

THOMAS HOEREN

## Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce Eine erste kritische Analyse

*Im November 1998 veröffentlichte die Europäische Kommission ihren Entwurf für eine Electronic(E)-Commerce-Richtlinie. Der Entwurf regelt eine Fülle juristischer Detailfragen, vom Vertragsschluß im Internet über die Haftung von Providern bis hin zu rechtlichen Grenzen des*

*Online-Marketing. Im folgenden werden die grundsätzlichen Aspekte des Entwurfs kritisch skizziert. In weiteren Beiträgen werden dann noch Spezialfragen der Haftung analysiert und ein Vergleich zwischen der EC-Richtlinie und dem US Digital Millennium Copyright Act gezogen.*

---

Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITIM) der Universität Münster.

## I. Einführung

Lange haben wir darauf gewartet; für Ostern 1998 war der Text bereits angekündigt worden. Nun, zum 18.11.1998 wurde er endlich vorgelegt – der Vorschlag der *Kommission* für eine E-Commerce-Richtlinie.<sup>1</sup> Doch die Arbeiten an dem Entwurf zogen sich hin, bedingt durch die Bandbreite und Komplexität der behandelten Themen. Die *Kommission* hat sich mit diesem Entwurf nicht nur die Harmonisierung der Regelungen zum Online-Marketing zum Ziel gesetzt, sondern ist gleichzeitig auch Fragen des Vertragschlusses im Internet und der Haftung von Providern angegangen. Während die Haftungsthematik im Beitrag von *Spindler*<sup>2</sup> erörtert wird, sollen die anderen Themen des Entwurfs im folgenden vorgestellt und einer kritischen Analyse unterzogen werden.

Auffällig ist, daß es zur Vorgeschichte dieser Richtlinie wenig zu berichten gibt. Während andere Richtlinienentwürfe über „Green Paper“ und „Follow-ups“ vorbereitet werden, wurde hier mit einem Schlag „die Katze aus dem Sack gelassen“. Der Hintergrund hierfür ist wohl kommissionsintern. Angesichts der Breite der im Entwurf behandelten Themen hätte eine Vorabdiskussion zu der Frage führen können, ob denn wirklich die *Generaldirektion XV* für alle Themen zuständig gewesen wäre oder ob nicht (zumindest auch zusätzlich) andere Generaldirektionen, wie etwa die *GD XXIV* (Verbraucherschutz), den Entwurf hätten lancieren sollen.<sup>3</sup> Allerdings ist zu bedenken, daß in den Entwurfstext eine Reihe von Vorarbeiten aus anderen Bereichen eingeflossen sind. So beruht zum Beispiel die Fernsehrichtlinie mit dem Konzept der Minimalharmonisierung und des freien Dienstleistungsverkehrs auf den gleichen Grundsätzen wie der Richtlinienentwurf. Die Fernsehrichtlinie stammt aus dem gleichen Hause und dürfte in vielfältiger Weise als interpretatorischer Schlüssel des neuen Entwurfs fungieren. Ferner konnte sich die *Kommission* für die Haftungsfrage auf gutachterliche Synopsen zum Haftungssystem in Europa sowie auf Forschungsergebnisse des IMPRIMATUR-Projekts stützen. Für die Werbefragen hatte die *Kommission* schon anlässlich des Grünbuchs „Kommerzielle Kommunikationen“ die beteiligten Verkehrskreise um Informationen gebeten.<sup>4</sup> Schließlich sind auch die Regelungen bzw. Regelungsvorschläge einzelner Mitgliedstaaten, voran das deutsche IuKDG<sup>5</sup> und Entwürfe aus den Niederlanden und Schweden, in die Diskussion eingeflossen.

Die schwierige Frage der kommissionsinternen Kompetenzverteilung macht sich allerdings negativ bei der Begründung des Richtlinienentwurfs bemerkbar. Die *Generaldirektion XV*, die für Fragen des Binnenmarkts zuständig ist, hat in der Begründung sehr stark auf die besondere Bedeutung des elektronischen Handels für den Binnenmarkt abstellen müssen. Hinweise auf den Verbraucherschutz finden sich demgegenüber nur sehr sporadisch. Insofern wird der elektronische Geschäftsverkehr in der Begründung des Entwurfs als „einzigartige Chance zur Förderung des Wirtschaftswachstums“ und als Vorteil für „die europäischen Bürger und Verbraucher“ angesehen (S. 6). Rechtliche Schranken erscheinen demgegenüber nur als Faktoren, „die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft bei der Ausübung dieser Freiheiten stören oder dies für sie weniger attraktiv machen“ (S. 7). Mit dieser Betrachtungsweise hat die *GD XV* zwar ihren „Kopf“ gerettet, die Belange des lautereren Handels oder die schutzwürdigen Interessen etwa von Verbrauchern jedoch über Gebühr zurückdrängen müssen.

## II. Anwendungsbereich

Die Richtlinie soll „den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten“ sicherstellen (Art. 1 Abs. 1).

### 1. Dienste der Informationsgesellschaft

Für den Anwendungsbereich zentral ist somit der Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“. Dieser Begriff taucht bereits in der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften<sup>6</sup> sowie in dem Vorschlag für eine Richtlinie über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten<sup>7</sup> auf. Unter den Begriff fallen alle in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachten Dienstleistungen. Diese Definition ist in ihrem Kern brauchbar, enthält aber Unschärfen. So fragt sich, welche Regeln bei nicht-kommerziellen Internet-Diensten gelten sollen. Im Bereich des Access-Providing gibt es neben *CompuServe* und *AOL* auch Provider wie den *DFN-Verein*, die nicht gewerblich tätig sind. Ähnliches gilt für universitäre Host-Provider oder für private Content-Provider. Gelten für diese privaten Anbieter z.B. die Regelungen zur Haftung (Art. 12 ff.)? Die *Kommission* erwähnt in der Begründung die für den Nutzer unentgeltlichen Dienste, die unter die Richtlinie fallen sollen, weil ihre „Finanzierung zumeist über kommerzielle Kommunikationen erfolgt“ (S. 16). Dieser Hinweis ist z.B. für Universitäten wenig hilfreich, da deren Dienste typischerweise unentgeltlich erbracht werden und auch nicht kommerziell finanziert sind. Hier sollte klargestellt werden, daß zumindest die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie den Anwendungsbereich auch auf nicht-kommerzielle Provider ausdehnen können.

Unklar bleibt auch, wann ein Dienst „in der Regel“ gegen Entgelt erbracht wird; man wird hier auf die Judikatur zum gleichlautenden Art. 60 EGV abstellen müssen. Die Formulierung „Dienstleistung“ sollte man im übrigen nicht im Sinne des deutschen Dienstvertragsrechts mißverstehen. Unter den Begriff fallen auch Dienste zum Verkauf von Waren sowie Teleshopping, wie die *Kommission* in der Begründung erläutert (S. 16). Im übrigen verweist die *Kommission* ebenfalls in der Begründung auf Anwen-

1) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt v. 18.11.1998 – KOM (1998) 586 endg. (RL-Vorschlag; Artikel, die nicht besonders bezeichnet sind, sind solche des RL-Vorschlags); im folgenden werden die Fußnotenbelege auf das Notwendigste beschränkt, um den Text nicht allzu aufzublähen. Der Beitrag von *Maennel*, MMR 1999, 187 (in diesem Heft) konnte leider nur noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

2) In diesem Heft, S. 199 ff.

3) In diesem Zusammenhang ist die in Erwägungsgrund 23 zitierte Entscheidung des Rates zur „Verbraucherdimension der Informationsgesellschaft“ vom 3.11.1998 (Abl. EG 1999 Nr. C 23/1) zu verstehen, in der die *Kommission* aufgefordert wird, „alle notwendigen Schritte zu unternehmen, um zu gewährleisten, daß bei vorliegenden und künftigen politischen Vorschlägen der *Kommission* für die Informationsgesellschaft den Verbraucherinteressen in vollem Umfang Rechnung getragen wird.“

4) Siehe hierzu die Mitteilung der *Kommission* über „Folgebemaßnahmen zum Grünbuch über kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt“, KOM (1998) 121 endg. v. 4.3.1998.

5) Siehe dazu neben den zahlreichen MMR-Beiträgen *Raßnagel*, NVwZ 1998, 1 ff.

6) Abl. EG Nr. L 204 v. 21.7.1998, S. 37.

7) Gemeinsamer Standpunkt des Rates v. 29.6.1998 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 98/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, Abl. EG Nr. L 262 v. 19.8.1998, S. 34.

dungsbeispiele wie elektronische Zeitungen, Leistungen freier Berufe, virtuelle Supermärkte oder Supermärkte (S. 17). Nicht darunter fallen soll der Bereich des „Internet-Rundfunks“, sofern es hier um die 1:1-Übertragung von Radio- und Fernsehprogrammen geht (S. 21); ich vermag für diesen Hinweis in der Begründung allerdings keinen Sinn außer dem eines effektiven Lobbyings zu sehen. Für die Landesmedienanstalten ist diese Regelung allerdings heikel. Denn im Umkehrschluß fallen digital produzierte Sendungen unter die Richtlinie und unterliegen insoweit dem Grundsatz der Zulassungsfreiheit (Art. 4).

Weitere Schwierigkeiten tauchen allerdings bei der Einordnung von Access Providern in das Regelungsgefüge des Entwurfs auf. Die obige Definition beschränkt den Anwendungsbereich auf elektronisch erbrachte Dienstleistungen. Darunter sollen aber nur solche Dienstleistungen fallen, die „mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (...) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt übertragen werden“. Access Provider erbringen aber keine Dienstleistung, die über das Netz erbracht wird; sie bilden selbst das Netz. Diese Meta-Dienstleistung übersteigt den Anwendungsrahmen des Entwurfs. Die *Kommission* geht aber bei der Haltungsregelung des Art. 13 (richtigerweise) davon aus, daß die Zugangsvermittlung unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen soll. Es muß also die Definition des Art. 2 dahingehend geändert werden, daß auch das Access Providing in die Definition eines Dienstes der Informationsgesellschaft fällt. Unklar ist ferner die Rechtslage für TK-Dienste, wie ISDN und Internet-Telefonie. ISDN dürfte wohl nicht erfaßt sein, da Art. 2 lit. a von „Datenverarbeitung“ und „Datenspeicherung“ am Ausgangs- und Empfangsort spricht. Auch wenn bei ISDN eine kurze Zwischenspeicherung erfolgt, dürfte es sich wohl kaum um eine solche im Sinne des Richtlinienentwurfs handeln.<sup>8</sup> Völlig diffus ist die Abgrenzung zu TK-Diensten, wie zum Beispiel im Fall der Internet-Telefonie. Grundsätzlich dürfte es sich um eine elektronisch erbrachte Dienstleistung handeln, gerade wenn man das Access Providing auch darunter subsumiert (s.o.).

Ganz gespannt kann man darauf sein, wie die Bundesländer in Deutschland auf den Richtlinienentwurf reagieren werden. Die leidige Kompetenzdiskussion zwischen Bund und Ländern hat bekanntermaßen zur Verabschiedung von LuKDG und MDStV geführt und dadurch – aufgrund der nicht aufeinander abgestimmten Abgrenzungsregelungen – zu einem Regelungschaos geführt. Die *Kommission* nimmt auf solche *propria germanica* (zu Recht) keine Rücksicht; der Unterschied zwischen Medien- und Tele-dienst<sup>9</sup> wird demnach entfallen.<sup>10</sup>

## 2. Niederlassung von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft

Neben den allgemeinen Definitionen versucht der Entwurf, den Ort der Niederlassung eines Providers zu bestimmen. Dies ist insofern wichtig, als damit auch eine wichtige Anknüpfungsregel für die Reichweite gesetzlicher Regelungen konkretisiert werden kann. In einzelnen Mitgliedstaaten wird an den Standort des Servers angeknüpft; andere Rechtsordnungen knüpfen an den (entweder faktischen oder satzungsmäßig vorgesehenen) Sitz des Unternehmens an. Diese Rechtsunsicherheit soll nunmehr dadurch beseitigt werden, daß in Übereinstimmung mit einschlägiger EuGH-Rechtsprechung<sup>11</sup> auf die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit abgestellt

wird. Entscheidend sind daher die qualitativen Kriterien der Tatsächlichkeit und der Dauerhaftigkeit der Wirtschaftstätigkeit. Es kommt nicht auf formale (Briefkasten) oder technologische Kriterien (Standort der technischen Geräte), aufgrund derer die Akteure sich leicht jeglicher Kontrolle entziehen könnten, an.

## III. Herkunftslandprinzip

Die zentrale und mutigste Regelung des Entwurfs findet sich in Art. 3. Hiernach soll jeder Mitgliedstaat dafür Sorge tragen, daß die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die den durch diese Richtlinie koordinierten Bereich betreffen. Gleichzeitig soll jede Form der Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft verboten sein.

### 1. Grundsatz

Mit dieser Regelung geht es der *Kommission* nicht um die Entwicklung eines neuen kollisionsrechtlichen Prinzips; ausdrücklich wird in Erwägungsgrund 7 jedweder Bezug der Richtlinie zu „spezifischen Regeln des Internationalen Privatrechts“ verneint.<sup>12</sup> Es geht hier vielmehr darum, das allgemeine europarechtliche Herkunftslandprinzip auf Internet-Dienste zu übertragen. Ein Provider, der seine Dienste entsprechend den Vorgaben seines „Heimatrechts“ erbringt,<sup>13</sup> hat zusätzliche Restriktionen im Abbruchstaat nicht zu befürchten. Portugiesisches Internet-Recht schlägt damit deutsches Lauterkeits- oder schwedisches Verbraucherschutzrecht. Hinter dieser radikalen Neuregelung verbirgt sich eine latente Angst vor materieller Harmonisierung. Offensichtlich hat die *Kommission* den Mut verloren, Gebiete wie das Lauterkeits- oder das Verbraucherschutzrecht zu harmonisieren;<sup>14</sup> den im Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen begonnenen Weg will man nicht mehr weitergehen. Statt dessen wählt man den Weg, der (scheinbar) für weniger Diskussionen in den Mitgliedstaaten sorgt: den Rekurs auf das formale Herkunftslandprinzip. Letztendlich führt dies zu einer Harmonisierung auf dem geringsten Level. Denn Provider werden sich nach Inkrafttreten der Richtlinie mit Sicherheit das EU-Land mit den geringsten Restriktionen als Geschäftssitz aussuchen und können vor dort aus ganz Europa mit ihren Leistungen bedienen.

In diesem Zusammenhang ist auf ein Mißverständnis hinzuweisen, das sich häufig in der gerade ansetzenden Diskussion über den Richtlinienentwurf findet.<sup>15</sup> Zum Teil wird darauf hingewiesen, daß das Herkunftslandprinzip ausweislich des Wortlautes von Art. 3 ja nur für den „koordinierten Bereich“ gelte und damit nur den lautereits

8) So auch *Maennel* (o. Fußn. 1).

9) Siehe dazu *Waldenberger*, MMR 1998, 124 ff.; *Pichler*, MMR 1998, 781 jew. m.w.Nw.

10) So auch *Maennel* (o. Fußn. 1).

11) *EuGH*, Ur. v. 25.7.1991, Ziff. 20, Rs. C-221/89; Slg. 1991, S. I-3965.

12) Daß das Ursprungslandprinzip kollisionsrechtlicher Natur sei, liegt in Überlegungen von *Freytag* in MMR 12/1998, S. V zugrunde.

13) Vgl. Erwägungsgründe 4 und 8 und die Begründung S. 15, wo die *Kommission* von einem nationalen „Rechtssystem“ spricht.

14) Dabei bestünden genügend Ansätze für eine internationale Harmonisierung z.B. des Lauterkeitsrechts, siehe hierzu etwa die Übersicht bei *R. Wolf* sic! 1998, 158 ff.

15) Es ist allerdings kein Wunder, daß es zu Fehlinterpretationen des net Herkunftslandprinzips kommt, wenn man sich klarmacht, daß das Prinzip der Begründung völlig unzureichend erläutert wird. Zur Kritik an diesem Prinzip auch *Maennel* (o. Fußn. 1).

der Verbraucherschutzrechtlichen Bereich erfasse, der durch die Richtlinie selbst geregelt sei. Tatsächlich wird in Art. 3 Abs. 1 und 2 darauf verwiesen, daß das Herkunftslandprinzip nur „für den durch diese Richtlinie koordinierten Bereich“ gelten soll. Der Begriff des „koordinierten Bereichs“ ist seinerseits in Art. 2 lit.f definiert als „die für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und die Dienste der Informationsgesellschaft geltenden Anforderungen“. Gemeint sind also alle – europäischen und nationalstaatlichen – Regelungen, die für Online-Diensteanbieter zur Anwendung kommen.<sup>16</sup> Wären nur die ohnehin in der Richtlinie geregelten Bereiche umfaßt, würde der Entwurf keinen wirklichen Mehrwert mit sich bringen. Es nützte dann alle möglichen, außerhalb der Richtlinie liegenden, Bereiche durch eine Vielzahl von Richtlinien harmonisiert werden. Insofern wiederholt die *Kommission* einen Regelungsmechanismus aus der Fernsehrichtlinie, die ebenfalls nur einige wenige Bereiche der Werbung regelt und trotzdem generell die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs gewährleistet.

Die Konsequenzen sind gerade für das deutsche Recht iarsch. Insbesondere das deutsche Lauterkeitsrecht ist vom Recht anderer EU-Staaten sehr unterschiedlich, wenn man nur an die Zugabeverordnung, das Rabattgesetz oder die Regelungen zu Sonderverkaufsveranstaltungen denkt. Auch das Standesrecht ist in wesentlichen Bereichen sehr viel restriktiver als ausländische Pendanten. Deutschland ist im übrigen das einzige Land, das sein Werberecht über Abmahnorganisationen wie die renommierte *Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* durchsetzen läßt. Diese Form der Selbstkontrolle würde in sich zusammenbrechen, wenn es bei Online-Diensten aufgrund des Herkunftslandprinzips nicht mehr oder nur sehr eingeschränkt tätig werden dürfte.

## 2. IPR und Art. 3

Auch wenn Art. 3 kein Kollisionsrecht regelt, bringt der Hinweis auf das IPR weiter. Das Herkunftslandprinzip verweist ja nicht nur auf das materielle Recht des Herkunftslandes, sondern auch auf das Kollisionsrecht. Wenn dem aber so ist, dann gilt für die Rechtsfragen des E-Commerce nicht der Ort der Niederlassung als entscheidender Anknüpfungspunkt. Vielmehr muß dann nach dem nationalen IPR am Ort der Niederlassung für jedes Rechtsgebiet einzeln entschieden werden, welches Recht zur Anwendung kommt. Im Werberecht kommt man dann sehr häufig zum Prinzip des finalen Markteingriffs. Hiernach ist der Ort der Niederlassung irrelevant; entscheidend ist, wo in das Marktgeschehen eingegriffen wird. Dies kann im Falle eines Providers, der von San Marino aus eine kommerzielle Homepage in deutscher Sprache betreibt, das Recht der Staaten Deutschland, Österreich und Schweiz, vielleicht sogar noch Italiens (wegen Südtirol) sein. Wenn demnach über das Herkunftslandprinzip auch das nationale IPR des Niederlassungsorts zur Anwendung kommt, würde der Ort der Niederlassung materiell-rechtlich an Bedeutung verlieren. Es käme sehr häufig das Recht des Abrufstaates zur Anwendung.

Die *Kommission* hat dieses Problem nicht gesehen, nicht sehen oder nicht ausdrücklich regeln wollen. Der Entwurf spricht nur in Art. 3 von den „innerstaatlichen Rechtsvor-

schriften“ und schließt im übrigen eine Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Verträge zum IZVR nicht aus (S. 24). Der bereits zitierte Erwägungsgrund 7 schließt „spezifische Regeln des Internationalen Privatrechts betreffend das anwendbare Recht oder der Zuständigkeit der Gerichte“ nicht aus und will „die einschlägigen internationalen Übereinkommen daher unberührt“ lassen. Art. 3 Abs. 3 des Entwurfs enthält eine der dunkelsten Stellen des Entwurfs, wenn er Art. 3 Abs. 1 nur insoweit gelten lassen will, als das Recht eines Mitgliedstaates nach dessen Kollisionsrecht anwendbar ist. Die letztere Regelung zeigt, daß die *Kommission* entweder keine Ahnung von IPR hat oder eine solch große Kenntnis hat, daß einem angst und bange wird. Denn entweder sind Art. 3 Abs. 3 und die anderen genannten Belege nur Zeugnis davon, daß im Rahmen des Herkunftslandprinzips auch das IPR zur Anwendung kommen soll, das am Ort der Niederlassung eines Providers gilt. Oder aber die *Kommission* will das Herkunftslandprinzip als allgemeines kollisionsrechtliches Prinzip. Dann würde sie davon ausgehen, daß der Ort der Niederlassung auch kollisionsrechtlich als einziger Anknüpfungspunkt im E-Commerce zu gelten hat. Dies wäre eine radikale Abkehr von allem, was wir im Kollisionsrecht wissen; das Herkunftslandprinzip hätte dann eine Radikalität gewonnen, die ihm wohl niemand zugetraut hätte. Nach meinem Dafürhalten hat sich die *Kommission* hier keine besonderen Gedanken gemacht, insbesondere keine kollisionsrechtliche Diskussion vom Zaun brechen wollen. Dann spielt das Herkunftslandprinzip materiell-rechtlich keine besondere Rolle mehr; es gilt je nach IPR am Niederlassungsort und damit je nach Rechtsgebiet ein anderes anwendbares Recht. Art. 3 würde daher etwas regeln, was selbstverständlich ist, und wäre insoweit zu streichen. Die *Kommission* wäre dann allerdings aufgefordert, sich selbst an eine Lösung der kollisionsrechtlichen Fragen zu machen (wie sie es z.B. in der EU-Datenschutzrichtlinie getan hat). Vielleicht meint die *Kommission* aber auch, sie könne das nationale IPR solange zulassen, wie es nicht dem insoweit vorrangigen Regelungen des EGV widerspreche. In einem solchen Fall würde zwar das nationale IPR grundsätzlich vom Herkunftslandprinzip unberührt bleiben. Unliebsame Weiterverweisungen wären dann aber europarechtlich verwehrt. Auch diese Denkweise bleibt aber diffus. Denn wenn man seitens der *Kommission* Weiterverweisungen – etwa hinsichtlich des finalen Markteingriffs – kappen wollte, würde man letztendlich das Herkunftslandprinzip zum kollisionsrechtlichen Metaprinzip stilisieren. Zwar blieb die Fassade des nationalen IPR, doch hinter der Fassade regiert der Teufel der europarechtlichen Grundfreiheiten. Mir ist nicht bekannt, daß der *EuGH* jemals in diese Richtung gedacht hat; doch wenn er es getan hätte, müßte dies alle Kollisionsrechtler und alle Praktiker aufhorchen lassen. Auf jeden Fall bedarf es hier einer grundsätzlichen europarechtlichen Reflektion. Bis heute ist die Qualifizierung von Internet-Services im Rahmen der Grundfreiheiten unklar. Auch der Zusammenhang von Europarecht und IPR ist zu wenig reflektiert, als daß man hierzu klare Aussagen, geschweige denn eine Richtlinie machen könnte.

## 3. Ausnahmen

Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips ist im übrigen durch eine Fülle von Ausnahmen deutlich herabgesetzt worden. Art. 22 Abs. 2 nimmt eine Reihe von Rechtsgebieten global aus und verweist insoweit auf Annex II. Nach diesem Anhang soll das Herkunftslandprinzip u.a. nicht im Be-

<sup>16</sup> Der Begriff „koordinierter Bereich“ ist insofern befremdlich, als er ja gerade einen Bereich bezeichnet, der in weiten Teilen nicht durch EU-Richtlinien o.ä. „koordiniert“ ist.

reich des Immaterialgüterrechts,<sup>17</sup> der vertraglichen Verpflichtungen bei Verbraucherverträgen sowie bei der Zulässigkeit von E-Mail-Werbung zum Tragen kommen. Es bleibt den Anrufstaaten also unbenommen, insoweit restriktivere Regelungen vorzusehen (siehe etwa zur E-Mail-Werbung unten). Allerdings dürfte der Verweis auf das Immaterialgüterrecht allenfalls religiösen Befindlichkeiten Rechnung tragen. Angesichts des Ausmaßes der EU-weiten Harmonisierung im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz hätte es sich eigentlich angeboten, das Herkunftslandprinzip auch auf diesen Rechtsbereich auszuweiten.

Durch Art. 22 Abs. 3 sind auch nationalstaatliche Maßnahmen der Abrufstaaten in den Bereichen öffentliche Ordnung, öffentliche Gesundheit und Verbraucherschutz im Rahmen der Verhältnismäßigkeit legitimiert. Allerdings unterliegen die Mitgliedstaaten bei solchen Maßnahmen einer starken Aufsicht durch die *Europäische Kommission*. Im übrigen hat der Abrufstaat regelmäßig im Falle einer beabsichtigten Kontrollmaßnahme den Herkunftsstaat und die *Kommission* vorab zu kontaktieren. Erst wenn der Herkunftsstaat nicht oder nicht hinreichend tätig wird und die *Kommission* keine Einwände erhebt, kann der Abrufstaat tätig werden. Auch diese Regelung enthält eine Reihe von Unklarheiten. So soll das Eingriffsrecht des Abrufstaates „unbeschadet gerichtlicher Klagen“ gelten. Es bleibt nebulös, worauf sich dieser Vorbehalt bezieht. Er kann Klagen gegen die Maßnahmen des Abrufstaates erfassen, gleichzeitig aber auf eine generelle Ausnahme von Art. 3 bei Privatklagen hinweisen. Auch könnte dadurch ein Recht des Abrufstaates auf Erhebung von Klagen gegen den Provider statuiert werden; dies würde aber auf ein unbeschränktes Recht zur gerichtlichen Geltendmachung jedweder wettbewerbsbeschränkenden Regelung hinauslaufen.

## IV. Kommerzielle Kommunikationen

### 1. Informationspflichten

Der Richtlinienentwurf geht – ähnlich wie Art. 4 der Fernabsatzrichtlinie<sup>18</sup> – von dem Konzept der Informationspflichten aus. User müssen informiert werden; ein informierter Nutzer läßt sich nicht irreführen. Dementsprechend enthält bereits Art. 5 für jedweden Diensteanbieter<sup>19</sup> eine allgemeine Informationspflicht, die in Art. 6 für kommerzielle Kommunikationen erweitert wird. Diese wird ihrerseits um spezielle Informationspflichten beim Abschluß elektronischer Verträge ergänzt (Art. 10). Hinzu kommen noch die Informationspflichten aus der Fernabsatzrichtlinie. Will man diese Fülle von Pflichten einmal strukturieren, ergibt sich ein eigenartiges Bild.

#### a) Allgemeine Informationspflichten (Art. 5)

Bei jedweden Diensteanbieters, die Adresse seiner Niederlassung sowie etwaige Handelsregisternummern, Zulassungsbehörden und Umsatzsteuernummer genannt werden (Art. 5 Abs. 1 lit. a – e, g). Der Hinweis auf die Anschrift hätte allerdings konkreter lauten können, etwa im Hinblick auf die Nennung der Post- und/oder der E-Mail-Adresse. Auch ist nicht einsichtig, warum der User die VAT-Nummer kennen sollte; den Steuerbehörden dürfte diese wiederum bekannt sein. Zu bedenken ist, daß verschiedene Mitgliedstaaten – wie z.B. Spanien – keine Handelsregistereintragungen kennen.

Zu den genannten allgemeinen Informationen kommen bei standesrechtlich gebundenen Providern der Hinweis auf die jeweilige Standesorganisation und eine umfassende Belehrung über die am Niederlassungsort geltenden Berufsregeln einschließlich der Mitgliedstaaten, in denen der Dienst regelmäßig erbracht wird (Art. 5 Abs. 1 lit. f). Letzteres scheint mir kaum machbar. Die Berufsregeln – zum Beispiel für Anwälte – sind ständig im Fluß; eine umfassende Belehrung über die Regeln ist daher kaum machbar. Denkbar wären hier allenfalls Hyperlinks auf die Informationsangebote der jeweiligen Berufsverbände.

#### b) Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation (Art. 6)

Neben der allgemeinen Informationspflicht bestehen besondere Informationspflichten für sog. kommerzielle Kommunikationen. Dieser Begriff wird durch die Legaldefinition des Art. 2 lit. e auf alle gewerblichen Informationen in bezug auf ein konkretes Unternehmen bezogen. Ausnahmen gelten nur für den Bereich unabhängiger Warentests und die bloße Vermittlung von Informationen ohne Werbecharakter. Gleiches soll nach der Entwurfsbegründung für den bloßen Besitz einer Internet-Adresse und die unabhängige Produktförderung durch Hyperlinks oder die Erwähnung einer Unternehmenskennzeichnung gelten (S. 23). Unklar ist die Abgrenzung zwischen dem allgemeinen „Dienst der Informationsgesellschaft“ und der „kommerziellen Kommunikation“. Insbesondere ist die „Unabhängigkeit“ einer virtuellen Produktförderung kaum konkretisierbar.

Der Entwurf sieht für kommerzielle Kommunikationen vor, daß diese klar als solche kenntlich zu machen sind (Art. 6 lit. a).<sup>20</sup> Ferner muß die Person, für deren Rechnung die Kommunikation erfolgt, klar identifizierbar sein (Art. 6 lit. b). Im übrigen müssen Werbeangebote im Hinblick auf Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke transparent gestaltet sein (Art. 6 lit. c).<sup>21</sup> Bei Preis Ausschreiben und Werbespielen muß der Wortlaut der Teilnahmebedingungen zugänglich gemacht werden (Art. 6 lit. d).

Hier rächt sich die Furcht der *Kommission* vor der materiellen Harmonisierung des Werberechts. Statt in der Nachfolge des Grünbuchs über Kommerzielle Kommunikationen Ansätze zu einem harmonisierten Werberecht zu entwickeln, wird auf heikle Situationen lediglich mit dem Transparenzgebot reagiert. So werden Zugaben, Werbespiele oder Geschenke nur als Gegenstand der Informationspflicht genannt, die Frage ihrer Zulässigkeit aber dem national zersplitterten Werberecht überlassen.

17) Falsch Freytag, MMR 1/2/1998, S. VII, der die Ausnahmen (wider den Wortlaut des Annexes) nur auf Halbleiter- und Datenbankschutz beziehen will.  
18) Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz v. 20.5.1997, Abl. EG Nr. L 144/S. 19 v. 4.6.1997. Siehe dazu Bodewig, DZWIR 1997, 447 ff.; Bülow, DZWIR 1998, 89 ff.; Gößmann, MMR 1998, 88 ff.; Reich, EuZW 1997, 581 ff.

19) Der Entwurf spricht zu Beginn von Art. 5 Abs. 1 fälschlicherweise davon, daß „die Dienste der Informationsgesellschaft ermöglichen müssen“. „Dienste“ können nichts ermöglichen, nur Diensteanbieter.

20) Diese Regelung läuft auf das Trennungsgebot hinaus, so wie es das deutsche Rundfunk- und Presserecht kennt; siehe dazu Gummig, ZUM 1996, 573 ff. Hoeren, in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, 1996, 35 ff.

21) Auch diese Regelung erstaunt, kann sie doch durchaus als Wink der *Kommission* pro Abschaffung der deutschen Zugabe- und Rabattregelungen vorstanden werden.

### c) Informationspflichten beim Abschluß elektronischer Verträge

Neben den beiden genannten Informationspflichten sind noch besondere Pflichten für den Abschluß elektronischer Verträge vorgesehen (Art. 10). Das Verfahren für das Zustandekommen eines solchen Vertrages muß klar und unmissverständlich erläutert werden (Art. 10 Abs. 1). Ferner müssen alle Verhaltenskodizes angegeben werden, denen ein Provider unterworfen ist (Art. 10 Abs. 3). Ausnahmen von diesen Pflichten gelten nur für den Fall gewerblicher Parteien, die eine abweichende Vereinbarung getroffen haben.

### d) Grundsätzliche Bedenken

Es fragt sich, ob das Modell der Informationspflichten wirklich angemessen ist.<sup>22</sup> Jeder www-Provider wird verpflichtet, eine Fülle von Informationen im Web zum Abruf vorrätig zu halten. Angesichts der Masse der Daten wird ein User kaum Interesse daran zeigen, die Informationen zur Kenntnis zu nehmen. Statt dessen dürfte sich sehr schnell ein Gefühl des Informationschaos breit machen. Der Nutzer nimmt dann zwangsläufig weniger zur Kenntnis, als er dies bei kurzen Angaben zur Person des Providers tun würde. Dies gilt vor allem für die Informationen zu den Berufsregeln; hier wäre es zumindest angebracht, Hyperlinks zu den www-Angeboten der berufsständischen Vereinigungen zuzulassen.

Lückenhaft ist der Richtlinienentwurf auch hinsichtlich der Sprache, in der die Informationen bereitgestellt werden müssen. Die *Kommission* wird hier wahrscheinlich wieder auf das Herkunftslandprinzip verweisen, so daß allein die Sprache am Ort der Niederlassung relevant wäre. Dies widerspricht jedoch fundamentalen Prinzipien des Verbraucherschutzes. Der Kunde, der häufig gar nicht weiß, wo er surft, würde durch AGB in der Sprache des Niederlassungsortes, die er kaum zur Kenntnis nehmen könnte, überfordert. Hier wird man eine interessengerechte Regelung nur durch Einführung einer Pflicht finden, Informationen in der Sprache der Staaten zum Abruf zu halten, in denen der Dienst regelmäßig erbracht bzw. abrufbar ist.<sup>23</sup> Schließlich fällt auf, daß die Ausgestaltung der Informationspflichten sehr am Vorbild des www-Providers orientiert ist. Verträge können jedoch auch über E-Mail geschlossen werden; eine solche Konstellation würde ebenfalls als Dienst der Informationsgesellschaft unter die Richtlinie fallen. Für solche Verträge aber bestehen kaum

Unterschiede zum Vertragsschluß auf Papier; auch ist die Erfüllung der vielfältigen Informationspflichten bei E-Mail-Austausch kaum möglich.

### 2. Standesrecht

Die besondere Aufmerksamkeit der *Kommission* gilt auch dem Standesrecht.<sup>24</sup> Hierzu führt der Richtlinienentwurf die Kategorie der „reglementierten Berufe“ ein (Art. 8). Der Begriff selbst wird nicht näher definiert; an anderer Stelle (Art. 2 e) wird inkonsequenterweise von „freien Berufen“ gesprochen. Der Begriff bezieht sich im Kern auf Anwälte, Ärzte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater; auf die Tätigkeit von Notaren soll die Richtlinie keine Anwendung finden (Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Anhang I). Interessant wäre es zu wissen, ob in allen Mitgliedstaaten der Kreis der „reglementierten Berufe“ in gleicher Weise verstanden wird; ich habe daran meine Zweifel.

Nach Art. 8 Abs. 1 sind bei den reglementierten Berufen Online-Dienste zulässig, soweit sie den beruflichen Regeln zur Gewährleistung von Unabhängigkeit, Würde und Ehre des Berufs, Berufsgeheimnis und lauterem Gebaren gegenüber Kunden und Berufskollegen entsprechen. Auf der Ebene der Standesorganisationen sollen entsprechende Prinzipien in deren Regelwerke integriert werden (Art. 8 Abs. 2). Die Grundkonstruktion der Norm enthält bereits einen Geburtsfehler. Nach dem EGV gilt der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit als Grundregel. Der Verweis auf Unabhängigkeit oder Würde ist demgegenüber nur eine Ausnahme, die dementsprechend negativ zu formulieren ist („Dienste der Informationsgesellschaft reglementierter Berufe sind zulässig, sofern sie nicht im Einzelfall den beruflichen Regeln ... widersprechen“).

### 3. E-Mail-Werbung

Für große Unruhe sorgte im Januar eine Erklärung des DMMV, es sei durch seine Initiative gelungen, in dem Richtlinienentwurf die Straflosigkeit von unerbetener E-Mail-Werbung festzuschreiben.<sup>25</sup> Nun ist in der Tat das Thema „Spamming“ juristisch heikel.<sup>26</sup> Einige Stimmen in der Literatur, meist Vertreter der Marketingindustrie, behaupteten, daß nach deutschem Recht Spams zulässig seien.<sup>27</sup> Zur Begründung verwiesen sie auf die geringfügige Speicherkapazität einer Werbe-E-Mail und die wenigen Belastungen, die für den User mit dem Empfang einer solchen Mail verbunden seien. Dieser Ansicht hat sich die deutsche Justiz glücklicherweise nie angeschlossen;<sup>28</sup> auch die inzwischen dank ihrer Vielzahl zur herrschenden Meinung gewordenen Gegenstimmen votieren für ein Verbot von unerbetener E-Mail-Werbung nach Maßgabe von § 1 UWG bzw. § 823 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist nicht die Belästigung, die von einer einzelnen E-Mail ausgeht. Vielmehr ist zu prüfen, welche Auswirkungen es hätte, wenn eine ganze Branche solche E-Mails verschicken würde. In einem solchen Fall wäre das Netz sehr schnell überlastet; der User könnte wegen Überlauf des Accounts seinen Internet-Zugang nicht mehr nutzen. Dies muß er nicht hinnehmen, sondern kann sich über § 1 UWG bzw. § 823 Abs. 1 BGB dagegen wehren. Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang die vielfach von der Literatur<sup>29</sup> erwähnte Fernabsatzrichtlinie.<sup>30</sup> Diese sieht zwar in Art. 10 Abs. 2 ein Opt-Out-Verfahren vor, läßt aber weiterreichende Bestimmungen der Mitgliedstaaten zu. Nun läßt aber der Richtlinienentwurf zum E-Commerce die Herzen der Lobbyisten höher schlagen. Art. 7 sieht für E-Mail-Werbung eine Kennzeichnungspflicht vor: Unerbetene

22) Vgl. zu grundsätzlichen Bedenken am Informationsparadigma Reich, Europäisches Verbraucherrecht, 3. Aufl. 1996, Nr. 143a ff.

23) Insofern kann evtl. auch auf Erwägungsgrund 8 der Fernabsatzrichtlinie verwiesen werden, der die Sprachenfrage der Entscheidung durch die einzelnen Mitgliedstaaten überläßt.

24) Siehe hierzu zum deutschen Recht Edenhofer, CR 1997, 120 ff.; Scheurle, NJW 1997, 1291 ff.; Schmittmann, MDR 1997, 601 ff.; Wagner/Lerch, NJW-CoR 1996, 380 ff.

25) Weitere Informationen hierzu unter <http://www.dmmv.de>.

26) Siehe zur Einführung Gunzig, ZUM 1996, 573, 582 f.; Hoeren, WRP 1997, 993, 995; Schrey/Westerwelle, Beil. 18 zu BB 48/1997, 17 ff.

27) Voran Bechtold, ZUM 1997, 427, 439; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191 ff.

28) So etwa LG Berlin MMR 1998, 491; LG Berlin CR 1998, 499; LG Traunstein MMR 1998, 53 und 109. Siehe zuletzt das Urteil des LG Berlin MMR 1999, 43 m. Anm. Westerwelle, dessen obiter dicta zum Schicksal von Spams nach Inkrafttreten der Fernabsatzrichtlinie allerdings neben der Sache liegen.

29) Siehe zuletzt Buschel/Kraft, WRP 1998, 114 f., 1148 ff.

30) Richtlinie 97/7/EG, Abl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, Ebenso Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, Abl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19.

Mitteilungen sollen im Header als solche gekennzeichnet werden, damit sie für den User als solche erkenn- und löschar sein. Aus dieser Regelung folge e contrario – so auch der DMMV in der oben genannten Stellungnahme<sup>31</sup> –, daß Spams bei entsprechender Kennzeichnung zulässig seien.

Man sollte nun aber einen Text bis zum Ende lesen, um nicht auf den Bauch zu fallen. Nach Annex 2 fällt unerbetene kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post nicht in den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips (Art. 3). Das heißt im Klartext, daß es den Mitgliedstaaten freisteht, den Empfang von Spams zu reglementieren. Die Regelungen im Herkunftsland gelten insoweit nicht; vielmehr hat jeder Staat die Möglichkeit zu einer eigenen Spam-Regulierung. Jede andere Deutung verbietet sich. Würde man Art. 6 e contrario auslegen wollen, müßte man eigentlich die reine Kennzeichnung ausreichen lassen. Sobald eine E-Mail als Spam gekennzeichnet ist, wäre sie zulässig, selbst wenn der User der Versendung ausdrücklich widersprochen hat. Dies würde aber der Fernabsatzrichtlinie widersprechen. Tatsächlich wollte die Kommission mit der Kennzeichnungspflicht nur eine Ergänzung der Fernabsatzrichtlinie. Als EU-Mindeststandard sollen Werbe-E-Mails gekennzeichnet sein und auf Widerspruch hin nicht mehr versendet werden können.<sup>32</sup>

## V. Elektronische Verträge

Ein weiterer Abschnitt des Richtlinienentwurfs setzt sich mit der Frage „elektronischer Verträge“ auseinander. Schon die Formulierung ist eigenartig. Denn genau genommen sind ja nicht die Verträge ihrer Natur nach elektronisch; nur der Vertragsschluß ist auf elektronischem Wege erfolgt. Im übrigen bewundert man als Außenstehender den Mut der Kommission, sich an ein solch Thema zu wagen, das weit in die unterschiedlichen Zivilrechtsdogmatiken der einzelnen Mitgliedstaaten hineinreicht.

### 1. Gültigkeit elektronischer Verträge

Die Aussage der Kommission ist zunächst denkbar einfach (Art. 9 Abs. 1). Der Abschluß elektronischer Verträge ist zu ermöglichen. Insbesondere soll die Tatsache, daß ein Vertrag auf elektronischem Wege zustande gekommen ist, nicht zur Ungültigkeit oder Wirkungslosigkeit des Vertrages führen dürfen. Man fragt, wie die Beziehung dieses Textes zum Entwurf einer Richtlinie zur digitalen Signatur<sup>33</sup> ist. Denn mit Art. 9 Abs. 1 dürfte sich der komplizierte Streit zwischen Deutschland und dem Rest der EU über die Formfrage bei digitalen Dokumenten erledigt haben.<sup>34</sup> Jeder elektronische Text erfüllt nach diesem Entwurf die Schriftform, unabhängig davon, wie er zustande gekommen ist.

Diese Regelung soll allerdings nicht gelten bei Notarsverträgen, Verträgen mit Registerpflicht sowie familien- und erbrechtlichen Vereinbarungen (Art. 9 Abs. 2). Diese Regelung erstaunt. Atmete der Entwurf bislang Binnenmarktgeist, tauchen hier auf einmal Gedanken einer allgemeinen Reform des Zivilrechts auf. Familien- und Erbrecht hat wenig mit Binnenmarkt zu tun. Im übrigen werden Vereinbarungen auf diesen Gebieten wohl kaum über das Internet oder andere Online-Dienste geschlossen. Auch der elektronische Grundstückskauf dürfte in Deutschland eine Utopie bleiben. Von daher fragt sich, was diese Ausnahmebestimmung soll.

So eng Art. 9 Abs. 2 formuliert ist, so weit ist Art. 9 Abs. 3. Hiernach soll die Liste der Ausnahmefälle von der Kommissi-

on geändert werden können. Die Kommission erhält also hiermit „Narrenfreiheit“, um die soeben eingeführte Wirksamkeit elektronischer Verträge auf Zuruf einzelner Mitgliedstaaten wieder aufzuheben. Durch diese Regelung dürften die meisten Mitgliedstaaten jedweden Impetus verlieren, dem Gedanken von Art. 9 Abs. 1 in ihrem nationalen Recht Rechnung zu tragen. Sie werden vielmehr erst einmal versuchen, ihre nationalen Formbestimmungen durch Anrufung der Kommission zu retten. Wenn sie überhaupt einen solchen Freibrief will, müssen die Bedingungen für dessen Erteilung in der Richtlinie aufgeführt sein. Nur so kann einem Mißbrauch Einhalt geboten werden.

### 2. Zustandekommen des Vertrags

Art. 11 enthält eine ausführliche Regelung zum Zustandekommen von elektronischen Verträgen.<sup>35</sup> Ausgangspunkt ist die Annahme, daß der Diensteanbieter das rechtlich bindende Angebot macht. Die Kommission erläutert hierzu, daß der Artikel insoweit die besondere Situation regelt, daß der Diensteanbieter ein konkretes Angebot unterbreite; es gehe „nicht um die Situation, in der der Diensteanbieter nur zur Angebotsabgabe auffordert“ (S. 29).<sup>36</sup> Damit verkennt die Kommission die tatsächlichen Gegebenheiten im E-Commerce. Typischerweise präsentiert ein Provider seine Waren/Dienstleistungen im World Wide Web; insofern liegt regelmäßig eine invitatio ad offerendum vor.<sup>37</sup> Das Angebot geht damit vom Kunden aus, der per E-Mail oder traditioneller Briefpost bestellt und darauf die Annahmeerklärung des Providers erhält. Genau diese Situation wollte die Kommission nicht regeln, sondern die absolut seltene, daß bereits die Homepage als verbindliches Angebot anzusehen ist oder das Angebot auf andere Weise vom Provider ausgeht.

Für diese seltene Vertragskonstellation sieht der Entwurf vor, daß der Vertrag erst geschlossen ist, wenn

- der Provider ein Angebot macht,
- das Angebot dem Kunden zugeht,
- der Kunde dies annimmt,
- die Annahme dem Provider zugeht,
- der Provider eine Bestätigung des Empfangs der Annahme erstellt,
- dem Kunden diese Bestätigung zugeht,
- der Kunde den Empfang der Empfangsbestätigung bestätigt.

Der Kunde hat darüber hinaus nach Art. 6 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie die Möglichkeit, den Vertragsabschluß binnen sieben Werktagen bzw. bei fehlender Belehrung binnen drei Monaten zu widerrufen.

Diese komplizierte Regelung zeigt, wie schnell man bei der Behandlung von Fällen aus der klassischen Zivilrechts-

31) Ebenso unzutreffend auch Freytag, MMR 12/1998, S. V.

32) So auch Maennel (o. Fußn. 1)

33) Proposal for a European Parliament and Council Directive on a common framework for digital signatures, COM (98) 297 - 98/0191 (COD), ABl. EG Nr. C 98.

34) Siehe allgemein zur Signatordiskussion Bergmann/Streitz, jur-pc 1996, 37 ff.; Kuner, NJW-CoR 1996, 108; Malzer, DNotZ 1998, 96 ff.; Metes, CR 1996, 769 ff.; Roßnagel, MMR 1998, 75 ff.

35) Vgl. hierzu zum deutschen Recht Hohenegg/Tausch, BB 1997, 1541 ff.; Mehrings, MMR 1998, 30 ff.; ders., BB 1998, 2373 ff.; Koehler, MMR 1998, 289 ff.

36) So jetzt auch Maennel (o. Fußn. 1)

37) Ähnlich auch Ernst, NJW-CoR 1997, 165; Ph. Koehler, MMR 1998, 289, 290; H. Köhler, NJW 1998, 185, 187; Waldenberger, BB 1996, 2365. Etwas anders ist die Gewichtung bei Mehrings, MMR 1998, 30, 32, der „in einer Reihe von Fällen“ von einem verbindlichen Angebot ausgeht.

dogmatik in die Bredouille geraten kann. So fragt sich, welche Bedeutung eigentlich der (nach dem RL-Vorschlag zwingenden) Bestätigung zukommen soll. Was geschieht, wenn ein Kunde die Bestätigung nicht erstellt? Welche Rechtsnatur hat die Bestätigung? Absurd ist darüber hinaus das Erfordernis einer Bestätigung der Bestätigung. Dies ist allerdings keine Erfindung der *GD XV*, sondern basiert auf Vorschlägen der *GD XXIV*, die darin wohl ein wichtiges Instrument des Verbraucherschutzes sah. Im Falle einer unverbindlichen elektronischen Anzeige des Providers kommt im übrigen Art. 11 nicht zur Anwendung; hier gilt das klassische Zivilrecht. Wenn der Kunde also auf eine Web-Anzeige etwas bestellt, kommt der Vertrag durch bloße Annahme des Providers zustande, die dieser unter Umständen noch nicht einmal dem Kunden mitteilen muß (§ 151 Satz 1 BGB). Der Kunde steht also im gefährlicheren Falle eines eigenen Angebots schlechter, als er im seltenen und weniger problematischen Fall der Abgabe einer Annahmeerklärung stehen würde. Er kann nur hoffen, daß er nach Maßgabe von Art. 10 Abs. 2 sein Einverständnis „vollständig und unterrichtet“ erklärt hat.

### 3. Fehlerkorrektur

Neu ist im übrigen auch die Regelung in Art. 11 Abs. 2 zur Korrektur von Eingabefeldern. Typischerweise fallen Eingabefehler in den Risikobereich des Users. Dieser kann nach § 119 Abs. 1 BGB seine Erklärung wegen eines solchen Fehlers anfechten, trägt aber dann den Vertrauensschaden des Providers (§ 122 BGB). Hier schaltet die *Kommission* nun einen zusätzlichen Filter vor. Der Provider hat nach Art. 11 Abs. 2 Mittel zur Korrektur von Eingabefeldern zur Verfügung zu stellen; er muß nach Art. 10 den User hierüber auch informieren. Heute gängig sind bereits

Bestellung noch einmal den Text seiner Erklärung zeigen und ihm die Chance zu einer Korrektur geben. Insofern ist die Maßnahme technisch einfach zu bewerkstelligen. Allerdings muß die Pflicht des Providers zur Einrichtung solcher Korrekturhilfen in das deutsche Recht verankert werden; bei diesem Anlaß müßte auch geklärt werden, welche Konsequenzen eine Mißachtung der Pflicht für den Provider hat.

## VI. Blick in die Zukunft

Die Frage ist natürlich: Was wird aus dem Entwurfstext? Hat der Entwurf überhaupt eine politische Zukunft? Oder handelt es sich um eine Totgeburt? Meines Erachtens handelt es sich nicht um eine Totgeburt. Die Fragen, die die *Kommission*, voran die *GD XV*, gestellt hat, bedürfen dringender Klärung. Es wäre fatal, Fragen wie die nach der Haftung oder nach dem Werberecht offenzulassen. Allerdings wird die *Kommission* es nicht mehr schaffen, den Text vor den Wahlen zum *Europäischen Parlament* durch die Institutionen zu schicken. Erst im Jahre 2000 dürfte daher mit einer Verabschiedung des endgültigen Textes zu rechnen sein. Bis dahin ist noch viel Zeit für Diskussionen, vielleicht auch einmal ohne die lästigen Lobbyisten, sachlich-neutral, in Respekt vor der Leistung der *Kommission*, die sich einer schwierigen Aufgabe gestellt hat. Für den deutschen Gesetzgeber ist die vorgeschlagene Neuregelung ein ernsthaftes Problem. Zahlreiche Teile des *luKDC* und des *MDStV* müssen umgeschrieben bzw. ergänzt werden. Dies gilt vor allem für das Herkunftslandprinzip, die Informationspflichten und die Bestimmungen zu elektronischen Verträgen. Die Zukunft des *MDStV* dürfte gänzlich ungewiß sein, es weist sich doch die Trennung von Medien- und Telediensten angesichts der Brüsseler Terminologie als obsolet.