

Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, Gütersloh

Der Ort der Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechtes nach Art. 3 Abs. II EC-RiL und das Grundgesetz

Einleitung

Die neben der Tatsachenfeststellung bestehende Hauptschwierigkeit einer richtigen Rechtsanwendung wird sich erheblich ändern nach Umsetzung (Frist: bis zum 17. 01. 2002) der mit dem 17. 07. 2000 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichten und am selben Tag in Kraft getretenen „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“¹⁾.

Gemeint ist zum einen die Tatsache, dass dann nationales Recht nicht allein hinsichtlich einer einzelnen Frage oder eines bestimmten Rechtsbereiches, sondern insgesamt durch das Herkunftslandsrecht verdrängt wird, sofern es um gewerbliche Darstellungen hauptsächlich im Internet zwischen Mitgliedstaaten der EU geht. Gemeint sind zum anderen die vielen Fragen verfahrensrechtlicher Art, was die Durchsetzung jenes fremden Rechtes anbelangt; diese Fragen stehen in der täglichen Falllösung an erster Stelle der Überlegungen.

Neben der Art und Weise der verfahrensmäßigen Gewinnung und Durchsetzung jenes fremden Rechtes, dem Rangverhältnis zwischen Herkunftslandsrecht und deutschem Verfassungsrecht, der fehlenden Sicherung von Rechtseinheit u. a. m. sind bedeutsam vor allem die Begründung der Zuständigkeit deutscher Gerichte bei der Rechtsanwendung sowie die faktische Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes eingedenk der Tatsache, dass Entscheidungen auf der Grundlage des Herkunftslandsrechtes in dem im Eilverfahren zur Verfügung stehenden Zeitrahmen häufig nicht möglich sein werden.

Im Nachfolgenden wird die Zuständigkeit deutscher Gerichte im Hinblick auf die Anwendung von Herkunftslandsrecht näher erörtert. Die Ausführungen zur Staatszuständigkeit enthalten Begründungen, die auf weitere Problemstellungen übertragbar sind.

Den Ausgangspunkt der Überlegungen soll folgendes bekanntes Beispiel²⁾ bilden: Ein Anbieter rügt als Mitbewerber, dass ausgehend von Frankreich das im Internet vermittelte Angebot gelegentlich den Einstandspreis unterschreitet. Die erste Frage muss lauten:

Wo kann oder muss der Verstoß gegen französisches Herkunftslandsrecht gerügt werden?

Die Bestimmung der Staatszuständigkeit im Hinblick auf die Anwendung des Herkunftslandsrechtes hat anzuknüpfen an die Auslegung von Art. 3 Abs. II EC-RiL.

1. Auslegung von Art. 3 Abs. II EC-RiL

1.1 Wörtliche Auslegung

Nach Art. 3 Abs. II EC-RiL dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Einschränkende Gründe aus einem anderem Mitgliedstaat, welche in den koordinierten Bereich fallen, sind ausgehend vom Wortlaut der Regelung auch solche, die im Herkunftsland gelten und im Marktortstaat diese Wirkung besitzen. „Koordinierter Bereich“ sind nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 lit EC-RiL die in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen allgemeiner oder spezieller Art, Bezugspunkt sind also hier sämtliche nationale Regelungen. Daher ist es ausgehend vom Wortlaut von Art. 3 Abs. II EC-RiL den anderen 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.

1.2 Systematische Auslegung

Was den – inneren – systematischen Zusammenhang von Art. 3 Abs. II EC-RiL mit dessen vorausgehenden Absatz anbelangt, so gilt zunächst, dass gem. Art. 3 Abs. I EC-RiL „jeder Mitgliedstaat ... dafür Sorge (trägt), dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die ... in seinem Hoheitsgebiet ... erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen“. Die Vorschrift erstaunt in zweierlei Hinsicht: Die Bindung an das und daher – auch – die Durchsetzung des Gesetzes gegenüber den Diensteanbietern der Informationsgesellschaft ist und muss für jeden nationalen europäischen Verfassungsstaat des 20. und 21. Jahrhunderts eine Selbstverständlichkeit sein. Sie ist in Deutschland gang und gäbe, sie ist keine Neuerung, vermittelt durch die EU; zum anderen spricht der Wortlaut der zitierten Bestimmung dafür, die Durchsetzung der Gesetze gegenüber den dort niedergelassenen Diensteanbietern als Staatsaufgabe zu verstehen.

Von einer nichtstaatlichen Rechtsdurchsetzung geht demgegenüber Art. 18 Abs. I EC-RiL aus. Danach stellen „die Mitgliedstaaten ... sicher, dass die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten ... rasch(e) Maßnahmen, einschließlich vorläufiger Maßnahmen (zu ergreifen erlauben) ...“, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen ...“. Ferner regelt Art. 18 Abs. II EC-RiL eine Ergänzung der RiL 98/27/EG betreffend Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, welche u. a. „zum Rechtsstand auf Gemeinschaftsebene, der uneingeschränkt für die

1) Richtlinie 2000/31/EG 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“). Hier in diesem Beitrag erfolgt die abgekürzte Zitierweise mit EC-RiL.

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

Dienste der Informationsgesellschaft gilt, gehören“ (Erwägungsgrund (11) der EC-RiL). Und da es im Erwägungsgrund (22) heißt: „Die Aufsicht über Dienst der Informationsgesellschaft hat am Herkunftsort zu erfolgen, um einen wirksamen Schutz der Ziele des Allgemeininteresses zu gewährleisten. Deshalb muss dafür gesorgt werden, dass die zuständigen Behörde diesen Schutz nicht allein für die Bürger Ihres Landes, sondern für alle Bürger der Gemeinschaft sichert“, unter „Behörde“ nach dem Sprachgebrauch der EU auch Gerichte fallen³⁾, spricht – neben dem deutlichen Hinweis auf die Geltendmachung des Herkunftslandsrechts im Herkunftsland – alles dafür, dass die den Schutz gewährende „zuständige Behörde“ von jedermann angerufen werden kann.

Auch der Erwägungsgrund (52) verlangt, dass angemessene Klagemöglichkeiten zur Verfügung stehen, Erwägungsgrund (53) nimmt erneut Bezug auf Unterlassungsklagen zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen entsprechend der soeben erwähnten RiL 98/27/EG, sodass trotz des nicht ganz eindeutigen Wortlauts von Art. 3 Abs. I EC-RiL davon ausgegangen werden kann, die Rechtsdurchsetzung im Herkunftsland vollzieht sich und darf sich vollziehen außerhalb eines Bereichs, der als Staatsaufgabe zu kennzeichnen ist.

Wenn aber die Rechtsdurchsetzung im Herkunftsland nicht – nur – Staatsaufgabe ist, sondern auch in den Händen Privater liegt, spricht der Zusammenhang von Art. 3 Abs. II mit Art. 3 Abs. I EC-RiL dafür, dass ggf. der Private den Rechtsverstoß im Herkunftsland verfolgt – und nur dort verfolgen darf. Denn wie zitiert sorgt gem. Art. 3 Abs. I EC-RiL der Mitgliedstaat für die Rechtsdurchsetzung in seinem Hoheitsgebiet, ggf. aufgrund der Klage eines in der EU ansässigen Ausländers. Und der bereits wiedergegebene Erwägungsgrund (22) macht überdeutlich, dass der Anbieterstaat nicht nur die Rechtsbefolgung zu garantieren hat; dort erfolgt auch die Rechtsdurchsetzung⁴⁾.

Gegen dieses Ergebnis steht nicht Art. 1 Abs. IV, 1. Alt. EC-RiL, welcher regelt, „Diese RiL schafft weder zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts noch ...“ (wortgleich Erwägungsgrund 23). Denn das IPR regelt das anzuwendende materielle Privatrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, nicht aber die internationale Zuständigkeit inländischer und ausländischer Zivilgerichte⁵⁾.

Gegen dieses Ergebnis steht auch nicht die Erwägung, Art. 3 Abs. I EC-RiL verlange, dass jeder grenzüberschreitende Sachverhalt zuerst anhand des nationalen Rechtes zu überprüfen ist, was zugleich die Zuständigkeit des Gerichtes des Marktortes ergibt; erst wenn im zweiten Prüfungsschritt sich eine gänzliche oder teilweise Zulässigkeit der Internetdarstellung entgegen dem Recht des Marktortstaates aufgrund des Herkunfts-

landsrechtes gem. Art. 3 Abs. II EC-RiL ergibt, komme es zur Rechtmäßigkeitsfeststellung⁶⁾.

Gegen eine derartige Deutung spricht zunächst der Wortlaut von Art. 3 Abs. I EC-RiL. Danach hat jeder Mitgliedstaat für die Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf „in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstanbieter“ zu sorgen.

Den grenzüberschreitenden Sachverhalt betrifft erstmals Art. 3 Abs. II EC-RiL, sodass bereits von daher die Annahme eines Vor- bzw. Nachranges der beiden Vorschriften zueinander ausscheidet.

Dass Art. 3 Abs. II EC-RiL nicht in einem Rangverhältnis zu Art. 3 Abs. I EC-RiL steht, vielmehr einen – alleinigen – Anwendungsvorrang insoweit des Herkunftslandsrechtes regelt, ergibt sich daraus, dass dieses Recht unabhängig davon gilt, ob es strengere oder weniger strenge Regelungen enthält als das Marktortrecht.

Und was eine Verweisung auf Art. 28 EGV als Beispiel für eine abgestufte Vorgehensweise anbelangt, so fehlt es an der Vergleichbarkeit der Voraussetzungen: Das Herkunftslandsrecht besitzt nicht den Rang der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, es verdrängt allerdings das Marktortrecht vollständig und steht dabei – ausweislich der EC-RiL – als solches nicht mehr unter dem EGV. Es findet also der Abschied von der herkömmlichen Vorstellung des Stufenaufbaus der Rechtsordnung statt. Während Marktortrecht außerhalb des Anwendungsbereichs 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 Anwendungsbereichs der EC-RiL kaum Geltung in einem anderen Staat (nur unter bestimmten 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.

Gegen das bisher gefundene Ergebnis der alleinigen Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechtes im Herkunftsland könnte allerdings Art. 1 Abs. IV, 2. Alt. EC-RiL sprechen, wonach die RiL sich nicht mit der Zuständigkeit der Gerichte befasst. Zwar wird durch Art. 3 Abs. II i. V. m. Art. 3 Abs. I EC-RiL kein – grundgesetzwidriges – allgemeines gemeinschaftsunmittelbares Verwaltungsverfahren geschaffen, sodass von Seiten des deutschen Verfassungsrecht insoweit nichts gegen die bisher dargelegte und gesichtete Regelung der EC-RiL spräche. Was das äußere System anbelangt, so kann nach Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ allerdings eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Staat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden; zuständig ist dann das Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist⁷⁾. Und für den einstweiligen Rechtsschutz re-

3) Spindler MMR 1999, 1999, 206.

4) A. A. Apel/Grapperhaus WRP 1999, 1247, 1252; „Auslegungssystematisch ist der Konflikt dahingehend zu lösen, dass die deutschen Gerichte zwar nach nationalem Kollisionsrecht – also nach dem Marktort-Prinzip – für Deutschland tangierende Werbemaßnahmen zuständig sind, die jeweilige deutsche Sachnorm als europawidrig jedoch nicht anzuwenden ist“; demgegenüber heißt es auf S. 1258: „Da Art. 3 Abs. I des Entwurfes die ausschließliche Berechtigung des Herkunftslandes zur Regelung und Überwachung ... festlegt ...“.

5) Palandt/Heinrich BGB 59. Auflage 2000 Rz. 1 u. 3 vor Art. 3 EGBGB.

6) So z. B. Ahrens, CR 2000, 836: Es bleibt dem Beklagten überlassen, einen niedrigeren Schutzstandard anzuwenden.

7) Für die alleinige Geltung von Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ tritt Mankowski GRUR Int 1999, 909, 912 ein: „Die internationale Zuständigkeit der Gerichte zu bestimmen soll zwar weiterhin dem EuGVÜ überlassen bleiben. Für die Frage des anwendbaren Rechtes bildet das Herkunftslandsrecht eine klare Vorgabe“.

gelt Art. 24 EuGVÜ sogar, dass nationale Gerichte auch dann zuständig sind, wenn für die Hauptsacheentscheidung das Gericht eines anderen Vertragsstaats nach dem EuGVÜ zuständig wäre.

Nachdem die h. M.⁸⁾ einen Wettbewerbsverstoß als unerlaubte Handlung einordnet, kommt es zu dem Ergebnisgegensatz, dass die Auslegung der EC-RiL die Rechtsdurchsetzung im Herkunftsland ergibt, währenddessen Art. 5 Ziff. 3 und Art. 24 EuGVÜ hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit auf den Marktort verweisen. Die Auflösung dieses Problems erfolgt möglicherweise nach der Regel wonach das spätere Gesetz dem früheren vorgeht („lex posterior derogat legi priori“). Dies setzt voraus, dass die EC-RiL als gleich- oder höherrangige Regelung gegenüber dem EuGVÜ anzusehen ist – was die Kenntnis von der Rechtsnatur des EuGVÜ bedingt.

Die Rechtsnatur des Übereinkommens ist umstritten. Nach richtiger Ansicht ist es weder primäres noch sekundäres Gemeinschaftsrecht, sondern ein völkerrechtlicher Vertrag, der freilich in besonderer Weise mit dem Europäischen Gemeinschaften verbunden ist⁹⁾. „Der EuGH hat sich bisher zur Rechtsnatur der Brüsseler Konvention nicht ausdrücklich geäußert, jedoch klargestellt, dass das Übereinkommen den innerstaatlichen Bestimmungen ... vorgehen muss, auch wenn es sich um *leges posteriores* handelt“¹⁰⁾. Hier besteht die Besonderheit, dass das EuGVÜ *vermittels Ratifizierung*¹¹⁾ selbst innerstaatliches Recht ist, welches allerdings inhaltlich Gemeinschaftsrecht unmittelbar abbildet. Damit geht es im Verhältnis EC-RiL zum EuGVÜ nicht um einen Konflikt Gemeinschaftsrecht versus nationales Recht; es geht um das Verhältnis einer – später – verabschiedeten RiL gegenüber einem – früheren – Übereinkommen, welches der Verwirklichung von Art. 220/4 EGV („Die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitliche Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche“; Art. 293 EGV n. F.)¹²⁾ dient. Damit scheinen regelungssystematische Fragen aufgeworfen, die es so bislang nicht gab¹³⁾. Ein allge-

meines Konzept insoweit und seine Vergegenständlichung für den Fall hier ist allerdings dann entbehrlich, wenn die Lösung aus anderer Richtung her sich zeitigt. Gemeint ist der Zusammenhang zwischen der Marktortregel und Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ. Nachdem mithin der Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision mit Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ korreliert¹⁴⁾, dieser Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision zu Lasten des binnenmarktbezogenen Herkunftslandprinzips durch Art. 3 Abs. EC-RiL verdrängt ist für den Bereich der kommerziellen „Kommunikation“ im elektronischen Geschäftsverkehr, dürfte es nicht fernliegend sein, von einer Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ – auch – insoweit auszugehen¹⁵⁾.

Was den einstweiligen Rechtsschutz im Rahmen der Zuständigkeit nach Art. 24 EuGVÜ anbelangt, so ist es wenig wahrscheinlich, dass nationale Gerichte innerhalb kürzester Zeit das jeweils fremde Herkunftslandsrecht zur Anwendung bringen können. Damit kommt es bereits aus tatsächlichen Gründen zu einer sehr starken Einengung dieser Rechtsschutzmöglichkeit – und dem Entfallen einer Relativierung der bisherigen Überlegungen.

Es bleibt daher bei dem Ergebnis, dass auch aus systematischen Erwägungen heraus das Herkunftslandsrecht im Herkunftsland geltend zu machen ist. Dieses Ergebnis findet seine Entsprechung in den Deutungen zum

nere Angelegenheiten zukäme“, BVerfG NJW 1988, 1459, 1461. „Dementsprechend stimmen nicht nur Bundesregierung und Bundestag, sondern auch die Mitgliedstaaten und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtsauffassung überein, dass der EU-Vertrag keine Kompetenz – Kompetenz der Union begründet“, BVerfG NJW 1993, 3047, 3054 Maastricht; a.A. Zuleeg, NJW 2000, 2846; ferner Köster/Schröder, NJW 2001, 273.

14) Mankowski GRUR Int 1999, 909, 915; EuGH NJW 2000, 719, 720, Tz 29: „Die Lösung hat zudem den Vorteil, dass das zuständige Gericht zugleich das Gericht des Ortes ist, an dem die betreffende Verpflichtung nach dem auf sie anwendbaren Recht zu erfüllen ist“.

15) Dies verneint Spindler MMR 1999, 199, 206, kommt aber letztlich zu demselben wie hier im Fließtext vertretenen Ergebnis. „Auch das EuGVÜ insbesondere Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ ... würde zugunsten der alleinigen Zuständigkeit der Gerichte im Herkunftsland eingeschränkt. Dagegen spricht indes, dass nach Erwägungsgrund Nummer 7 das gesamte Kollisionsrecht nicht tangiert werden soll (sc: dies gilt auch für das Verhältnis Herkunftslandprinzip und IPR) ... Dass defacto damit dieselbe Wirkung erreicht wird, als wenn ausschließlich die Gerichte des Herkunftslandes zuständig und das dortige anwendbar wäre ..., soll hier nicht bestritten werden“. Tettenborn K & R 2000, 59, 609 nebst Fn. 10 sieht keinen Widerspruch der EC-RiL u. a. zu Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ.

16) Bodewig GRUR Int 2000 475, 479; „gleichwohl handelt es sich um einen signifikant anderen Ansatz ... Nicht (nur) dass durch die RiL selbst geregelte ... Recht bildet den koordinierten Bereich, sondern grds. alle Rechtsvorschriften, die nach nationalem Recht für kommerzielle Kommunikation gelten, gleichgültig, ob harmonisiert oder nicht ... In der 'E-COMMERCE'-RiL wird das Herkunftslandprinzip bewusst auch und gerade für den nicht harmonisierten Bereich eingeführt“. Apel/Grapperhaus WRP 1999, 1247, 1251; Brisch CR 1999, 235, 236 f.; Heckmann NJW 2000 1307; Hoeren, MMR 1999, 192, 194 – 196; Landfermann ZUM 1999, 795, 798; Mankowski GRUR Int 1999, 909, 912 – 915; nicht ganz deutlich Spindler MMR 1999, 109, 205; a.A. Spindler, ZUM 1999, 775, 785: „Das Herkunftslandsprinzip als allgemeiner kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt kann daher vernünftigerweise von vornherein ausgeschlossen werden; es würde auf jeden Fall den verschiedenen Rechtsgebieten, auf die die RiL Anwendung finden soll nicht gerecht (das Herkunftslandsprinzip ist) zu radikal, (darüber hinaus) ... ist zweifelhaft, ob das Herkunftslandsprinzip tatsächlich den verschiedensten Interessenwertungen der jeweiligen, 'horizontal' erfassten Rechtsgebieten gerecht werden könnte“; ebenso S. 787 nebst Hinweis zu Parallelen beim Produktsicherheitsrecht. Tettenborn K & R 2000 59, 60: „Im Ergebnis soll hiernach das anwendbare Recht zurücktreten, sobald es über den Standard des Herkunftslandsprinzips (sc: was ist das denn: das anwendbare (!) Recht soll hinter das Prinzip des Herkunftslandes zurücktreten!?) hinausgeht. Ob diese Lösung letztlich tragfähig ist und wirklich eine Klarstellung bedeutet, wird die Praxis zeigen ... Dies kann sich ändern, wenn der Rechtsakt über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ('Rom II') ... Geltung bekommt ... Es soll damit das Marktortprinzip, d. h. im Ergebnis das Bestimmungslandsprinzip, auch für den E-COMMERCE dauerhaft verankert werden“.

8) 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; a.A. Schünemann WRP 1998, 120 122 m.w.N. Wenn im Fließtext jeweils Bezug genommen wird auf den Marktort, geschieht dies in Gegenüberstellung zum Herkunftslandort. Eine Stellungnahme, ob im Rahmen der Marktortanknüpfung an das marktbezogene Auswirkungsprinzip oder die marktbezogene Interessenkollision anzuknüpfen ist (hierzu Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 350, 351) unterbleibt hier.

9) Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht 6. Auflage 1998, Einleitung RZ. 12.

10) Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht 1997, Einleitung RZ. 16.

11) Kropholler, a.a.O. (Fn. 8) RZ. 5.

12) Kropholler, a.a.O. (Fn. 8) RZ. 1.

13) Ferdinand Kirchhof, Private Normsetzung 1987, 492: „Sind keine speziellen Regeln vorhanden, so werden Widersprüche zwischen staatlichen Normen von fünf allgemeinen Regeln gelöst: Dem Satz: Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG), der Stufenregel der Normenhierarchie: Verfassung – Gesetz – Rechtsverordnung – Satzung und den drei Sätzen 'lex specialis derogat legi generali', 'lex posterior derogat legi priori' und 'lex posterior generalis non derogat legi priori speciali'. Die ersten zwei sind im positiven Verfassungsrecht verankert oder ableitbar, die drei anderen anerkannten Grundsätze der Rechtsordnung der Neuzeit. Sie genügen nach näherer Differenzierung der meisten der staatlichen Vorschriften verursachten Kollisionsfälle“. Die im letzten Satz des Zitates enthaltene Bewertung dürfte für die Kollision deutschen Rechts mit dem Recht der EU nicht ganz zutreffend sein. Denn die EU besitzt nicht die Zentralgewalt eines Bundesstaates, vielmehr ist das „politische Handelszentrum weiterhin der Mitgliedstaat ... So wenig das Recht der Vereinten Nationen das Recht der Europäischen Gemeinschaft bricht, so wenig könnte das Europäische Gemeinschaftsrecht das Recht der Mitgliedstaaten brechen, würde dieses nicht gerade die Geltung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht im Mitgliedstaat anordnen“, Paul Kirchhof JZ 1998, 965, 967. „Die Gemeinschaft ist kein souveräner Staat i.S.d. Völkerrechts (m.w.N.), dem eine Kompetenzkompetenz über in-

Verhältnis von Herkunftslandrecht und IPR¹⁶⁾. M. a. W., die Deutung hier betreffend die Länderzuständigkeit steht im Einklang mit der Deutung betreffend das Ländersachrecht: Maßgebender Bezugspunkt ist das Herkunftsland, ausgehend von Art. 3 Abs. II EC-RiL.

Ob die EU sich der von ihr durch die EC-RiL aufgeworfenen systematischen Fragen bewusst war ist fraglich¹⁷⁾; noch fraglicher dürfte allerdings sein, ob man gewillt war bzw. ist bzw. sein wird, diese Fragestellungen systematisch zu beantworten.

Diese Vermutung ist zum einen deshalb wahrscheinlich, weil die systematische Auslegung beim EuGH zwar entdeckt¹⁸⁾ wird; gerade dessen jüngste Entscheidungen¹⁹⁾ stellen aber vorzugsweise auf die Grammatik und den objektiven Zweck-Gedanken ab. Und was für den EuGH gilt, dürfte – mit gewissen Abstrichen – für die Kommission gelten. Zum anderen ist das Systemdenken perfektioniert worden durch herausragende Personen, vor allem der Kulturnation Deutschland, gemeint sind an dieser Stelle Vertreter von Philosophie und des Fachs Recht.

Mithin, das Recht muss systematisch, d. h. als Einheit angelegt sein und ausdifferenziert werden. Wer widersprüchliche Teile offen zulässt oder im Zuge des Auswerfens von Neuzeilen – ohne sich Gedanken über den Weg dorthin zu machen – schafft, fordert Widerspruch heraus, denn wer sich selbst widerspricht, kann nicht erwarten, dass niemand widerspricht. Widerspruch gegen das Recht in einem größeren, hier allgemein dargelegten Umfang führt letztlich zum Widerspruch gegen den Herrschaftsanspruch des Rechts und damit zum Widerspruch gegen das Gewaltmonopol – eine Rückfall²⁰⁾ in längst überwundene Zeiten ungeahnten Ausmaßes.

Nun ist kein Rechtsgebilde – ebenso wenig wie das Leben – völlig widerspruchsfrei²¹⁾. Es muss aber darum gehen, dass Recht als organisches Ganzes zu begreifen und anzustreben, mit Haupt und Gliedern, deren Abhängigkeit und Gewichtung ggfs. untereinander in Bewegung ist. Ein System ist eine „für sich bestehende Einheit ...“, wo ein jedes Glied, wie in einem organisiertem Körper, um alle anderen und alle um eines willen da sind“²²⁾.

17) Hoeren MMR 1999, 192, 195: „Art. 3 Abs. 3 des Entwurfes enthält eine der dunkelsten Stellen des Entwurfes, wenn er Art. 3 Abs. 1 nur insoweit gelten lassen will, als das Recht eines Mitgliedstaates nach dessen Kollisionsrecht anwendbar ist. Die letzte Regelung zeigt, dass die Kommission entweder keine Ahnung vom IPR hat oder eine solche große Kenntnis hat, dass einem Angst und Bange wird ... Nach meinem Dafürhalten hat sich die Kommission hier keine besonderen Gedanken gemacht ... Auch diese Denkweise bleibt aber diffus ...“; zitiert ferner von Bodewig GRUR Int 2000 475; 479; Spindler ZUM 1999, 775, 781, 785.

18) Bleckmann RiW 1987, 929, 930: „Der EuGH ergreift zur Auslegung ... in ständiger Rechtsprechung auf die grammatische systematische und teleologische Interpretationsmethode zurück“; in NJW 1982, 1177, 1178 betont Bleckmann allerdings, dass die meisten Urteile des EuGH auf die teleologische Auslegung zurückgreifen.

19) EuGH Slg I 1990, 4135 Tz 8 – Marleasing; Slg I 1993, 6911 = NJW 1994, 921 Tz 20 – Wagner Miret; Slg I 1994, 3325 = NJW 1994, 2473 Tz 26 – Faccini Dori; EuGH NJW 1997, 3365 Dorsch Consult; EuGH v. 25. 02. 1999 – C 131/1997 = Slg 1999, 1103 Carbonari u. a.; EuGH NJW 2000, 2571, 2572 f. Océano Grupo u. a.

20) Becker NJW 1995, 2077.

21) In der Methodenlehre wird der systematischen Auslegung – etwas kurz – zu sehr mit dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit gleichgesetzt vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation 2. Auflage, 1991, 295.

22) Kant, zitiert nach Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch 22. Auflage, Stichwort „System“; Kant, Kritik der reinen Vernunft 1789 B 690 = A 662; „Wenn wir die jetzt angeführten Prinzipien ihrer Ordnung nach versetzen, um sie dem Erfahrungsgebrauch gemäß zu stellen, so würden die Prinzipien der systematischen Einheit etwa so stehen: Mannigfaltigkeit, Verwandtschaft und Einheit, jeder derselben aber als Ideen im höchsten Grade ihrer Vollständigkeit genommen“.

Hiervon kann man nicht ausgehen, wenn man Urteile des EuGH liest. Die Orientierung erfolgt vermittels bloßer durchlaufender Nummerierung²³⁾, was die fehlende Gliederung in Haupt- und Nebenargumente, die fehlende Kennzeichnung des Gewichtes der jeweiligen Aussage durch den bezeichneten – logischen – Ort des Gedankens deutlich macht. Urteilsexegese beschränkt sich aber nicht auf das schnelle Auffinden einer zitierten Aussage.

Demgegenüber gibt es – zumindest – europaweit allein in Deutschland Kommentare, die das Recht aufspannen in Haupt und Glieder (es finden sich keine Kommentare z. B. zum MarkenG außerhalb Deutschlands²⁴⁾, es fehlt also an einer Kommunikationsgrundlage unvergleichlicher Art außerhalb Deutschlands); die Rechtsprechung Deutschlands verfährt systematisierend, werden von ihr weitreichende Änderungen vollzogen, geschieht dies mit großem systematisierenden Begründungsaufwand²⁵⁾.

Der EuGH rechtfertigt demgegenüber seine geänderte Auffassung zum Art. 30 EGV (Art. 28 EGV n. F.) – die Entscheidung war wohl die bedeutsamste innerhalb des letzten Jahrzehnts – lapidar mit den Worten: „Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 30 EGV berufen, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen ...“²⁶⁾.

M. a. W.: Die aufgezeigten Widersprüche zu Art. 3 Abs. II EC-RiL auch und gerade i. V. m. Art. 3 Abs. 1 bzw. Art. 1 Abs. IV EC-RiL sind stark, sie können kaum die Folge eingehender, systematisierender Erwägungen sein. Sich demgegenüber an einer vereinheitlichenden Lösung zu Art. 3 Abs. II EC-RiL zu versuchen, ist nicht Folge eines systematisierenden Denkens, sondern Folge unsystematischer Regelungen. Um das systematisierende Denken allerdings kommt niemand herum, sodass ein Einwand, die Ausführungen hier seien überflüssig wegen fehlenden Interesses an eine Systematisierung des europäischen Rechts durch Brüssel oder Straßburg ohne Belang ist. M. a. W., von Europa her kann keine alleinige Festlegung auf die wörtliche Auslegung und/oder den objektiven Zweck erfolgen. „Im Entwurf ist von jeder einschlägigen Vorschrift Abstand genommen, eine Bestimmung (wonach) ... der Auslegende (sich) nicht an dem Worte halten dürfe, ist überflüssig, weil selbstverständlich. Besondere Bestimmungen aber, welche darauf be-

23) EuGH WRP 1996, 677 = GRUR Int 1995, 804 = NJW 1995, 3243 = ZIP 1995, 1285 Rz. 23 „Mars“: „Diese Rechtfertigung ist zurückzuweisen“; EuGH GRUR Int 1998, 795 = WRP 1998, 848 = NJW 1998, 3183 „Gut Springenheide“ Rz. 21: „Dieser Auffassung ist nicht zu folgen“.

24) Bender am 25. 02. 2000 im Rahmen des Frankfurter Symposiums der WRP Markenrecht.

25) Z. B. BGHZ 80, 153, 160 f.: An die Stelle des Absichtserfordernisses gem. § 138 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Darlehensgebers tritt grobe Fahrlässigkeit; BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663 betreffend die Aufgabe der Rechtsfigur des Fortsetzungszusammenhangs; BVerfG DVBl 1994, 284 betreffend den nachbarschützenden Charakter von § 12 Abs. 2 BauNVO; BVerfG NJW 1998, 743 zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG betreffend die Überbesetzung von Spruchkörpern.

26) EuGH WRP 1994, 99 = GRUR Int 1994, 56 = GRUR 1994, 296 = NJW 1994, 121 = ZIP 1993, 1813 „Keck Mithouard“; nach Oppermann, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rz. 685, gehen die verschiedenen Auslegungsmethoden in der Rechtsprechung im EuGH nicht selten unvermittelter ineinander über, als es im Sinne der Auslegungstheorie eigentlich der Fall sein dürfte; Schweitzer/Hummer, Europarecht 5. Auflage, 1996, Rz. 451 weisen darauf hin, dass entsprechend dem französischen Rechtsdenken der EuGH nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet; auch knüpft der EuGH häufig an Vorgängerentscheidungen an, ohne die teilweisen Abweichungen exakt offenzulegen (Rz. 455).

rechnet wären, die Auslegung zu erleichtern und die Richtigkeit ihrer Ergebnisse zu verbürgen, können nur leitende Gesichtspunkte zum Ausdruck bringen“²⁷⁾.

1.3 Historische Auslegung²⁸⁾

Was die Auslegung ausgehend vom Willen des Richtliniengabers anbelangt, so sind den Verfasser insoweit allein die Erwägungsgründe (1 bis 65) bekannt; diese ergeben über den bereits erwähnten Erwägungsgrund (22) hinaus keine Anhaltspunkte dafür, dass Art. 3 Abs. II EC-RiL die Anwendung des Herkunftslandrechts durch ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates regelt bzw. erlaubt.

1.4 Telos

Zu dem objektiven Sinn und Zweck betreffend die Frage, ob das an den anderen Mitgliedstaat gerichtete Verbot der Anwendung von Recht aus dem koordinierten Bereich zugleich ein Verbot der Anwendung des Herkunftslandrechts in diesem anderem Mitgliedstaat festlegt, gibt es verschiedene, sich gegenüber stehende Rechtfertigungen.

Für eine Anwendung des Herkunftslandrechts durch andere nationale Gerichte spricht, dass es auf diese Weise die Rechtsdurchsetzung erleichtert wird; für die wenigsten Bürger der EU ist es gleichgültig, ob vor seinem Heimatgericht oder einer Auslandsstelle die Rechtsdurchsetzung erfolgt.

Zwar heißt es am Ende des Erwägungsgrundes (52): „Die Mitgliedstaaten sollten prüfen, ob ein Bedürfnis für die Schaffung eines Zugangs zum gerichtlichen Verfahren auf elektronischem Wege besteht“, von einer entsprechenden Wirklichkeit ist man jedoch – wohl – nicht wenig entfernt ungeachtet der Frage, ob sich der Bürger dieses Mittels bedienen will.

Sofern die – verfahrensrechtliche – Rechtsdurchsetzung sich unterscheidet, ist dies nur bedingt ein Gegenargument: Der Bürger wird in vielen Fällen nicht schlechter gestellt als zuvor; ggf. bleibt die Vorgehensmöglichkeit im Herkunftsland als Notanker erhalten.

Die europaweite Rechtsgrundlage wird europaweit ausdifferenziert. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb zu einer Anspruchsgrundlage nur im Herkunftsland Unterschiede, profunde Kenntnis und gute Gründe deutlich gemacht werden können. Die Beweisausnahme kann viel leichter am Ort des Geschehens stattfinden, was insbesondere bei der Frage von Durchführungshandlungen als gegenständlicher Folge der gewerblichen „Kommunikation“ wünschenswert, evtl. entscheidend ist. Der Bürger wird nicht gezwungen sich auf eine fremde Verfahrenssprache einzulassen, die Einschaltung mindestens eines Anwalts, in der Regel aber von zwei Anwälten ist überflüssig.

Gegen eine Anwendung und Durchsetzung des Herkunftslandrechts im anderen Mitgliedstaat spricht, dass unterschiedliche Ausdifferenzierungen der einheitlichen Rechtsgrundlage schlagartig zunehmen werden;

27) *Mugdan* Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I 1899, 365.

28) Nach *Oppermann*, (Fn. 25), Rz. 687 kommt der historischen Auslegung im Recht der EU nur eine begrenzte Rolle zu.

die Rechtseinheit ist in Gefahr. Nimmt man etwa das Beispiel, dass der Unterlassungsschuldner auf eine einstweilige Verfügung mit einer negativen Feststellungsklage im Herkunftsland antwortet, so wird das Manko eines fehlenden einheitlichen Gerichtsaufbaus überdeutlich. Die Frage der Bindung an Präjudizien – ohnehin ein äußerst schwieriger Bereich – wird sich verschärfen: Fühlt sich ein Instanzgericht in Portugal an eine oberste Entscheidung in Italien z.B. dann gebunden, wenn dieselbe Fragestellung in Portugal noch nicht höchstrichterlich entschieden ist?

Möglich ist es ferner, dass im Marktortstaat das – fremde – Herkunftslandrecht nicht durchgesetzt werden kann, da die Organisation hier fehlt. So ermangelt es möglicherweise der Behörde dort, während hier entsprechende Gerichte nicht vorhanden sind – oder umgekehrt. Das Für und Wider hinsichtlich des objektiven Zwecks von Art. 3 Abs. II EC-RiL soll hier abgebrochen werden.

1.5 Ergebnis der Auswirkungen von Art. 3 Abs. II EC-RiL

Nachdem die verfassungskonforme Auslegung bereits betrachtet von der Nichteinschlägigkeit der sie tragenden Gründe²⁹⁾ ausscheidet (bei der Auslegung von RiL der EU kann es nicht darum gehen, den Legitimationszusammenhang im deutschen Recht zu wahren, auch ist der Deutungszweck ungeeignet, es müsse die – deutsche – Staatseffektivität aufrechterhalten bleiben bzw. werden), die Regel, wonach bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten im konkreten Fall derjenigen der Vorzug zu geben ist, bei der die Bestimmung des Sekundärrechts mit dem Vertrag als vereinbar angesehen werden kann³⁰⁾ gleichfalls keine weiteren Erkenntnisse bringt, kann unter Zusammenfassung der Ergebnisse zu den verschiedenen Auslegungsregeln gesagt werden: Art. 3 Abs. II EC-RiL verbietet es den anderen Mitgliedstaaten, bei Unrechtmäßigkeit der unter den Anwendungsbereich der EC-RiL fallenden Handlung Herkunftslandrecht anzuwenden. M. a. W., Art. 3 Abs. II EC-RiL verweist auf das Herkunftslandrecht im Herkunftsstaat, die Ausgangsfrage ist zum jetzigen Zeitpunkt also dahingehend zu beantworten, dass die sich in Deutschland auswirkende Unterschreitung des Einstandspreises trotz Rechtswidrigkeit aufgrund des Herkunftslandsrechtes nicht in Deutschland, sondern – nur – in Frankreich gerügt werden kann.

2. Verfassungsmäßigkeit von Art. 3 Abs. II EC-RiL

Art. 3 Abs. II EC-RiL kann schon deshalb nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Ziff. 4 a GG angegriffen werden, da Richtlinien sich an Mitgliedstaaten, nicht aber an Bürger richten.

Zwar ist es möglich, dass ausnahmsweise eine nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht fristgemäß durchge-

29) *Bernreuther* WRP 1995, 452, 458; auch das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung (EuGH Slg. 1990, I – 4135 Tz 8 – *Marleasing*; EuGH NJW 1994, 2473 – *Faccini Dori*; EuGH NJW 2000, 2571, 2573) ist nicht einschlägig, da es nicht um die Auslegung von vor oder nach der RiL erlassenen nationalen Rechtsvorschriften geht.

30) *Oppermann* (Fn. 25) Rz. 688.

fürte RiL unmittelbar³¹⁾ gegenüber einem Bürger wirkt vorausgesetzt, die RiL ist inhaltlich unbedingt und hinreichend genau. Dann wird entgegenstehendes innerstaatliches Recht verdrängt. Legt die RiL ferner Rechte gegenüber dem Staat fest, so kann sich der betroffene Bürger auf diese Bestimmungen berufen. Aber auch in diesem Ausnahmefall entfaltet die RiL keine Beschwer, so dass eine Verfassungsbeschwerde unzulässig wäre (in dem geschilderten Sonderfall wird sie – wohl – überhaupt nicht erhoben werden).

Anders ist die Lage, wenn ein Kläger oder Antragsteller von einem deutschen Gericht Hilfe begehrt, das Begehren aber mit Hinweis auf Art. 3 Abs. II EC-RiL (fehlende Zuständigkeit) als unzulässig zurückgewiesen wird.

2.1 Art. 19 Abs. 4 GG

Nach Art. 19 Abs. IV GG steht jedermann, der sich durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt fühlt, der Rechtsweg zu den Gerichten offen.

2.1.1 Rechtsweg überhaupt

Die Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes bedeutet zunächst das Entstehen des Staates dafür, dass der Weg zu den Gerichten als solcher frei ist mithin, dass es den Weg zu den Gerichten als staatliche Einrichtung gibt³²⁾.

Es ist fraglich, ob bereits diesem Grunderfordernis genügt wird. Zwar werden Gerichte als staatliche Einrichtung in Deutschland vor und nach der Umsetzung der EC-RiL vorhanden sein; im Anwendungsbereich der EC-RiL ist der Weg zu deutschen Gerichten aber nicht mehr frei, sobald die Gerichte auf die Rechtsdurchsetzung im Herkunftsland verweisen. Ob die erwähnte institutionelle Garantie es erfordert, dass der Weg zu den Gerichten in Deutschland eröffnet ist oder ob es genügt, dass Gerichte anderer Staaten oder dortige Behörden u. a. Rechtsschutz verbürgen, kann offen bleiben, wenn sich die Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG aus anderen Gründen ergibt.

2.1.2 Rechtsweg im Rahmen der Prozessordnung

Der Rechtsweg i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG ist nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozessordnung gewährleistet³³⁾. Damit scheint erneut die Frage aufgeworfen zu sein, ob es genügt, wenn der Rechtsweg zu einem ausländischen Gericht im Rahmen einer ausländischen Rechtsordnung (immer ausgehend vom Anwendungsbereich der EC-RiL) eröffnet ist. Anders als in den Überlegungen zuvor betreffend die Garantie eines Weges zu den Gerichten überhaupt ist die Frage des Vorhandenseins eines Rechtsweges im Rahmen der geltenden Prozessordnung allerdings von erweiterten qualitativen

Voraussetzungen abhängig; die Garantie des Rechtsweges i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG schließt insbesondere das Gebot einer wirksamen Rechtsschutzgewährung³⁴⁾, das Gebot der Effektivität³⁵⁾ des Rechtsschutzes mit ein.

Bereits die Zweckrichtung, „gerichtlichen Rechtsschutz auszuschließen ..., läuft dem Rechtsschutzgedanken von Art. 19 Abs. 4 GG zuwider. Es handelt sich hier nicht um eine formale Voraussetzung, von deren Erfüllung die Beschreitung des Rechtsweges abhängig ist und die nur im Ergebnis zu einer Erschwerung des Rechtsweges führt“³⁶⁾.

Das in Art. 3 Abs. II EC-RiL geregelte Erfordernis, das Herkunftslandrecht im Herkunftsland geltend zu machen erweckt auf den ersten Anschein gerichtlichen Rechtsschutz nach fremden Maßstäben auf fremde Weise, nicht aber den Ausschluss dieser fremden Weise. Tatsächlich regelt Art. 3 Abs. II EC-RiL aber nicht nur eine Erschwerung, sondern die relevante Beeinträchtigung der Rechtsschutzgewährung bzw. sogar den Ausschluss des Rechtsschutzes. Weist das deutsche Gericht die Klage oder den Antrag unter Bezugnahme auch Art. 3 Abs. II EC-RiL als unzulässig zurück, müsste zur Rechtsdurchsetzung anschließend der Kläger oder Antragsteller in ein fremdes Land reisen bzw. dorthin einen Vertreter schicken, sofern – was der Regelfall sein dürfte – mündlich verhandelt wird. Er wird wegen der ihm völlig unbekanntem Verhältnisse darauf angewiesen sein, zwei Rechtsanwältinnen (im Herkunftsstaat und im Ausland) zu beauftragen, Kostennachteile werden also auch bei vollem Obsiegen bestehen bleiben, was von der Rechtsdurchsetzung abschreckt. Die Privilegierung des Rechtsverletzers in kostenmäßiger Hinsicht und damit einhergehend die Bestrafung dessen, der sich für das Recht einsetzt, kann mit dem auch in der Rechtsdurchsetzung vorhandenen und zu fordernden Gerechtigkeitsgedanken nichts zu tun haben³⁷⁾. Der Kläger wird gegen das Vorurteil kämpfen müssen, dass die durch einen Ausländer angestrebte Rechtsverwirklichung im Inland nichts mit Besserwisserum zu tun hat. Er wird sich einer fremden Verfahrenssprache³⁸⁾ gegenüber sehen, was das Verständnis und die Rechtsdurchsetzung auch in der Sache erschwert. Er wird Schwierigkeiten haben, die maßgebenden Fristen in Erfahrung zu bringen.

Nun könnte eingewandt werden, als institutionelle Garantie verweise Art. 19 Abs. 4 GG hinsichtlich seiner in-

31) Ständige Rechtsprechung bestätigt in EuGH EuZW 1999, 471 Kartos; diese Rechtsprechung des EuGH ist verfassungsgemäß, BVerfG NJW 1988, 1459.

32) Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 9. Auflage 1999, Art. 19 Rz. 17 m.w.N.; Schmidt-Assmann in: Maunz/Dürig, 24. Lieferung Januar 1985, Art. 19 Abs. 4 Rz. 14; Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I 1996, Art. 19 Abs. 4 Rz. 70; „Er (sc: Art. 19 Abs. 4 GG) garantiert institutionell eine staatliche Gerichtsbarkeit in Verwaltungsstreitsachen und mittelbar die Existenz einer ordentlichen Gerichtsbarkeit (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)“; Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG 4. Auflage 1999, Art. 19 Rz. 379; „(Art. 19 Abs. 4 GG stellt) eine ausgestaltungsbedürftige ‚rechtskonstituierte Garantie‘ dar unter Bezugnahme aus Schach/Schmidt/Assmann/Piezter VwGO 1998, Einleitung Rz. 31; ferner Rz. 392.

33) BVerfGE 27, 297; 31, 463; 35, 73; 35, 263; 70, 35; 78, 214; NJW 1993, 1635.

34) Schmidt/Assmann in: Maunz-Dürig Art. 16 Abs. 4 Rz. 4 und 229 m.w.N.

35) BVerfGE 81, 123, 129 = NJW 1990, 1104; BVerfG NJW 2000, 1175, 1176, 1178; Schulze-Fielitz in: Dreier, Art. 19 Abs. 4 Rz. 61; Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rz. 365; 375: „Das aus den materiellen Grundrechten folgende Effektivitätsgebot ist umfassend und bezieht sich nicht allein auf ihre gerichtliche Durchsetzung ... Art. 19 Abs. 4 konkretisiert dieses Effektivitätsgebot für Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, indem er die Durchsetzung der Rechte insoweit in die Hände der Gerichte legt“.

36) BVerfGE 22, 49 = NJW 1967, 1219, 1221; positiv gewendet lautet die Zweckrichtung von Art. 19 Abs. 4, einen „substanziellen Anspruch auf eine auch tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle“ zu vermitteln, BVerfGE 35, 263, 274; 84, 34, 49; ebenso Schulze-Fielitz in: Dreier, Rz. 61: „Ziel der Ausgestaltungsentscheidung (sc: von Art. 19 Abs. 4 GG) muss wirkungsvoller Rechtsschutz sein“.

37) A.A. Schrickler ZRP 1994, 430, 433.

38) Diesem Argument steht nicht BVerfG NJW 1988, 1462 entgegen: Seinerzeit ging es um eine Verurteilung in Italien, der BF rügte die fehlende vollständige Übersetzung u. a. des Urteils; hier geht es um die Frage, ob effektiver Rechtsschutz gewährt wird, wenn die EC-RiL nicht nur das anwendbare Recht, sondern – gleichsam – auch die Tathandlung entsprechend dem Marktortprinzip in das Ausland verlagert.

haltlichen Ausgestaltung auf den Gesetzgeber³⁹⁾. Wenn es mithin in der Hand des Gesetzesgebers liegt die Rüge von Rechtsverstößen wegen fehlender Rechtszeitigkeit auszuschließen im Verwaltungsverfahren, Rechtsmittel zu beschränken, neue prozessuale Fristen einzuführen, prinzipalen Rechtsschutz durch inzidente Überprüfung zu ersetzen und die Gesetzesform zu wählen für bisher nach Verwaltungsentscheidungen konzipierte Maßnahmen⁴⁰⁾, dann müsse es auch zulässig sein, die beschriebenen Nachteile de facto festzulegen. Hiergegen steht aber nach meiner Auffassung, dass diese Nachteile gegen die Effektivität des Rechtsschutzes überhaupt stehen, mithin nicht lediglich eine qualitative Änderung ergeben hinsichtlich einer weiterhin als effektiv zu bezeichnenden Rechtsschutzmöglichkeit. Auch der Hinweis auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers⁴¹⁾ im Rahmen seiner Zustimmung zur EC-RiL bzw. der – zu erwartenden – Umsetzung der EC-RiL hilft nicht weiter, da die EC-RiL vollen Rechtsschutz überhaupt verhindert, eine Grenze, die auch der Gesetzgeber nicht überschreiten darf.

Hiergegen spricht erneut nicht, dass die aufgezählten Umstände sich gleichfalls einstellen, wenn die Parteien mittels Gerichtsstandsklauseln und/oder Rechtswahlklauseln die Rechtsdurchsetzung außerhalb des Marktortes vereinbaren. Zum einen ist die streitige Abwicklung vertraglicher Beziehungen nicht gleichzusetzen mit der zumindest einen Schwerpunkt der EC-RiL bildenden Abwicklung von Folgen aus unerlaubter Handlung. Zum anderen ist die Möglichkeit, gem. Art. 27 Abs.1 EGBGB das gewählte Recht frei zu vereinbaren (mit der Folge der Vereinbarung anderweitiger Rechtsdurchsetzung), eingeschränkt für den Fall der „Vereinbarung“ durch AGB betreffend den nicht unternehmensbezogenen Geschäftsverkehr durch § 12 AGBG (das deutsche AGBG bleibt anwendbar, wenn der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der BRD aufweist).

Eine allgemeine (auch den unternehmensbezogenen Geschäftsbereich betreffende) Grenze bildet schließlich Art. 27 Abs. 3 EGBGB: Danach kann von den zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts dann nicht abgewichen werden, wenn der Auslandsbezug allein in der Rechtswahlvereinbarung und der Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstands liegt.

Aus dem Gesagten erhellt, dass die generelle Verweisung auf einen ausländischen Rechtsweg im Rahmen der Anwendbarkeit der EC-RiL nicht mehr die Effektivität des Rechtswegs verbürgt, vielmehr tatsächlich einen generellen Ausschluss der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung befördert, sodass die Verweisung eines deutschen Gerichts auf Art. 3 Abs. II EC-RiL mit dem Hinweis auf die Geltendmachung des Herkunftslandsrechts im Herkunftsland verfassungswidrig wäre.

Sollten die aufgezählten – tatsächlichen – Nachteile resultierend aus der Verweisung durch das deutsche Gericht keine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG ergeben,

sollte es mithin auf die Effektivität der Rechtsdurchsetzung im Ausland ankommen, so kann zwar diese Auslandseffektivität nicht am Maßstab von Art. 19 Abs. 4 GG gemessen werden, denn Art. 19 Abs. 4 GG garantiert den Rechtsweg nur gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt im Geltungsbereich des GG⁴²⁾, bei Akten ausländischer öffentlicher Gewalt ist Art. 19 Abs. 4 GG nicht einschlägig⁴³⁾. Es ist dann aber zu fragen, ob die Geltung von Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Anwendungsbereich der EC-RiL durch eine auf EC-RiL fußenden Maßnahme außer Kraft gesetzt werden kann. Dies ist zu verneinen, denn das in Art. 19 Abs. 4 GG geregelte – im Kern der Abgrenzung der rechtlichen Regel von der sozialen Regel, mithin das die Durchsetzungschance betreffende – Postulat kann weder durch Verweisungen auch auf die EC-RiL noch durch einfaches Bundesgesetz nach Umsetzung der EC-RiL beseitigt werden⁴⁴⁾.

Die Bezugnahme eines deutschen Gerichts im Rahmen seiner Verweisung auf die EC-RiL oder eine im Zuge der Umsetzung ergangene Norm bedeutet mithin den Rückgriff auf einen Rechtsakt der europäischen Einrichtungen oder Organe, der sich nicht mehr in den eingeräumten Zuständigkeitsgrenzen hält⁴⁵⁾. Zwar wird mit Art. 3 Abs. II EC-RiL nicht allgemeines, gemeinschaftsunmittelbares Verfahrensrecht geschaffen⁴⁶⁾, nachdem deutsches Verfahrensrecht aber ersatzlos abgeschafft wird durch Verweisung auf die Inanspruchnahme fremder Verfahrensordnungen, zeitigt dies mehr als die Schaffung von allgemeinem, gemeinschaftsunmittelbarem Verfahrensrechts. Das deutsche Verfahrensrecht wird verdrängt, aber in Deutschland noch nicht einmal – durch europäisches Recht – ersetzt⁴⁷⁾.

Es bleibt also dabei, dass in jedem Fall eine wirksame Rechtsschutzgewährung nicht mehr verbürgt ist. Denn die tatsächlichen Nachteile als Folge der Verweisung auf die Gerichte des Herkunftslandes durch die deutschen Gerichte verletzen Art. 19 Abs. 4 GG; hilfsweise gilt: Die Außerkraftsetzung von Art. 19 Abs. 4 GG als Folge der Verweisung der deutschen Gerichte stellt einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG dar. „Verfassungsrechtlich entscheidend ist ... nicht die Sicherungstechnik, sondern der Sicherungserfolg“⁴⁸⁾ – und dieser ist hier im Grunde in Frage gestellt. Gegen diese Sichtweise kann nicht als zweiter verfassungsrechtlicher Einwand vorgetragen

42) BVerfGE 1, 10.

43) *Schmidt/Assmann* in: Maunz/Dürig, Art. 16 Rz. 46.

44) *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 supranationalen gesetzgebenden Gewalt unter Berufung auf nationales Verfassungsrecht anzugreifen, vgl. die Entscheidung vom 08. 10. 1986 – 234/85 – Slg 1986, 2909; ferner *Sieberichs* NJW 2000, 2565; *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz. 433 m.w.N.

45) BVerfG NJW 1993, 3047 Maastricht.

46) Zu diesen Voraussetzungen BVerfG NJW 2000, 2015; *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz. 420.

47) Wenn *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz. 434 ausführt, dass entgegen den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes in der dortigen Maastrichtentscheidung 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047 „Das 'Integrationsprogramm' auch die Befugnis des EuGH (erfasst), bis zur Grenze der Willkür abschließend über die Auslegung des Unionsrechtes zu entscheiden (Art. 220 [16] EGV). In diesem Punkt ist die weitgehende Verdrängung von Art. 19 Abs. 4 grundsätzlich nicht zu beanstanden“, so bleibt es bei dem Fehlen einer Auseinandersetzung hiermit ebenso wie bei dem Verweis auf die nicht geringen Kriterien im Fließtext: es geht nicht um die Frage, ob das GG Grenzen der Zuständigkeit gegenüber der Anwendung von EU-Recht aufwirft; es geht um die Rechtmäßigkeit der in Deutschland erfolgenden ersatzlosen Abschaffung von Verfahrensrecht.

48) *Schmidt-Assmann* in: Maunz/Dürig, Art. 19 Rz. 274 unter Bezugnahme auf BVerfGE 51, 268; 285.

39) *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Abs. 4, 379, vgl. ferner die Nachweise oben zu Fn. 30.

40) BVerfGE 8, 274/326 = NJW 1959, 475; BVerfG 51, 268, 284 = NJW 1980, 35; *Leibholz/Rinck/Hesselberger* GG, Stand August 1997, Art. 19 Rz. 216 f. und 326; *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz. 390, 391.

41) *Huber* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4, Rz. 386 m.w.N.; Stern, Staatsrecht Band III erster Halbband, 1998, S. 1443.

werden, ungeachtet aller Korrekturen durch die Entscheidung zu dem Vertrag von Maastricht habe das BVerfG mit seiner Entscheidung „Solange II“⁴⁹⁾, ferner durch spätere Urteile⁵⁰⁾ seine Gerichtsbarkeit dergestalt zurückgenommen, dass abgeleitetes Gemeinschaftsrecht als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des GG überprüft wird; folglich komme aus Gründen der Selbstbeschränkung keine Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG in Betracht. Demgegenüber findet keine Verweisung auf „das Verfahrensrecht des Gerichtshofs (statt, welches) ... rechtsstaatlichen Anforderungen an eine gehöriges Verfahren (genügt); es (sc: das Verfahrensrecht) gewährleistet insbesondere das Recht auf Gehör, dem Verfahrensgegenstand angemessene, prozessuale Angriffs- und Verteidigungsmöglichkeiten und frei gewählten kundigen Beistand“⁵¹⁾. Vielmehr verweist hier (Art. 3 Abs. II EC-RiL) das EU-Recht auf fremdes, nationales Verfahrensrecht, was der entscheidende Unterschied ist, da Erfahrungen⁵²⁾ betreffend die Erfüllung von Anforderungen des GG an dieses andere nationale Recht fehlen.

Zum anderen ist im Anwendungsbereich der EC-RiL die Rechtsdurchsetzung in Deutschland abgeschafft, es findet kein Ersatz durch europäische Maßstäbe statt – was die Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG auch in dieser Hinsicht bewirkt.

2.1.3 Kein Schutz durch Art. 19 Abs. 4 GG gegen Akte ausländischer Gewalt

Hiergegen steht ferner nicht, die Beurteilung von Verweisungsmaßnahmen durch deutsche Gerichte angesichts des Herkunftslandes mit der Folge des Ausschlusses deutschen Verfahrensrechts bedeute in Wahrheit, eine Rechtsschutzgarantie gegen Akte ausländischer Gewalt oder supernationale Instanzen zu gewähren zu versuchen, wofür aber Art. 19 Abs. 4 GG nicht einschlägig ist⁵³⁾. Denn die hier unterstellte Klageabweisung mangels örtlicher Zuständigkeit ist ein deutscher Hoheitsakt, also nicht eine Maßnahme ausländischer öffentlicher Gewalt, sie ist kein Akt supranationaler Instanzen. Auch ist die Rechtskontrolle hierüber nicht den nationalen Gerichten eines einzigen Vertragsstaats zu alleinigen überörtlichen Zuständigkeit zugewiesen⁵⁴⁾ mit der Folge einer eventuellen Zulässigkeit gem. Art. 24 Abs. 1 GG.

2.1.4 Verletzung eigener Rechte

„Art. 19 Abs. 4 GG gewährt nicht selbst Rechte des Bürgers gegen den Staat, sondern setzt deren Bestehen nach Maßgabe der Rechtsordnung voraus“⁵⁵⁾.

Im vorliegenden Fall behauptet der von deutschen Gerichten Rechtsschutz fordernde Antragssteller oder Kläger die Verletzung von Herkunftslandsrechts. Wendet man hiergegen ein, Art. 19 Abs. 4 GG schreibt nur die

effektive Rechtsdurchsetzung von deutschem, nicht auch von ausländischem Recht vor, so steht dieser – wohl noch nicht diskutierte – Ansatz quer zur Funktion von Art. 19 Abs. 4 GG als dem formellen Hauptgrundrecht⁵⁶⁾ des Grundgesetzes. Effektivität des Rechtsschutzes ausschließlich mit dem deutschen Recht zu verbinden, führte hingegen zur Aufhebung der dargestellten Formalaufgabe.

Im Übrigen müsste dieser Einwand auch für den Fall gelten, dass deutsche Gerichte ausländisches Recht anzuwenden haben; in einem derartigen Fall aber von wirklicher Rechtsdurchsetzung abzusehen, ist plausibel nicht begründbar. Schließlich sprechen erneut Kompetenzgründe gegen die Möglichkeit einer Aufhebung von Art. 19 Abs. 4 GG durch Hinweis auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts. Letztlich ist es nicht ausgeschlossen, dass trotz der Anwendbarkeit ausländischen Rechts ein Restbestand von Grundrechten Geltung besitzt.

2.1.5 Öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG

„Keine Verwendung findet Art. 19 Abs. 4 GG nach ständiger Rechtsprechung h. M. auch auf Maßnahmen richterlicher Gewalt. Insoweit gilt die Formel, dass die Rechtsschutzgarantie 'Rechtsdurchsetzung durch den Richter, nicht gegen den Richter' (Dürig) verbürgt“⁵⁷⁾.

Zu prüfen ist, ob kein Exekutivakt, sondern eine Maßnahme richterlicher Gewalt vorliegt, welche von Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfasst wird. Das Nichterfasstsein der richterlichen Gewalt selbst von Art. 19 Abs. 4 GG setzt eine entsprechende Interpretationsweise als richtig voraus, wobei das Augenmerk zu richten ist auf die bisher bekannten und als Deutungsgrundlage zu Grunde gelegten Sachverhalte, ebenso wie der Blick auf neue Sachverhalte.

Die Zurückweisung wegen fehlender Zuständigkeit deutscher Gerichte durch ein deutsches Gericht ist eine Maßnahme richterlicher Gewalt. Anders als bei einem Angriff gegen eine gerichtliche Entscheidung, welche einen Bußgeldbescheid ganz oder teilweise belastend aufrecht erhält⁵⁸⁾, geht es hier nicht um die Überprüfung des seinerzeit einen Verwaltungsakt darstellenden Bescheides; es geht ursprünglich um die Überprüfung der noch dazu in richterlicher Unabhängigkeit ergangenen Entscheidung, mit der die Klage oder der Antrag als unzulässig zurückgewiesen wird. Als Gründe für die Nichtkontrollfähigkeit von aus der Unabhängigkeit des Richters resultierenden Maßnahmen werden genannt:

– „Die Forderung nach effektivem Rechtsschutz ... gewährt nicht.. die Eröffnung einer weiteren gerichtlichen Instanz“⁵⁹⁾;

– der Richter selbst stellt keine Bedrohung für die Rechtssphäre des Bürgers dar⁶⁰⁾;

49) BVerfGE 73, 339 = NJW 1987, 577.

50) BVerfG NJW 2000, 3124.

51) BVerfG, a.a.O. (Fn. 47) LS 1 b.

52) Diese Erfahrungen sind der Grund für die Existenz der Entscheidung BVerfGE 37, 271 = NJW 1974, 1697 „Solange I“.

53) BGH NJW 1979, 1101.

54) BVerwG JZ 1979, 133.

55) BVerfG NVwZ 1998, 1069.

56) Klein, VVDStRL 8 (1949), 67, 87 f.; Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz. 31; Stern, Staatsrecht Band III; erster Halbband, 1988, S. 1441.

57) Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 Rz. 444 m.w.N.

58) BVerfGE 15, 275, 280 = NJW 1963, 803: „Denn Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter (Dürig bei Maunz/Dürig GG Rz. 17 zu Art. 19 Abs. 4). Der angegriffene Bescheid ... ist aber weder formell noch materiell ein Akt der Rechtsprechung ...“.

59) BVerfGE 49, 329, 340 = NJW 1979, 154, 155.

60) Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Abs. 4, 446.

– die dreipolige Form der Streitbeilegung ist das soziologische Kennzeichen einer spezifischen rechtlichen Lösung von Konflikten; mit dem Erreichen dieser Form ist die Form der Streitbeilegung auch rechtlich erschöpft⁶¹⁾;

– die „teleologische Reduktion von Art. 19 Abs. 4 GG erfordert ... deren Herausnahme aus der Rechtsschutzgarantie. Andernfalls käme man konsequenterweise zu einem die Rechtskraft ausschließenden Rechtsschutz ad infinitum, also einem Resultat dessen Unvereinbarkeit mit dem im Rechtsstaatprinzip angelegten Grundsatz der Rechtssicherheit keines weiteren Kommentars bedarf“⁶²⁾.

Gegen diese Begründungen werden in jüngster Zeit verstärkt Bedenken vorgetragen: die erwähnten Einschränkungen ergeben sich aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 4 GG nicht⁶³⁾, systematische Erwägungen sprechen gegen die einschränkunglose Einschränkung, bedenkt man die verfassungsrechtlich abgesicherte Existenz der Verfassungsbeschwerde⁶⁴⁾. Entscheidend sind aber die Gründe gegen die Verallgemeinerung der Einwände, wie sie von der h. M. im Zuge der Rechtfertigung einer allgemeinen teleologischen Reduktion⁶⁵⁾ von Art. 19 Abs. 4 GG formuliert werden:

Natürlich entscheidet der Richter im heutigen Verfassungsstaat Deutschland nicht parteiinteressengeleitet; er macht aber auch Fehler, denn irren ist menschlich. Von daher hilft ebenso der Hinweis auf das Erreichen der dreipoligen Form als Art und Weise der Streitbeilegung nicht weiter. Und die Einwände betreffend das Nichtverbürgtsein einer weiteren Instanz, mehr noch, die konsequente Ausblendung der richterlichen Gewalt aus dem Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 4 GG unter Hinweis auf einen anderenfalls zu fordernden Rechtsschutz ad infinitum setzt – bislang nicht bewusst gemacht – eines voraus: Das Vorhandensein dieser einen Instanz. An dieser aber gerade fehlt es für die unter Art. 3 Abs. II EC-RiL fallenden Sachverhalte, denn dass deutsche Gerichte durch die Zurückweisung des Begehrens als unzulässig diesen Rechtsschutz gewähren, wird ernsthaft niemand behaupten. Zur Ersetzung qua Auslandsdurchsetzung wird auf das bisher Gesagte verwiesen.

Damit ist auch das „systematische Argument, (bezogen) ... auf den Rang des Gedankens der Rechtssicherheit, die die Rechtskraft richterlicher Entscheidungen gebietet“⁶⁶⁾, entkräftet. Denn jeder auf Art. 3 Abs. II EC-RiL gestützte Zurückweisungsbeschluss vermittelt alles andere als Rechtssicherheit: Wenn nämlich der „dem Bür-

ger (verliehene) ... allgemeine rechtsstaatliche Justizgewährleistungsanspruch“, resultierend aus dem Gewaltmonopol⁶⁷⁾, dem Selbsthilfeverbot und der bürgerlichen Friedenspflicht⁶⁸⁾ nicht mehr existiert, existiert auch keine Rechtssicherheit mehr. Beachtlich ist dabei auch, dass die Rechtssicherheit nicht im Gegensatz zur materialen Gerechtigkeit steht⁶⁹⁾.

Damit gilt zu diesem Zwischenpunkt: Es liegt auf der Hand, dass Art. 19 Abs. 4 GG nicht die Effektivität des Rechtsschutzes durch den Richter gegen den Richter ohne jede Einschränkung garantiert. Offenkundig ist dies deshalb, weil anderenfalls es zur Überprüfung der Überprüfung⁷⁰⁾ ohne jede Grenze kommen müsste, an deren Anfang eine Entscheidung steht.

Hieraus folgt aber im Umkehrschluss nicht jeglicher Ausschluss der verfassungsrechtlich gebotenen Überprüfbarkeit einer unrichtigen richterlichen Entscheidung. Wann in Ausnahmefällen die richterliche Kontrolle der richterlichen Entscheidung gem. Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich geboten ist, kann nicht noch, muss dies abschließend gesagt werden. Merkmale für einen Ausnahmefall wurden hier dargelegt.

Kurz: Eine teleologische Reduktion⁷¹⁾, die ausschließlich zur Reduktion auf Null des Anwendungsbereich der betreffenden Vorschrift führt, ist in Wahrheit eine teleolo-

67) Vgl. hierzu den glänzenden, in seiner Bedeutung kaum zu überschätzenden Beitrag von Becker, NJW 1995, 2077.

68) Schulze-Fielitz a.a.O. (Fn. 66), Art. 19 Abs. 4, Rz 26; vgl. auch Stern, Staatsrecht Band III, 1. Halbb., S. 1452.

69) Dies ergibt sich auch und gerade in genauer Hinsicht zu dem berühmten Zitat von Radbruch: „Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Gerechtigkeitsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt; denn das Dogma hat nur als Ausdruck des Glaubens, das Gesetz aber nicht nur als Niederschlag der Gerechtigkeit seinen Wert, sondern auch als Bürgschaft der Rechtssicherheit und vornehmlich als solches ist es in die Hand des Richters gegeben“, Rechtsphilosophie 1950 § 10 Die Geltung des Rechts S. 182. Ferner SJZ 1946, 105, 107 (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht): „... Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit“.

70) Der Einwand des infiniten Regresses hat Bedeutung erlangt vor allem im Zusammenhang mit der Transzendentalphilosophie. Bei der Suche allgemeingültiger und notwendiger Erkenntnis weist Kant nach, dass weder die Bezugnahme auf die Empirie noch das Denken allein genügen. Es ist zu fragen nach den Bedingungen der Erkenntnis innerhalb des Rahmens der Erfahrung. Dies kann dazu führen, dass man nun seinerseits fragt, welche Erkenntnisvorgänge stattfinden bei der Ermittlung der Bedingungen der Erkenntnis innerhalb des Rahmens der Erfahrung. Es kann also zur Reflektion der Reflektion kommen – ein Anliegen Fichtes. Der Einwand der Möglichkeit einer infiniten Reflektion der Reflektion führt allerdings in der Philosophie – soweit ersichtlich – nicht dazu, die Reflektion der Reflektion überhaupt als – offenbar – untauglich abzutun.

71) Nach Larenz, Methodenlehre 6. Auflage 1991, 400 kann an der Zulässigkeit einer teleologisch begründeten Gesetzeskorrektur heute kein Zweifel mehr sein. „Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Gesetzeszweck eindeutig ermittelt ist und ohne die Korrektur der Zweck in einem Teil der Fälle verfehlt würde, ein schwerwiegender Wertungswiderspruch oder eine offenbare Ungerechtigkeit nicht zu vermeiden wären“. Die Argumentationslast liegt also bei den Befürwortern der uneingeschränkten Einschränkungen von Art. 19 Abs. 4 GG aber keine Erwähnung findet. Zippelius, Juristische Methodenlehre 7. Auflage 1999, § 11 II b = S. 70 – der Rechtsphilosophie und dem Öffentlichen Recht verbunden – erörtert die Berichtigung des zu weit gefassten Gesetzes durch einschränkende Merkmale anhand von § 142 StGB; Müller, Methodik 6. Auflage 1995 – ebenfalls kein Zivil- bzw. Strafrechtler – befasst sich mit der Restriktion bzw. teleologischen Reduktion nicht, was seinen Grund – wohl – in der Ablehnung der Argumente „Wille des Gesetzgebers“ oder „Wille als Gesetz“ (Ziff. 332.233.3 = S. 254 – 256) hat; Fikentscher, Methoden des Rechts, Band IV 1977, 311 f. führt zutreffend aus: „(die) ‚Grenzkorrektur‘ zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht ... nennt (man) zweckmäßig ... ‚Restriktion‘. Eine Restriktion ist dann vorzunehmen, wenn die Überprüfung des Normsinnes einer Norm nach den rechtsbildenden Elementen Zweck, Wert, Logik und Entwicklung einen geringeren Bedeutungsinhalt ergibt als der Sprachsinne des verwendeten Gesetzeswortlautes. Ein Gesetz darf nicht mehr sagen dürfen als es meint ... Zu bedenken ist freilich, dass ein – auch möglicher – Wortsinn er nach Jahrzehnten entdeckt wird“.

61) Amelung NJW 1979, 1687, 1690.

62) Schencke in: Bonner Kommentar zum GG, 46. Lieferung 1982, Art. 19 Abs. 4 Rz. 275.

63) Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Abs. 4, 447; Krebs in: von Münch/Kunig (Hrsg.) GG, 5. Auflage 2000 Art. 19 Abs. 4; Rz. 57: „Immerhin verpflichtet Art. 19 Abs. 4 nicht nur, aber in erster Linie die Gerichte“.

64) Keine Schwierigkeiten der im Fließtext genannten Art scheint im übrigen die Verfassungsbeschwerde gegen richterliche Durchsuchungsanordnungen aufzuwerfen. So heißt es in BVerfG StV 2000, 465 zu einem – richterlichen – Durchsuchungsbeschluss: Der Beschluss des LG verletze die BF in ihrem Recht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Schutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt.

65) Nach Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, 391 wird im Zuge der teleologischen Reduktion „... die im Gesetz enthaltene ... zu weit gefasste Regel auf den hier ... zukommenden Anwendungsbereich ... zurückgeführt ...“.

66) Schulze-Fielitz in: Dreier, Art. 19 Abs. 4 Rz. 26 zu dem im Fließtext dargelegten und teilweise zitierten Gedanken; hierzu auch Stern, Staatsrecht, Band III, erster Halbband 1988, S. 1452.

gische Absorption. Jede Auslegungsmethode beinhaltet eine Weise, die betreffende Vorschrift zu deuten; deren Aufhebung durch Deutung liegt außerhalb des Weges der Erkenntnis, die richtige Anwendung der Vorschrift zu finden.

Im Ergebnis kann somit gesagt werden: Unmittelbar oder mittelbar auf Art. 3 Abs. II EC-RiL gestützten Maßnahmen verstoßen gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Auf die Frage, ob „sich auch aus den materiellen Grundrechten unter Umständen Anforderungen an das gerichtliche Verfahren ergeben (m.w.N.)“, kommt es somit nicht mehr an; Art. 19 Abs. 4 GG ist die selbstständige „verfassungsrechtliche Absicherung ... der Rechtsschutzgarantie“⁷²⁾. Und dass auch der zivilrechtliche Rechtsschutz verfassungsrechtlich abgesichert ist, ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG.

Dies bedeutet für den Ausgangsfall hier mithin: Weist ein Gericht die in Deutschland anhängig gemachte Klage unter Bezugnahme auf die umgesetzten⁷³⁾ Art. 3 Abs. I, Abs. II EC-RiL als unzulässig (eine Verweisung kommt nur innerhalb der bejahten Staatszuständigkeit in Betracht) ab mit der Begründung, für die Durchsetzung des Herkunftslandsrechtes sei eine „Behörde“ des Herkunftslandes zuständig, verletzt dies Art. 19 Abs. 4 GG. Der Kläger hat in diesem Fall die Möglichkeit, Berufung einzulegen. Erkennt ein Gericht auch eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG aufgrund derjenigen nationalen Vorschrift, welcher die Art 3 Abs. I, Abs. II EC-RiL umsetzt, hat es das Verfahren auszusetzen und die Angelegenheit gem. Art. 100 GG dem BVerfG vorzulegen.

2.2 Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Die Frage eines möglichen Verfassungsverstoßes durch ein aus Art. 3 Abs. II EC-RiL fußendes Verhalten deutscher Gerichte und Behörden stellt sich ferner im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden).

Es ist also zu prüfen, ob die nationalen Gerichte der Herkunftsländer innerhalb der EU im (Anwendungsbereich der EC-RiL) gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sein können.

Das BVerfG hat im Rahmen der Entscheidung „Solange II“⁷⁴⁾ anlässlich seiner Bestätigung des EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sich wie folgt geäußert: Der EuGH ist institutionell umfangreich garantiert; sein Verfahrensrecht genügt rechtsstaatlichen Anforderungen an ein gehöriges Verfahren. Der EuGH ist mit der Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten funktio-

nell verschränkt, durch die Zustimmungsgesetze und das auf vertraglicher Grundlage erlassene abgeleitete Gemeinschaftsrecht ist er Teil der innerstaatlich geltenden Rechtsordnung der BRD, soweit durch die Zustimmungsgesetze Rechtssprechungsfunktionen aufgetragen sind. Der EuGH und die mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten stehen ebenso wenig unvermittelt nebeneinander wie die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und die Gemeinschaftsrechtsordnung. Ziel ist die möglichst einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch alle Gerichte.

Überträgt man diese Grundsätze auf die nationalen Gerichtsbarkeiten anderer Mitgliedstaaten der EU, so steht man vor der Schwierigkeit, das Übertragungsobjekt nicht zu kennen. M. a. W., es fragt sich, ob pauschale Aussagen zu fremden Rechtsordnungen unter dem allgemeinen Gesichtspunkt des gesetzlichen Richters genügen, oder ob eine Prüfung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG die Bezugnahme auf eine gegenständliche ausländische Gerichtsbarkeit erfordert. Die Antwort dürfte davon abhängen, welche Anforderungen – pauschale oder generelle – gestellt werden. Eine gegenständliche Bezugnahme ist aber jedenfalls dann entbehrlich, wenn bereits die pauschale Bezugnahme eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ergibt.

Es ist davon auszugehen und soll unterstellt werden, dass die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten der EU institutionell umfangreich garantiert sind; dasselbe gilt im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verfahrensrechte.

Was die Auslandsstaaten und ihre Organe sowie die deutsche Gerichtsbarkeit anbelangt, so findet eine aufgabenmäßige Verschränkung durch die Verweisung auf das Herkunftslandsrecht im Herkunftsstaat nicht statt. Zustimmungsgesetze zu bestimmten durch die Auslandsgerichte wahrzunehmenden Rechtssprechungsfunktionen existieren nicht, die nationalen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen stehen unvermittelt und isoliert nebeneinander, das andere nationale Recht ist weder Teil der innerstaatlich geltenden Rechtsordnung der BRD noch gilt dies für den Umkehrfall, die Harmonisierung bestimmter Rechtsfragen über die Rechtsprechung des EuGH betrifft einen anderen Fall.

Auch liegt die Geltendmachung des Herkunftslandsrechts im Herkunftsland nicht „im Interesse des Vertragszwecks der Integration, der Rechtssicherheit und der Rechtsanwendungsgleichheit, (sie) dient ... (nicht) einer möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch alle Gerichte im Geltungsbereich des EWG-Vertrages m.w.N.“⁷⁵⁾.

Zwar geht es mit dieser Regelung um eine möglichst einheitliche Auslegung und Anwendung von Recht, Gegenstand ist allerdings nicht das Gemeinschaftsrecht, sondern Herkunftslandsrecht unter völliger Verdrängung entsprechendes Marktortrechtes in Deutschland. Dies hat mit Integration, Rechtssicherheit und Rechtsanwendungsgleichheit – als Zulässigkeitskriterien gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG – nichts zu tun. M. a. W., die Ersetzung dieser Prinzipien durch den Beweggrund, im Bereich der insbesondere über das Internet verlautbarten

72) BVerfG NJW 2000, 1175, 1176.

73) Nach Tettenborn, K & R 2000, 386, 388 ist eine Umsetzung des Herkunftslandsprinzips gem. Art. 3 Abs. II EC-RiL gesetzestechisch nicht möglich. Nach diesseitiger Auffassung lässt sich aber nur anlässlich einer Umsetzung der Anwendungsvorrang des Herkunftslandsrechtes staatsrechtlich begründen. Es wird also zu einer so erstaunlichen Formulierung kommen müssen wie:

„Im Dienste der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten unterliegen der Rechtsordnung des Herkunftslandes.

II Dienste der Informationsgesellschaft sind insbesondere ...

III Dienste der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten liegen nicht vor (s: Beschreibung der Umgehungs Sachverhalte in Übereinstimmung mit der EC-RiL).

IV Abs. I gilt nicht (s: Nennung derjenigen Rechtsgebiete, auf welche die EC-RiL nicht anwendbar ist)“.

74) BVerfGE 73, 339 = NJW 1987, 577 „Solange II“; im Grundsatz bestätigt durch BVerfG NJW 2000, 3124.

75) BVerfGE a.a.O. (Fn. 73) „Solange II“.

Kommunikation möglichst ohne Rechtsgrundlage überhaupt auskommen zu können⁷⁶⁾, vermag bezüglich der Rechtsdurchsetzung im Herkunftsland in ökonomischer Hinsicht zu überzeugen, was nicht nur keine Rechtfertigung für die Entziehung des deutschen Richters in Deutschland ergibt; die Tendenz zur Abschreckung des Rechts im Internet ist zusätzlich unmittelbar zugleich die Tendenz zur Abschaffung des gesetzlichen Richters.

Wenn aber die Zweckrichtung, gerichtlichen Rechtsschutz auszuschließen, zur Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG führt⁷⁷⁾, muss Gleiches für die Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gelten. M. a. W., wenn Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bezweckt, auch innerhalb der rechtssprechenden Gewalt für Gesetzlichkeit und Verfahrensgerechtigkeit zu sorgen⁷⁸⁾, ist diese institutionelle Garantie⁷⁹⁾ verletzt, wenn es um die Abschöpfung dieser rechtssprechenden Gewalt geht, zumal diese Garantie im Hinblick auf die Anforderungen des GG verbürgt ist⁸⁰⁾.

Der Wunsch nach möglichst keiner Rechtsgrundlage wird insbesondere deutlich im Erwägungsgrund (5) der EC-RiL. Danach wird „die Weiterentwicklung der Dienste der Informationsgesellschaft (sc: Die Weiterentwicklung der kommerziellen Kommunikation) ... durch eine Reihe von rechtlichen Hemmnissen ... behindert, die die Ausführung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs weniger attraktiv machen. Die Hemmnisse bestehen in Unterschieden der innerstaatlichen Rechtsvorschriften ... Solange die innerstaatlichen Rechtsvorschriften... nicht koordiniert ... sind, können diese Hemmnisse gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gerechtfertigt sein“. Im Erwägungsgrund (40) heißt es: „Bestehende und sich entwickelnde Unterschiede in den Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, die als Vermittler handeln, behindern das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes ...“. Kurz: Auch Behinderungen, die nicht gegen Art. 43 EGV (Art. 52 EGV a.F.; Niederlassungsfreiheit) bzw. gegen Art. 49 EGV (Art. 59 EGV a.F.; Dienstleistungsfreiheit) verstoßen, sollen abgeschafft werden, wobei Grund hierfür nicht das Erkennen fehlerhafter Rechtsentwicklungen in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH bzw. der Rechtsprechung der Einzelstaaten der EU betreffend die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidungen ist; Grund ist das Begreifen von Recht als Handelshemmnis⁸¹⁾.

76) *Mankowski* GRUR Int 1999, 909, 913; von einem „race to bottom“ sprechen *Hoeren* MMR 1999, 192, 194; *Spindler* – relativierend – ZUM 1999, 775, 781, 782, 784, 786; *Bodewig* GRUR Int 2000 475, 481. Wenn das Ziel lgl. gewesen wäre, ein einheitliches Rechtsniveau zu bekommen hätte man die deutschen Maßstäbe standardisieren können, vgl. *Schönherr* Öbl 1999, 267, 268. Wenn es aber nicht um das „niedrigste“ oder das „höchste“ Niveau ging, sondern um die Inhalte, hätte man diese diskutieren müssen. Da eine Diskussion insoweit fehlt, ging es um das niedrigste Niveau. Dieses mit der Begründung zu rechtfertigen, woanders geht es ja auch, ist ebenso richtig, wie die ins Extrem verlagerte Entsprechung, Medizinmänner gibt es auch im Dschungel.

77) BVerfGE 22, 49 = NJW 1967, 1219, 1221.

78) *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.) GG; 3. Auflage 1996, Art. 101 Rz. 1.

79) *Kunig* a.a.O. (Fn. 77), Rz. 3.

80) *Kunig* a.a.O. (Fn. 77), Rz. 17.

81) *Landfermann* am 16. 04. 1999 im Rahmen seines Vortrages bei der Arbeitsitzung des Institutes für Urheber- und Medienrecht (Insoweit in ZUM 1999, 795 nicht abgedruckt); auf die Gefahr dieser Haltung weisen *Fritze/Holzbach*, WRP 2000, 872, 874 re. Sp. und 875 li. Sp. hin. Allgemein hierzu vor allem mein Beitrag „Werbefreiheit und zu Ökonomisierung des Rechtsbegriffs“, WRP 1999, 792.

Nun unterscheiden sich zwar die Rechtsordnungen der Herkunftsländer ebenso wie die Herkunftsländer selbst. Vermittels der Art. 3 Abs. II, Art. 3 Abs. I EC-RiL wird aber ein – mittelbarer – Anpassungsdruck für den jeweiligen nationalen Gesetzgeber erzeugt, sich dem Land mit den niedrigsten Rechtsniveau anzupassen.

Dass solches keine spekulative Aussage ist, zeigen die Beratungen zur Abschaffung des Rabattgesetzes und der ZugabeVO ebenso wie Warnungen und Drohungen deutscher Unternehmer, in das Ausland wegen des Rechtsstaates Deutschland abzuwandern.

Mit der Tendenz zur Abschaffung des Rechts und in deren paralleler Folge einer Abschaffung des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. I S. 2 GG bekommt die Interpretation von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einen materialen Zug.

2.3 Art. 103 Abs. 1 GG

„Der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG steht ... im engem Zusammenhang mit der aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Rechtsschutzgarantie. Beide dienen dem gleichen Ziel, nämlich der Eröffnung effektiven Rechtsschutzes (m.w.N.)“⁸²⁾.

Auch insoweit gilt also: Mit dem Verfehlen effektiven Rechtsschutzes durch die Maßnahme eines deutschen Gerichtes anlässlich dessen Verneinung der deutschen Staatszuständigkeit wird zugleich rechtliches Gehör versagt. Dass eine Heilung dadurch eintritt, dass rechtliches Gehör zu der Frage der Staatszuständigkeit gewährt wird, kann ernsthaft niemand behaupten.

2.4 Rechtsfolgen

Rechtsfolge ist mithin nicht die Verfassungswidrigkeit der EC-RiL in dem geschilderten Bereich; insoweit besteht keine Verwerfungskompetenz durch deutsche Gerichte. Rechtsfolge ist, dass wegen Art. 19 Abs. 4, Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 103 Abs. 1 GG deutsche Gerichte gehindert⁸³⁾ sind, Art. 3 Abs. 2 EC-RiL mit der Folge einer Verneinung der eigenen staatlichen Zuständigkeit anzuwenden vorausgesetzt, der Marktort, mithin der Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision befindet sich in Deutschland.

Und sind die Art. 3 Abs. I, Abs. II EC-RiL durch eine nationale gesetzgeberische Maßnahme umgesetzt, verletzt eine die deutsche Staatszuständigkeit verneinende Gerichtsentscheidung Art. 19 Abs. 4 GG. Nach diesseitiger Auffassung kann gegen diese Entscheidung Berufung eingelegt werden. Bejaht ein Gericht – wie hier – einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, hat es das Verfahren auszusetzen und das umsetzende Gesetz insoweit gem. Art. 100 GG dem BVerfG vorzulegen.

3. Zusammenfassung

Erwägt man die Zuständigkeitsvoraussetzungen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder einer Klage, so geht dem zu Art. 3 Abs. II EC-RiL üblicherweise diskutierten Herkunftslandsprinzip voraus

82) BVerfGE NJW 2000, 1175, 1178.

83) BVerfGE NJW 1993, 3047, 3052 Maastricht.

die Frage nach der staatlichen Zuständigkeit der Gerichte.

Art. 3 Abs. II EC-RiL – bislang insoweit kaum erörtert – ist also vorab im Rahmen der Zulässigkeit von Bedeutung bei Sachverhalten, die unter den Anwendungsbereich der EC-RiL fallen, mithin betreffend sämtliche Rechtsfragen, die länderüberschreitend innerhalb der EU, vermittelt über das Internet hauptsächlich, aufgeworfen werden.

Die wörtliche Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 EC-RiL sowie der innere Zusammenhang dieser Vorschrift mit Art. 3 Abs. I, mit Art. 1 Abs. IV EC-RiL und mit den Erwägungsgründen ergeben, dass das Herkunftslandsrecht im Herkunftsland geltend zu machen ist. Quer hierzu steht der äußere Zusammenhang, wie er durch Art. 5 Ziff. 3 bzw. Art. 24 EuGVÜ vermittelt ist: nach den zuletzt genannten Vorschriften könnte – auch – dasjenige Gericht angerufen werden, welches für den Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision (Marktort) zuständig ist.

Eingedenk der parallelen Problemlösung betreffend das anzuwendende Sachrecht, wonach für das IPR ein rechtlicher Anwendungsbereich dort verbleibt (oder verbleiben soll), wo das Herkunftslandsrecht nicht zur Geltung kommt, ist es nicht fernliegend, den Widerspruch zwischen innerem und äußerem System auf dieselbe Weise zu lösen, mithin Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ dort anzuwenden, wo Art. 3 Abs. II EC-RiL keine Durchsetzungszuständigkeit im Herkunftsland begründet hat. Und Art. 24 EuGVÜ ergibt deshalb keine Änderung der Betrachtungsweise, da der einstweilige Rechtsschutz durch das Herkunftslandsprinzip faktisch abgeschafft wird.

Nachdem auch die Auslegung nach dem objektiven Zweck der Regelung kein eindeutiges Ergebnis bringt, bleibt es dabei: nach Art. 3 Abs. II EC-RiL hat die Rechtsdurchsetzung im Herkunftsland zu erfolgen.

Die aufgezeigten methodischen Schwierigkeiten sind solche der EC-RiL selbst. Das erörterte Problem ist nur ein kleiner Teil aus der Fülle von Schwierigkeiten, denkt man etwa an die Verhältnisbestimmung betreffend die Einschränkungen und Ausnahmen zur EC-RiL durch die EC-RiL. Diese Schwierigkeiten resultieren aus der nicht gestellten oder nicht bewältigten Aufgabe, Recht als organisches Ganzes zu begreifen, bestehend aus Haupt und Gliedern, die wiederum möglichst widerspruchsfrei untereinander zusammenhängen.

Verneint aufgrund der geschilderten Rechtslage ein deutsches Gericht seine nationale Zuständigkeit, so wird Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Die ausschließliche Verweisung auf den Absenderstaat bedeutet die Abschaffung des effektiven Rechtsschutzes, der als grundgesetzlicher Auftrag im Geltungsbereich des GG anderenfalls nicht gelten würde.

Die bislang herrschende Auffassung einer teleologischen Reduktion oder Restriktion von Art. 19 Abs. 4 GG ist zu berichtigen: Die Gefahr eines infiniten Regresses bei der Zulassung des Rechtsschutzes durch den Richter gegen den Richter besteht in der gegenständlichen Konstellation nicht, der Sachverhalt hier ist ein gänzlich neuer, im übrigen hat die Argumentationslast bei der

Wortlautabweichung (hier: Art 19 Abs. 4 GG) derjenige, welcher die Wortlautabweichung vertritt.

Zusätzlich verletzt sind im Falle einer Verneinung der eigenen staatlichen Zuständigkeit bei Vorhandensein des Marktortes Deutschland Art. 101 Abs. 1 GG (Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden) und Art. 103 Abs. 1 (Rechtliches Gehör).

Kurz: Deregulierung mit dem Ziel der Abschaffung des Rechts, zumindest was die effektive Rechtsdurchsetzung, den gesetzlichen Richter und das rechtliche Gehör anbelangt, wird vom Grundgesetz weder geduldet noch akzeptiert.

4. Ausblick

Während die Abhandlungen zur EC-RiL zunächst häufig mit der Darstellung ihres Gesamtzusammenhangs befasst waren, sodann vorzugsweise die Rechtsfolgen erörtert wurde, die sich für das nationale Marktortrecht aus der Geltung des Herkunftslandsrechts ergeben, einige Autoren hierbei vorzüglich die tatsächliche Richtigkeit des Marktortrechts verdeutlichten, schließlich – so scheint es – derzeit Thema der Anwendungsbereich der EC-RiL ist im Verhältnis zu den Ausnahmen bzw. den bereits europäisch regulierten Bereichen, haben Folgeerwägungen für den Fall der Unterschreitung der Herkunftslandsvorsaussetzungen einerseits sowie Verfassungsprobleme andererseits wenig Interesse gefunden.

Gegen den Einwand, das hier gefundene Ergebnis für die Unterschreitung der Herkunftslandsvorsaussetzungen sei deshalb nur bedingt von Nutzen, weil es übereinstimmt mit der bislang eher beiläufig geäußerten Auffassung der vorhandenen Zuständigkeit der Gerichte des Marktortstaates, steht zum einen die Art und Weise der Begründung. Jeder Herkunftslandsverletzer wird sich zuallererst gegen Angriffe mit dem Einwand der fehlenden Staatszuständigkeit wehren; und da ist es durchaus von Belang, dass diese Zuständigkeit des Angriffs haltbar begründet ist. Im übrigen ist die dargelegte Zuständigkeitsbegründung nationale Besonderheit, m. a. W., vor dem Hintergrund eines anderen nationalen Verfassungsrechts kann das Ergebnis anders ausfallen. Zum anderen wird somit erstmals die Erkenntnissicht auf Verfassungsfragen eröffnet. Hier tut sich allerdings ein weites Problemfeld auf, etwa bei der Frage, wie die Begegnung von Herkunftslands- und Grundrechtspositionen zu lösen ist oder, ob bei Umgehungs-sachverhalten ein ausbrechender Akt i.S.d. Entscheidung des BVerfGs zum Vertrag von Maastricht vorliegt.

5. Bewertung

Der Inhalt des Rechts kann sich nicht nur nicht aus dem Rennen nach dem Erreichen des niedrigsten Standards ergeben; er ergibt sich hieraus auch nicht. Wenn das Internet eigene rechtliche Inhalte erfordern sollte, müssen diese diskutiert werden.

Ferner: Mit der EC-RiL sollte nicht nur das gewerbliche Anbieten von Waren und Leistungen, vermittelt hauptsächlich über das Internet, liberalisiert, d. h. gewerbefreieren Regelungen unterworfen werden, soweit es um einen länderübergreifenden Sachverhalt im Bin-

nenmarkt geht. Ziel ist es auch und vor allem, über den hierdurch erzeugten Anpassungsdruck für hauptsächlich das Lauterkeitsrecht – ist dieses in den Augen der Politiker der EU unlauter oder soll dieser Maßstab nicht mehr gelten? – Veränderungen im nationalen Bereich herbeizuführen. Diesem Ziel haben die deutschen Vertreter in Brüssel zugestimmt. Nicht nur der Inhalt der EC-RiL, auch ein derartiger Versuch, nationale Sachverhalte mittelbar von außen zu regieren, ist neu. Dass dies das deutsche Parlament, welches wesentliche⁸⁴⁾ Fragen selbst bestimmt und die Frage der Wesentlichkeit mit seinem Selbstverständnis verbindet, durch einzelne Vertreter oder in seiner Gesamtheit gar überhaupt kommentiert, geschweige denn kritisiert hat, ist mir nicht bekannt. Wir haben es mit dem Fall des Vorhandenseins eines Rechtssetzungsaktes der EU, welcher das deutsche Parlament anweisen würde, vom Internet mittelbar tangierte Verhaltensweisen anders zu regeln, nicht zu tun. Auch liegt kein Rechtssetzungsakt vor, der ohne jeden Steuerungsversuch betreffend das nationale Recht ist.

84) Z.B. BVerfG DVBl 1999, 158.

Die Wirklichkeit liegt zwischen diesen Extremen, und der Leser darf entscheiden, welchem der genannten Eckpunkte die Wirklichkeit näher ist.

Es ist also rundum ein erstaunliches Schauspiel, welches uns die Wirklichkeit in Zusammenhang mit der EC-RiL bietet: Das Recht soll nicht mehr in Deutschland geltend gemacht werden, wobei man gleichzeitig vor allem gegen das formelle Hauptgrundrecht gem. Art. 19 Abs. 4 GG verstößt, deutsche Rechtsinhalte werden schlechthin ersetzt durch andere oder keine Rechtsinhalte⁸⁵⁾, wir werden belehrt über die Kommunikationsgrundlage im Internet, verfügen aber selbst über einzigartige Kommunikationsgrundlagen, nämlich große und kleine, kurze und lange Kommentare, und dies geschieht alles durch eine Regelung, die Widersprüche in sich noch und nöcher birgt: die Folter hat man nicht so inbrünstig bekämpft, wie das derzeit geltende nationale Recht, vorausgesetzt, es vermittelt Inhalte. Nachdem das Ganze aber allseits als großer Wurf gelobt wird, stelle ich mich in den Kreis der Lobenden, nehme die Ausgangshaltung der Philosophen an und – staune.

85) Portugal z.B. hat kein Wettbewerbsrecht.

Rechtsprechung

Wettbewerbsrecht

Bellamy

Artikel 28, 30 EG

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 5. April 2001 – C-123/00

1. Eine Regelung eines Mitgliedstaats, die das Inverkehrbringen von Brot und anderen Bäckereierzeugnissen verbietet, deren Salzgehalt in der Trockenmasse die Höchstgrenze von 2 % überschreitet, und die auf Erzeugnisse angewandt wird, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, stellt eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Artikel 28 EG dar.

Eine solche Regelung ist geeignet, den Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten zu behindern, und ist nicht gemäß Artikel 30 EG durch den Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt.

2. Artikel 28 EG steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die es verbietet, den Eindruck zu erwecken, ein Markenerzeugnis besitze besondere Eigenschaften, obwohl alle gleichartigen Lebensmittel dieselben Eigenschaften aufweisen.

Urteil:

1. Das Tribunal de première instance Brüssel hat mit Urteil vom 28. März 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 31. März 2000, gemäß Artikel 234 EG drei Fra-

gen nach der Auslegung der Artikel 28 EG und 30 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Fragen stellen sich in einem Strafverfahren gegen Frau Bellamy wegen Verstoßes gegen nationale Regelungen über das Inverkehrbringen von Lebensmitteln und über die Werbung für Lebensmittel.

Die nationale Regelung

3. Artikel 1 des Arrêté royal relatif aux pains et aux autres produits de boulangerie (Königliche Verordnung über Brot und andere Bäckereierzeugnisse) vom 2. September 1985 (Moniteur belge vom 7. November 1985, nachfolgend: Verordnung von 1985) enthält Definitionen von Brot und von Bäckereierzeugnissen, die unter diese Verordnung fallen. Artikel 3 der Verordnung von 1985 bestimmt:

Die von dieser Verordnung erfassten Lebensmittel müssen hinsichtlich ihrer Zusammensetzung folgenden Anforderungen genügen:

...

2. Die in Artikel 1 Nummern 1 bis 3 genannten Lebensmittel: Der Kochsalzgehalt, ausgedrückt in Natriumchlorid und bezogen auf die Trockenmasse, darf 2,0 % nicht übersteigen;

...

4. In Artikel 8 der Verordnung von 1985 heißt es:

Verstöße gegen diese Verordnung werden, soweit die Artikel 2, 3 und 5 betroffen sind, gemäß dem Ge-