo/*Kreuzer*, Art. 38 EGBGB Rdn 97; *RG* JW 1931, 1904, 1905; weitere Nachweise bei *Stoll* in: Dieckmann/Frank/Hanisch/Simitis (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, S. 631, 650 f.

⁵²⁸ BGH GRUR 1982, 495, 497 – Domgarten-Brand; ferner BGH GRUR Int. 1998, 617, 619 – Gewinnspiel im Ausland.

⁵²⁹ Der Gehalt der Einschränkung ist bisher unklar. So auch *Stoll* in: Dieckmann/Frank/Hanisch/Simitis (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 631, 651: "unverständlich". In der Praxis ist sie bisher ohne Folgen geblieben.

II. Internationales Urheberkollisionsrecht 530

1. Grundzüge

Das internationale Urheberprivatrecht wird nach allgemeiner Meinung durch das Schutzlandprinzip geprägt.⁵³¹ Ansprüche aus Urheberrechtsverletzungen richten sich nach dem Recht des Landes, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird (sog. lex loci protectionis).⁵³² Dieses entscheidet über die Voraussetzungen für das Entstehen, den Inhalt und das Erlöschen des Urheberrechts.⁵³³ Hintergrund

⁵³⁰ Nicht eingegangen wird bei der Darstellung auf das Urhebervertragsrecht, da die Parteien bei Linking und Framing-Sachverhalten i.d.R. keine vertraglichen Beziehungen unterhalten. Sofern Streitigkeiten doch zum Abschluss sog. link licence agreements geführt haben, sind die Bestimmungen des internationalen Privatrechts über Verträge heranzuziehen (siehe insbesondere Art. 27, 28 EGBGB, § 32 b UrhG). Vgl. Muth, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 59. Zu beachten ist bei einer solchen Vereinbarung, dass das deutsche UrhG zwingende Regelungen zugunsten des Urhebers enthält, die durch Rechtswahlklauseln nicht umgangen werden können, z.B. das Urheberpersönlichkeitsrecht und der Grundsatz der Zweckübertragbarkeit. Hierzu Hoeren, Skript zum Internetrecht, http://www.unimuenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript_Juli_2002.pdf, S. 76.

⁵³¹ Vgl. BGH MMR 1998, 35 - Spielbankaffaire; OLG Hamburg GRUR 1979, 235, 237 - Arrival; OLG Karlsruhe GRUR 1984, 521, 522 - Atari-Spielcassetten; MüKo/Kreuzer, nach Art. 38 EGBGB Anh. II Rdn 7 ff.; Ulmer, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, S. 10 ff.; Loewenheim, ZUM 1999, 923, 924; Sack, WRP 2000, 269, 270 m w N

Das Schutzlandprinzip wird nicht durch ein kollisionsrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten verdrängt. Die Ausführungen zum Wettbewerbskollisionsrecht (siehe oben ab S. 144) gelten entsprechend.

⁵³² Die Beurteilung hat nach dem Deliktsstatut zu erfolgen, wobei umstritten ist, ob die 1999 eingefügte Tatortregel des Art. 40 EGBGB Anwendung finden kann (so z.B. Sack, WRP 2000, 269, 270 f.) oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB einschlägig ist. Nach Auffassung des BGH ist die Tatortregel im internationalen Immaterialgüterrecht generell nicht anwendbar, vgl. BGHZ 136, 380, 386 - Spielbankaffaire. Dem folgend große Teile der Literatur, vgl. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts, GRUR Int. 1985, 104, 106; v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 427; Thum in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 123.

⁵³³ Vgl. BGHZ 118, 394, 397 f. – ALF; BGHZ 141, 267, 273 – Laras Tochter; BGHZ 136, 380, 387 – Spielbankaffaire; Schulze, ZUM 2000, 432, 453; Ulmer, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, S. 37 ff.

dieser Anknüpfung ist das quasi weltweit geltende Territorialitätsprinzip.⁵³⁴ Dieses besagt, dass ein Urheber nicht ein, für jeden Staat der Erde geltendes Urheberrecht erwirbt, sondern dass ein Urheberrecht räumlich nur in dem Staat besteht, nach dessen Rechtsordnung es verliehen wurde. Ein Urheber erwirbt ein Bündel territorial beschränkter und inhaltlich unterschiedlich ausgestalteter Urheberrechte (sog. Bündel-Theorie).⁵³⁵ Ein Urheberrecht kann deshalb nur in dem Staat verletzt werden, in dem es gewährt wurde.⁵³⁶ Ein nach deutschem Recht begründetes Urheberrecht kann ausschließlich durch eine Benutzungshandlung in Deutschland verletzt werden, nicht aber durch eine im Ausland begangene.⁵³⁷ Dementsprechend kann ein ausländisches Schutzrecht nicht durch eine Handlung in Deutschland verletzt werden.

Soweit vor einem deutschen Gericht die Verletzung eines Urheberrechts im Ausland behauptet wird, hat dieses das jeweilige ausländische Urheberrecht als Schutzlandrecht anzuwenden. Über den Erfolg einer Klage eines schwedischen Urhebers, der eine Verletzung seines Urheberrechts in Schweden behauptet, entscheidet somit auch dann schwedisches Urheberrecht, wenn die Klage vor einem deutschen Gericht verhandelt wird.

Aufgrund des Territorialitätsprinzips ergibt sich eine besondere Schutzbedürftigkeit des Urhebers im Ausland. Inwieweit seine Werke dort geschützt sind, richtet sich nach den dort geltenden Vorschriften. Diese können den Schutz von Werken ausländischer Urheber gegenüber demjenigen von inländischen Urhebern beschränken. Dies geschieht häufig. So ist die Diskriminierung von Ausländern ein wesentlicher Grundsatz auch des deutschen Fremdenrechts.⁵³⁸ Dadurch sollen andere Staaten angehalten werden, völkerrechtliche Verträge abzuschließen, mit denen ein besserer Schutz deutscher Urheber im Ausland erreicht werden kann.⁵³⁹ In der Tat existieren zu diesem Zweck zahlreiche internationale Abkommen.⁵⁴⁰ Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Berner Übereinkunft im Bereich des Urheberrechts (RBÜ),⁵⁴¹

⁵³⁴ Vgl. BVerfGE 81, 208, 222 – Bob Dylan; BGHZ 64, 183, 191 – August Vierzehn; BGHZ 126, 252, 256 – Folgerecht bei Auslandsbezug; Neuhaus, RabelsZ 40 (1976), 191, 193, Haedicke, Jura 1996, 64, 66.

⁵³⁵ Z.T. auch als Urheberrechts-Mosaik oder als "Flickenteppich" nationaler Urheberrechte bezeichnet, vgl. Soergel/*Kegel*, Anh. Art. 12 EGBGB Rdn 16, 22; *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 123 f.

⁵³⁶ Vgl. BGHZ 126, 252, 256 – Folgerecht mit Auslandsbezug; Bechtold, GRUR 1998, 18, 22; Sack, WRP 2000, 269, 271.

⁵³⁷ Vgl. Soergel/Kegel, Anh. Art. 12 EGBGB Rdn 16.

⁵³⁸ Vgl. die fremdenrechtliche Regelung der §§ 120, 121 UrhG.

⁵³⁹ Vgl. Haedicke, Jura 1996, 64, 65 f.; Möhring/Nicolini/Hartmann, vor §§ 120 ff. Rdn 5.

⁵⁴⁰ Eine n\u00e4here Darstellung der verschiedenen Abkommen findet sich bei Schack, Urheberund Urhebervertragsrecht, Rdn 831 ff.

⁵⁴¹ Die Berner Übereinkunft stammt aus dem Jahre 1886 und wurde bis zum Jahre 1971 etwa im Abstand von jeweils ca. 20 Jahren revidiert. Deutschland ist der RBÜ am 5.12.1887

das TRIPS-Abkommen (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)⁵⁴² und der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT).⁵⁴³

Wegen der weltweit sehr unterschiedlichen Regelungen im Urheberrechtsbereich lag diesen Abkommen primär nicht der Gedanke der Schaffung eines einheitlichen Urheberrechts zugrunde, sondern die Verwirklichung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung.⁵⁴⁴ Urheber sollten für ihre Werke in den Vertragsstaaten die gleichen Rechte haben, die die Gesetze des Landes ihren inländischen Urhebern gewähren. Dieser Grundsatz findet sich in Art. 5 RBÜ, Art. 3 TRIPS und gilt über Art. 3 WCT auch für den WIPO-Urheberrechtsvertrag. Grundsätzlich ist damit der Schutz eines ausländischen Urhebers im Inland nicht davon abhängig, dass Inländern im Heimatstaat des Rechtsuchenden ein entsprechender Schutz gewährt wird.⁵⁴⁵ Ein Vorteil dieser Regelung ist darin zu sehen, dass er auf einen Eingriff in das materielle Urheberrecht der Verbandsländer verzichtet und damit einen Beitritt zu den Ab-

beigetreten. Ende 1999 gehörten ihr 140 Staaten an. Sie wird von der WIPO mit Sitz in Genf verwaltet (vgl. Art. 4 WIPO). Zur RBÜ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn 833 ff

Die WIPO (World Intellectual Property Organisation), eine UN-Sonderorganisation mit Sitz in Genf, wurde durch das am 14.7.1967 in Stockholm unterzeichnete Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum gegründet. Ihr kommt im Bereich des Immaterialgüterrechts eine herausragende Stellung zu. Sie hat 179 Mitgliedsstaaten, darunter auch Deutschland seit dem 19.9.1970. Die Vertragsparteien sind aufgeführt unter http://wipo.org/members/index.html>. Informationen zur WIPO auf deren Homepage unter www.wipo.org/eng/main.htm; vgl. auch Schäfers, GRUR Int. 1996, 763 ff.

- 542 Das TRIPS-Abkommen ist das Ergebnis der sog. Uruguay-Runde zum GATT vom 15.4.1994 und ist eine der Anlagen zum Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation WTO (World Trade Organisation). Das Übereinkommen ist am 1.1.1995 in Deutschland in Kraft getreten. Regelungen zum Urheberrecht finden sich in Art. 9-13 TRIPS. Eine Darstellung der Entstehungsgeschichte und der einzelnen Rechte findet sich bei *Dreier*, GRUR Int. 1996, 205 ff.; zum TRIPS-Abkommen des weiteren *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn 880 ff.
- 543 Es handelt sich um ein Sonderabkommen zur RBÜ (vgl. Art. 1 I 1 WCT i.V.m. Art. 20 RBÜ), das deren Grundsätze übernimmt, indem es die Art. der RBÜ für auf den WCT entsprechend anwendbar erklärt (Art. 3 WCT). Zu Entstehungsgeschichte und Inhalt des WCT v. Lewinski/Gaster, ZUM 1997, 607 ff.
- 544 Vgl. aber die Präambel der RBÜ, die auch die Absicht herausstellt, zu versuchen, im Rahmen des Möglichen zu einheitlichen Regelungen zu gelangen: "gleichermaßen von dem Wunsch geleitet, die Rechte der Urheber an ihren Werken der Literatur und Kunst in möglichst wirksamer und gleichmäßiger Weise zu schützen".
- 545 Der Verzicht auf die sog. materielle Reziprozität wird von den Abkommen nicht immer ganz durchgehalten. Eine Einschränkung findet sich z.B. bei der Regelung zur Dauer des urheberrechtlichen Rechtsschutzes, der nur dann 50 Jahre im Schutzland beträgt, wenn Urhebern aus dem Schutzland im Heimatrecht des Urhebers ebenfalls eine gleich lange Schutzdauer eingeräumt wird.

kommen erleichtert.⁵⁴⁶ Ferner ist der Ansatz zukunftsoffen gestaltet, da sich die Verpflichtung auch auf erst in der Zukunft gewährte Rechte erstreckt, sich also der Schutz für Ausländer jeweils mit dem Schutz der Inländer weiterentwickelt.

Ergänzt wird der Grundsatz der Inländergleichbehandlung durch die Gewährung von Mindestrechten im Rahmen der RBÜ,⁵⁴⁷ des TRIPS-Abkommens⁵⁴⁸ und des WCT⁵⁴⁹. Auf diese Mindestrechte können sich ausländische Urheber berufen, selbst wenn Inländern die entsprechenden Rechte nicht verliehen wurden. Da die meisten Staaten eine Benachteiligung ihrer eigenen Urheber zu verhindern suchen dürften, geht von den Mindestrechten eine harmonisierende Wirkung aus.⁵⁵⁰

2. Schutzlandprinzip und Internet

Nach dem Schutzlandprinzip ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, für das um Schutz nachgesucht wird. Hierzu muss das Land bestimmt werden, in dem die betreffende Nutzungs- bzw. Verletzungshandlung erfolgt ist. Es kommt daher nicht zu der im internationalen Deliktskollisionsrecht üblichen Aufspaltung des Tatorts in Handlungs- und Erfolgsort.⁵⁵¹ Abzustellen ist auf den Ort, wo die Verletzungshandlung vorgenommen wird. Dieser fällt zudem aufgrund des Territorialitätsprinzips mit dem Erfolgsort zusammen.⁵⁵²

Die Anknüpfung erweist sich hinsichtlich des widerrechtlichen Uploads noch als wenig problematisch.⁵⁵³ Entscheidend ist der Ort, an dem das Verviel-

⁵⁴⁶ Vgl. Haedicke, Jura 1996, 64, 67.

⁵⁴⁷ Die Mindestrechte, auf die sich Urheber direkt berufen können, finden sich in Art. 6 bis bis Art. 15. Vgl. *Haedicke*, Jura 1996, 64, 65; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn 848 f.

⁵⁴⁸ Die Mindestrechte nach der RBÜ finden auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten des TRIPS zueinander Anwendung (Art. 9 I 1 TRIPS). Das TRIPS-Abkommen enthält ferner Regelungen, die über das Schutzniveau der RBÜ hinausgehen (sog. "Bern-Plus"-Ansatz), z.B. Regelungen zu den Schutzvoraussetzungen für Computerprogramme und Datenbanken (Art. 10 und 11 TRIPS). Im Gegensatz zur RBÜ bieten die Regelungen des GATT einen effektiven Streitbeilegungsmechanismus, der aufgrund der Verweisung auf die Mindestrechte der RBÜ auch für diese gilt. Vgl. *Haedicke*, Jura 1996, 64, 71.

⁵⁴⁹ Die nach RBÜ bestehenden Mindestrechte (Art. 3 WCT, Art. 5 I RBÜ) wurden durch dieses Übereinkommen ergänzt. Zu erwähnen ist insbesondere das in Art. 8 geregelte Recht der öffentlichen Wiedergabe (making available right). Vgl. v. Lewinski/Gaster, ZUM 1997, 607, 614 ff. sowie unten ab S. 316 bzw. ab S. 321.

⁵⁵⁰ Vgl. Haedicke, Jura 1996, 64, 67; Zweigert/Puttfarken, GRUR Int. 1973, 573, 575.

⁵⁵¹ Vgl. Möhring/Nicolini/Hartmann, vor §§ 120 Rdn 17; Schricker/Katzenberger, vor §§ 120 Rdn 130.

⁵⁵² Vgl. Möhring/Nicolini/Hartmann, vor §§ 120 Rdn 17.

⁵⁵³ Zum Problem der Lokalisierung der relevanten Nutzungshandlung im Online-Bereich Dieselhorst, ZUM 1998, 293, 298; *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für

fältigungsstück entsteht. Gleiches gilt für Vervielfältigungen, die von Surfern im Rahmen des Downloads vorgenommen werden.⁵⁵⁴ Das zentrale Problem in diesem Bereich ist die Frage, wo die Handlung des Zugänglichmachens eines Werkes zu lokalisieren ist. Im Internet können fremde Werke gleichzeitig überall auf der Welt auf Servern bereit gehalten und überall von Nutzern abgerufen und möglicherweise urheberrechtsverletzende Kopien hergestellt werden.

Folge hiervon wäre, dass derjenige, der bei der Erstellung seiner eigenen Homepage mit fremden Werken arbeitet, dabei die Rechtsordnungen aller Staaten der Erde beachten müsste, um eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden, 555 angesichts erheblicher rechtlicher Unterschiede ein "Ding der Unmöglichkeit". 556 Faktisch müsste eine Orientierung am schärfsten Urheberrecht der Welt erfolgen, 557 da die Verwendung eines fremden Werkes bei einem grenzüberschreitenden Medium nicht beschränkt auf das Gebiet eines Staates, sondern nur insgesamt unterlassen werden kann.

Zusammenfassend bedeutet dies also, dass deutsches Urheberrecht Anwendung findet, wenn die Abrufbarkeit eines Werkes in Deutschland gegeben ist. Bezogen auf Hyperlinks, wäre nach dem Schutzlandprinzip deutsches Recht anzuwenden, wenn um Schutz für eine Urheberrechtsverletzung in Deutschland nachgesucht wird und die Webseite mit dem Link in Deutschland aufrufbar ist. Da die Webseite aber auch in anderen Ländern aufgerufen werden kann, müsste ein Linkprovider zugleich die Rechtsordnungen all dieser Länder beachten.

Überlegungen, wie die Zahl der anwendbaren Rechtsordnungen eingrenzbar ist, wurden – wenn auch bisher ohne durchschlagenden Erfolg - vielfach vorgenommen. Deren Ziel muss es sein, einen sinnvollen Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen von Verwendern und Werkerstellern zu finden. Einerseits soll der freie Datenaustausch über das Netz nicht mit unverhältnismäßig strengen rechtlichen Rahmenbedingungen erstickt werden. Andererseits muss es vermieden werden, dass Verwender sich in Haftungsoasen zurückziehen können.

neue Medien, S. 117, 130 ff.; *Intveen*, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 28 ff. Auf die einzelnen Verletzungshandlungen soll im Rahmen dieser Arbeit erst bei der Frage nach einer Urheberrechtsverletzung durch Linking und Framing näher eingegangen werden. Siehe die Ausführungen ab S. 295.

⁵⁵⁴ Vgl. *Muth*, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 86; *Dieselhorst*, ZUM 1998, 293, 300.

⁵⁵⁵ Vgl. nur Schulze, ZUM 2000, 432, 453; Bechtold, GRUR 1998, 18, 22.

⁵⁵⁶ Vgl. Spindler, ZUM 1996, 533, 559.

⁵⁵⁷ Vgl. *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 270; *Bechtold*, GRUR 1998, 18, 22.

a) Zwingende kollisionsrechtliche Vorgaben der RBÜ?

Wie bereits dargestellt, folgt das internationale Urheberprivatrecht dem Schutzlandprinzip. Sofern man dieses als in den völkerrechtlichen Abkommen, genauer in Art. 5 RBÜ, verankert ansehen müsste, wäre eine Diskussion modifizierter Anknüpfungsmomente zwar weiterhin sinnvoll, diese könnten aber in der Praxis zumindest im Verhältnis zu den Vertragsstaaten zunächst nicht übernommen werden. Staufgrund des Bern-Plus-Effekts des Art. 9 I TRIPS könnte eine gegen Art. 5 RBÜ verstoßende Anknüpfungsregel sogar ein Streitbeilegungsverfahren der WTO zur Folge haben. Stalle folgenden Überlegungen wären bei einer kollisionsrechtlichen Interpretation des Art. 5 RBÜ deshalb de lege ferenda zu verstehen. Zuerst müsste vor Einführung einer neuen Kollisionsregel ein Sonderabkommen nach Art. 20 RBÜ geschlossen oder sogar die RBÜ geändert werden, sofern man die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 20 RBÜ als nicht erfüllt ansehen müsste.

Der Streit um den kollisionsrechtlichen Gehalt der RBÜ rankt sich um die Auslegung des Art. 5 RBÜ, dem z.T. die Ausformung einer Kollisionsregelung entnommen wird. ⁵⁶¹ Der in dessen Abs. 1 verankerte Grundsatz der Inländergleichbehandlung regelt jedoch nicht die anwendbare Rechtsordnung. Wenn sich ein Staat dazu verpflichtet, einen ausländischen Urheber wie einen inländischen zu behandeln, ist noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob inländi-

⁵⁵⁸ Angesprochen z.B. von *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 125 f. und *Intveen*, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 111 ff.

⁵⁵⁹ Wollte man einen kollisionsrechtlichen Gehalt sowohl der RBÜ (Schutzlandprinzip) als auch der Grundfreiheiten des EG (Herkunftslandprinzip) bejahen, könnte ein Streitbeilegungsverfahren auch die EU selbst betreffen, die Mitgliedstaat der WTO und damit auch des TRIPS ist.

⁵⁶⁰ Nach Art. 20 RBÜ können Sonderabkommen geschlossen werden, soweit diese den Urhebern Rechte verleihen, die über die ihnen durch diese Übereinkunft gewährten Rechte hinausgehen, oder andere Bestimmungen enthalten, die der RBÜ nicht zuwiderlaufen.

⁵⁶¹ Art. 5 RBÜ ist im Anhang abgedruckt.

Eine kollisionsrechtliche Regelung bejahend *BGHZ* 118, 394, 397 – ALF; *Ulmer*, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, S. 1, 10 f.; *ders.*, RabelsZ 41 (1977), 479, 487; Schricker/*Katzenberger*, vor § 120 Rdn 125; *Nimmer*, GRUR Int. 1973, 302 ff.; a.A.: *Schack*, ZUM 1989, 267, 276 f.; *ders.*, in Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 376 ff.; *ders.*, GRUR Int. 1985, 523; *Intveen*, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 112 ff.; *Zweigert/Puttfarken*, GRUR Int. 1973, 573, 575; *Vischer*, GRUR Int. 1987, 670, 676; wohl auch MüKo/*Kreuzer*, nach Art. 38 EGBGB Anh. II Rdn 3.

Siehe ferner *Patry*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 48 (2000), 383, 406 ff.; *Lucas*, Private International Law Aspects of the Protection of Works and of the Subject Matter of Related Rights Transmitted over Digital Networks,

http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil_01_1p.doc, Nr. 35 mit Verweisen auf ausländische Artikel und Entscheidungen zu diesem Problemkreis.

sches Urheberrecht Anwendung finden soll oder nicht.⁵⁶² Dem Gebot der Inländergleichbehandlung kann ein Staat auch durch die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung gerecht werden, wenn sich in der gleichen Situation ein Inländer nur auf diese berufen könnte.

Welche Rechtsordnung Anwendung findet, wird somit gerade nicht vorgegeben. 563

Art. 5 II 1 RBÜ verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, den Urheberrechtsschutz ausländischer Urheber nicht von Förmlichkeiten oder dem Schutz im Ursprungsland abhängig zu machen. Hierbei handelt es sich um eine fremdenrechtliche Regelung, da lediglich eine Konkretisierung der Schutzverpflichtung der Verbandsländer erfolgt. Se wie positiv ein fremdenrechtlicher Mindeststandard durch Mindestrechte formuliert werden kann, ist dies, wie hier geschenen, auch negativ möglich. Satz 2 bleibt in dem fremdenrechtlichen Zusammenhang, was durch das einleitende Wort "infolgedessen" signalisiert wird. Se Zudem spricht er vom "Jumfang des Schutzes" sowie den zustehenden Recht sehelfen. Rechtsbehelfe beurteilen sich als Regelungen des Prozessrechts aber immer nach der lex fori. Se Art. 5 II 2 RBÜ spricht eine Selbstverständlichkeit aus, wenn er diesbezüglich nicht auf die lex loci delicti, sondern auf die lex fori verweist. Lediglich die Ausübung der Rechte wird in Abs. 2 geregelt, nicht aber die Rechte selber. Von deren Entstehen oder Erlöschen ist hier gerade nicht die Rede. Auf die Rechte der Urheber ist vielmehr nur in Art. 5 I RBÜ Bezug genommen.

Vertreter der kollisionsrechtlichen Deutung wollen die Formulierung, nach der der Schutz sich nach den Rechtsvorschriften des Landes richtet, "in dem" der Schutz beansprucht wird, als "für das" lesen. ⁵⁶⁹ Die Vorschrift würde dann

⁵⁶² Vgl. Schack, ZUM 1989, 267, 276.

⁵⁶³ So ausdrücklich auch *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82, 89 n.8 (2d Cir. 1998): "The principle of national treatment is really not a conflicts rule at all; it does not direct application of the law of any country. It simply requires that the country in which protection is claimed must treat foreign and domestic authors alike. Whether U.S. copyright law directs U.S. courts to look to foreign or domestic law as to certain issues is irrelevant to national treatment, so long as the scope of protection would be extended equally to foreign and domestic authors." Eine Besprechung der Entscheidung findet sich bei *Patry*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 48 (2000), 383, 412 ff. Da die RBÜ in den USA nicht unmittelbar anwendbar ist, handelt es sich um ein bloßes obiter dictum.

⁵⁶⁴ Vgl. Schack, ZUM 1989, 267, 276; ders., GRUR Int. 1985, 523.

⁵⁶⁵ Vgl. Schack, ZUM 1989, 267, 277.

⁵⁶⁶ Vgl. Schack, ZUM 1989, 267, 277; ders., Zur Anknüpfung des Urheberrechts, S. 29; Intveen, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 114.

⁵⁶⁷ Vgl. Schack, ZUM 1989, 267, 277.

⁵⁶⁸ Vgl. Internationales Urheberrecht und Internet, S. 115.

⁵⁶⁹ Vgl. *Ulmer*, Die Immaterialgüterrechte im Internationalen Privatrecht, S. 10 f.; Schricker/*Katzenberger*, vor §§ 120 ff. Rdn 129.

nicht mehr auf die lex fori, sondern auf das Schutzlandrecht verweisen. Dieser Lesart des Art. 5 RBÜ wird zu Recht entgegengehalten, dass sie unter Berufung auf einen angeblich missverständlichen Ausdruck versucht, den Sinn der Vorschrift zu ändern, in dem in diese ein kollisionsrechtlicher Gehalt hineininterpretiert wird, für den die Motive keinerlei Anhaltspunkte ergeben.⁵⁷⁰

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass sich den internationalen Abkommen keine verbindlichen Vorgaben hinsichtlich des Kollisionsrechts entnehmen lassen.

b) Überlegungen zur Bestimmung des Urheberrechtstatuts

(1) Universalitätsprinzip

Eine denkbare Lösung wäre es, dass Urheberrechte weltweit nach dem Recht des Ursprungslandes des Werkes erworben und geschützt werden (sog. Universalitätsprinzip).⁵⁷¹ Dem Urheber wäre es möglich, durch geschickte Wahl des Staates, in dem er sein Werk erstmals veröffentlicht, den Umfang seiner Rechte in gewissen Grenzen selber zu bestimmen.⁵⁷² Erreicht ein Werk nicht die notwendige Gestaltungshöhe, um in einem Land Urheberrechtsschutz zu erlangen, muss es nur in einem anderen Land mit geringeren Anforderungen veröffentlicht werden. Diese "Rechtswahl"könnte zu einem "race to the top"führen. Sie würde dem Problem, Verwertungshandlungen zu lokalisieren, ein Ende bereiten und Verwertern fremder Werke den Anreiz nehmen, sich in Haftungsoasen zu flüchten.⁵⁷³ Denn völlig unabhängig davon, wo Upload oder Download erfolgen, findet stets das Recht des Ursprungslandes Anwendung. Doch müssen, damit dieses System in der Praxis funktioniert, Länder mit niedrigem Urheberrechtsschutzniveau das fremde urheberrechtsfreundlichere Recht vor ihren Gerichten anwenden. Damit ist ohne entsprechende internationale Abkommen nicht zu rechnen.⁵⁷⁴ Immaterialgüterrechte sind eng mit dem Wirtschaftssystem

⁵⁷⁰ Vgl. Schack, ZUM 1989, 267, 277.

⁵⁷¹ Vertreten von Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn 900 ff., ders., MMR 2000, 59 ff.; ders., ZUM 1989, 267, 275 ff.; ders., GRUR Int. 1985, 523 ff.; Intveen, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 19, 86 ff. m.w.N. Das Universalitätsprinzip lag auch der heute praktisch gegenstandslosen Übereinkunft von Montevideo vom 11.1.1889 betreffend den Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RGBl. 1927 II S. 95) zugrunde, dessen Art. 2 auf das Recht des Landes verweist, in welchem die erste Veröffentlichung oder Herstellung stattgefunden hat. Näher hierzu Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn 893; zur Kritik hieran Thum in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 138 f.; Möhring/Nicolini/Hartmann, vor §§ 120 ff. Rdn 3.

⁵⁷² Vgl. Schulze, ZUM 2000, 432, 453.

⁵⁷³ Vgl. Intreen, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 92.

⁵⁷⁴ So auch Schulze, ZUM 2000, 432, 453.

eines Landes verknüpft. Es wäre sehr utopisch, zu erwarten, dass ein Staat nach anderen Rechtsordnungen begründete Urheberrechte anerkennt und ihnen zur Durchsetzung im Inland verhilft, zumal dies dem Ziel der Gewährung gleicher Wettbewerbsbedingungen zuwiderläuft.

Ferner wäre mit dem Universalitätsprinzip nicht zwingend ein Durchbruch bei der Beurteilung von Internetsachverhalten verbunden.⁵⁷⁵ Unter Geltung des Schutzlandprinzips müsste zwar gegebenenfalls jede Rechtsordnung der Welt beachtet werden und mit dem Universalitätsprinzip nur eine einzige, doch wird diese häufig nur sehr schwer zu ermitteln sein. Woher soll z.B. der Frameprovider wissen, welches Recht maßgeblich für die Beurteilung des Schutzumfangs der geframten Webseite ist? Er müsste ermitteln, wo diese Werke erstmals veröffentlicht wurden. Ein ebenso unmögliches Unterfangen wie die Ermittlung sämtlicher Rechtsordnungen, wenn nicht ein entsprechender Hinweis auf der geframten Webseite vorgefunden wird. Weil eine Kennzeichnung in den meisten Ländern nicht konstitutiv für einen Urheberrechtsschutz ist, ist sie oft auf Websites nicht angebracht. Da diese zudem häufig aus Werken verschiedener Urheber bestehen werden, z.B. bei Datenbanken mit Beiträgen verschiedener Urheber, würde das Universalitätsprinzip dazu führen, dass die Beurteilung einer Website je nach betroffenem Teil unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstehen würde.

Aber selbst wenn Urheberbezeichnungen angebracht sind, würde dies demjenigen, der "nur" einem Link folgt, nicht weiterhelfen. Er würde den Hinweis erst nach dem Aufruf der Webseite sehen können. Zu diesem Zeitpunkt könnte er durch eine Vervielfältigung der Webseite in seinem Arbeitsspeicher bereits Urheberrechte verletzt haben.

Vollends versagen würde dieser Ansatz bei Werken, die überhaupt nicht oder die erstmalig im Internet veröffentlicht werden. Hier müsste nicht nur eine Auseinandersetzung mit dem Problem stattfinden, ob eine Veröffentlichung im Internet eine im Rechtssinne ist, sondern auch damit, dass bei einer Veröffentlichung im Internet das Werk zugleich auf der ganzen Welt zugänglich gemacht wird. Monsequenterweise müsste wieder jede Rechtsordnung der Welt Anwendung finden. Einem Werkersteller wäre dann zu raten, die Erstveröffentlichung neuer Werke immer im Internet vorzunehmen. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, müssen wiederum neue, einschränkende Kriterien formuliert werden. Intveen hält hierfür eine Kombination mit dem Personalstatut für erforderlich, Muth will auf das Einspeisen ins Netz abstellen.

⁵⁷⁵ So auch *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 139.

⁵⁷⁶ Vgl. *Intveen*, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 90; v. *Lewinski*, GRUR Int. 1997, 667, 672.

⁵⁷⁷ Vgl. Intveen, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 91. Auf Überlegungen, das Personalstatut zu dem zentralen Anknüpfungsmoment bei Internet-Sachverhalten zu machen, wird später noch ab S. 232 eingegangen.

Eine Etablierung des Universalitätsprinzips ohne weitgehende Harmonisierung der Urheberrechte ist weder zu erwarten noch erstrebenswert.⁵⁷⁹

(2) Anknüpfung an das Recht des Ursprungslandes

Ein weiterer Vorschlag zur Vermeidung der Kumulation verschiedener Rechtsordnungen zielt darauf ab, das Ursprungsland als Anknüpfungsmoment heranzuziehen und zu dessen Bestimmung darauf abzustellen, wo sich der Server mit dem zum Abruf bereitstehenden Werk befindet.⁵⁸⁰ Die Vielzahl der anwendbaren Rechtsordnungen könnte auf eine einzige reduziert werden. Dies wäre für die Anbieter von Inhalten im Internet äußerst vorteilhaft.

Im Unterschied zum Universalitätsprinzip geht es hier nicht darum, ein Werk nur noch einer Rechtsordnung zu unterstellen, sondern darum, unter Beibehaltung des Territorialitätsprinzips bei Internetsachverhalten einen Verletzungsort zu definieren. Eine ähnliche Problematik und damit verbunden die Diskussion eines Ursprungslandsprinzips trat verstärkt Anfang der 90er Jahre auf, seitdem Funk- und Fernsehsendungen von direkt empfangbaren Satelliten (sog. Direktsatelliten) gesendet und empfangen werden konnten.⁵⁸¹ Die Frage, ob bei grenzüberschreitenden Medien mehrere Rechtsordnungen vom Werkverwender zu beachten sind und wie deren Anzahl gegebenenfalls eingeschränkt werden kann, ist somit nicht neu und nicht erst durch den Aufstieg des Internets zu einem Massenmedium entstanden.

aa. Satellitensendungen und Sendelandtheorie

Die sog. Ausleuchtzone von Satelliten ("footprint") lässt sich technisch nicht auf das Staatsgebiet einer Rechtsordnung beschränken.⁵⁸² Satellitensendungen, die auf Deutschland abzielen, waren und sind häufig auch in Österreich zu empfangen. Kollisionsrechtlich war zu entscheiden, ob eine Anknüpfung an das

⁵⁷⁸ Vgl. *Muth*, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 143 ff.

⁵⁷⁹ Aufgrund der dargestellten Probleme befürworten auch die Vertreter des Universalitätsprinzips z.T. nur eine eingeschränkte Anwendung, z.B. bezüglich der Urheberschaft und der Aktivlegitimation, und greifen hinsichtlich Inhalt, Schranken und Erlöschen wieder auf das Schutzlandprinzip zurück, vgl. Schack, MMR 2000, 59, 63 f.; Muth, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 139 ff. Einen Überblick über die verschiedenen Ausprägungen des Universalitätsprinzips liefert Intveen, Internationales Urheberrecht und Internet, S. 96 ff.

⁵⁸⁰ So insbesondere die ersten Überlegungen der EU-Kommission in ihrem Grünbuch zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft. Hierzu *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 136 ff.

⁵⁸¹ Vgl. Hohloch, IPRax 1994, 387 ff.

⁵⁸² Vgl. Hohloch, IPRax 1994, 387.

Recht des Sendelandes oder an das Recht jeden bzw. jeden intendierten Empfangslandes vorgenommen werden sollte.⁵⁸³ Unter Berücksichtigung der Bogsch-Theorie, 584 wie die Empfangslandtheorie bei Satellitensendungen genannt wird, gelangte der österreichische OGH585 zu dem Ergebnis, dass es für einen Sendeveranstalter nicht genügt, das Senderecht für den Platz der Ausstrahlung zu erwerben, sondern er sich auch die Senderechte für den Empfangsstaat übertragen lassen muss. Die Bogsch-Theorie diente damit den Interessen der Senderechtsinhaber, wirkte andererseits der Befürchtung entgegen, bei einer Anknüpfung an das Sendeland könnte der Sendeveranstalter in den Staat mit dem geringsten Schutzniveau ausweichen. Innerhalb der Mitgliedsstaaten der EU ist die Bogsch-Theorie aufgrund der Sonderregelung der EG-Satellitenrichtlinie vom 27.9.1993⁵⁸⁶ überholt, der die Sendelandtheorie zugrunde liegt. Abgestellt wird nur auf das Recht des Landes, von dem aus die Verbindung zum Satelliten hergestellt wird (Art. 1 II b der Satelliten-Richtlinie). 587 Die Urheberrechte der Empfangsländer werden im Regelungsbereich der Richtlinie für unbeachtlich erklärt. 588

bb. Sendelandtheorie und Internet

Eine Übertragung der Sendelandtheorie auf Internetdienste mit der Folge, dass die kollisionsrechtliche Anknüpfung an das Land erfolgt, in dem der Server

⁵⁸³ Vgl. Castendyk/v. Albrecht, GRUR Int. 1992, 734 ff.

⁵⁸⁴ Benannt nach dem früheren Generaldirektor der WIPO Arpad Bogsch.

⁵⁸⁵ Vgl. OGH IPRax 1994, 380.

⁵⁸⁶ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABIEG Nr. L 248/15 vom 6.10.1993 = GRUR Int. 1993, 936 ff.

⁵⁸⁷ Erreicht wird dieses Ergebnis durch eine Fiktion. Eine Satellitensendung, die innerhalb der EU oder des EWR ausgeführt wird, gilt als ausschließlich in diesem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat erfolgt, vgl. § 20 a I UrhG. Ob es sich hierbei nur um eine Harmonisierung der Sachrechte (so Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdn 934; Schricker/Katzenberger, vor §§ 120 ff. Rdn 142; Muth, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 117 f.) handelt oder ob der Regelung auch ein kollisionsrechtlicher Gehalt innewohnt (so Sack, WRP 2000, 269, 276), ist umstritten, vgl. insbesondere Sack, aaO.

⁵⁸⁸ Auch die Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABIEG Nr. L 298/23 vom 17.10.1989 i.d.F. der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABIEG 1997 Nr. L 202/60 vom 30.7.1997 knüpft bei der Fernsehwerbung hinsichtlich des Wettbewerbs- und Werberechts immer an das Sendeland an. Ausführlich hierzu Sack, WRP 1994, 281, 284 f.

steht, auf dem die fraglichen Inhalte zum Abruf bereit gehalten werden, ist nicht erstrebenswert. Auch die Satellitenrichtlinie bezieht sich nur auf den Bereich der EU-Länder. Hintergrund hierfür ist, dass die Zahl der potentiellen Ursprungsländer überschaubar und die Möglichkeit der Ermittlung des jeweiligen Schutzniveaus gegeben ist. 589 Zudem ist dieses in dem geregelten Bereich nahezu einheitlich.

Unter Geltung eines Ursprungslandsprinzips für Online-Sachverhalte besteht hingegen die Gefahr, dass sich Verwerter an ISPs in Länder ohne Urheberrecht oder mit geringem Schutzniveau wenden werden. Sie werden zu einer Manipulation des Anknüpfungspunktes geradezu herausgefordert. Für eine Anknüpfung an den Serverstandort einzutreten, hieße gleichzeitig, die Bestimmung des anwendbaren Rechts in die Hände der Verwender zu legen. Eine durch nichts zu rechtfertigende Bevorzugung!

Verhindern könnte man ein ungerechtes Ergebnis nur mit einem Tatbestandsmerkmal der Umgehungsabsicht (fraus legis). Dieses ist aufgrund der Schwierigkeiten, die in der Praxis bei seinem Nachweis auftreten dürften, nicht geeignet, die grundsätzlichen Einwendungen gegen die Maßgeblichkeit des Serverstandorts zu beseitigen. Eine Gesetzesumgehung liegt nach allgemeinen internationalprivatrechtlichen Maßstäben zudem nur vor, wenn in Umgehungsabsicht eine rechtsmissbräuchliche Umgehungshandlung vorgenommen wird, bei der der damit verfolgte Zweck als verwerflich anzusehen ist. 591 Die bloße Ausnutzung der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit, das anwendbare Recht durch den Wechsel des Servers zu beeinflussen, wird schwerlich allein schon das Verwerflichkeitsurteil rechafectigbni Ausklammerung der Umgehungsfälle sprechen schwerwiegende dogmatische Gründe gegen diese Art der Anknüpfung. Wer mit einem ISP einen Vertrag abschließt, wird in vielen Fällen gar nicht wissen, in welchen Ländern dieser überall Server unterhält und auf welchen die eigenen Webseiten abgelegt werden. 592 Das hängt letztlich von der Organisationsstruktur des Anbieters ab. Die Server von AOL z.B. befinden sich weitgehend in den USA. Für viele deutsche Webmaster wäre dann überraschend US-amerikanisches Recht anwendbar.

Für Länder mit einem hohen Urheberrechtschutzniveau hätte die Etablierung eines Ursprungslandsprinzips schließlich eine deutliche Schwächung des

⁵⁸⁹ Vgl. Schonning, ZUM 1997, 34, 38; Ginsburg, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks, http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil_01_2E.doc, S. 40 ff.

⁵⁹⁰ Vgl. Hoeren/Sieber, 7.10 Rdn 43; v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 62 f.

⁵⁹¹ Allgemein zur Gesetzesumgehung v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 235 ff. m.w.N.

⁵⁹² Vgl. v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 66 f.

Urheberschutzes zur Folge.⁵⁹³ Die Befürchtung eines "race to the bottom" kommt im Bereich der Online-Dienste besondere Bedeutung zu, da anders als im Bereich des Satellitenfernsehens, bei dem die Verlagerung der Sendestation nur mit erheblichem technischen Aufwand möglich ist, im Online-Bereich die Übertragung der Daten auf einen anderen Server problemlos erfolgen könnte.⁵⁹⁴ Diese Bedenken erscheinen nicht übertrieben, hat doch z.B. im Juni 1997 das National Registry für Domain-Names von Tonga damit geworben, dass sein Staat über kein Markengesetz verfüge und damit dort keine Rechtsverletzungen begangen werden können.⁵⁹⁵ Gleiche Versprechungen machte 2002 das selbsterklärte souveräne Fürstentum "Sealand"; das aus einer Plattform aus dem II. Weltkrieg vor der britischen Küste besteht.⁵⁹⁶

cc. Keine Sendelandtheorie durch die E-Commerce-Richtlinie

Die Einführung des Ursprungslandprinzips durch eine Richtlinie der EU nach dem Vorbild der angesprochenen Satelliten- bzw. Fernsehrichtlinie erscheint in naher Zukunft nicht sehr wahrscheinlich. Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie sieht zwar ein Herkunftslandprinzip vor, jedoch nehmen der Anhang der E-Commerce-Richtlinie und dem folgend § 4 IV Nr. 6 TDG das Urheberrecht ausdrücklich aus.⁵⁹⁷ Nur verbunden mit einer weitgehenden Harmonisierung der nationalen Urheberrechte ist mit einer Einführung eines Herkunftslandprinzips zu rechnen.

⁵⁹³ Vgl. Bechtold, GRUR 1998, 18, 23; v. Lewinski, GRUR Int. 1995, 831, 833

⁵⁹⁴ Vgl. Thum in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 137; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 168; v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet S. 62

⁵⁹⁵ Vgl. Burmeister, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S. 37; vgl. ferner Hoeren, MMR 1998, 297 f., der als Rechtsoasen San Marino, Brunei und Hongkong vorstellt

⁵⁹⁶ Vgl. *Rötzer*, Die künstliche Insel der freien Daten, http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/12769/1.html>.

⁵⁹⁷ Die EU-Kommission überlegte in ihrem Grünbuch zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft (KOM (1995) 382 endg.) eine Anknüpfung an das Recht desjenigen Mitgliedstaates, in dem die Dienstleistung ihren Ursprung hat, womit das Land des Uploading im Sinne einer Country-Of-Upload-Regelung gemeint war. Siehe *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 136. Mittlerweile wird einer solchen Regelung mit großer Skepsis begegnet, dies insbesondere vor dem Hintergrund von Copyright-Paradiesen. Siehe Mitteilung der Kommission – Initiativen zum Grünbuch über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (1996) 568 endg. S. 23.

dd. Keine Sendelandtheorie durch WCT oder WPPT

Das durch die beiden WIPO-Abkommen, WCT und WPPT, geschaffene Recht der öffentlichen Wiedergabe hat keinen Einfluss auf das internationale Urheberprivatrecht. Sys Nur wenn man davon ausgehen müsste, dass es nur das Zugänglichmachen eines Werkes im Internet regelt, nicht aber auch den durch einen Surfer ausgelösten Übermittlungsvorgang, wäre eine Vorverlagerung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung erfolgt. Da dem, wie später gezeigt werden wird, nicht so ist, begründen weder WCT noch WPPT eine Verpflichtung zur Anknüpfung an das am jeweiligen Serverstandort geltende Recht.

(3) Übertragbarkeit deliktsrechtlicher Ansätze auf das Urheberrecht

Andere Ansätze⁶⁰⁰ haben das deutsche internationale Deliktsrecht⁶⁰¹ als Ausgangspunkt und untersuchen, inwieweit dessen Regelungen für die Beurteilung von Urheberrechtssachverhalten im Online-Bereich fruchtbar gemacht werden können. Insbesondere ein Vergleich mit der Behandlung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien wird als hilfreich angesehen. Bei diesen findet das Ubiquitätsprinzip Anwendung, d.h. dass bei Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort die Rechtsordnungen beider Orte alternativ angewendet werden können. Der Handlungsort ist bei Pressedelikten am Verlags- bzw. Herstellungsort lokalisiert, der Erfolgsort am Vertriebsort.⁶⁰² Heftig umstritten ist jedoch die Verfahrensweise, wenn z.B. eine Zeitung in mehreren Staaten vertrieben wird und eine Vielzahl von Erfolgsorten in Betracht kommt. Im wesentlichen werden hier drei Positionen vertreten.⁶⁰³

aa. Gewöhnlicher Aufenthalt

Nach einer Auffassung soll das Recht des Landes des gewöhnlichen Aufenthalts des Verletzten als Anknüpfungspunkt für den Erfolgsort bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen dienen, da dort der Verletzte im Verhältnis zu seiner sozia-

⁵⁹⁸ Ausführlich zu diesem Verwertungsrecht ab S. 316 bzw. ab S. 321.

⁵⁹⁹ Hierzu auch *Muth*, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 124 ff.; *Hoeren*, Skript zum Internetrecht, http://www.unimuenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript_Juli_2002.pdf, S. 78 f.

⁶⁰⁰ Siehe z.B. die Überlegungen von *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S. 40 ff.

⁶⁰¹ Hierzu schon ausführlich oben ab S. 136.

⁶⁰² Vgl. BGH NJW 1996, 1128; MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 213 m.w.N.

⁶⁰³ Zum Streitstand ausführlich MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 213, 248 m.w.N.

len Umwelt am stärksten beeinträchtigt wird.⁶⁰⁴ Die dieser Meinung zugrundeliegenden Prämissen können jedoch nicht überzeugen. Bei international auftretenden Unternehmen und Personen des öffentlichen Lebens lässt sich kaum mehr lokalisieren, wo die stärkste Beeinträchtigung stattgefunden hat.⁶⁰⁵

Selbst wenn man über diese grundsätzliche Schwäche dieser Auffassung hinwegsehen möchte, fehlt es zumindest an einer tragfähigen Grundlage für eine Übertragung des Ansatzes auf das Urheberrecht. Mag das durch Presseveröffentlichungen verletzte Persönlichkeitsrecht noch einen Bezug zu der Umwelt des Geschädigten aufweisen, ist dies bei Urheberrechtsverletzungen, von Ansätzen bei dem Urheberpersönlichkeitsrecht einmal abgesehen, nicht der Fall. 606 Die Verletzung von Urheberrechten hat im Regelfall keinerlei Auswirkungen auf das soziale Umfeld des Urhebers. Auch muss der Erfolgsort nicht zwingend mit dem des gewöhnlichen Aufenthalts identisch sein. Zu denken ist an die Fallgestaltung, bei der sich ein Autor auf eine idyllische Pazifikinsel zurückgezogen hat, wo er Werke erstellt, die weltweite Verbreitung finden.

bb. Mosaiktheorie

Als herrschend hinsichtlich der Beurteilung von Pressedelikten kann die sog. Mosaiktheorie angesehen werden. Nach dieser wird nach dem Recht eines Erfolgsortes nur derjenige Teil des Schadens beurteilt, der auf den jeweiligen Erfolgsort entfällt.⁶⁰⁷ Nur am Handlungsort kann der gesamte Schadensbetrag eingeklagt werden. Ohne näher auf die grundsätzlichen Einwendungen, die gegen diese Theorie vorgebracht werden,⁶⁰⁸ eingehen zu wollen, lässt sich sa-

⁶⁰⁴ Vertreten von Ehmann/Thorn, AfP 1996, 20 ff.; Hohloch, ZUM 1986, 165, 178 f.; Staudinger/v. Hoffmann, Art. 38 EGBGB Rdn 485; a.A. BGH NJW 1977, 1590 - Tampax; Looschelders, ZVglRWiss 95 (1996), 48, 78: Die Berichterstattung über internationale Ereignisse würde erheblich erschwert, müsste man den Aufenthaltsort jedes Betroffenen berücksichtigen. Siehe ferner Kreuzer/Klötgen, IPRax 1997, 90, 92: Der Wohnsitz sei kein befriedigender Anknüpfungspunkt, da die Ehrverletzung nicht durch die Kenntnisnahme des Verletzten, sondern durch die von Dritten erfolgt.

⁶⁰⁵ Vgl. Spindler, ZUM 1996, 533, 558.

⁶⁰⁶ So auch Burmeister, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S. 41 f.

⁶⁰⁷ OLG Hamburg NJW-RR 1995, 790, 792; Kegel/Schürig, Internationales Privatrecht, S. 633; Hilgenberg, NJW 1963, 2198, 2200; Looschelders, ZVglRWiss 95 (1996), 48, 81 f.; MüKo/Kreuzer, Art. 38 EGBGB Rdn 248. Siehe auch die Shevill-Entscheidung des EuGH zu Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, in der sich der Gerichtshof für eine Aufspaltung des Erfolgsgerichtsstandes ausspricht, EuGH Slg. 1995 I 415 ff. – Shevill/Presse Alliance.

⁶⁰⁸ Insbesondere rechtspraktische Einwendungen werden ins Feld geführt. Es sei nur schwer möglich, den im jeweiligem Staat eingetretenen Schaden zu bemessen, vgl. Ehmann/Thorn, AfP 1996, 20, 23. Hohloch, ZUM 1986, 178, spricht von einer Überforderung der Praxis. Auch die territoriale Aufteilbarkeit ideeller Rechtsgüter wird z.T. verneint, vgl. etwa Binder, RabelsZ 20 (1955), 401, 477.

gen, das die Anwendung der Mosaiktheorie auf dem Gebiet der digitalen Kommunikation keine wirkliche Verbesserung bringen würde. Ein Content Provider wäre nach wie vor gezwungen, sämtliche Rechtsordnungen zu beachten, um das Risiko einer gegen ihn gerichteten Klage zu minimieren. 609 Die Mosaikbetrachtung mag dem Geschädigten zwar einen Anreiz dafür bieten, nur dort zu klagen, wo ihm ein substantieller Schaden entstanden ist. Trotz der Aufteilung bleiben aber mehrere Rechtsordnungen anwendbar. Bei Unterlassungsansprüchen schließlich kann die Mosaikbetrachtung überhaupt keine Einschränkung herbeiführen. Mag bei Presseerzeugnissen eine auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkte Untersagung der Verbreitung Sinn machen, kann im Online-Bereich die Verwendung eines fremden Werkes nur insgesamt untersagt werden. 610

cc. Für den Geschädigten vorteilhafteste Erfolgsortrecht

Eine noch geschädigtenfreundlichere Meinung will das Recht des Erfolgsortes Anwendung finden lassen, das für den Verletzten am Vorteilhaftesten ist. Die auf diese Weise bestimmte Rechtsordnung kann, anders als bei der Mosaikbetrachtung, insgesamt über den Anspruch entscheiden.⁶¹¹ Damit ist eine mit dem Zweck der Tatortregel nicht mehr vereinbare willkürliche Besserstellung des Geschädigten verbunden.⁶¹² Letztlich würde sie zur Anwendung des urheberrechtsfreundlichsten Rechts führen und setzt sich damit den gleichen Einwendungen aus, die schon gegen das Universalitätsprinzip vorgebracht wurden.

Alle dargestellten Ansätze vermögen somit für den Bereich des Internets keinen wirklichen Fortschritt zu bringen.

c) Vorschlag einer zukünftigen Regelung

Sammle erst die Fakten, dann kannst du sie verdrehen, wie es dir passt (Mark Twain).

Wie könnte nun eine zukünftige Regelung aussehen, um das mit der Anwendbarkeit sämtlicher Rechtsordnungen der Welt verbundene Risiko zu minimieren?

Angesichts der Internationalität des Mediums kann eine Lösung nicht allein mit Hilfe der Modifizierung nationaler Anknüpfungsmomente gefunden werden, sondern nur aufgrund eines umfassenden Konsenses zahlreicher Länder.

⁶⁰⁹ Vgl. Burmeister, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S. 40 f.; Spindler, ZUM 1996, 533, 559.

⁶¹⁰ Siehe auch v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 164 f.

⁶¹¹ Vgl. Thümmel/Schütze, JZ 1977, 786 f.

⁶¹² Vgl. Ehmann/Thorn, AfP 1996, 20, 23.

Die einzelnen Staaten müssen akzeptieren, dass eine Lösung nicht möglich ist, soweit sie auf der uneingeschränkten Weitergeltung ihrer nationalen Urheberrechte im Online-Bereich beharren. Eine Website ist weltweit abrufbar und müsste sich konsequenterweise an allen Rechtsordnungen messen lassen.

(1) Alternative Anknüpfung / Herkunftslandprinzip

Das Problem liegt letztlich darin begründet, dass viele der Orte, an denen die Verletzungshandlung lokalisiert werden soll, ihre Berechtigung haben, ihnen eine gewisse Logik nicht abgesprochen werden kann.⁶¹³ Daraus resultiert die Schwierigkeit, nur einen einzigen entscheidenden zu bestimmen. Ein Abstellen auf einen einzigen, wie auch immer definierten Handlungsort, würde der Problematik aufgrund dessen leichter Manipulierbarkeit auch nicht in allen Fällen gerecht werden. Vielleicht kann dann ein flexibleres Modell Erfolg versprechen. Eine alternative Anknüpfung als Lösung? Es mag zumindest hilfreich sein, sich zu überlegen, wie eine entsprechende Kollisionsregel zu formulieren wäre.⁶¹⁴

Es lässt sich zwar vom Ansatz her überlegen, ob die Verletzungshandlung aufgrund der Berücksichtigung der weltweiten Abrufbarkeit zunächst in jedem Land lokalisiert werden soll, anschließend aber durch einschränkende Kriterien, wie sie von der Eingrenzung der Erfolgsorte im Deliktskollisionsrecht bzw. dem Spürbarkeitskriterium der Marktortanknüpfung bekannt sind, einige Länder ausgenommen werden können. Die Formulierung dieser Kriterien ist jedoch schwer möglich, eine einheitliche Anwendung in den verschiedenen Staaten aufgrund des notwendigerweise gegebenen großen Auslegungsspielraums nicht zu gewährleisten.⁶¹⁵ Sie würden viel Raum dafür lassen, dass Gerichte mit einer engen Auslegung der einschränkenden Kriterien wieder zur Anwendung der bevorzugten lex fori kommen würden. Vorzuziehen ist daher zunächst die Überlegung, ob es nicht möglich ist, zumindest unter gewissen Voraussetzungen, die Verletzungshandlung in einem einzigen Staat zu lokalisieren.

⁶¹³ Vgl. *Lucas*, Private International Law Aspects of the Protection of Works and of the Subject Matter of Related Rights Transmitted over Digital Networks, http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil_01_1p.doc, Nr. 104.

⁶¹⁴ Alternative Anknüpfungen befürwortend *Ginsburg*, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks, http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil_01_2E.doc, S. 41 ff. Ihr Vorschlag ist im Anhang abgedruckt. Eine deutsche Fassung des Vorschlags findet sich bei *Thum*, GRUR Int. 2001, 9, 22.

Über einen weiteren Vorschlag von Ginsburg/Dessemontet und zur Kritik hieran *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 140 ff.; *Muth*, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, S. 159 ff.

⁶¹⁵ Siehe zu möglichen Kriterien auch die Ausführungen zum internationalen Wettbewerbsprivatrecht ab S. 175.

Bezüglich des Handlungsortes bzw. Ursprungslandes ist es keineswegs zwingend, auf das Land abzustellen, in dem sich der Server mit den maßgeblichen Inhalten befindet. Wie die E-Commerce-Richtlinie gezeigt hat, kann der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Betätigung zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt bestimmt werden. ⁶¹⁶ Prinzipiell in Frage kommen ferner – gegebenenfalls auch alternativ – der Unternehmenssitz des Verwenders oder dessen Zweigniederlassungen. ⁶¹⁷ Dementsprechend könnte im nicht-kommerziellen Bereich auf Nationalität oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Verwenders abzustellen sein. Von diesen Orten aus werden i.d.R. die schädigenden Inhalte erstellt und die Übertragung auf den Server veranlasst. Eine solche Anknüpfung trägt der Funktion der Verhaltenssteuerung ebenso Rechnung wie dem Umstand, dass Vorbereitungshandlungen noch keinen Handlungsort begründen. ⁶¹⁸ Die Übertragung an den Server ist die letzte vom Verwender beeinflusste Handlung, da die technisch bedingte Verzögerung, bis eine Website im Internet zugänglich wird, allein in die Sphäre des ISP fällt.

Ein Abstellen auf den tatsächlichen Ort des Einspeisens wäre zwar prinzipiell vorstellbar, würde den Geschädigten aber oft vor unlösbare Probleme stellen, da er diesen darlegen und beweisen muss. Dem könnte nur mit einer Vermutung für ein Einspeisen am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder Unternehmenssitzes begegnet werden. Deshalb ist es sachgerechter, gleich auf den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder Unternehmenssitzes abzustellen und nicht auf den zufälligen Ort des tatsächlichen Einspeisens. Verbunden mit der Anknüpfung an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts ist dann allerdings eine vollständige Abkehr vom traditionellen Verständnis des Handlungsortes, für dessen Begründung nicht einmal Vorbereitungshandlungen genügen. International ist dieses Vorgehen jedoch nicht ohne Vorbild. In der Schweiz wurde

⁶¹⁶ Siehe oben ab S. 146.

⁶¹⁷ Denkbar ist auch, wie von v. Hinden für Persönlichkeitsverletzungen vorgeschlagen, auf das Entscheidungszentrum abzustellen. Für Publikationen bzw. für die Gestaltung einer Website trägt häufig ein bestimmtes Gremium die Verantwortlichkeit. Auf dessen Sitz sei abzustellen, nicht auf den Ort der Erstellung der einzelnen Beiträge. Vgl. v. Hinden, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, S. 69 f.; a.A. Abstellen auf den Ort von Angebotskonzeption und –entwicklung Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 262 ff.

⁶¹⁸ Für Persönlichkeitsverletzungen v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 68 ff. m.w.N.

⁶¹⁹ Ausführlich zu den Beweisproblemen v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 70 ff.

⁶²⁰ Dank transportabler Rechner kann diese z.B. während einer Reise in einem ICE erfolgen. Auch in diesen Fällen lässt sich eine engere Verbindung der Website zum gewöhnlichem Aufenthaltsort begründen, denn die Gestaltung einer Website ist häufig Veränderungen ausgesetzt. Die Entscheidung, die Website in dem rechtswidrigen Zustand zu belassen, wird ständig aktualisiert.

mit Art. 139 I IPRG⁶²¹ eine Sonderanknüpfung für Persönlichkeitsverletzungen durch Massenmedien geschaffen, nach der dem Geschädigten ein Wahlrecht zusteht. Nach lit. b kann der Geschädigte das Recht des Staates wählen, in dem der Urheber der Verletzung seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Für einen Webdesigner wäre damit für hinreichende Rechtssicherheit gesorgt. Im Regelfall weisen alle (alternativen) Anknüpfungsmomente – möglich sind Serverstandort, 622 gewöhnlicher Aufenthalt, Sitz des Unternehmens oder einer Zweigniederlassung - auf die gleiche Rechtsordnung. Dabei handelt es sich um das vertraute heimatliche Rechtssystem. Es würde wie bei der E-Commerce-Richtlinie ein Herkunftslandprinzip eingeführt, nur diesesmal nicht beschränkt auf das Gebiet der EU. Der Webdesigner könnte sich sicher sein, in anderen Vertragsstaaten nicht belangt werden zu können, wenn er sich an sein Heimatrecht gehalten hat, weil dieses und nur dieses auch von ausländischen Gerichten aufgrund der dargestellten Kollisionsregelung angewandt werden würde.

(2) Sicherung von Mindestrechten

Das bislang formulierte Anknüpfungssystem ist noch sehr einseitig formuliert. Erstrebenswert wäre es nur dann, wenn die an dieser Lösung beteiligten Staaten einen annähernd vergleichbaren Standard an Urheberrechten gewährleisten würden. Ges Sonst würde es den Interessen der Urheber nicht hinreichend Rechnung tragen. Zwar wäre die sehr leichte Möglichkeit, allein mit dem Wechsel des Servers die Geltung eines urheberrechtsunfreundlichen Rechtes zu erreichen, bei dem Ansatz nicht vorhanden, da zusätzlich z.B. der Firmensitz ins Ausland verlegt werden müsste. Gänzlich auszuschließen wäre ein Missbrauch allerdings nicht. 24 Zumindest für den Fall, dass alle Anknüpfungsmomente auf

⁶²¹ Zu Art. 139 IPRG Rosenthal, AJP 1997, 1340, 1348 f.

⁶²² Aufgrund dessen leichter Manipulierbarkeit sollte diese Alternative allerdings nicht eingeführt werden. Dazu bereits oben ab S. 209.

⁶²³ Vorstellbar wäre daher die Einführung eines Herkunftslandprinzips für das Gebiet der EU. So *Hoeren*, Skript zum Internetrecht, http://www.unimuenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript_Juli_2002.pdf, S. 77.

⁶²⁴ Siehe auch die von Swire, Of Elephants, Mice and Privacy: International Choice of Law and the Internet, The International Lawyer 32 (1998), S. 991 ff. bzw. http://www.osu.edu/units/law/swire1/elephants.htm geprägte Unterscheidung zwischen Mäusen und Elefanten. Elefanten sind global player, die in mehreren Staaten tätig sind und die aufgrund ihrer schwerfälligen Struktur unliebsamen Regelungen in einzelnen Ländern kaum entgehen können. Mäuse (kleine Unternehmen, Privatpersonen) sind klein und flexibel und können staatlichen Regelungen z.B. durch Upload auf einem Server eines anderen Landes oder durch Entfernung der Vollstreckungsmasse aus einem Land zu entgehen versuchen.

das Recht eines "copyright paradise" hinweisen, müsste sichergestellt werden, dass trotzdem Urhebern gewisse Mindestrechte zustehen, deren Umfang sich zum Beispiel nach dem Vorbild der WIPO-Abkommen richten könnte.

Eine zu diesem Zweck erfolgende Lokalisierung, die auf einzelne Abruforte abstellt, würde alle Bemühungen, die Zahl der anwendbaren Rechtsordnungen auf so wenige wie möglich zu begrenzen, weitgehend zunichte machen. Aufgrund der vielen möglichen Abruforte würde wieder eine Vielzahl möglicher Rechtsordnungen einschlägig sein, was gerade nicht beabsichtigt ist. Die Ausblendung der Abruforte muss möglichst umfassend sein. Völlig realisieren lässt sich dies jedoch nicht. Denkbar erscheint eine begrenzte Anwendung des Rechts des Landes, in dem die Klage erhoben wurde, soweit es sich dabei um einen Vertragsstaat handelt. Das zu schließende internationale Abkommen könnte vorsehen, dass ein Urheber sich in diesen Ländern direkt auf die darin gewährten Mindestrechte berufen kann, nicht aber auf das sonstige Urheberrecht des Vertragsstaates. Sofern nach der oder den Rechtsordnungen, auf die mittels der dargestellten Anknüpfungsmomente verwiesen wird, kein Anspruch besteht, wäre zu untersuchen, ob nach den Mindestrechten ein Anspruch begründet ist.

Der Ansatz soll anhand eines Beispiels etwas verdeutlicht werden: Klagt ein deutscher Urheber vor einem deutschen Gericht wegen einer Urheberrechtsverletzung im Internet gegen ein Unternehmen, das seinen Sitz in dem Land Y hat, dessen Urheberrechtsordnung nicht den Mindeststandards genügt und nicht Vertragsunterzeichner des zu schließenden Abkommens ist, findet nach der primären Anknüpfung das Recht des Landes Y Anwendung. Besteht nach diesem Recht kein Anspruch, kann der Klage trotzdem stattgegeben werden, wenn ein Anspruch nach den Mindestrechten des Abkommens begründet ist. Soweit dies nicht der Fall ist, müsste die Klage auch dann abgewiesen werden, wenn der Anspruch nach deutschem Recht bestehen würde. Wollte man dies anders beurteilen und doch das Recht des Gerichtsstaates anwenden, würde dies wiederum forum shopping begünstigen.

Das gefundene Ergebnis erscheint sachgerecht. Bereits jetzt gibt sich der deutsche Gesetzgeber damit zufrieden, dass Deutschen im Ausland gegebenenfalls nur bestimmte Mindestrechte nach internationalen Verträgen zustehen. Soweit ein deutscher Urheber die Verletzung seines Urheberrechts in einem Vertragsstaat der RBÜ vorträgt, kann er keinen Schutz nach dem deutschen Urheberrecht erlangen. Er kann sich nur gewisser Mindestrechte sicher sein. Nun verlässt ein Internet-Surfer zweifellos nicht Deutschland und begibt sich nicht in einen eigenen Rechtsraum, doch sucht er einen virtuellen Raum auf, in dem mangels Lokalisierbarkeit Staatsgrenzen jegliche Bedeutung zu verlieren scheinen. Diese Internationalität macht es denkbar, Deutschen hier ebenso wie bei Urheberrechtsverletzungen im Ausland in gewissen Situationen nur einen Mindeststandard zu garantieren und bei der Verwendung von Werken im Internet auf die Anwendung des deutschen Urheberrechts zu verzichten, wenn der Verwender seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat hat. Der

Cyberspace würde damit zumindest in einem Teilbereich wie ein eigenständiger Rechtsraum behandelt werden.

(3) Gesonderte Anknüpfung bei geschäftlicher Werkverwendung

Folge des Ansatzes wäre bisher, dass deutsche Unternehmer diversen Beschränkungen nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz unterworfen wären, denen ausländische Unternehmer nicht unterliegen, wenn sie zwar auf dem deutschen Markt tätig werden, aber hier keine eigene Niederlassung haben. Bei Privatpersonen als Verwender erscheint es hinnehmbar, dass der Schutz als Urheber je nachdem, in welchem Land der Verwender seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, einmal größer, einmal geringer ist. Die vollständige Irrelevanz des Ortes, an dem eine Website abrufbar ist, ist angesichts der im privaten Sektor mangels jeglicher geschäftlichen Tätigkeit nur schwer feststellbaren und mit Rechtsunsicherheiten verbundenen Anknüpfung an den Ort der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit, gerechtfertigt. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen wird man diese Anknüpfung bei einer kommerziellen Vermarktung fremder Werke aber nicht durchhalten können. Anbieten würde es sich hier, wie eingangs schon angedeutet, zwar die Abrufbarkeit in jedem Staat zu berücksichtigen, die anwendbaren Rechtsordnungen aber einzuschränken und dies mittels der Kriterien zu tun, wie sie beim internationalen Wettbewerbskollisionsrecht diskutiert werden. Bereits Hoeren hat vorgeschlagen, die Zahl der berufenen Rechtsordnungen durch eine Anknüpfung an das Recht des Marktlandes zu begrenzen. 625 Eine einheitliche Anknüpfung für das Urheber- und Wettbewerbsrecht würde so erreicht werden. Der an diesem Ansatz geübten Kritik ist insoweit zuzustimmen, als eingewendet wird, dass die einheitliche Anknüpfung dort wieder aufgegeben werden muss, wo es an einer kommerziellen Verwertung der urheberrechtlich geschützten Werke fehlt.⁶²⁶ Dies ist jedoch nicht als Nachteil, sondern vielmehr als Chance aufzufassen. Anders als das Wettbewerbsrecht setzt der Urheberrechtsschutz gerade keine geschäftliche Tätigkeit bzw. ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs voraus. Das besagt lediglich, dass die Marktortanknüpfung bei nichtkommerzieller Verwendung fremder Werke durch andere Anknüpfungsmomente ersetzt werden muss, nicht aber, dass diese generell ungeeignet ist. Eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Personenkreise ist im Gesetz nicht ohne Vorbild. Auch die Ermittlung der auf einen Vertrag anwendbaren Rechtsordnung folgt unterschiedlichen Kriterien, je nachdem, ob der Vertragspartner Verbraucher ist oder nicht.⁶²³

⁶²⁵ Der Vorschlag von Hoeren wird dargestellt bei Freytag/Wand, GRUR Int. 1997, 736.

⁶²⁶ Vgl. *Thum* in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 117, 140; Möhring/Nicolini/*Hartmann*, vor §§ 120 ff. Rdn 36.

⁶²⁷ Vgl. Art. 28, 29 EGBGB.

(4) Ergebnis

Während es bei der kommerziellen Verwertung unumgänglich scheint, Abruforte zu berücksichtigen, ist dies bei der nichtkommerziellen Nutzung nicht der Fall. Deshalb zielt mein Vorschlag weniger auf eine alternative Anknüpfung, denn auf eine unterschiedliche Behandlung, je nachdem wer ein Werk verwendet. Hier einen unterschiedlichen Handlungsort für die gleiche Handlung festzulegen bzw. gesetzlich zu fingieren, erscheint angesichts der dargestellten Interessenlage sachgerecht. Bei kommerzieller Nutzung ist auf die Orte abzustellen, an denen ein Werk abgerufen werden kann, allerdings nur dann, wenn sich dort spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb zeigen, bei nichtkommerzieller Nutzung auf den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, wobei über Mindestrechte eine zusätzliche Absicherung der Interessen der Urheber gewährleistet werden könnte. 628

Der Ansatz hat für die zahllosen Internetseiten ohne geschäftlichen Hintergrund den Vorteil, dass ihre Ersteller nur nach dem ihnen vorhersehbaren heimischen Recht verklagt werden können. Ein Deutscher mit einer Fanseite zu einer US-amerikanischem Fernsehserie muss nicht mehr länger befürchten, nach US-amerikanischem Urheberrecht belangt werden zu können. Ein Beschränkung auf eine einzige Rechtsordnung würde insoweit erreicht werden. Soweit allerdings ein geschäftliches Handeln vorliegt, stimmen die kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmomente für das Urheber- und für das Wettbewerbsrecht überein. Ein Unternehmer müsste auch im Urheberrechtsbereich nicht mehr sämtliche Rechtsordnungen berücksichtigen, sondern nur diejenigen, auf deren Gebiet er tätig wird. Verfolgt er in einem Land kommerzielle Interessen, hat er die dortige Rechtsordnung einzuhalten.

Für einen Linkprovider ergibt sich danach folgende Differenzierung: Handelt er in nicht-kommerzieller Absicht, muss er nur das Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts beachten. Handelt er aber in kommerzieller Absicht, muss er das Recht jeden Landes berücksichtigen, in dem die Webseite mit dem Link aufrufbar ist, es sei denn, in diesem Land ergeben sich keine spürbaren Auswir-

⁶²⁸ Ratsam wären in diesem Zusammenhang Bestimmungen darüber, wann im Internet ein Werk kommerziell verwertet wird. Wollte man schon Werbebanner auf einer Webseite genügen lassen, wäre für eine nichtkommerzielle Verwendung nur ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich gegeben.

⁶²⁹ Solche Fallgestaltungen sind durchaus praxisrelevant wie Abmahnwellen gegen Fanseiten der TV-Serien x-files, Millennium und The Simpsons gezeigt haben. Informationen hierzu bei *Koch*, NJW-CoR 1998, 45, 46; *ders.*, Internet-Recht, S. 472 f.

⁶³⁰ Auch zum Markenrecht ergibt sich aufgrund des oben bereits erwähnten WIPO-Abkommens eine weitgehende Übereinstimmung. Dieses regelt zwar nicht das internationale Privatrecht, der Unternehmer kann sich aber sicher sein, nicht das materielle Recht eines Staates zu verletzen, wenn auf dessen Gebiet von seiner Website keine wirtschaftliche Wirkung ausgeht.

kungen. Entsprechend den Ausführungen zum Wettbewerbskollisionsrecht ist die Spürbarkeitsschwelle aber niedrig anzulegen.⁶³¹

III. Originäres Cyberlaw

Es hat sich gezeigt, dass die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung bei internetbezogenen Sachverhalten große Probleme aufwirft. Rechtssicherheit wird sich in absehbarer Zeit ohne Abschluss internationaler Abkommen nicht gewährleisten lassen. Während einige Autoren am internationalen Privatrecht festhalten und bezüglich seines Inhalts Parallelen zu staatsfreien Gebieten ziehen wollen, sehen einige Autoren die Zeit für grundlegend neue Ansätze gekommen. Ein weltweit geltendes einheitliches Cyberlaw könne das internationale Privatrecht im Internet überflüssig werden lassen.

Zahlreiche Überlegungen, wie dessen Inhalt festgelegt und dessen Durchsetzung erreicht werden kann, wurden bereits angestellt. ⁶³² In einem ersten Abschnitt wird darauf eingegangen, inwieweit die These, es handle sich beim Internet um einen staatsfreien Raum oder zumindest um einen nahezu von einem Einzelstaat nicht mehr kontrollierbaren Raum, zutreffend ist. Anschließen werden sich Überlegungen, ob die für staatsfreie Gebiete geltenden Kollisionsnormen für Internetsachverhalte fruchtbar gemacht werden können.

1. Cyberspace und staatsfreie Gebiete

⁶³¹ Vgl. ab S. 163.

⁶³² Nicht eingegangen wird dabei auf die Möglichkeit der Selbstkontrolle der Anbieter, die auf Verhaltenskodizes setzt. Ein Beispiel hierfür ist der Verhaltenskodex des Vereins "Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia Diensteanbieter e.V."Siehe deren H omepage unter http://www.fsm.de. Vgl. v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 252 ff. m.w.N.

Vorschläge, die insbesondere aus dem US-amerikanischen Raum stammen, propagieren den Cyberspace als eigenständigen Rechtsraum, dessen Regelungen das staatliche Recht ersetzen oder neben diesem bestehen sollen. 633 Die Gesellschaft des Cyberspace selbst sei am besten ohne jegliche staatliche Intervention zu organisieren. Vielfältige Ansätze zu Entstehung, Inhalt und Durchsetzung des Cyberlaw wurden entwickelt. Viele bauen bereits auf der falschen Prämisse auf, das Internet könne als staatsfreier Raum angesehen werden. Derjenige, der das Internet benutzt, verlässt seinen Staat jedoch nicht und verschwindet nicht in einem virtuellen, nicht mehr lokalisierbaren, keinem Staat mehr zuordenbaren Raum. 634 Jegliche internetbezogene Aktivität erfolgt auf dem Boden eines Staates. Es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass irgendein Staat auf seine Rechtsdurchsetzungsbefugnisse verzichten und sie – an wen auch

Ferner *Barlow*, A Cyberspace Independence Declaration, http://www.eff.org/barlow, der sich gegen jede staatliche Einmischung im Internet verwehrt: "Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot."

Mankowski, AfP 1999, 138, 140 sieht in der Diskussion den Versuch eines Rechtsexports. Das Cyberlaw soll sich stark an den US-amerikanischen Gerichtsurteilen orientieren, was eine Amerikanisierung durch die Hintertür befürchten lässt. "Die cyber-lex mercatoria droht zur cyber-lex Americana zu werden." In die gleiche Richtung Osthaus, AfP 2001, 13, 16

Als Vorbild des Cyberlaws wird z.T. angesehen, wie sich im Mittelalter frei von staatlichem Einfluss Normen entwickelt haben. So z.B. *Johnson/Post*, Stanford Law Review 1996, S. 1367, 1389 f.: "Merchants could not resolve their disputes by taking them to the local noble, whose established feudal law mainly concerned land claims. Nor could the local lord easily establish meaningful rules for a sphere of activity that he barely understood and that was executed in locations beyond his control. The result of this jurisdictional confusion was the development of a new legal system – Lex Mercatoria". Ausführlich zum Versuch, eine "lex mercatoria", "law merchant" bzw. ein Welthandelsrecht als eigenständige Rechtsordnung zu etablieren *Spickhoff*, RabelsZ 56 (1992), 116 ff.

Siehe auch *Bechtold*, GRUR 1998, 18, 23, der es für möglich hält, den Cyberspace in bestimmten Bereichen als eigenständigen Rechtsraum zu begreifen, und *Hoeren*, NJW 2001, 1184, 1185, der Anzeichen für einen partiell rechtsfreien Raum sieht.

⁶³³ Vgl. insbesondere *Johnson/Post*, Stanford Law Review 1996, S. 1367 ff., die den Cyberspace aufgrund des Fehlens territorialer Grenzen und des deswegen als vergeblich angesehenen Versuchs, ihn von außen zu kontrollieren, als klar abgegrenzten Ort begreifen möchten. "Many of the jurisdictional and substantive quandaries raised by bordercros sing electronic communications could be resolved by one simple principle: conceiving of Cyberspace as a distinct "place" for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the "real world."(S. 1378)

⁶³⁴ Vgl. *Mankowski*, AfP 1999, 138, 139; *Goldsmith*, Against Cyberanarchy, http://www.law.uchicago.edu/Publications/Occasional/40.html>.

immer – delegieren oder das Internet einer Selbstregulierung durch seine Benutzer überlassen will.

Sind die einzelnen Staaten aber überhaupt in der Lage, die von ihnen erlassenen Regelungen durchzusetzen?⁶³⁵ Im Folgenden soll anhand des Beispiels totalitärer Staaten kurz dargestellt werden, ob die These, einzelne Staaten könnten das Internet nicht effektiv kontrollieren, in dieser Pauschalität zutreffend ist. Sollte dies der Fall sein, ist weiter danach zu fragen, ob Parallelen zu den Regelungen staatsfreier Gebiete die Diskussion des Internationalen Privatrechts bereichern können.

a) Möglichkeiten einzelner Staaten zur Rechtsdurchsetzung im Internet

Es können keine Zweifel daran bestehen, dass ein Staat Verhaltensregeln für die Menschen auf seinem Gebiet aufstellen darf. Ebenso kann er Vorschriften bezüglich exterritorialer Handlungen mit Auswirkungen im Inland erlassen, selbst wenn der Staat, in dem die Handlung vorgenommen wurde, bereits deren Zulässigkeit regelt. An dieser Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass wegen der Internationalität des Mediums ein deterritorialisierendes Element nicht geleugnet werden kann, das eine Rechtsdurchsetzung erschwert, wenn nicht gar unmöglich macht. Die fehlende Durchsetzungsmöglichkeit im Ausland steht einer Gesetzgebungskompetenz jedenfalls nicht entgegen. 636

(1) Rechtsdurchsetzung in totalitären Staaten

Zahlreiche Staaten versuchen, ihre Kontrolle über das Internet und über die Inhalte, die ihren Bürgern zugänglich sind, zu intensivieren. Insbesondere viele islamische Staaten sehen ihre politischen, sozialen und religiösen Machtstrukturen durch das Internet bedroht. Nicht überall wird freilich ein derart radikaler Ansatz wie in Afghanistan gewählt, wo die Taliban von Juli 2001 bis zu ihrem Sturz Ende 2001 die Nutzung des Internets schlicht verboten hatten, um ihre Bewohner vor "Obszönität, Vulgarität und dem anti-islamischen Zeug im Internet" zu schützen. ⁶³⁷ Mindestens 20 weitere Staaten versuchen den Abruf ihrer

⁶³⁵ Hierzu etwa *Mefford*, Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet, ehemals unter http://www.mttlr.org/volfour/menthe.pdf>.

⁶³⁶ So auch Goldsmith, Against Cyberanarchy, http://www.law.uchicago.edu/Publications/Occasional/40.html, der auf vergleichbare Probleme in der Vergangenheit mit Rundunk- und Fernsehsendungen hinweist, z.B. auf die Sendungen des Radios freies Europa, die in der Sowjetunion zu empfangen waren.

⁶³⁷ Vgl. *Gill*, Afghanistan's Taliban Rulers Ban the Internet, http://www.newsfactor.com/perl/story/12017.html>.

Meinung nach für die Bürger "schädlicher Seiten" in ihrem Staat zu beschrä nken und damit ihre Gesetze durchzusetzen. ⁶³⁸ Im Iran ist Jugendlichen unter 18 Jahren die Benutzung des Internets verboten. In Kuba wird nur Universitäten und ausgewählten Organisationen ein Zugang zum Netz gestattet. Saudi-Arabien schließlich versucht mit einem zentralen Server den Zugang zu pornographischen Webseiten zu unterbinden. ⁶³⁹ Ihre Methode basiert dabei nicht auf dem Filtern von Inhalten nach Schlagwörtern, sondern auf dem gezielten Blockieren von IP-Adressen. ⁶⁴⁰ Sobald ein Bürger versucht, eine blockierte Webseite aufzurufen, erhält er eine Fehlermeldung. Dabei ist es dem Staat theoretisch möglich, die Anfrage der gesperrten Webseite auf einen bestimmten Surfer zurückzuführen.

Eine Rechtsdurchsetzung mit Filtertechnologie durch entsprechende gesetzliche Verpflichtungen der Provider⁶⁴¹ verspricht auf lange Sicht jedoch wenig Erfolg. Staaten mit diesem Konzept lassen sich auf ein Katz und Maus Spiel ein. Nicht nur, dass aufgrund der rasch wachsenden Zahl der Websites jede Liste bei ihrer Fertigstellung bereits wieder veraltet wäre, ist es völlig unmöglich, alle als schädlich eingestuften Webseiten zu erfassen.⁶⁴² Eine Umgehung der "Block ade" ist zudem mittels des Einwählens über einen ausländischen Server oder mittels Satellitentelefon möglich. Auch bieten Dienstleister Mög-

⁶³⁸ Vgl. *Lee*, Punching Holes in Internet Walls, http://www.nytimes.com/2001/04/26/technology/26SAFE.html>.

⁶³⁹ Welche Inhalte als off-limit angesehen werden, variiert von Staat zu Staat. Singapur blockiert ebenfalls pornographische Webseiten, China solche mit westlichen Publikationen, von Menschrechtsorganisationen und der Falun Gong Bewegung. Saudi Arabien unterbindet ferner das Telefonieren über das Internet aus wirtschaftlichen Erwägungen, um das staatliche Telefonmonopol zu schützen.

⁶⁴⁰ Siehe auch die Ausführungen ab S. 165 zur Frage, ob eine Webseite für die Nutzer aus bestimmten Ländern gesperrt werden kann. Letztlich handelt es sich hier um das gleiche Problem in einem neuen Gewand. Ging es oben um den Einsatz eines Filtersystems durch den Websitebetreiber selbst, ist hier vom Einsatz der Filter an zentralen Stellen, z.B. dem einzigen Server eines Landes, die Rede. Die technischen Gegenmaßnahmen gegen das Filtern sind dieselben.

⁶⁴¹ So z.B. auch in China, während in Singapur und in den Vereinigten Arabischen Emiraten der Internetzugang über einen zentralen Gateway läuft.

⁶⁴² Siehe zu Problemen von Filterprogrammen auch die Ausführung in Fußnote 439 und *Nunberg*, The Internet Filter Farce,

http://www.prospect.org/print/V12/1/nunberg-g.html>.

Es gibt hinsichtlich China keine gesicherten Angaben, welche Webseiten auf diesen Listen stehen. Ebenso ist unklar, wer darüber entscheidet, welche Webseiten auf die Liste gesetzt werden. Vgl. *Tsui*, Internet in China: Big Mama is Watching You, http://www.lokman.nu/thesis/010717-thesis.pdf, S. 3

lichkeiten an, um mit Filtern gesperrte Webseiten aufzurufen.⁶⁴³ Sofern über eine solche Webseite die URL einer an sich blockierten Webseite – etwa die CNN-Website in China - eingegeben wird, wirkt diese als eine Art Schutzschild. Als vom Nutzer aufgerufene Webseite erscheint für die Regierung nach wie vor die Schutzschildseite, obwohl in Wirklichkeit eine andere Webseite aufgerufen wurde. Der Staat muss jetzt wiederum die "Blockadebrecherseite" in die Liste der gesperrten Webseiten aufnehmen,⁶⁴⁴ woraufhin deren Betreiber die Internetadresse wechseln und dies ihren Nutzern per E-Mail mitteilen können.

Die sich immer weiter verbessernde Technik der Anonymisierungsmöglichkeiten⁶⁴⁵ wird totalitäre Staaten in Zukunft weiter vor Probleme stellen, mögen auch Befürworter der Anonymisierungstechnologie angesichts der Ereignisse des 11. September 2001 vorerst einen schweren Stand haben. Die technische Entwicklung wird sich davon nicht langfristig aufhalten lassen.

Insbesondere Autoren aus den westlichen Ländern sind wegen der technischen Umgehungsmittel der Auffassung, es sei autoritären Herrschaftssystemen weitgehend unmöglich, die ihren Bürgern zugänglichen Inhalte zu kontrollieren. Dabei wird aber die psychologische Seite zu sehr unterschätzt. Auch ohne 100 % wirksame Filter können gesetzliche Bestimmungen in der Praxis effektiv sein, weil die Internetnutzer sich der Gefahr einer staatlichen Überwachung bewusst sind. Gelegentliches hartes Eingreifen und anschließende ausführliche Berichterstattung in den Medien lassen z.B. Chinesen dies nicht vergessen. Von Zeit zu Zeit wiederkehrende Razzien gegen Internet- Cafes sind nur ein Beispiel

⁶⁴³ Dazu gehören Anonymizer wie z.B. http://www.anonymizer.com, http://www.anonymizer.com, http://www.anonymizer.com, http://www.anonymizer.zu den Definitionen dieser beiden Begriffe siehe Fußnote 421; ferner *Tsui*, Internet in China: Big Mama is Watching You, http://www.lokman.nu/thesis/010717-thesis.pdf, S. 33. Eine nicht ganz unerhebliche Zahl von Surfern greift tatsächlich auf Anonymizer zurück. Die Zahl der täglichen Benutzer von Safeweb ist Mitte November 2000 von ca. 70.000 täglichen Aufrufen auf fast 0 gesunken, als die Regierung von Saudi-Arabien den Zugriff auf diese Webseite unterband, siehe hierzu *Lee*, Punching Holes in Internet Walls, http://nytimes.com/2001/04/26/technology/26SAFE.html.

⁶⁴⁴ Die chinesische Regierung, so schätzt *Tsui*, Internet in China: Big Mama is Watching You, http://www.lokman.nu/thesis/010717-thesis.pdf>, S. 33, bräuchte ca. zwei Monate, um einen Proxy-Server zu finden und zu blockieren. Dabei kommt eine spezielle Software zum Einsatz: Proxy Hunter.

⁶⁴⁵ Der US-Navy wurde z.B. im Juli 2001 vom US-Patentamt ein Patent für "Onion Routing" bewilligt, das im Rahmen eines Forschungsprojekts des US-Verteidigungsministeriums entwickelt wurde und das u.a. anonymes Surfen ermöglichen soll. Hierzu wird vom Browser eine Verbindung zu einem Onion-Router aufgebaut, der eine Weiterleitung der Daten zum nächsten Onion-Router initiiert. Einem Router ist dabei immer nur die Strecke bis zum nächsten Rechner bekannt. Zudem werden die Daten vor ihrer Versendung mehrfach verschlüsselt. Derzeit gibt es zwar noch keine Onion-Router im Netz, allerdings einen funktionierenden Prototyp. Hierzu unbekannter Verfasser, US-Navy erhält Patent für anonymes Surfen, http://www.heise.de/newsticker/data/jk-21.08.01-004/>.

für die Einschüchterungstaktik chinesischer Behörden. Allein im Juli 2001 wurden 2494 Internet-Cafes wegen angeblicher Sicherheitsmängel geschlossen. Gerüchte, wonach die chinesische Regierung selbst Proxy-Server unterhält, um Daten ihrer Benutzer zu sammeln, die eine strafrechtliche Verfolgung ermöglichen sollen, tun ihr übriges, um chinesische Internetnutzer von Anonymisierungsdiensten nur sehr vorsichtig Gebrauch machen zu lassen.

(2) Durchsetzbarkeit nationaler Regelungen im Internet

Der kurze Ausflug in die Welt der totalitären Staaten zeigt, dass es einzelnen Staaten durchaus möglich ist, ihre Gesetze – wenn auch mit mehr oder weniger Erfolg – im Cyberspace durchzusetzen. Staaten haben die Fähigkeit, das Verhalten ihrer Bürger im Internet zu regulieren, nur ist es hier schwerer als an anderen Orten. Wie Lawrence Lessig, Professor an der Stanford Law School, in seinem Buch "Code und andere Gesetze des Cyberspace" gezeigt hat, ist die Aussage, dem Cyberspace sei eine Immunität gegen staatliche Eingriffe zu eigen, nicht zutreffend. Das Internet in seiner heutigen Gestalt mag ein nichtregulierbares Design aufweisen. Das schließt aber nicht aus, es in ein regulierbares Netz umzuwandeln.⁶⁴⁸ Das Internet kann als offenes, anonymes Netz erhalten bleiben oder es können Strukturen zur besseren Überwachung oder Regulierung seiner Benutzer geschaffen werden. Die Architektur des Internets ist nicht vorgegeben, sondern kann beeinflusst werden. Das Internet hat sich bereits im letzten Jahrzehnt erheblich von seiner einst ausschließlichen wissenschaftlichen Nutzung zu einem Wirtschaftsfaktor hin entwickelt. Einher ging das Bedürfnis, die vorgefundenen Strukturen den neuen Erfordernissen anzupassen, z.B. die Online-Übermittlung von Daten sicherer zu gestalten, damit Kunden ihre Kreditkartennummer online übermitteln würden. So wie dies mit dem seit Netscape 2.0 integrierten Secure-Socket-Layer-Protocol (SSL) und dem Secure-Electronic-Transaction-Protocol (SET), einem von einem Konsortium aus Kreditkartengesellschaften eingeführten Standard, gelungen ist, können rechtliche und technische Rahmenbedingungen verändert werden, damit ein Grund für die derzeit schwierige Regulierbarkeit, nämlich die Anonymität, eingeschränkt wird.

⁶⁴⁶ *Unbekannter Verfasser*, Zwangsschließung: Viele Internet-Cafés in China "zu unsicher", http://www.heise.de/newsticker/data/ik-21.07.01-003/>.

⁶⁴⁷ Vgl. *Tsui*, Internet in China: Big Mama is Watching You, http://www.lokman.nu/thesis/010717-thesis.pdf, S. 33 f.

⁶⁴⁸ Vgl. Lessig, Code und andere Gesetze des Cyberspace, S. 55 ff. Lessig führt als Eingangsbeispiel unterschiedliche Regelungen an US-Universitäten bezüglich des Zugangs ihrer Studenten ins Internet an. An der University of Chicago ist der Zugang anonym und uneingeschränkt möglich. Führt man, wie in Harvard geschehen, eine Registrierungspflicht ein und überwacht sämtliche Internetaktivitäten, wird mit einer anderen Gestaltung der Rahmenbedingungen das Verhalten der Studenten im Netz kontrollierbarer.

Eine Möglichkeit hierzu wäre die Förderung von Computer-Zertifikaten. ⁶⁴⁹ Dabei müssen diese nicht rechtlich verpflichtend vorgeschrieben werden. Es genügt in einem ersten Schritt, Anreize zu deren Verwendung zu schaffen. Im Rahmen der eGovernment-Initiative der Bundesregierung, BundOnline 2005, sollen bis zum Jahr 2005 alle internetfähigen Dienstleistungen der Bundesverwaltung online bereit gestellt werden. Deren Vornahme könnte von einer Identifizierung durch ein Zertifikat abhängig gemacht werden. Ferner kann der Betrieb von speziellen Websites daran geknüpft werden, dass sie ihre Kunden hinreichend identifizieren. ⁶⁵⁰ Zu denken ist hier an Websites mit jugendgefährdenden Inhalten oder solche, die Glücksspiele anbieten. Eine allumfassende Kontrolle lässt sich damit sicher nicht erreichen, doch ist dies keine Besonderheit des Cyberspace. Schlösser können auch geknackt werden, ohne dass sie deshalb gleich nutzlos wären. ⁶⁵¹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Internet sicher nicht staatsfrei ist, aber eine Rechtsdurchsetzung einzelner Staaten aufgrund der Globalität des Mediums und der nur beschränkt vorhandenen Möglichkeit einer Reterritorialisierung erschwert ist. Dies gilt insbesondere für westliche Länder, in denen z.B. von zahlreichen Umgehungsmöglichkeiten mangels eines psychologischen Drucks, wie er von den totalitären Systemen ausgeht, reger Gebrauch gemacht werden wird. 652 An den einzelnen Staaten liegt es aber, die Rahmenbedingun-

Möglichkeiten zur besseren Regulierung gibt es viele. Im Rahmen dieser Arbeit kann dieser Komplex nur zu Stützung der Ansicht, wonach eine Regulierung prinzipiell möglich ist, kurz angerissen werden. Siehe auch die Informationen zu PICS in Fußnote 438. Der Gesetzgeber könnte hier mit einer Bewertungspflicht für Websites eingreifen. Zu staatlichen Möglichkeiten siehe das FAQ auf den Seiten des W3C zu PICS, Censorship & Intellectual Freedom, http://www.w3.org/pics/pics-faq-980126.html.

Eine Ausweispflicht für das Internet als weitere Alternative dürfte wohl nicht nur in Staaten wie den USA, in denen noch nicht einmal ein Personalausweis vorgeschrieben ist, auf erheblichen Widerstand treffen.

Denkbar wäre schließlich der Anschluss eines Lesegeräts für den Daumenabdruck am Computer. Eine entsprechende Technologie wird von Compaq entwickelt, vgl. *Lessig*, Code und andere Gesetze des Cyberspace, S. 111.

⁶⁴⁹ Siehe oben S. 171.

⁶⁵⁰ Vgl. Lessig, Code und andere Gesetze des Cyberspace, S. 99.

⁶⁵¹ Vgl. Lessig, Code und andere Gesetze des Cyberspace, S. 110 f.

⁶⁵² Ansätze, z.B. von Providern die Sperrung rechtswidriger Inhalte zu verlangen, bestehen bereits. So wurden in Frankreich 13 ISPs verklagt, weil diese sich weigerten, den Zugang zu dem Portal Front14.org zu sperren, auf dem sich Webseiten mit antisemitischen und rassistischen Inhalte befanden. Vgl. Stafford, French Judge Now Mulling U.S. Hate Site Block, ehemals unter http://www.newsbytes.com/news/01/170786.html. Der Richter gelangte zwar zu dem Ergebnis, das Portal sei nach französischem Recht illegal, überließ es aber den Providern, "die Maßnahmen, die ihnen notwendig und technisch machbar erschienen," zu beschließen.

gen der Nutzung des Internets so zu gestalten, dass ihre Kontrolle oder die Durchsetzungsmöglichkeit ihren nationalen Gesetze erleichtert wird. Ob deren gegebenenfalls uneingeschränkte Anwendbarkeit auf alle Inhalte im Internet, auch solche, die im Ausland für rechtmäßig gehalten werden, erstrebenswert ist, ist eine andere Frage.

Wenn auch die Einordnung des Cyberspace als staatsfreier Raum scheitert, bedeutet dies nicht zwingend, dass Entwicklungen, die andere staatsfreie Räume genommen haben, nicht Vorbildcharakter für das weitere Vorgehen hinsichtlich der durch das Internet aufgeworfenen kollisionsrechtlichen Fragen haben könnten. Diese gilt es zu untersuchen.

Als staatsfreie Räume werden gemeinhin der Weltraum, die Hohe See, der Tiefseeboden und die Antarktis angesehen. Die berlegungen amerikanischer Autoren zielen darauf, die für diese Gebiete geltenden Regelungen insoweit fruchtbar zu machen, als sie entweder die Grundlage eines Cyberlaw bilden oder die hinter diesen Regelungen stehenden Gedanken in die Diskussion um Anknüpfungsmomente im internationalen Privatrecht eingeführt werden sollen. Exemplarisch soll am Beispiel der Antarktis aufgezeigt werden, ob dieser Weg Erfolg verspricht.

In Deutschland sorgte eine auf §§ 8, 18 a.F. MDStV gestützte Sperrungsverfügung der Bezirksregierung Düsseldorf gegen rechtradikale Websites Anfang 2002 für Aufregung. 80 privatwirtschaftliche und universitäre Provider wurden aufgefordert, den Zugang zur Website des Holocaust-Leugners Gary Lauch und zum texanischen Service-Provider Stormfront zu sperren. Eine Sperrungsverfügung findet sich unter http://odem.org/material/verfuegung/. Die Bezirksregierung vertritt den Standpunkt, dass eine Sperrung technisch realisierbar ist. Die Möglichkeit von Umgehungsmaßnahmen ist ihr bewusst, sie ist aber davon überzeugt, dass ihre Maßnahme trotzdem verhältnismäßig ist.

Vgl. auch die ersten Gerichtsentscheidungen zur Rechtmäßigkeit der Sperrungsverfügung: VG Aachen http://www.jurpc.de/rechtspr/20030027.htm; VG Gelsenkirchen

http://www.jurpc.de/rechtspr/20030036.htm; VG Arnsberg

http://www.jurpc.de/rechtspr/20030010.htm.

Auch das Europäische Parlament hat sich Anfang April 2002 mit überwältigender Mehrheit gegen die Sperrung einzelner Websites im Kampf gegen illegale oder schädliche Inhalte ausgesprochen. Sperrmaßnahmen seien nicht effektiv und könnten zu einer Fragmentierung des Internet-Zugangs führen. Der Entschließungsantrag des Parlaments bezieht daher Stellung für eine Selbstregulierung. Siehe *unbekannter Verfasser*, EU-Parlament gegen Webzensur und Site-Sperrung, http://www.heise.de/newsticker/data/jk-12.04.02-004/>.

653 Vgl. Wolfrum, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 4; einen kurzen Überblick über dort geltende Regelungen vermittelt Menthe, Jurisdiction in Cyberspace: A theory of international spaces, https://www.mttlr.org/volfour/menthe.pdf>.

b) Staatsverträge bezüglich der Antarktis

(1) Internationalprivatrechtliche Regelungen hinsichtlich der Antarktis

Aufgrund der unwirtlichen klimatischen Bedingungen und ihrer Abgeschiedenheit setzte eine Erforschung der 1819 entdeckten Antarktis erst mit Hilfe der immer weiter voranschreitenden Technik im 20. Jahrhundert ein. In der Mitte des Jahrhunderts wurden erste permanent besetzte Stationen eingerichtet. ⁶⁵⁴ Die begonnene wissenschaftliche Forschungstätigkeit ⁶⁵⁵ hatte maßgeblichen Einfluss auf den als Ergebnis einer vom 15.10. - 1.12.1959 in Washington abgehaltenen Konferenz geschlossenen Antarktisvertrag. ⁶⁵⁶ Er erklärt die Antarktis zum Naturreservat und stellt die von einigen Staaten erhobenen territorialen Ansprüche zurück. Waren bis in die 30er Jahre des 20. Jahrhunderts die meisten Forschungsexpeditionen privat organisiert gewesen, hatten Staaten danach begonnen, weite Teile der Antarktis unter Berufung auf Entdecker ihrer Nationalität als ihr Staatsgebiet zu fordern. Die Landansprüche wurden offiziell nie anerkannt und bleiben aufgrund des Antarktisvertrages in der Schwebe. Zahlreiche Stationen in der Antarktis erhalten die Ansprüche der Staaten nach wie vor lebendig. ⁶⁵⁷

Der Antarktisvertrag ist des weiteren auf Demilitarisierung, Umweltschutz und wissenschaftliche Forschung ausgerichtet. Einen Regelungsrahmen für die wirtschaftliche Nutzung des Gebiets enthält er nicht.⁶⁵⁸ Zur Erreichung der

⁶⁵⁴ Vgl. die Informationen zur Antarktis unter http://www.antdiv.gov.au/information/>.

⁶⁵⁵ Zu nennen in diesem Zusammenhang das Internationale Geophysikalische Jahr, das eigentlich vom 1.7.1957 bis zum 31.12.1958 dauerte und das das Ergebnis einer Zusammenarbeit der Mitglieder des International Council of Scientific Unions war. Trotz der Unterstützung durch verschiedene Regierungen und die UNESCO handelte es sich um ein rein privates wissenschaftliches Projekt zur Erforschung der Antarktis. Vgl. Wolfrum, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 55.

⁶⁵⁶ Ursprünglich haben 12 Staaten den Vertrag abgeschlossen, nämlich Argentinien, Australien, Belgien, Chile, Frankreich, Japan, Neuseeland, Norwegen, Südafrika, Großbritannien, USA und die UdSSR. Mittlerweile gibt es 44 Vertragsstaaten, darunter auch die Bundesrepublik seit dem 5.2.1979. Eine Auflistung aller Vertragsstaaten kann unter http://www.antdiv.gov.au/information/treaty/parties.asp aufgerufen werden. Zu Vorgeschichte und Inhalt des Antarktisvertrags siehe *Wolfrum*, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 49 ff. und

http://www.antdiv.gov.au/information/treaty/history.asp.> Der englische Vertragstext findet sich unter <a href="http://www.antdiv.gov.au/information/treaty

^{657 1994} existierten 37 während des ganzen Jahres betriebene Stationen, die von 17 verschiedenen Nationen unterhalten wurden, darunter auch Deutschland.

⁶⁵⁸ Vgl. Wolfrum, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 36.

Vertragsziele kann jede Vertragspartei Inspektionen durch Beobachter durchführen lassen. Diese sind bei ihrer Tätigkeit nach Art. 8 I des Antarktisvertrags nur der Gerichtsbarkeit der Vertragspartei unterworfen, deren Staatsangehörige sie sind. 659 Über die Behandlung anderer Personen schweigt der Antarktisvertrag. 660 Nachfolgende Abkommen haben, allerdings ohne eine umfassende Lösung der internationalprivatrechtlichen Aspekte zu versuchen, die Anknüpfung an die Nationalität wieder aufgegriffen und z.T. ein Flaggenprinzip eingeführt. 661

(2) Übertragbarkeit der Ansätze auf das Internet

Auf den ersten Blick erscheint die Parallele zwischen der Antarktis und dem Cyberspace nicht einmal so weit hergeholt.⁶⁶² Auch wenn letzterer kein staatsfreier Raum ist, ist man bei dem Betrachten von für staatsfreie Räume charakteristischen Merkmalen zur Aussage geneigt, dass Ähnlichkeiten nicht gänzlich verneint werden können: Staatsfreie Gebiete zeichnen sich durch das Fehlen eines Ordnungsrahmens aus, der die gegensätzlichen Interessen einzelner Staaten auszugleichen und ihre Nutzungen zu koordinieren vermag. 663 Sie können nicht einem oder mehreren Staaten zugeordnet werden und stehen allen Staaten zur Nutzung offen. 664 Kein Staat ist dazu berufen, umfassende Herrschaft über das Gebiet ohne Berücksichtigung anderer Staaten auszuüben. Vielmehr erfordert das Nebeneinander gleichberechtigter nationaler Rechtssysteme, die in dem staatsfreien Gebiet zueinander in Konkurrenz treten, Einschränkungen. 665 Viele dieser Kriterien erinnern an die Internetproblematik. Es kann sicherlich vortrefflich darüber gestritten werden, wie ähnlich das Internet einem staatsfreien Gebiet wirklich ist. Viel entscheidender als die Überlegung, wie weit die offensichtlich vorhandenen Parallelen gehen, ist die Frage, ob aus den Regelungen über die Antarktis Lehren gezogen werden können, die für die Behandlung von

⁶⁵⁹ Eine entsprechende Regelung sieht Art. 8 I des Antarktisvertrags auch für ausgetauschtes wissenschaftliches Personal vor. Art. 8 ist im Anhang abgedruckt.

⁶⁶⁰ Zu internationalprivatrechtlichen Problemstellungen in der Antarktis *Carl* in: Joyner/Choper (Hrsg.), The Antarctic Legal Regime, S. 65, 70 f.; *Boczek* in: Wolfrum (Hrsg.), Antarctic Challenge III, S. 455, 469 f.

⁶⁶¹ Vgl. z.B Art. 2 (2) Convention for the Conservation of Antarctic Seals (CCAS): "Each contracting party shall adopt for its nationals and for vessel under its flag such laws, regulations and other measures, including a permit system as appropriate, as may be necessary to implement this convention."

⁶⁶² So auch allgemein zu dem Vergleich mit staatsfreien Gebieten *Mankowski*, AfP 1999, 138, 140: "auf den er sten Blick nicht unplausibel"erscheinend.

⁶⁶³ Vgl. Wolfrum, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 1.

⁶⁶⁴ Vgl. Wolfrum, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 4 f.

⁶⁶⁵ Vgl. Wolfrum, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, S. 6.

Cyberspace-Fällen fruchtbar gemacht werden können. Dabei fällt zunächst auf, dass der Antarktisvertrag keine umfassende Regelung internationalprivatrechtlicher Probleme beabsichtigt, vielmehr viele Fallgestaltungen ungeregelt blieben. Ungeklärt ist weiterhin z.B. die Behandlung von Touristen. Die Vertragsparteien des Antarktisvertrages konnten diese Fallgruppe wegen mangelnder praktischer Relevanz zunächst ungeregelt belassen. Je mehr aber Touristen den Weg in die Antarktis finden, desto dringlicher wird es werden, ausführlich z.B. über das anwendbare Haftungs- oder Strafrecht nachzudenken. 666 Allein die Flaggenanknüpfung wird in der Literatur hier als nicht befriedigend angesehen. Als Anknüpfungspunkte wird der Ort vorgeschlagen, an dem die Expedition organisiert wurde oder von wo aus sie aufgebrochen ist. 667 In Australien wird danach gefragt, ob die Expedition von einer inländischen Person oder Gesellschaft organisiert wurde. 668

Die Frage nach dem anwendbaren Recht ist nicht nur eine theoretisch, sondern auch praktisch relevante Frage, da die Antarktis ein gefährliches Gebiet ist, in dem ständig mit Unfällen zu rechnen ist. 669 Eine Anknüpfung an den Handlungs- oder Erfolgsort ist i.d.R. nicht möglich.⁶⁷⁰ Zwar haben neun Vertragsstaaten Teile der Antarktis für sich reklamiert, die territorialen Ansprüche wurden durch Art. 4 des Antarktisvertrages aber bewusst zurückgestellt. Die von einem Richter in den USA im Fall Beattie v. United States gefundene Lösung kann nicht der Weisheit letzter Schluss sein: Bei einem Absturz einer DC-10 kamen in der Antarktis 257 Menschen ums Lebens. Obwohl die Toten aus Neuseeland und aus Großbritannien stammten, es sich um eine Maschine der Air New Zealand handelte und der Absturz in einem Gebiet erfolgte, auf das Neuseeland schon lange territoriale Ansprüche erhob, gelangte ein USamerikanischer Richter zur Anwendbarkeit amerikanischen Rechts. Da es keine Rechtsordnung der Antarktis gebe, existiere dort auch kein Internationales Privatrecht. Deshalb sei es gerechtfertigt, das eigene Recht, die lex fori, anzuwenden.671

⁶⁶⁶ Vgl. Nicholsen in: Wolfrum (Hrsg.), Antarctic Challenge II, S. 191, 200 f.; Boczek in: Wolfrum (Hrsg.), Antarctic Challenge III, S. 455, 474. Im Jahr 2000 fanden etwa 15.000 Touristen den Weg in die Antarktis, die meisten von ihnen auf Kreuzfahrtschiffen aus Südamerika, einige auf Rundflügen mit Startpunkt Australien.

⁶⁶⁷ Vgl. Boczek in: Wolfrum (Hrsg.), Antarctic Challenge III, S. 455, 474.

⁶⁶⁸ Vgl. Boczek in: Wolfrum (Hrsg.), Antarctic Challenge III, S. 455, 474.

⁶⁶⁹ Innerhalb von 25 Jahren sind 50 US-Flugzeuge abgestürzt. Weitere Unglücksfälle werden von *Carl* in: Joyner/Choper (Hrsg.), The Antarctic Legal Regime, S. 65, 66 f., berichtet. Isolation und Langeweile führen zu hoher psychischer Belastung. So wurde z.B. ein Russe von einem Landsmann nach einem verlorenen Schachspiel mit einer Axt erschlagen, was übrigens zu einem Schachspielverbot für russische Kosmonauten geführt hat.

⁶⁷⁰ Vgl. Carl in: Joyner/Choper (Hrsg.), The Antarctic Legal Regime, S. 65, 82 f.

⁶⁷¹ Beattie v. United States, 592 F. Supp. 780, 781, n.1 (D.C. D.C., 1984).

An diesem Punkt zeigt sich, dass die Ausgangssituation zur Regelung der Antarktis eine ganz andere ist, als diejenige, die im Cyberspace vorgefunden wird. In der Antarktis scheidet eine Anknüpfung an den Handlungs- oder Erfolgsort aus, weil das territoriale Gebiet keinem Staat zugewiesen werden kann. Man musste einen anderen Anknüpfungspunkt finden. Dieser war die Nationalität. Zum anderen wurde der Weg beschritten, mittels des Flaggenprinzips für Forschungsstationen wieder eine territoriale Zuordnung vorzunehmen. Bei Online-Sachverhalten ist gerade nicht das Fehlen eines Erfolgsortes das Problem, sondern vielmehr die Vielzahl der möglichen Erfolgsorte. Es existieren territoriale Anknüpfungspunkte, die nicht ersetzt, sondern eingeschränkt werden müssen, damit sich ein schlüssiges System ergibt, das nicht zu dem als ungerecht gefundenen Ergebnis führt, dass die Rechtsordnungen aller Länder beachtet werden müssen.

Die Staaten, die territoriale Ansprüche in der Antarktis anmelden, haben kein Problem mit dem Erfolgsortkriterium. Sie sehen Handlungen in der Antarktis, die sich auf dem von ihnen beanspruchtem Gebiet ereignet haben, als auf ihrem Gebiet erfolgt an, mit der Folge, dass ihr eigenes Recht Anwendung findet. Unter der Annahme, dass zwei Staaten den gleichen Teil der Antarktis für sich beanspruchen, nähert man sich wieder der Situation im Cyberspace an. Je nachdem, in welchem der beiden Staaten Klage erhoben wird, findet eine andere Rechtsordnung Anwendung, was forum shopping begünstigen wird. Je mehr Staaten Gebiete der Antarktis für sich beanspruchen, desto größer wird das Problem, desto mehr Rechtsordnungen müssten berücksichtigt werden, wenn jemand sich in diesem Gebiet aufhält. Die für dieses Problem im Antarktisvertrag gefundene Lösung überzeugt. Solange die einzelnen Staaten auf ihre Gebietsansprüche nicht verzichten, kann der Konflikt nicht gelöst werden. Dadurch, dass man diese mit Hilfe des Antarktisvertrages eingefroren und das Entstehen neuer Ansprüche ausgeschlossen hat,672 wurde der Weg für eine sinnvolle Lösung frei, die sich in einem Teilbereich in Art. 8 des Antarktisvertrags widerspiegelt.

Wenn aus der Antarktisbetrachtung eine Schlussfolgerung zu ziehen ist, dann die, dass eine Lösung nur mit völkerrechtlichen Verträgen durch einen Verzicht auf die strenge Anwendung einer Erfolgsortanknüpfung möglich ist.⁶⁷³ Ob es zwingend erforderlich ist, die Entwicklung staatsfreier Gebiete zu untersuchen, um zu diesem Ergebnis zu kommen, kann allerdings mit Fug und Recht bezweifelt werden.

Die in der Antarktis vorgefundene Anknüpfung an die Nationalität und das Flaggenprinzip können nicht auf den Cyberspace übertragen werden, wenn dies

⁶⁷² Vgl. Art. 4 des Antarktisvertrags.

⁶⁷³ Siehe auch *Kuner*, CR 1996, 453, 458, der als einzigen Weg, um Zuständigkeitskonflikte im Internet zu lösen einen Zuständigkeitsverzicht der Staaten sieht, diesen aber auf kurze Sicht als unrealistisch einstuft, da ein solcher einem Souveränitätsverzicht gleichkommt.

auch z.T. gefordert wird.⁶⁷⁴ Eine Anknüpfung an die Nationalität weist viele Ungereimtheiten auf. Einen Amerikaner nur amerikanischem Recht, einen Dänen nur dänischem Recht zu unterwerfen, mag bei einzelnen Anknüpfungsgegenständen diskutabel sein, auf die Gesamtheit aller Internetsachverhalte ist der Ansatz gewiss nicht übertragbar. In der Antarktis stehen deliktische und vertragliche Gestaltungen im Vordergrund. Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme, die das Internet in gewaltiger Zahl produziert, sind für die Antarktis augenscheinlich wenig relevant. 675 Wie sollte es gerechtfertigt sein, die Website eines Chinesen, der seit 30 Jahren in Deutschland lebt, hier sein Geschäft betreibt und nur den inländischen Markt beliefert, nach chinesischem Urheberund Wettbewerbsrecht zu beurteilen? Man könnte den Ansatz ausbauen und auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellen. Das mag, wie oben vertreten, ⁶⁷⁶ für den Bereich der Verwendung fremder Werke in nichtkommerzieller Absicht eine Lösungsmöglichkeit darstellen, für andere Fälle jedoch nicht. Eine Webseite nur einer Rechtsordnung zu unterwerfen, wird den Auswirkungen, die eine Website in verschiedenen Ländern erzeugen kann, nicht gerecht.

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass Regelungen aus staatsfreien Gebieten keine Grundlage für eine inhaltliche Ausgestaltung des Cyberlaw liefern können. Einerseits enthalten sie selber nur sehr lückenhafte Regelungen, andererseits können bestehende Regelungen wegen der deutlichen Unterschiede in der Ausgangssituation bei Online-Sachverhalten nicht angewandt werden. Am Ende der Auseinandersetzung mit staatsfreien Gebieten ist man der Lösung der Internetproblematik keinen Schritt näher gekommen.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ So z.B. *Menthe*, Jurisdiction in Cyberspace: A theory of international spaces, http://www.mttlr.org/volfour/menthe.pdf>, S. 26, der die Nationalität als entscheidendes Kriterium ansehen will und jeder Website eine Nationalität zuweisen will. "If a nation wishes, it can ascribe nationality to all webpages maintained "on behalf of its citizens, as well as any webpage actually created (i.e. uploaded) by its citizens."

⁶⁷⁵ Theoretisch können sich natürlich in der Antarktis in allen Rechtsgebieten kollisionsrechtliche Fragestellungen ergeben. Die amerikanische McMurdo-Station beherbergt z.B. im Sommer ca. 1.100 Menschen. Auch eine Wochenzeitung mit einer Auflage von 700 Exemplaren wird herausgegeben, die Antarctic Sun.

⁶⁷⁶ Siehe oben ab S. 214.

⁶⁷⁷ Zum Vergleich Cyberspace/Schiffe auf hoher See *Mankowski*, AfP 1999, 141, der zu dem Ergebnis gelangt, dem Vergleich fehle einerseits die Ausgangsbasis, andererseits sei eine Übertragbarkeit nicht möglich. Die Vorstellung eines general maritime law, das selbständig neben staatlichem Recht steht und dieses verdrängt, wird allenfalls noch in den USA und in Kanada vertreten. In anderen Staaten ist das general maritime law nationales Recht und damit dem internationalen Privatrecht unterworfen.

Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Vergleich Cyberspace/Weltall findet sich bei *Perritt*, The Internet is Changing the Public International Legal System, http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/perrittnetchg.html>.

Weitere Ansätze zur inhaltlichen Ausgestaltung eines Cyberlaw und zu seiner Durchsetzung – Netiquette und "Provider-Law"

It is not a requirement to ask permission to link to another's site, though out of respect for the individual and their efforts, a simple email message stating that you have made a link to their site would be appropriate. 678

Es hat sich gezeigt, dass die Regelungen der staatsfreien Gebiete keine Vorbildfunktion für eine inhaltliche Ausgestaltung des Cyberlaw haben können. Gleiches lässt sich von der sog. Netiquette sagen.⁶⁷⁹ Unter dieser werden unverbindliche Verhaltensmaßstäbe verstanden, die sich für die Benutzung des Internets herausgebildet haben. Bei vielen handelt es sich mehr um technische Hinweise und Ratschläge. Eine einheitliche Fassung existiert nicht.⁶⁸⁰ Wichtige praxisrelevante Fragen, z.B. auch die nach der Zulässigkeit des Linking, werden nicht umfassend beantwortet. Zudem fehlt der Netiquette die Rechtsverbindlichkeit. Es handelt sich weder um Gewohnheitsrecht,⁶⁸¹ noch um einen Handelsbrauch.⁶⁸² Sie kann nicht zwangsweise durchgesetzt werden.⁶⁸³ Verbindlich gemacht werden könnte sie oder eine beliebige andere "private" Ausgestaltung

⁶⁷⁸ Regelung der Netiquette zu Links. Vgl. http://www.conifer.jeffco.k12.co.us/Math/Halingstad/Netiquette/web.html>.

⁶⁷⁹ Zur Netiquette *Jung*, GRUR Int. 1998, 841, 842 ff.; *Koch*, Internet-Recht, S. 241 f. Die Netiquette wird verglichen mit der lex mercatoria (dazu Fußnote 633) von *Johnson/Post*, Stanford Law Review 1996, 1367, 1389 f.

⁶⁸⁰ Die Fassungen divergieren nicht nur zwischen den verschiedenen Netzdiensten (E-Mail, WWW, IRC usw.) sondern auch innerhalb derselben. Hierzu *Hoeren*, NJW 1998, 2849, 2852; *Jung*, GRUR Int. 1998, 841, 842.

⁶⁸¹ Unter Gewohnheitsrecht versteht man ungeschriebene Verhaltensnormen, die von den betroffenen Verkehrskreisen in der Überzeugung ihrer Rechtsgeltung (opinio juris) für einen längeren Zeitraum tatsächlich befolgt werden. Hierzu Ebenroth/Boujong/Joost/Kort, § 346 HGB Rdn 4 f. Zumindest an letzterem Kriterium fehlt es bei der Netiquette, a.A. Jung, GRUR Int. 1998, 841, 843, der die Bejahung von Gewohnheitsrecht zumindest bezüglich des Verbots der unaufgeforderten Zusendung von Werbe- E-Mails für möglich hält

⁶⁸² Ein Handelsbrauch (§ 346 HBG) kann sich aufgrund einer tatsächlichen Übung entwickeln, die auf Freiwilligkeit beruht. In subjektiver Hinsicht ist die allgemeine Überzeugung der Angehörigen des Verkehrskreises erforderlich, dass die Übung als Regel anerkannt und gebilligt wird. Einen gesetzes-, sitten- oder treuwidrigen Handelsbrauch kann es nicht geben. Zwingende nationale Vorschriften könnten durch die Netiquette nicht außer Kraft gesetzt werden. Zudem wird es sich bei vielen Sachverhalten nicht um Handelsgeschäfte i.S.d. §§ 343 ff. HGB handeln. Vgl. zur Definition Ebenroth/Boujong/Joost/Kort, § 346 HGB Rdn 4 f.

⁶⁸³ Mögliche Mechanismen der Selbstregulierung beschreibt Jung, GRUR Int. 1998, 841, 845 ff. Die meisten Maßnahmen basieren auf der Selbsthilfe individueller Nutzer.

eines Cyberlaw nur, indem sie als Bestandteil der Providerverträge etabliert wird. $^{684}\,$

Bei den Providerverträgen wird ein Ansatzpunkt für zukünftige Lösungsmodelle gesehen. Provider könnten ihre Kunden einem ausführlich geregelten System von Vorschriften unterwerfen, eine Art "Provider-Law" einführen und Streitigkeiten an Schiedsgerichte verweisen. 685 Die Durchsetzung der Ansprüche würde durch den Ausschluss vom Internetzugang durch den Anbieter erfolgen. Dieser Weg erscheint nicht nur nicht erfolgsversprechend, sondern sehr bedenklich. Das "Provider-Law" kann die nationalen Rechtsordnungen nicht aufheben, müsste sich also an ihnen, insbesondere an den Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen, messen lassen, sofern die Staaten ihre Rechtssetzungsbefugnis nicht delegieren. 686 Dem "Provider-Law"könnten auch dann nur die Personen unterworfen sein, die den entsprechenden Provider-Vertrag unterzeichnet haben. Verträge zu Lasten Dritter widersprechen dem Grundsatz der Privatautonomie und sind unzulässig. 687 Spätestens bei Klagen, bei denen ein Beteiligter mangels Internetzugangs oder weil er den Zugang eines Bekannten oder Verwandten benutzt, sich keiner Schiedsgerichtsklausel unterworfen hat, muss der Zugang zu den staatlichen Gerichten wieder eröffnet sein und damit der zu einer nationalen Rechtsordnung. Wenn man wegen einer "Delegierung der Rechtssetzungsbefugnis" auch vor einem staatlichen Gericht das "Provider-Law" anwe nden will, lassen sich "international-privatrechtliche Fragen"nicht vermeiden, wenn der Streit zwischen Personen geführt wird, die mit unterschiedlichen Providern vertraglich verbunden sind. Ein einheitliches Recht aller Provider oder zumindest Vereinbarungen über das jeweils anwendbare "Provider-Law" erscheinen angesichts der unterschiedlichen Wertvorstellungen, die auf der Erde herrschen, illusorisch.

⁶⁸⁴ Zum bisherigen Eingang der Netiquette und zur Überlegung, inwieweit ein Verstoß unter § 1 UWG subsumierbar sein könnte *Jung*, GRUR Int. 1998, 841, 843.

Siehe auch *Osthaus*, AfP 2001, 13, 15 f., der diskutiert, ob ein Cyberlaw durch eine entsprechende Erklärung des Nutzers bei jedem Einloggen verbindlich gemacht werden könnte, dem aber kritisch gegenübersteht und u.a. auf das Problem der Geschäftsfähigkeit hinweist, die bei einer solchen "Rechtswahl" gegeben sein müsste.

⁶⁸⁵ Angedacht auch von *Mayer*, NJW 1996, 1782, 1790; *Jung*, K&R 1999, 63, 70; *v. Hinden*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, S. 235 ff. m.w.N.

⁶⁸⁶ Einer Selbstregulierung des Marktes auf Grundlage der Netiquette fehlt jede demokratische Legitimation. So zutreffend Mankowski, AfP 1999, 138, 139 f.; Hoeren, NJW 1998, 2849, 2852

Zudem spricht Art. 4 II EGBGB hier eine klare Sprache: Die zwingenden Sachvorschriften des an sich anwendbaren nationalen Rechts können nicht durch einen Verweis auf eine außerstaatliche Regelung umgangen werden.

⁶⁸⁷ Vgl. Soergel/Hadding, § 328 Rdn 118 m.w.N.

Zudem erscheint die Gefahr groß, dass wirtschaftliche Interessen das "Provider-Law" stark beeinflussen könnten. 688 Sofern eine nach einem "Provider-Law" unzulässige Webseite nach einem Schiedsgerichtsverfahren vom Netz genommen wird, kann niemand den Ersteller daran hindern, die gleiche Webseite wieder mit Hilfe eines anderen Servers im Internet verfügbar zu machen, dessen Recht höhere Anforderungen an eine Rechtsverletzung stellt. Ein "race to the bottom" wäre die Folge. Es besteht ein wirtschaftliches Interesse der Provider an möglichst vielen Kunden. Dem ist ein strenges Recht nicht unbedingt förderlich. Warum sollte sich jemand einem strengen "Provider-Law" unterwerfen, wenn er dies verhindern kann?

Finanzkräftige Kunden werden ferner versuchen, bei den Providern ihre Vorstellungen über das "Provider-Law" durchzusetzen. Dieses würde dann nicht aufgrund demokratischer Legitimation durch eine Interessenvertretung aller Bürger, sondern durch die Finanzkraft von Kunden bestimmt.⁶⁸⁹ Die Übertragung politischer Entscheidungen an private Institutionen mag durch ein natürliches Misstrauen gegenüber den herrschenden politischen Kräften motiviert sein. Wer vermag aber zu garantieren, dass private Entscheidungsträger die Interessen der Allgemeinheit besser wahrnehmen können?

In naher Zukunft werden Internetnutzer deshalb ohne ein einheitliches Cyberlaw leben müssen, da auch eine Harmonisierung durch völkerrechtliche Abkommen nicht in Sicht ist.⁶⁹⁰ Die Rechtsmaterie "Internet-Recht" ist keine in sich geschlossene Materie, die sich leicht vereinheitlichen lässt. Es handelt sich um eine Querschnittsmaterie, die viele Rechtsgebiete berührt.⁶⁹¹ Die langjährigen Bemühungen um eine Angleichung der Mindestrechte im Urheberrechtsbereich zeigen, wie unwahrscheinlich es aufgrund der unterschiedlichen Interessen der einzelnen Staaten ist, dass es in absehbarer Zeit ein international vereinheitlichtes Internetrecht geben wird. Diesbezügliche Vorstellungen sind Wunschge-

⁶⁸⁸ Vgl. auch Schack, MMR 2000, 59, 60. Das Recht dürfe nicht beliebigen Interessengruppen preisgegeben werden.

⁶⁸⁹ Deshalb ist es selbst bedenklich, von nichtstaatlichen Gremien festgelegte Verhaltensregeln bei der Subsumtion staatlichen Rechts, z.B. bei der Frage nach Verkehrspflichten oder der Prüfung der Rechtswidrigkeit, maßgeblich zu berücksichtigen. Siehe aber auch Art. 16 E-Commerce-Richtlinie, in dem die Mitgliedstaaten und die Kommission die Handels-, Berufs- und Verbraucherverbände und –organisationen ermutigen, auf Gemeinschaftsebene Verhaltenkodizes aufzustellen, die zur sachgemäßen Anwendung der Artikel 5 bis 15 beitragen.

⁶⁹⁰ Vgl. auch den Vorschlag von Mayer, NJW 1996, 1782, 1790, der als einen Weg zu weltweit verbindlichen Regelungen eine internationale Konvention mit Errichtung einer zuständigen Internationalen Organisation ansieht. In diese Richtung auch Sieber, CR 1995, 100, 113, der aufgrund der neuen mit der Technik verbundenen Gefahren eine verbesserte Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Staaten für erforderlich hält.

⁶⁹¹ Vgl. Mankowski, AfP 1999, 138, 142.

danken, reine Utopie. Das sollte aber nicht darin hindern, diese Aufgabe anzugehen.