

auch erforderlich, dass die angesprochenen Verkehrskreise potentielle Abnehmer für die auf dem ausländischen Markt angebotene Ware oder Dienstleistung sind. Werden etwa deutsche Urlauber noch im Heimatland umworben, bestimmte Produkte im Urlaubsland zu kaufen, so sollte dieser Kontakt ausreichend sein, um deutsches Recht zur Anwendung kommen zu lassen⁵⁴⁾.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass im Internet, wie auch sonst, Absatz- und Werbemarkt regelmäßig zusammenfallen und die zuletzt erwähnten Fälle kaum praktische Relevanz haben dürften. Waren oder Dienstleistungen können über das Internet lediglich bestellt und dann – per Post – an den Kunden geschickt werden; am Werbemarkt liegt dann auch ein Absatz vor. Die betreffende Ware oder Dienstleistung kann aber – und dies wird in Zukunft erheblich zunehmen – auch direkt über das Netz vertrieben werden. Dies kommt etwa im Falle der Überspielung von Musik⁵⁵⁾ als Dateien in Betracht, beim Abruf von Zeitschriften, aber auch bei der Übermittlung von Software. Dienstleistungen, wie etwa Suchdienste oder Datenbanken, sind ebenfalls unproblematisch im Netz erhältlich. Gerade in diesem Bereich des e-commerce ergeben sich die größten Chancen für Unternehmen.

In diesen Fällen kann das Produkt von jedem Ort dieser Erde bezogen werden. Demgemäß sind in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, auch nach herrschender Meinung, all diese Rechtsordnungen zu beachten. Dies ist auch nicht unbillig: Waren früher auf Grund der technischen Beschränkungen regelmäßig nur wenige Länder betroffen, so ist heute eine weltweite Verbreitung möglich. Damit korrespondiert auch die Anzahl der zu beachtenden Rechtsordnungen. Wer dies nicht will, muss sich auf

54) So auch die herrschende Meinung, vgl. *Körner/Lehment* in: Hoeren/Siebert, Handbuch Multimedia-Recht 1999, 11.1, Rdnr. 197 ff.; *Staudinger* Art. 38, Rdnr. 538; Münchener Kommentar Art. 38, Rdnr. 241; *Schricker*, a. a. O., Einleitung, F 204.

55) Über das MP 3-Format.

die herkömmlichen Vertriebsstrukturen beschränken und auf eine weltweite Präsenz verzichten.

C. Ergebnis

Eine Überfrachtung des Kollisionsrechts mit materiellrechtlichen Kriterien sollte vermieden werden. Die auftauchenden Fragen können jeweils vom zur Anwendung berufenen Recht auf Sachrechtsebene geklärt werden.

Ausreichend für die Klärung des anwendbaren Rechts bei Wettbewerbshandlungen im Internet ist daher, dass die Website im betreffenden Land abrufbar ist und es nicht ausgeschlossen ist, dass die beworbene Ware oder Dienstleistung von den dort befindlichen Personen auch bezogen werden können. Das IPR bedarf entgegen anderer Ansicht keiner Korrektur, da es folgerichtig und angemessen auf den Sachverhalt Internet reagiert. Im Vergleich zu herkömmlichen Verbreitungsmöglichkeiten hat sich der Sachverhalt insofern verändert, als eine große Anzahl von Territorien und damit Rechtsordnungen betroffen ist. Diese weltweite Verbreitung ist aber gerade Sinn und Zweck des Internet. Aus der Internationalität des Mediums resultieren daneben auch eine Vielzahl von Marktorten, die jedoch jeweils nach ihrem eigenen Recht zu beurteilen sind.

Einen Ausweg aus dieser wenig praktischen Situation kann nur eine Harmonisierung des Sachrechts bringen. Sind die Rechtsordnungen in materieller Hinsicht aneinander angepasst, so rückt die Frage nach der Anwendbarkeit des Rechts erkennbar in den Hintergrund.

Ein erster kleiner Schritt zur Harmonisierung – wenigstens auf EU-Ebene – wurde bereits im Bereich des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung getan: Die Vorschriften werden aller Voraussicht nach ersatzlos aufgehoben, um eine Inländer-Diskriminierung zu vermeiden.

Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, Gütersloh

Die Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechts nach Art. 3 Abs. II EC-RiL und das Grundgesetz

Einleitung

Dass bei der Bewertung von kommerziellen Darstellungen hauptsächlich im Internet Art. 3 Abs. II EC-RiL¹⁾ verlangt, das deutsche Recht müsse durch das Recht eines sonstigen Anbieterstaates der EU verdrängt werden, zählt mittlerweile zu den bekannten Tatsachen. Den Streitfall bildet diese neue Rechtslage nicht. Vielmehr ist

1) Richtlinie 2000/31/EG des europäischen Parlamentes 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“). Hier in diesem Beitrag erfolgt die abgekürzte Zitierweise mit EC-RiL. Die RiL wurde veröffentlicht und trat in Kraft am 17. Juli 2000.

es umgekehrt der Streitfall, der unter dem Anwendungsbereich der EC-RiL gänzlich neue Rechtsfragen aufwirft. An dessen Ende steht dann die Anwendung fremden Sachrechtes.

Ausgangspunkt hier soll folgender Fall sein: Ein Anbieter rügt als Mitbewerber in Deutschland, dass ausgehend von Frankreich das im Internet vermittelte Angebot gelegentlich den Einstandspreis unterschreitet²⁾. Damit stellen sich folgende Fragen:

2) EuGH WRP 1994, 99 = GRUR Int 1994, 56 = GRUR 1994, 296 = NJW 1994, 121 „Keck und Mithouard“.

- Welcher Staat ist für die Rechtsdurchsetzung zuständig (Staatszuständigkeit)?
- Sofern die Verletzung französischen Rechts in Deutschland gerügt werden kann: steht prozessual insbesondere die Unterlassungsklage zur Verfügung, oder ist die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung gleichfalls an das Herkunftslandsrecht (hier: Strafverfahren) gebunden?
- Was den Prüfungsmaßstab anbelangt: verdrängt das Herkunftslandsrecht nicht nur einfaches Marktortrecht, sondern auch Marktortverfassungsrecht?
- Sollte nach wie vor Marktortverfassungsrecht gelten: welches Rangverhältnis besteht zum Herkunftslandsverfassungsrecht?
- Sollte nach wie vor Marktortverfassungsrecht gelten fragt sich: haben aufgrund der im Eilverfahren zum so genannten Bananestreit ergangenen Verfassungsentcheidung die Grundrechte im Eilverfahren eine andere Bedeutung, wenn es um die Wahrung der nur durch Schnelligkeit zu verwirklichenden Durchsetzungschance von Recht geht, oder ist diese Rechtsprechung durch die jüngste Hauptsacheentscheidung zum Bananestreit überholt?
- Sofern wegen grundrechtsspezifischer Maßnahmen im Eilverfahren Prüfungsmaßstab die Grundfreiheiten sind: welche prozessualen Besonderheiten gelten für die Dringlichkeit?
- Welche prozessualen Besonderheiten gelten dann im Hinblick auf die Vorwegnahme der Hauptsache?
- Sofern grundrechtsbedeutsame Eingriffe nicht vorliegen, gleichwohl im Grundsatz vom Bestehen eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs in Deutschland auszugehen ist: inwieweit ist es rechtmäßig, dass das einstweilige Verfügungsverfahren als Mittel der Rechtsdurchsetzung nicht mehr in Betracht kommt, da das anzuwendende Herkunftslandsrecht dem zuständigen Gericht in Deutschland im Regelfall kurzfristig nicht geläufig sein dürfte? M. a. W., inwieweit ist es rechtmäßig, dass das einstweilige Verfügungsverfahren unter dem Anwendungsbereich der EC-RiL praktisch abgeschafft wird?
- Kommt es zu rechtsfreien Räumen, weil – bei vorhandener Gerichtszuständigkeit im Marktortstaat – die für die Rechtsdurchsetzung erforderliche Rechtskenntnis im Hinblick auf die fremde Rechtsordnung fehlt?
- Sofern das Herkunftslandsrecht außerhalb des Herkunftslandes durchgesetzt werden kann: welches Gericht sichert die Einheit der sämtlichen Herkunftslandsrechtsordnungen (abzüglich des eigenen nationalen Rechtsbereiches), welche möglicherweise nicht nur durch deutsche, sondern durch weitere nationale Gerichte ausdifferenziert werden?
- Was die Begründetheit weiter anbelangt: ausschließlich wettbewerbsrechtliche Fragestellungen dürften Verfassungsfragen nur in einem eher beschränkten Umfang aufwerfen. Anderes gilt bei Kennzeichen: welche Rechte hat der Zeicheninhaber im Internet, dem dessen nationale Rechtsprechung Kennzeichenschutz etwa wegen fehlender Unterscheidungskraft versagte und dem der Unterlassungsgläubiger im Marktortstaat entgeg-

net, die Berufung auf das Herkunftslandsrecht laufe leer, da wegen des Markenschutzes im Marktortstaat die EC-RiL unanwendbar sei?

– Liegt ein ausbrechender Rechtsakt im Sinne der Rechtsprechung des BVerfGs zu Maastricht vor, wenn die Verweisung Umgehungssachverhalte betrifft und daher auch nach dem Recht des Marktortstaates zu bewertende Sachverhalte dem Herkunftslandsrecht unterstellt werden?

Die Reihenfolge der aufgeworfenen Fragen ist maßgebend für die nachstehenden kurzen Antworten.

1. Zulässigkeitsfragen

1.1 Zum Ort der Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechts nach Art. 3 Abs. II EC-RiL

Die erste Frage im Anwendungsbereich der umgesetzten EC-RiL lautet: welches Gericht ist im Streitfall zuständig?

Die maßgebende Regelung findet sich in Art. 3 Abs. II EC-RiL; danach dürfen „Die Mitgliedsstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen“.

Da als „Gründe des koordinierten Bereiches“ sämtliche nationalen rechtlichen Regelungen anzusehen sind, ist es nach Art. 3 Abs. II EC-RiL nationalen Gerichten nicht nur verwehrt, eigenes Recht auf den Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten anzuwenden; verboten ist es diesen nationalen Gerichten auch, die Auseinandersetzung mit dem Recht des Herkunftslandes zu regeln.

Was über den Wortlaut hinausgehend den – inneren – Zusammenhang von Art. 3 Abs. II EC-RiL mit Art. 3 Abs. I EC-RiL anbelangt („Jeder Mitgliedsstaat trägt dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedsstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen“), so ist erneut das Herkunftslandsgericht für die Durchsetzung des Herkunftslandsrechts zuständig. Denn die zitierte Vorschrift drückt aus, dass jeder Mitgliedsstaat der EU seiner und damit jeweils seiner Rechtsordnung Rechtsgeltung zu verschaffen hat; im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. II EC-RiL bedeutet dies, dass wegen der Nichtidentität der Herkunftslandsrechtsordnung mit der Marktortrechtsordnung eine Rechtsgeltungsverschaffung fremden Rechts auch nach Art. 3 Abs. I EC-RiL zu unterlassen ist.

Gegen diese Deutung steht auch nicht die Überlegung, Art. 3 Abs. I EC-RiL normiert wegen des Bindungsauftrages an das eigene Recht eine Vorabzuständigkeit des Marktortgerichtes in jedem Fall, da zuerst geprüft werden müsse, ob im Streitfall nationales Recht verletzt wird. Diese Erwägung verfängt deshalb nicht, weil das Herkunftslandsrecht gem. Art. 3 Abs. II EC-RiL unabhängig davon gilt, ob es strengere oder weniger strenge Voraussetzungen enthält, als das Marktortrecht; auf das Marktortrecht kommt es mithin nicht an, was den alleinigen Anwendungsvorrang des Herkunftslandsrechts gem. Art. 3 Abs. II EC-RiL insoweit ergibt und damit das

Fehlen eines Regel- (Art. 3 Abs. I EC-RiL) und Ausnahmeverhältnisses (Art. 3 Abs. II EC-RiL)³⁾.

Was das – äußere – System anbelangt, so ergeben Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ und Art. 24 EuGVÜ (zuständig für Haupt- und Eilverfahren ist das Deliktortsgericht; das Wettbewerbsrecht wird dem Recht der unerlaubten Handlungen zugeordnet⁴⁾) allerdings einen Ergebnisgegensatz.

Dieser Widerspruch ist aber keine Folge mangelhafter Erkenntnis, was die Reihung der Regelungen der EC-RiL und ihren logischen Ort im Gesamtrechtssystem nach Haupt und Gliedern anbelangt; der Widerspruch ist vielmehr Folge der Regelungen der EC-RiL selbst. Und nachdem auch im Hinblick auf den objektiven Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. II EC-RiL die Gründe für die Zuständigkeit des Marktortgerichtes zumindest auf den ersten Blick ohne abschließenden Bewertungsvorrang den Gründen für die Zuständigkeit des Herkunftslandsgerichtes gegenübergestellt werden müssen, sprechen die überwiegenden Gründe im Rahmen einer Auslegung von Art. 3 Abs. II EC-RiL dafür, dass im Anwendungsbereich die EC-RiL für die Rechtsdurchsetzung das Herkunftslandsgericht zuständig ist.

Diese Lösung hat eine Entsprechung zum materiellen Recht, gemeint ist die Verhältnisbestimmung betreffend das Herkunftslandsrecht einerseits und das IPR andererseits. Dort geht man davon aus, dass für das IPR und damit das Marktortrecht ein Anwendungsbereich verbleibt, wo das Herkunftslandsrecht nicht zur Geltung kommt⁵⁾.

Wenn – wie hier – trotz Vorhandenseins des Streitfalles tatsächlich in Deutschland die Streiflösung nicht nur mittels staatsfernen Rechtes, sondern überdies im staatsfernen Herkunftsstaat zu erfolgen hat, stellt sich die Frage nach einer Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG.

3) A. A. Ahrens, CR 2000, 838: „Es bleibt dem Beklagten überlassen, einen niedrigeren Schutzstandard ... „einzuwenden“. Diese Sichtweise ist identisch mit der Beurteilung von grenzüberschreitenden Sachverhalten sonst: das nach dem Marktortrecht gefundene Ergebnis ist anhand des EGV, insbesondere anhand von Art. 28 EGV zu kontrollieren. Demgegenüber findet mit der Einführung des Herkunftslandsrechtes der Abschied von der herkömmlichen Vorstellung des Stufenbaus der Rechtsordnung statt. Während Marktortrecht außerhalb des Anwendungsbereiches der EC-RiL unter dem Vorbehalt des EGV steht, wird es im Anwendungsbereich der EC-RiL vollständig verdrängt durch das Herkunftslandsrecht. Während Marktortrecht außerhalb des Anwendungsbereiches der EC-RiL kaum Geltung in einem anderen Staat (nur unter bedingten Voraussetzungen bei Vertragspartnern) erlangt, ist es im Anwendungsbereich der EC-RiL als Herkunftslandsrecht alleinige Regelungsmaterie und unterliegt nicht einmal Beschränkungen des EGV. Dies kann nur bedeuten: Das europäische Rechtschamäleon ist auf dem Vormarsch

4) BGH WRP 1998, 386 = GRUR 1998, 419 = NJW 1998, 1227 „Gewinnspiel im Ausland“; BGH WRP 1998, 854 = GRUR 1998, 945 = NJW 1998, 2531 „Co-Verlagsvereinbarung“; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Auflage 1999, Einleitung Rz 176; w.N. bei Schriker in: Großkommentar zum UWG, Einleitung F 168; kritisch Schönemann in: Großkommentar zum UWG, Einleitung E 64 ff. Wenn im Fließtext jeweils Bezug genommen wird auf den Marktort, geschieht dies in Gegenüberstellung zum Herkunftslandort. Eine Stellungnahme, ob im Rahmen der Marktortsanknüpfung an das marktbezogene Auswirkungsprinzip oder die marktbezogene Interessenskollision anzuknüpfen ist (hierzu Fezer/Koos IPRax 2000, 349, 350, 351) unterbleibt hier.

5) Apel/Grapperhaus WRP 1999, 1247, 1252: „Das Herkunftslandsprinzip wird jedoch insoweit zum Metaprinzip, als das Recht des Kollisionsortes in Internetfällen nur insoweit anwendbar ist, als es nicht dem Recht des Herkunftslandes widerspricht“; diese Auffassung dürfte zutreffend sein, auch wenn zumindest weitere Differenzierungen vorhanden sind. Einigkeit herrscht in der Bewertung von Hoeren, MMR 1999, 192, 195, wonach die frühere Regelung betreffend den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. I EC-RiL zu den „dunkelsten Stellen des Entwurfes“ zählt (bestätigend zitiert von Bodewig GRUR Int 2000, 475, 479; Spindler ZUM 1999, 775, 785).

Die Anwendung dieses formellen Hauptgrundrechtes⁶⁾, dieser Verbürgung effektiven Rechtsschutzes⁷⁾ könnte deshalb problematisch sein, weil die Nichtbejahung der deutschen Staatszuständigkeit durch den Richter erfolgen würde. Art. 19 Abs. 4 GG findet aber keine Anwendung auf Maßnahmen richterlicher Gewalt. „Insoweit gilt die Formel, dass die Rechtsschutzgarantie 'Rechtsdurchsetzung durch den Richter, nicht gegen den Richter' (G. Dürig) verbürgt“⁸⁾.

Hiergegen steht, dass diese Formel in der neueren Literatur eher kritisch betrachtet wird⁹⁾, auch hat das BVerfG keine Bedenken, Verfassungsbeschwerden gegen richterliche Durchsuchungsanordnungen zuzulassen¹⁰⁾. Entscheidend für das hier bejahte Rechtsmittel der Berufung gegen eine Zurückweisung der Klage als unzulässig ist aber, dass die aufgeworfene Fallsituation völlig neu ist: bislang war bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ein anderes Gericht in Deutschland zuständig. Entfällt – wie hier – diese Möglichkeit, entfällt auch die im Zuge der teleologischen Reduktion¹¹⁾ oder Restriktion¹²⁾ gefundene Einschränkung des Wortlautes von Art. 19 Abs. 4 GG.

Darüber hinaus dürfte die beschriebene Klagezurückweisung gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden) und Art. 103 Abs. 1 GG (Anspruch auf rechtliches Gehör) verstoßen.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden: die durch Art. 3 Abs. II EC-RiL vorgesehene Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechtes im Herkunftsland wird vor allem durch Art. 19 Abs. 4 GG berichtigt; zuständig ist demnach ein deutsches Gericht, sofern Deutschland Marktortstaat ist.

1.2 Rechtsdurchsetzung außerhalb der vom Herkunftslandsrecht vorgesehenen Art und Weise der öffentlichen Gewalt?

Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob aus der insbesondere gem. Art. 19 Abs. 4 GG zu fordernden staatlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte zu folgern ist, dass die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung sich in denjenigen Verfahrensmöglichkeiten und -ordnungen vollzieht, die für parallele nationale Rechtsfragen bestehen bzw. gelten. Hauptsächlich fragt sich mithin, ob die Rechtsdurchsetzung vor deutschen Gerichten erstritten werden kann selbst dann, wenn der sich aus der Anwendung des Herkunftslandsrechtes ergebende Wettbewerbsverstoß beispielsweise dort in einem Straf- oder Verwaltungsverfahren geltend zu machen ist.

Dies dürfte gerade im Hinblick auf Art. 18 EC-RiL zu bejahen sein. Nach dieser Vorschrift stellen „die Mitgliedstaaten ... sicher, dass die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten ... es ermöglichen,

6) Klein, VVDStRL 8 (1949), 67, 87 f.; Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG 4. Auflage 1999, Art. 19 Abs. 4 Rz 372 – 376; Schulze-Filietz, in: Dreier (Hrsg.) GG Bd I 1996, Art. 19 Abs. 4 Rz 31; Stern, Staatsrecht Bd III 1. Halbband 1988, S. 1441.

7) BVerfG NJW 1990, 1104; BVerfG NJW 2000, 1175, 1176, 1178; Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG 4. Auflage 1999, Art. 19 Rz 365, 375.

8) Huber in: a.a.O. (s.o. Fn. 5), Art. 19 Abs. 4, Rz 444.

9) Huber, a.a.O. (s.o. Fn. 5), Art. 19. 4 Rz 447; Krebs in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG 5. Auflage 2000, Art. 19. Abs. 4, Rz 57.

10) BVerfG StV 2000, 465.

11) Larenz, Methodenlehre, 6. Auflage 1991, 391 und 400.

12) Fikentscher, Methoden des Rechts, Band IV 1977, 311.

dass rasche Maßnahmen, einschließlich vorläufiger Maßnahmen, getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht“. Dies gilt um so mehr, als sogar die Rechtsdurchsetzung von Gemeinschaftsrecht Sache der internen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist. Schranken insoweit ergeben nur das Diskriminierungsverbot und die vom Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten¹³⁾.

1.3 Zum Rangverhältnis zwischen Herkunftslandsrecht und Marktortverfassungsrecht

Insbesondere die Grundrechte können als Teil des Verfassungsrechtes nicht durch einfaches Bundesrecht späterhin außer Kraft gesetzt werden. Dies gilt nicht nur dann, wenn Grundrechte im klassischen Sinn als Abwehrrechte gegen den Staat verstanden werden; dies gilt auch im Falle ihres Vorhandenseins als institutionelle Garantie – und der interessanten Tatsache, dass manche Grundrechtsinhalte vom einfachen Bundesgesetzgeber sogar erst ermöglicht werden¹⁴⁾.

Denn nicht nur die Schrankenregelung im Rahmen der Bestimmung des Anwendungsbereiches eines grundrechtlichen Abwehrrechtes, sondern auch die Inhaltsbestimmung im Rahmen einer institutionellen Garantie seitens des einfachen Gesetzgebers sind andere Akte als die – gedankliche – Abschaffung des Abwehrrechtes oder der Institutionellen Garantie durch denselben einfachen Gesetzgeber.

An dieser Sichtweise ändert sich auch nichts mit Blick auf die Entscheidung des EuGH¹⁵⁾ betreffend die Möglichkeit von Frauen, Dienst an der Waffe leisten zu können. Denn unabhängig von dem Streit¹⁶⁾ über die Zulässigkeit einer Korrekturmöglichkeit des Art. 12 a GG durch den EuGH gilt, dass weder der Blick auf das Verhältnis zwischen EGV und GG noch ein solcher auf das Verhältnis zwischen RiL und GG noch ein solcher auf das Verhältnis zwischen Herkunftslandsverfassungsrecht und GG noch ein solcher auf das Verhältnis zwischen Herkunftslandsrecht und GG eignet, einen Vorrang des Herkunftslandsverfassungsrechtes gegenüber dem GG zu rechtfertigen. Dies wird auch die Position des EuGH sein, hiervon bleibt unberührt, dass dieses Gericht im Verhältnis EGV zu GG von einem Anwendungsvorrang des EGV und daher vom Vorrang¹⁷⁾ seiner Rechtsprechung, das BVerfG von einem Kooperationsverhältnis¹⁸⁾ ausgeht.

13) EuGH NJW 1998, 2127 Tz 13.

14) *Herzog*, in: FS Zeidler 1987, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 1415 – 1428.

15) EuGH NJW 2000, 497.

16) *Arndt* NJW 2000, 1461: „Deutsches Verfassungsrecht geht aber dem Recht der Europäischen Union vor“. A.A. der EuGH; nach seiner Auffassung ist es weder möglich noch zulässig, die Wirksamkeit der Einsetzung der neuen supra nationalen gesetzgebenden Gewalt unter Berufung auf nationales Verfassungsrecht anzugreifen; v. 08. 10. 1986 – 234/85 – Slg 1986, 2909. A.A. ferner *Sieberichs* NJW 2000, 2565; *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz 433 m.w.N..

17) EuGH v. 08. 10. 1986 – 234/85 – Slg. 1986, 2909 (s. o. Fn. 14).

18) BVerfG NJW 1993, 3047, 3054 Maastricht; allgemein zum Rangverhältnis zwischen staatlichen Normen: *Ferdinand Kirchhof*, Private Normsetzung 1987, 492; zum Verhältnis Gemeinschaftsrecht und Recht der Mitgliedstaaten ferner BVerfG NJW 1988, 1459, 1461; *Paul Kirchhof* JZ 1998, 965, 967: „Die Gemeinschaft ist kein souveräner Staat i.S.d. Völkerrechtes (m.w.N.), dem eine Kompetenzkompetenz über innere Angelegenheiten zukäme“. Gegen diese einhellige Auffassung, wonach die EU kein souveränes Staatesgebilde darstellt, *Zuleeg* NJW 2000, 2846.

Zu unterscheiden ist die verfassungsrechtliche Beurteilung der Verweisung des Art. 3 Abs. 2 EC-RiL (das Umsetzungsgesetz)¹⁹⁾ in seiner Rechtfertigungsmöglichkeit der Ersetzung nationalen Rechtes durch fremdes Recht einerseits von dem Inhalt der Verweisung, dem fremden Recht andererseits.

Wenn es also an dieser Stelle um das Rangverhältnis dieses Inhaltes der Verweisung gegenüber dem GG geht, bedeutet dies nicht zugleich, der Inhalt der Verweisung (Herkunftslandsrecht oder Herkunftslandsverfassungsrecht) ermöglichte als Legitimationsgrundlage das GG und eignete daher, über dessen Abschaffung bzw. Ersetzung zu befinden; das Gegenteil ist der Fall.

Nochmals: das Herkunftslandsrecht ersetzt zwar einfaches Bundesrecht, es bildet für dessen Ersetzung aber nicht den Geltungsgrund. Und eben so wenig bildet es den Geltungsgrund für eine Ersetzung des GG.

Rechtfertigungs- oder Geltungsgrund ist das Umsetzungsgesetz und dieses kann – wahrscheinlich – als solches ersetzen einfaches Recht, nicht aber Verfassungsrecht durch Verweisung auf fremdes staatliches Recht.

Was die Verweisungsregelung anbelangt, so eignet diese als Geltungsgrund für die Abschaffung des deutschen Verfassungsrechtes wohl nicht einmal dann, wenn der Bundestag unter entsprechender Zielsetzung²⁰⁾ (woran es bei der Abstimmung über das Umsetzungsgesetz wohl fehlen wird) mit einer Mehrheit von 2/3 entscheidet. Zuständig insoweit dürfte allein der Verfassungsgeber, mithin das deutsche Staatsvolk sein.

Folge ist die Besonderheit, dass von deutschen Gerichten fremdes Herkunftslandsrecht und deutsches Marktortverfassungsrecht anzuwenden ist vorausgesetzt, es liegt ein Sachverhalt im Anwendungsbereich der – umgesetzten – EC-RiL vor.

1.4 Marktortverfassungs- und Herkunftslandsverfassungsrecht

Das Herkunftslandsrecht ersetzt zwar deutsches Marktortrecht vermittels der aus Art. 3 Abs. II EC-RiL folgenden deutschen – einfach gesetzlichen – Umsetzungsregelung; wie vorstehend zu Ziff. 1.3 dargelegt kann aber deutsches Verfassungsrecht nicht durch – einfaches – Herkunftslandsrecht abgeschafft bzw. ersetzt werden, da die Umsetzungsregelung – wohl – nicht die Voraussetzungen erfüllt, welche für gezielte Verfassungsänderungen nötig sind.

Damit gilt aber auch, dass Herkunftslandsverfassungsrecht nicht vermittels der aus Art. 3 Abs. II EC-RiL folgenden deutschen – einfach gesetzlichen – Umsetzungsregelung deutsches Marktortverfassungsrecht verdrängt, die Legitimationsgrundlage in dem nach deutschen Staatsrecht zu bestimmenden Sinn ist erneut nicht vorhanden.

19) Vgl. hierzu den Gesetzesentwurf betreffend „Das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG)“ vom 14. Februar 2001; a. A. *Tettenborn*, K & R 2000, 386, 388: „Das Herkunftslandsprinzip des Art. 3 der Richtlinie ist streng genommen nicht umzusetzen“.

20) Allein auf die Verabschiedung des Vertrages von Amsterdam mit verfassungsändernder Mehrheit stellen ab *Köster/Schröder*, NJW 2001, 273, 274.

1.5 Zum Prüfungsmaßstab im Eilverfahren betreffend das GG einerseits und den EGV andererseits

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Gerichte zum Erlass einstweiliger Maßnahmen berechtigt²¹⁾. Von diesem Grundsatz ist der EuGH allerdings später abgewichen²²⁾, obschon er sich – auch – dort ausdrücklich zu dem hier wiedergegebenen Grundsatz bekannt hat²³⁾.

Im Zuge des Wegfalls der Vorlagepflicht kam es dazu, dass das BVerfG im Rahmen einer Eilentscheidung zum sog. Bananenstreit eine Verletzung von Art. 14 GG unter Hinweis auf das Nichtvorhandensein von Regelungsmechanismen für konkrete Härtefälle in der die Importkontengierung von Bananen regelnden VO bejahte²⁴⁾, obschon der EuGH²⁵⁾ zuvor die Rechtmäßigkeit dieser VO ausdrücklich festgestellt hatte.

Nunmehr hat das BVerfG – in seiner Hauptsacheentscheidung – einen Grundrechtsverstoß verneint²⁶⁾.

Dieser Sachverhalt kann wie folgt gedeutet werden: Die eigene Gerichtsbarkeit wird gegenüber dem EGV durch das BVerfG dann nicht zurückgenommen, wenn andernfalls ein effektiver Rechtsschutz überhaupt verwehrt wäre. Oder aber es gilt, dass die Eilentscheidung nunmehr korrigiert wurde.

Fazit: Ob im Eilverfahren die Verhältnisbestimmung zwischen GG und EGV eine besondere ist oder ob insoweit keine Unterschiede zur Hauptsachestreitigkeiten bestehen, muss ohne eingehende Untersuchung offen bleiben. Eingedenk der Tatsache, dass Verfassungskonflikte im Anwendungsbereich der – umgesetzten – EC-RiL aber ohnehin selten sein dürften, zudem „das Instrument der verfassungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung ... äußerst zurückhaltend und unter Anlegung eines strengen Maßstabes anzuwenden ist (m.w.N.²⁷⁾)“, besitzt das hier kurz angesprochene Problem keine allzu häufige praktische Bedeutung.

1.6 Prozessuale Besonderheiten betreffend die Dringlichkeit bei grundrechtsspezifischen Maßnahmen

Hier genügt nicht die einfachgesetzliche, zu § 25 UWG regelmäßig²⁸⁾ reflektierte Dringlichkeit; die Unzumutbarkeit des Abwartenkönnens im Hinblick auf eine

Grundrechtsverletzung bestimmt sich in diesem Fall nach den Voraussetzungen gem. § 32 BVerfGG²⁹⁾, was auch bedeutete, dass die Gründe insoweit substantiiert dargelegt werden müssen. Ferner haben die eine Verfassungswidrigkeit ergebenden Gründe grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, maßgebend ist vielmehr eine Rechtsfolgenabwägung³⁰⁾.

1.7 Prozessuale Besonderheiten betreffend die Vorwegnahme der Hauptsache bei grundrechtsspezifischen Maßnahmen

In wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen ist die einstweilige Verfügung das hauptsächliche und regelmäßig auch endgültige Mittel im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung. Nicht nur die im Verfügungsverfahren ergangene Entscheidung wird in der Regel als endgültige Entscheidung mittels Abschlusserklärung akzeptiert, solches gilt auch für die regelmäßige Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache selbst, die Akzeptanz betrifft auch die Gerichte³¹⁾.

Soweit mit der Verletzung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruches zugleich die Verletzung einer Grundrechtsposition gerügt wird, ist wegen des die Effektivität des Rechtsschutzes verbürgenden Verfahrensgrundrechts gemäß Art. 19 Abs. 4 GG eine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung dann zulässig, wenn anderenfalls „schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, die eine Entscheidung in der Hauptsache nachträglich nicht mehr beseitigen könnte“. Dies kann es erforderlich machen, dass der „geltend gemachte Anspruch tatsächlich und rechtlich eingehend geprüft wird, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (m.w.N.)“³²⁾.

1.8 Zur Rechtmäßigkeit der faktischen Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund der Fremdheit des anzuwendenden Herkunftslandsrechts

Die Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes dürfte dann rechtswidrig sein, wenn ohne diese Gestaltungsmöglichkeit Grundrechtsverbürgungen verletzt werden.

Nachdem allerdings zu 1.3 und 1.4 festgestellt worden war, dass die nach dem GG geltenden Grundrechte nicht durch das Herkunftslandsrecht verdrängt werden, kommt es zur Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes im einfachgesetzlichen Bereich, es sei denn, deutsche Gerichte finden in dem für das Eilverfahren geltenden Zeitrahmen unter Anwendung der fremden Rechtsordnung die – einstweilige – Lösung³³⁾.

21) EuGH NJW 1991, 2207; bestätigt durch die Entscheidung v. 08. 02. 2000 – Z 17/98 Ermesa Sugar/Aruba; EuGH NJW 1996, 1333 LS = EuZW 1995, 836 Atlanta Fruchthandelsgesellschaft u. a./Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft.

22) EuGH NJW 1997, 1225 T. Port GmbH & Co. KG/Bundesamt für Landwirtschaft und Ernährung.

23) Ohler/Weiß NJW 1997, 2221.

24) BVerfG NJW 1995, 950.

25) EuGH Slg 1995, I-3799 = EuZW 1995, 836 (s.o. Fn. 18).

26) BVerfG NJW 2000, 3124; vgl. ferner *Cscante* und *Sander*, besprochen durch *Jürgensen*, NJW 2000, 2805. Was den Bananenstreit anbelangt (vgl. hierzu auch meine Ausführungen in WRP 1999, 792, 802, Fn. 83), so ist nicht nur die rechtliche Bewertung von Belang, ob durch die EU – noch – generell Grundrechtsschutz in Fragen des Eigentums gewährt wird. Interessant ist auch der sachliche Hintergrund dieses Streites. „Die EG-Bananenmarktordnung (sc: vom 25. 09. 1997) wurde zum Schutz der Bananenerzeuger in der Gemeinschaft und in den – mit ihr in einer Entwicklungsassoziation verbundenen – ehemaligen Kolonialstaaten Afrikas, des karibischen und des pazifischen Raumes (s.o. AKP-Staaten) erlassen“ (*Schmid*, NJW 1998, 190, 191). Abgeschottet werden sollten vom europäischen Markt sog. Drittlandsbananen. Damit wird aber der häufige Vorwurf, die Marktabschottungstendenzen der Deutschen mussten und müssen mit Hilfe des Art. 30 (Art. 28 n.F.) aufgebrochen werden, wegen des Selbstwiderspruchs ein etwas bedingter.

27) BVerfG NJW 2000, 1399, 1400; BVerfG NJW-RR 2000, 1713.

28) Zur Geltung von § 25 UWG etwa im Markenrecht *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage 1997, Kap. 54 Rz 20 Lit b; OLG Köln NJWE-WettbR 2000, 93 und NJWE-WettbR 2000, 114.

29) Vgl. hierzu BVerfG NJW 2000, 1399; BVerfG NJW 2000, 3051, 3052; BVerfG NJW 2000, 3052, 3054; BVerfG NJW-RR 2000, 1589.

30) BVerfG, a.a.O. (Fn. 26).

31) *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 25 Rz 11; die Vorwegnahme in der Hauptsache führt auch dazu, dass Verfügungsverfahren den Hauptsachestreitwert aufweisen können, OLG Köln NJE-WettbR 2000, 247; *Ulrich*, in: *Pastor/Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, 4. Aufl. 1999, Kap. 58 Rz 27 ff.

32) BVerfG NJW 1995, 950, 951; BVerfG NJW 2000, 1399, 1400.

33) Das einstweilige Verfügungsverfahren, wie es in Deutschland existiert, ist der Paradeffall für die – auch durch Art. 18 Abs. 1 EC-RiL geforderte – effektive Rechtsdurchsetzung. So legte *Mäder*, zuständiger Jurist im Hause Kraft Jacobs Suchard im Rahmen des Frankfurter Symposiums der WRP zum Markenrecht am 25. 02. 2000 dar, dass über eine Klage seines Hauses wegen Nachahmung der Schokolade „Toblerone“ der zuständige Richter in Manila seit einem halben Jahr nicht entschieden habe: „In Deutschland wäre dies eine Sache von Stunden gewesen“.

Dass deutsche Gerichte sämtliche fremden Rechtsordnungen der Europäischen Gemeinschaft in dem beschriebenen Sinn beherrschen, ist aber ein Ding der – objektiven – Unmöglichkeit, sei sie nun anfänglich oder nachträglich.

Damit führt das Herkunftslandsprinzip zum Gegenteil seines Anliegens, nämlich der einfachen Rechtsverwirklichung. Während bislang der Absender auf das Marktortrecht achten musste, sich durch dieses Recht in seinen wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten, bestärkt in dieser Auffassung durch verschiedene Organe der EU, gehindert sah, tritt ein viel größeres Hemmnis auf Seiten des durch Maßnahmen des Absenders betroffenen Marktteilnehmers dadurch ein, dass das Herkunftslandsrecht in der maßgebenden Kürze der Zeit nicht nur die Frage nach Hemmnissen aufwirft, sondern überhaupt nicht durchsetzbar ist. Dies führt auch dazu, dass das Herkunftslandsprinzip die zu Ziff. 1.2 zitierte Forderung nach rascher Rechtsdurchsetzung (Art. 18 EC-RiL) konterkariert. Kurz: Art. 3 Abs. II EC-RiL und Art. 18 EC-RiL stehen tatsächlich in direktem Gegensatz. Die Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes wird zu ungeahnten Auswirkungen führen; der Rechtsverletzer ist prämiert, was bislang Talk-Shows vorbehalten blieb, nämlich triumphierend über, unter oder neben dem Recht zu stehen, wird nunmehr Rechtsverletzern im Wirtschaftsverkehr ermöglicht.

1.9 Rechtsfreie Räume und das Grundgesetz

Das ausländische Wettbewerbsrecht dürfte allzumeist unbekannt sein. Selbst wenn allerdings erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer in den Anwendungsbereich der EC-RiL fallenden Handlung bestehen, werden die zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechtes befugten Mitbewerber und Wirtschaftsverbände nicht selten vor Prozesshandlungen zurückschrecken, weil das Wagnis eines – anteiligen oder gänzlichen – Unterliegens zu hoch ist bzw., weil eine einigermaßen zeitnahe Entscheidung nicht erwartet werden kann.

Es darf daher füglich angenommen werden, dass Wettbewerbsverstöße insoweit in nicht geringem Umfang nicht mehr angegriffen werden.

Das Grundgesetz kennt keine rechtsfreien Räume. Dies bedeutet, dass kein Rechtssubjekt für sich in Anspruch nehmen kann, sein rechtlichen bedeutsames Verhalten sei gerichtlich nicht überprüfbar.

Theoretisch bleiben Wettbewerbshandlungen im Anwendungsbereich der EC-RiL überprüfbar, sie sind zu bewerten nach französischem, spanischem, dänischem, holländischem, portugiesischem u. a.m. Recht. Das GG ist daher in dem beschriebenen Umfang nicht tangiert; wegen der durch die EC-RiL bedingten tatsächlichen Nichtinanspruchnahme des Rechtsstaates ist allerdings tangiert – der Rechtsstaat.

2. Begründetheit

2.1 Sicherung der Rechtseinheit im Allgemeinen

Sämtliche Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten der EU müssen nach meiner hier dargelegten Rechtsauffassung aus Verfassungsgründen (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 101 GG und Art. 103 GG) von deutschen Gerich-

ten³⁴⁾ angewandt werden, was dazu führt, dass fremde Gerichte fremde Rechtsordnungen auslegen, Unterschiede und Zusammenhänge herausarbeiten, Verhältnisbestimmungen von Haupt und Gliedern begründen, ferner neue Anwendungsmöglichkeiten verneinen und bejahen. Kommt man innerhalb anderer Rechtsordnungen von Mitgliedstaaten der EU zu dem Ergebnis, dass auch dort fremdes Herkunftslandsrecht anzuwenden ist, entscheiden im Höchstfall hinsichtlich jeder Rechtsordnung (15) dieselbe Anzahl von Gerichten.

Wer mithin ein einziges Herkunftslandsrecht vollständig kennen wollte, müsste Kenntnis von 14 fremdstaatlichen und einer eigenstaatlichen Rechtsprechung haben, dieselbe Haltung, bezogen auf sämtliche Mitgliedstaaten der EU, setzt die Kenntnis von 225 Rechtsprechungen voraus. Diese Tatsache braucht nicht weiter kommentiert zu werden.

Lediglich am Rande ist beachtlich, dass um die Systematisierung von Erkenntnis und damit auch von rechtlicher Erkenntnis niemand umhin kommt. Und bedenkt man, dass es Kommentare, wie wir sie kennen, nur zum deutschen Recht vorhanden sind, ist es nicht unwahrscheinlich anzunehmen, wir werden nach einer stattlichen Anzahl von Jahren auf Kommentare zu sämtlichen Rechtsordnungen der EU zurückgreifen können, verfasst in deutscher Sprache.

Tatsächlich existiert aber kein Rechtszug, der die Rechtseinheit verbürgen könnte. Entscheidungen der Eingangsinstanz in einem Marktortstaat können durch das Oberste Gericht eines Herkunftslandes nicht aufgehoben werden, diese Art der Unanfechtbarkeit gilt für alle Verhältnismöglichkeiten zwischen Gerichten des Herkunftslandes und den Gerichten eines Marktortstaates.

Noch bedeutsamer dürfte es für die tägliche Rechtspraxis sein, dass dieselbe Rechtsordnung die unterschiedlichsten Präjudizien aufweisen kann bzw. wird. So werden nicht nur Einzelfälle unanfechtbar unterschiedlich entschieden werden, es ist vielmehr möglich, dass mitunter dieselben allgemeinen Fragestellungen zu jeweils anderen Antworten führen, was mithin als Rechtsvereinheitlichung gedacht war, wird zum Rechtswirrwarr. Maßgebend ist nämlich die im Herkunftslandsrecht erfolgte Präjudizienbildung dann nicht, wenn woanders bessere Gründe für die Rechtserkenntnis gefunden sind.

2.2 Sicherung der Rechtseinheit im Besonderen

Höchst problematisch scheint die Lösung zu sein, wenn Unterlassung auf der Grundlage einer im Marktortbereich entstandenen Unterlassungserklärung verlangt wird mit der Begründung, eine wirksame Kündigung der Unterlassungserklärung i.S.d. Rechtsprechung des BGH zur Geltung von sog. Altunterwerfungen³⁵⁾ liege nicht vor, während demgegenüber der tatsächliche oder vermeintliche Unterlassungsschuldner auf Spitzfindig-

34) Sofern für ein nach deutschem Recht vergleichbares Problem Gerichte und nicht Verwaltungsbehörden zur Rechtsdurchsetzung angerufen werden können.

35) BGH WRP 1997, 318 = GRUR 1997, 382 = NJW 1997, 1702 „Altunterwerfung I“; BGH WRP 1997, 318 = GRUR 1997, 386 = NJW 1997, 1706 „Altunterwerfung II“; WRP 1998, 743 = GRUR 1998, 953 = NJW 1998, 2439 „Altunterwerfung III“; BGH WRP 2000, 1404 = GRUR 2001, 85 „Altunterwerfung IV“.

keiten des deutschen Rechtes und demgegenüber auf das Herkunftslandsprinzip verweist.

Keine Lösung scheint zumindest nahezuliegen, wenn in der geschilderten Falllage Zahlung der Vertragsstrafe unter zusätzlicher Berufung auf Art. 14 GG verlangt wird: Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob eine verfassungsrechtlich geschützte Position gegen das Herkunftslandsrecht steht, die Lösung der Schwierigkeit hängt wohl einseitig von dem jeweiligen nationalen Bereich ab.

Verfassungsprobleme dürften sich ferner ergeben, wenn in einem Mitgliedstaat der EU Markenschutz etwa aufgrund fehlender Unterscheidungskraft im Hinblick auf ein bestimmtes Zeichen verneint wird, der betreffende Zeicheninhaber dieses Zeichen im Internet benutzt und in Deutschland von einem Markeninhaber unter Hinweis auf die Verwechslungsgefahr angegriffen wird. Die Marke zählt zum Bestand des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums i.S.d. Art. 14 GG³⁶⁾.

Wird hiergegen eingewandt, derartige Fälle könnten nicht auftreten, weil das MarkenG auf der Grundlage der ersten Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (98/104/IWG) erlassen wurde³⁷⁾, auch der Begriff der Verwechslungsgefahr mithin bestimme sich nach europäischen Maßstäben³⁸⁾, so ist dieser Einwand ebenso richtig wie das Nichtbestehen unterschiedlicher Ergebnisse zur Unterscheidungskraft und zur Verwechslungsgefahr im nationalen Bereich.

Greift die unterlegene Partei das Ergebnis vor dem EuGH an, dürfte die einzige Möglichkeit einer Kontrolle darin bestehen, eine Verletzung von Art. 28 EGV zu rügen. Die betreffende Partei müsste also nun von einem Markenstreit zu einem Streit über den freien Verkehr von Waren im Binnenmarkt wechseln – was als nachträglicher Austausch des Sachverhaltes kaum zulässig sein dürfte.

Wurde diese Möglichkeit von Anfang an beachtet, mithin die Marke als Verpackungsbestandteil³⁹⁾ verwendet, kam es parallel hierzu zu einer Bewerbung dieser Ware mit dieser Verpackung im Internet, und geht der Unterlassungsgläubiger des Marktortstaates aus seiner Marke – auch – gegen die Internetdarstellung vor, ist in der Tat ein Sonderfall gegeben, welcher den EuGH zur Superrevisionsinstanz betreffend die gegenständliche Fragestellung befördern dürfte. Der im Internet auftretende Zeichenverwender müsste aber wohl zusätzlich beim Deutschen Patent- und Markenamt Antrag auf Löschung der Marke nach § 54 Abs. 1 MarkenG i.V.m. § 50 Abs. 1 Ziff. 1 MarkenG stellen, um sich auch künftig gegen Angriffe derjenigen Person zu sichern, die nach nationalem Recht noch Markeninhaber ist, vorausgesetzt, der EuGH verneint einen Markenschutz.

2.3 Ausbrechender Akt bei Umgehungssachverhalten?

Bei Umgehungssachverhalten ist zu unterscheiden, ob sie mittels des Herkunftslandsrechts dessen – eigenem – Anwendungsbereich unterstellt werden, oder ob solches Folge insbesondere der Niederlassungsfreiheit gem.

Art. 43 EGV und der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV ist.

Umgehungssachverhalte aufgrund der EC-RiL scheinen wegen der ausdrücklichen Regelungen hierzu problemlos zu sein.

So heißt es in Art. 2 Lit c EC-RiL: „Niedergelassener Diensteanbieter“ ist noch nicht ein solcher, der auf „Vorhandensein und Nutzung technischer Mittel und Technologien (verweisen kann), die zum Anbieten des Dienstes erforderlich sind, (diese) begründen allein keine Niederlassung des Anbieters“.

Und nach Erwägungsgrund (19) ist maßgebend der Ort, an dem der Unternehmer seine Wirtschaftstätigkeit ausübt; ist dieser Ort wegen mehrerer Niederlassungen schwer zu bestimmen, gilt als maßgeblicher Ort derjenige, „an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeit des Anbieters in Bezug auf diesen bestimmten Dienst begründet“⁴⁰⁾.

Gleichwohl wird im Streitfall die erste Bezugnahme auf Art. 43 EGV (Art. 52 EGV a.F.; Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 EGV (Art. 59 EGV a.F.; Dienstleistungsfreiheit) erfolgen, diese Vorschriften haben im Zweifel Vorrang vor der Regelung der EC-RiL nebst den dortigen Erwägungsgründen. Und die Entscheidung „Centros Ltd“⁴¹⁾ macht deutlich, dass der EuGH Umgehungssachverhalte als solche nicht unbedingt beanstandet; was den BGH veranlasste, einen parallelen Sachverhalt erneut dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen⁴²⁾.

Nachdem allerdings auf diesem Feld der EuGH das letzte Wort hat, ist die Befürchtung, nationale Anbieter werden allein im Hinblick auf das Anbieten in das Land mit dem geringsten rechtlichen Verbotsniveau ausweichen, nicht wirklichkeitsfern. Dies hätte zur Folge, dass Marktortrecht selbst dann durch Herkunftslandsrecht verdrängt wird, wenn ein Umgehungssachverhalt, also in Wahrheit ein innerstaatlicher Sachverhalt vorliegt, weil der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Betätigung des Anbieters ohne Akzessorietät zum Herkunftsland ist.

Nachdem es hinsichtlich des hier dargelegten Sachverhaltes nicht um eine Folge fremden nationalen Rechtes oder die faktische Nichtanwendung deutschen Verfahrensrechts, sondern um Auswirkungen der umzusetzenden EC-RiL geht, dürfte es nicht fernliegend sein, bei einem Verlangen des EuGH betreffend die Anwendung des Herkunftslandsrechts als Folge einer – vermeintlichen – Verletzung von Art. 43 EGV bzw. Art. 49 EGV einen ausbrechenden Gesetzesakt zu bejahen.

Ist hiervon auszugehen, stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung als Bewertungsgrundlage heranzuziehen ist mit dem Folgeproblem der Anwendung der richtigen Rechtsfolge.

Es geht mithin um das Rangverhältnis zwischen dem EGV und dem Marktortverfassungsrecht (unter Ziff. 1.3 ist das Rangverhältnis zwischen Herkunftslandsrecht und Marktortverfassungsrecht [mit kurzem Hinweis auf die gegenständliche Problematik, vgl. Fn. 16 u. 17], unter Ziffer 1.4 das Rangverhältnis zwischen den Verfassungsrechtsordnungen der Mitgliedsstaaten der EU im Anwendungsbereich der EC-RiL erörtert).

36) BVerfGE 51, 193, 216 f.; 78, 58, 71; BVerfG DVBl 1997, 548; Fezer, Markenrecht, 2. Auflage 1999, Einleitung Rz 23.

37) GRUR Int 1989, 294.

38) EuGH WRP 1998, 39 „Sabèl/Puma“ = GRUR Int 1998, 56, 57 = NJW 1998, 741.

39) EuGH WRP 1995, 677 = GRUR Int 1995, 804 = NJW 1995, 3243 Mars.

40) Die Umgehungsproblematik ist ferner erwähnt in den Erwägungsgründen (19), (39), (44) und (57).

41) EuGH NJW 1999, 2027.

42) BGH ZIP 2000, 967.

Was das hier angesprochene Rangverhältnis (EGV einerseits; nationales Verfassungsrecht [hier: GG] andererseits) anbelangt, so ist zu unterscheiden zwischen einer möglichen Beeinträchtigung der in den Art. 1 GG bis 19 GG geregelten Grundrechte („I. Die Grundrechte“, als Gliederungsüberschrift des GG) und der Frage nach dem kompetenzrechtlichen Rahmen des GG andererseits („III. Der Bundestag“; Art. 38 Abs. 1 GG ist gleichwohl auch Grundrechtsbestimmung), jeweils in Gegenüberstellung zum EGV.

Im Hinblick auf den erstgenannten Bereich wurde die Antwort durch die Entscheidung „Solange II“ vorgegeben. Danach verzichtet⁴³⁾ das BVerfG darauf, abgeleitetes Gemeinschaftsrecht (dies wäre die Verweisungsregelung, nicht aber der Gegenstand der Verweisung, das Herkunftslandsrecht selbst) am Maßstab der Grundrechte des GG zu überprüfen, solange die europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Gemeinschaften einen wirksamen Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem Grundrechtsschutz des GG im Wesentlichen gleich zu achten ist⁴⁴⁾.

Ist dagegen zu klären, „ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen“⁴⁵⁾, so geht es um die Kompetenzfrage, die durch das BVerfG geprüft werden kann, es besitzt insoweit Prüfungscompetenz.

Gegen diese Haltung des BVerfGs, darüber befinden zu können und zu dürfen, ob sich Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe in den eingeräumten Zuständigkeitsgrenzen halten, stellt sich der EuGH. Nach seiner Auffassung hat er gem. Art. 234 ff EGV darüber zu befinden, ob Gemeinschaftsakte von einer Regelungszuständigkeit der Gemeinschaft gedeckt sind. „Durch das Zustimmungsgesetz zu den Verträgen ... (wurde) die Gerichtsbarkeit der deutschen Gerichte einschließlich des BVerfGs beschränkt, soweit es materiell um den gleichen Streitgegenstand geht. Eine Zuständigkeit, Rechtsakte der Gemeinschaft für aus den Kompetenzschränken ausbrechend und damit in Deutschland nicht anwendbar zu erklären, haben somit nationale Gerichte nicht“⁴⁶⁾.

Das BVerfG hält im Rahmen des von ihm so gesehenen Kooperationsverhältnisses an seiner gegenteiligen Auffassung fest⁴⁷⁾, eine ähnliche Haltung nehmen die Ver-

fassungsgerichte Italiens, Belgiens und Irlands⁴⁸⁾, der französische Verfassungsrat, der spanische Verfassungsgerichtshof und der dänische Oberste Gerichtshof ein⁴⁹⁾.

Damit ist es nicht unwahrscheinlich, dass bei Umgehungsachverhalten Art. 38 Abs. 1 GG verletzt ist, da die entsprechende Rechtsprechung des EuGH über Art. 3 Abs. 2 EC-RiL zu nicht unerheblichen Auswirkungen führen kann.

Zusammenfassung

Alle reden vom Herkunftslandsrecht und seinem durch die EC-RiL definierten Anwendungsbereich; wie dieses Recht im Marktortstaat durchgesetzt werden kann, ist bislang eher unerörtert, bisweilen wenig bekannt.

Nachdem die Durchsetzungschance aber die rechtliche Regel von der sozialen unterscheidet, macht dort, wo die Vorstellung von der Rechtsdurchsetzung fehlt, die Rede vom Recht wenig Sinn.

Die hier aufgezeigten Begründungen ergeben, dass das Herkunftslandsrecht im Anwendungsbereich der EC-RiL in Deutschland geltend zu machen ist, bei Vorhandensein des Marktortes hier; aus Gründen deutschen Verfassungsrechtes. Dies zeitigt nicht wenige Schwierigkeiten, die durch den Grad ihrer Schwere, so scheint es, übertroffen werden. So sind vor allem bedeutsam die Folgen aus dem tatsächlichen Wegfall des einstweiligen Rechtsschutzes als Mittel der Rechtsdurchsetzung.

Ist nämlich die Findung des eigenen Rechtes zu einem bestimmten Verhalten schwierig genug, so gelingt die Falllösung auf der Grundlage fremden Rechtes in dem für das Verfügungsverfahren geltenden Zeitrahmen eher selten.

„Im nationalen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ist der einstweilige Rechtsschutz von überragender Bedeutung“⁵⁰⁾. Das – materielle – Herkunftslandsrecht führt wegen seiner relativen Durchsetzbarkeit im Marktortstaat also nicht nur zu Relativierung des Rechtes überhaupt; es stiftet überdies den rechtstreuen Mitbewerber dazu an, Umgehungsachverhalte zur Anwendbarkeit des Herkunftslandesrechtes unter eigener Mithilfe zu finden, will er als Unternehmer sein wirtschaftliches Überleben auf Dauer sichern.

Damit steht fest: die Schäden wirtschaftlicher Art und betreffend das Rechtsbewusstsein selbst übertreffen die Nachteile aus der derzeitigen Rechtslage; das erste Anliegen der EC-RiL, die Nivellierung des Wettbewerbsrechtes, insbesondere des Lauterkeitsrechtes auf einen niedrigeren Standard hin zu erreichen⁵¹⁾, ist wegen der Nichtdurchsetzbarkeit stark gefährdet, in sein Gegenteil verkehrt zu sein.

Überwiegend wird die EC-RiL aber als großer Wurf gelobt, und da zum Außenseiter auch der zählt, der auf – hoffentlich – gute Gründe sich beruft, stelle ich mich in den Kreis der Lobenden, nehme die Ausgangshaltung der Philosophen an und – staune.

43) Das Wort „Verzicht“ ist ungenau, denn „das BVerfG kann auf seine Zuständigkeit gar nicht verzichten... Die Zuständigkeit des BVerfG gegenüber Akten der EG ist aber subsidiärer Natur“, *Zuck/Lenz*, NJW 1997, 1193, 1195.

44) BVerfGE 73, 339, 375 f = NJW 1987, 577, 582 re Sp Mitte „Solange II“.

45) BVerfGE 1989, 155 = NJW 1993, 3047 „Maastricht“; vgl. ferner BVerfG NJW 2000, 2015: Die Rückforderung von Subventionen aufgrund EG-Rechts gegen den Wortlaut von § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG stellt keinen ausbrechenden Kompetenzakt dar.

46) So der ehemalige Richter am EuGH und heutige Präsident des BGH *Hirsch*, NJW 2000, 1817, 1819.

47) BVerfG NJW 1993, 3047, 3054 Ziff. II, 2 Lit b 6 „Maastricht“: „Dementsprechend stimmen nicht nur Bundesregierung und Bundestag, sondern auch die Mitgliedstaaten und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtauffassung überein, dass der EU-Vertrag keine Kompetenzkompetenz der Union begründet“. *Kirchhof*, JZ 1998, 965, 966 mit dem verständlichen Zusatz: Da ein „ausbrechender Rechtsakt“ am wortidentischen Maßstab von Vertrag und Zustimmungsgesetz zu messen wäre, „werden EuGH und Verfassungsgericht bei der Prüfung dieses Maßstabes zu denselben Ergebnissen kommen“; *Pahl* betreffend einen Vortrag Kirchhoffs, NJW 1998, 3180.

48) *Zuck/Lenz*, NJW 1997, 1193, 1194.

49) *Kirchhof* JZ 1998, 965, 973.

50) *Schack* MMR 2000, 135, 139.

51) *Tettenborn*, K & R 2000, 59, 61.