

Ralf Morshäuser

# Internet-Werbung im europäischen Binnenmarkt

Gemeinschaftsrechtliche Grenzen  
nationaler Werberegulungen unter  
besonderer Berücksichtigung des  
sekundärrechtlichen  
Herkunftslandprinzips



**PETER LANG**

Europäischer Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>13</b>
<b>Einleitung</b> .....	<b>16</b>
<b>Teil 1: Beschränkungen der Internet-Werbung im europäischen Binnenmarkt</b> .....	<b>20</b>
<b>A. Tatsächliche und wirtschaftliche Grundlagen der Werbung im Internet</b> .....	<b>20</b>
<b>I. Das Medium Internet</b> .....	<b>20</b>
1. Tatsächliche Grundlagen.....	20
2. Der elektronische Geschäftsverkehr.....	23
a. Der elektronische Geschäftsverkehr in wirtschaftlicher Hinsicht.....	23
b. Der elektronische Geschäftsverkehr in wirtschaftsrechtlicher Hinsicht.....	25
<b>II. Werbung und Werbung im Internet</b> .....	<b>27</b>
1. Werbung und kommerzielle Kommunikation.....	27
2. Werbung im Internet.....	28
a. Das Internet als Werbemedium.....	28
b. Werbeträger im Internet.....	29
(1) E-Mail.....	29
(2) Website im World Wide Web.....	30
3. Wirtschaftliche Bedeutung grenzüberschreitender Wirtschaftswerbung unter besonderer Berücksichtigung der Werbung im Internet.....	31
a. Bedeutung in mikroökonomischer Hinsicht.....	31
b. Bedeutung im europäischen Binnenmarkt.....	32
<b>B. Nationale Werbebeschränkungen und Rechtsanwendungsrisiko bei Werbung im Internet</b> .....	<b>33</b>
<b>I. Erscheinungsformen von Werbebeschränkungen</b> .....	<b>33</b>
1. Übersicht über das Recht der Werbung.....	33
a. Allgemeines Werberecht.....	33
b. Besonderes Werberecht.....	34
2. Beschränkungen der Werbung im Internet.....	34
<b>II. Rechtliche Grenzen der Werbung im Internet</b> .....	<b>36</b>
1. Internationale Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte.....	37
2. Anwendbares Recht bei Werbung im Internet.....	38
a. Anwendbares Werberecht nach deutschem Kollisionsrecht.....	38
(1) Internationales Öffentliches Recht.....	38
(2) Internationales Wettbewerbsrecht.....	40
(a) Grundlagen der Bestimmung des anwendbaren Wettbewerbsrechts.....	40
(b) Anwendbares Recht bei E-Mail-Werbung.....	41
(c) Anwendbares Recht bei Werbung im World Wide Web.....	42
i. Ausgangssituation.....	42

ii. Begrenzungen des Marktortprinzips bei Spillover-Effekten.....	43
b. Anwendbares Wettbewerbsrecht nach ausländischem Kollisionsrecht.....	47
c. Folgen des Marktortprinzips bei europaweiter Internet-Werbung.....	48
3. Die Situation im europäischen Werberecht.....	49
<b>III. Das Rechtsanwendungsrisiko bei Werbung im Internet.....</b>	<b>53</b>
1. Der Begriff Rechtsanwendungsrisiko.....	53
2. Folgen des Rechtsanwendungsrisikos für den Anbieter.....	54
a. Werbung im World Wide Web.....	54
(1) Folgen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.....	54
(a) Verzicht auf den Marktzugang.....	54
(b) Anpassung an das strengste Werberecht.....	54
(2) Folgen in wirtschaftlicher Hinsicht.....	55
b. Werbung via E-Mail.....	56
3. Das Rechtsanwendungsrisiko aus Sicht des europäischen Binnenmarktes.....	56
a. Problemstellung aus Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts.....	56
b. Lösungsmöglichkeiten aus Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts.....	57
(1) Vereinheitlichung des Sachrechts.....	57
(2) Anwendung der Produktfreiheiten des EGV.....	58
(3) Vereinheitlichung des Kollisionsrechts.....	58
(4) Sekundärgemeinschaftsrechtliches Herkunftslandprinzip.....	59

**Teil 2: Werbebeschränkungen im Internet und primäres Gemeinschaftsrecht.....60**

**A. Nationale Werbebeschränkungen im System der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit.....60**

- I. Einordnung nationaler Werberegungen im Allgemeinen.....60**
- II. Besonderheiten im Internet.....60**

**B. Warenverkehrsfreiheit.....62**

- I. Grundlagen der Warenverkehrsfreiheit.....62**
  - 1. Der Tatbestand des Art. 28 EGV.....62
  - 2. Die Rechtfertigung nationaler Regelungen.....63
  - 3. Eingeschränktes Herkunftslandprinzip.....64
- II. Werberegungen im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit.....64**
  - 1. Die Entwicklung bis zur Rechtssache „Keck“.....65
  - 2. Die Rechtssache „Keck“.....67
    - a. Hintergrund der Entscheidung „Keck“.....67
    - b. Die Entscheidung „Keck“ und ihr Aussagegehalt.....68
  - 3. Die Folgerechtsprechung nach „Keck“ zu nationalen Werberegungen.....71
    - a. Produktbezogene Werberegungen.....71
    - b. Vertriebsbezogene Werberegungen.....73
      - (1) Die Entscheidungen „Hünermund“, „Leclerc-Siplec“ und „ARD“.....73
      - (2) Die Entscheidungen „Ortscheit“, „De Agostini“ und „Dior“.....74
      - (3) Die Entscheidung „Gourmet International Products“ („GIP“).....77
    - c. Wertende Betrachtung der Folgeentscheidungen.....78

(1) Produktbezogene Regelungen.....	79
(2) Vertriebsbezogene Regelungen.....	79
(a) Prüfungssystematik.....	79
(b) Inhaltliche Aussagen.....	81
(c) Zusammenfassung.....	83
4. Weitergehende Anwendung der Warenverkehrsfreiheit bei Werbebeschränkungen 84	
a. Lösung über ein Spürbarkeitskriterium.....	85
b. Anwendbarkeit des Art. 28 EGV im grenzüberschreitenden Euro-Marketing....	87
(1) Gegenüberstellung produktbezogener und vertriebsbezogener Regelungen....	89
(2) Das Kriterium des Marktzugangs als Abgrenzungsinstrument.....	92
(3) Vereinbarkeit der Lösung mit der Entscheidung „Keck“ und der Folgerechtsprechung.....	95
5. Zusammenfassung.....	97
<b>III. Warenverkehrsfreiheit und Werbebeschränkungen im Internet.....</b>	<b>98</b>
1. Werbung im World Wide Web.....	98
a. Werbeverbote.....	98
b. Sonstige Werbebeschränkungen.....	100
(1) Ausgangssituation.....	100
(2) Folgen für die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit.....	101
2. E-Mail-Werbung.....	104
a. Verbot der Zusendung nicht angeforderter E-Mail-Werbung.....	104
(1) Rechtslage nach deutschem Recht und sekundärem Gemeinschaftsrecht....	104
(2) Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit.....	107
b. Beschränkungen angeforderter E-Mail-Werbung.....	109
<b>IV. Rechtfertigung nationaler Werberegungen.....</b>	<b>110</b>
1. Die Rechtfertigung nationaler Werberegungen im Allgemeinen.....	110
a. Systematik der Rechtfertigungsprüfung.....	110
b. Rechtfertigungsgründe.....	112
(1) Verbraucherschutz und Lauterkeit des Handelsverkehrs.....	112
(2) Gesundheitsschutz.....	114
2. Besonderheiten bei Werbung im Internet.....	115
a. Werbung im World Wide Web.....	115
(1) Rechtfertigungsgründe.....	115
(2) Prüfungssystematik.....	116
b. E-Mail-Werbung.....	117
<b>C. Dienstleistungsfreiheit.....</b>	<b>120</b>
<b>I. Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit.....</b>	<b>120</b>
1. Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit.....	120
2. Dienstleistungsfreiheit und eingeschränktes Herkunftslandprinzip.....	122
<b>II. Werberegungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit.....</b>	<b>124</b>
1. Werbung für Dienstleistungen.....	124
a. Beschränkungen im Empfangsstaat (Importbeschränkungen).....	125
b. Beschränkungen im Erbringerstaat (Exportbeschränkungen).....	125
c. Zusammenfassung.....	126
2. Werbung als Dienstleistung.....	127
a. Rechtsprechung zur Fernsehwerbung.....	127

(1) Mögliche Dienstleistungsbeziehungen.....	128
(2) Beschränkende Vorschriften.....	130
(3) Zusammenfassung.....	131
b. Werbeanzeigen in Zeitschriften.....	131
c. Allgemeiner Schutz der Werbewirtschaft durch die Dienstleistungsfreiheit.....	132
(1) Dienstleistungsbeziehungen.....	133
(2) Beschränkende Vorschriften.....	133
3. Die Grundsätze der Entscheidung „Keck“ im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit.....	136
a. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	136
(1) Die Entscheidungen „Alpine Investments“ und „Schindler“.....	136
(2) Die Entscheidungen zur Fernsehwerbung.....	137
(3) Folgerungen.....	138
b. Erfordernis und Möglichkeit einer Übertragung der Grundsätze.....	139
(1) Werbung als Dienstleistung.....	139
(2) Werbung für Dienstleistungen.....	140
(a) Erfordernis einer Übertragung.....	140
(b) Möglichkeit einer Übertragung.....	141
4. Zusammenfassung.....	142
<b>III. Dienstleistungsfreiheit und Werbebeschränkungen im Internet.....</b>	<b>142</b>
<b>1. Werbung im World Wide Web.....</b>	<b>143</b>
a. Werbung für Dienstleistungen.....	143
(1) Werbeverbote.....	143
(2) Sonstige Werbebeschränkungen.....	143
(a) Werbung für aktiv grenzüberschreitend erbrachte Dienstleistungen.....	144
(b) Werbung für im Internet erbrachte Korrespondenzdienstleistungen.....	145
b. Werbung als Dienstleistung.....	145
(1) Dienstleistungsbeziehungen im Sinne des Art. 49 EGV.....	146
(a) Service Provider.....	146
(b) Inhaber der werbetragenden Website.....	146
(c) Network Provider und Access Provider.....	147
(d) Dienstleistungsbeziehungen und Werbeträgermedium World Wide Web.....	148
(2) Auswirkungen von Werbebeschränkungen.....	148
(a) Parallelen zwischen Internet und Fernsehen.....	149
b) Werbedienstleistungen im Einzelnen.....	150
i. Service Provider.....	150
ii. Inhaber der werbetragenden Website.....	151
iii. Network Provider und Access Provider.....	153
(3) Zusammenfassung.....	154
2. E-Mail-Werbung.....	154
a. Werbung für Dienstleistungen.....	155
b. Werbung als Dienstleistung.....	156
3. Beschränkungen des Dienstleistungsexports.....	157
a. Werbung im World Wide Web.....	157
(1) Werbung für Dienstleistungen.....	157
(2) Werbung als Dienstleistung.....	159
b. E-Mail-Werbung.....	160
(1) Werbung für Dienstleistungen.....	160
(2) Werbung als Dienstleistung.....	160

<b>IV. Rechtfertigung nationaler Werberegungen</b> .....	161
1. Die Rechtfertigung nationaler Werberegungen.....	161
a. Systematik der Rechtfertigungsprüfung.....	161
b. Rechtfertigungsgründe.....	161
(1) Verbraucherschutz und Lauterkeit des Handelsverkehrs.....	161
(2) Werberegungen für freie Berufe.....	163
2. Besonderheiten bei Internet-Werbung.....	163
a. Werbung im World Wide Web.....	163
b. E-Mail-Werbung.....	164
<b>D. Ergebnis</b> .....	164
<b>I. Werbung im World Wide Web</b> .....	164
<b>II. E-Mail-Werbung</b> .....	167
<b>Teil 3: Werbebeschränkungen im Internet und sekundärgemeinschaftsrechtliches Herkunftslandprinzip</b> .....	168
<b>A. Einführung</b> .....	168
<b>I. Die Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr</b> .....	168
<b>II. Das Herkunftslandprinzip</b> .....	170
1. Grundlagen und Entwicklung des Herkunftslandprinzips.....	170
2. Das Herkunftslandprinzip im sekundären Gemeinschaftsrecht.....	172
a. Das Sendestaatsprinzip in der Fernsehrichtlinie.....	173
b. Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie.....	175
<b>B. Anwendungsbereich und Reichweite des Herkunftslandprinzips</b> .....	176
<b>I. Anwendungsvoraussetzungen des Herkunftslandprinzips bei Werbung im Internet und Werberegungen</b> .....	177
1. Dienste der Informationsgesellschaft.....	177
a. Definition des Begriffs.....	177
b. Erfasste Dienste im Rahmen der Internet-Werbung.....	179
2. Werberegungen im koordinierten Bereich der Richtlinie.....	180
3. Ausgenommene Bereiche gemäß Art. 3 Absatz 3.....	181
a. Verbot der Zusendung nicht angeforderter E-Mail-Werbung.....	182
b. Immaterialgüterrechte und gewerbliche Schutzrechte.....	183
<b>II. Die Bestimmung des Herkunftsstaates des Diensteanbieters</b> .....	183
1. Niederlassung des Diensteanbieters.....	184
2. Mehrere Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten.....	185
a. Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit.....	185
b. Regelung in der E-Commerce-Richtlinie.....	186
c. Bestimmung des Mittelpunkts der Tätigkeit.....	187
3. Rechtsmissbräuchliche Umgehung der Anwendung des Rechts des Bestimmungsstaates.....	188
a. Umgehungsrechtsprechung zur Fernsehrichtlinie.....	189
b. Folgen einer Umgehung im Bereich des E-Commerce.....	192

<b>III. Folgen des Herkunftslandprinzips für Werbung im Internet und Werberegungen</b> .....	194
1. Allgemeines Beschränkungsverbot.....	194
a. Art. 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie.....	194
b. Vergleich mit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit.....	195
2. Verhinderung von Importbeschränkungen.....	197
<b>IV. Zusammenfassung</b> .....	197
<b>C. Verbleibendes Schutzniveau des Bestimmungsstaates</b> .....	198
<b>I. Herkunftslandprinzip, Harmonisierung und Rechtfertigung nationaler Werberegungen</b> .....	198
<b>II. Rechtfertigung nationaler Werberegungen</b> .....	200
1. Struktur des Einzelfallausnahmetatbestandes der Richtlinie.....	201
a. Rechtfertigungstatbestand des Art. 3 Absatz 4 lit. a.....	201
(1) Begriff der Maßnahmen der Mitgliedstaaten.....	201
(2) Rechtfertigungstatbestand im Überblick.....	202
b. Verfahrensvorschriften des Art. 3 Absatz 4 lit. b bis Absatz 6.....	202
2. Verfahrensvorschriften.....	203
a. Abmahn- und Notifikationsverfahren nach Art. 3 Absatz 4 lit. b.....	203
b. Notifikationsverfahren nach Art. 3 Absatz 5.....	204
3. Rechtfertigung nationaler Werberegungen.....	205
a. Auslegungsgrundsätze.....	205
(1) Stellung der Regelung im System gemeinschaftsrechtlicher Rechtfertigungstatbestände.....	205
(2) Eng auszulegender Ausnahmetatbestand.....	206
b. Rechtfertigungsgründe/Schutzzielbestimmung.....	208
(1) Reichweite der Rechtfertigungsgründe des Art. 3 Absatz 4 lit. a i).....	208
a. Abschließender Katalog von Rechtfertigungsgründen.....	208
b. Bestimmung der Inhalte der Rechtfertigungsgründe.....	208
(2) Für das Werberecht bedeutsame Rechtfertigungsgründe.....	209
a. Schutz der Verbraucher.....	209
b. Schutz der öffentlichen Gesundheit.....	212
c. Systematik der Rechtfertigungsprüfung.....	214
(1) Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	214
(2) Beeinträchtigung der Schutzziele.....	214
(3) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	215
d. Begrenzung auf den nicht harmonisierten Bereich.....	216
<b>III. Verhältnis zur Harmonisierung des Werberechts</b> .....	217
1. Bestehende und zukünftige Harmonisierung des Werberechts.....	218
2. Bedeutung und Reichweite des Art. 1 Absatz 3 der Richtlinie.....	219
a. Auf Umsetzung von Gemeinschaftsrechtsakten beruhende nationale Regelungen.....	219
b. Auf Öffnungsklauseln beruhende nationale Regelungen.....	219
<b>IV. Zusammenfassung</b> .....	223

<b>D. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips.....</b>	<b>225</b>
<b>I. Ausgangssituation.....</b>	<b>226</b>
1. Internationale Zuständigkeit der Gerichte des Bestimmungsstaates.....	226
2. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts.....	227
3. Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht.....	228
<b>II. Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum Kollisionsrecht.....</b>	<b>229</b>
1. Kollisionsrechtlicher Gehalt der Grundfreiheiten?.....	229
a. In der Literatur vertretene Ansätze.....	230
(1) Kollisionsrechtliche Deutung der Grundfreiheiten.....	230
(2) Günstigkeitsprinzip.....	231
(3) Gemeinschaftsrechtliche Einordnung.....	232
b. Sichtweise des Gerichtshofs.....	234
c. Stellungnahme.....	235
2. Kollisionsrechtliche oder gemeinschaftsrechtliche Einordnung des sekundärgemeinschaftsrechtlichen Herkunftslandprinzips im E-Commerce.....	236
a. In der Literatur vertretene Auffassungen.....	236
(1) Kollisionsrechtliche Einordnung.....	237
(2) Gemeinschaftsrechtliche Einordnung.....	238
(3) Sonstige Ansätze.....	240
b. Stellungnahme.....	240
(1) Art. 3 Absatz 1 und Absatz 2 der E-Commerce-Richtlinie.....	241
(2) Möglichkeit eines anerkennungsrechtlichen Verständnisses des Herkunftslandprinzips.....	243
(3) Art. 3 Absatz 4 der E-Commerce-Richtlinie.....	245
(4) Regelungszweck der E-Commerce-Richtlinie.....	245
(5) Art. 1 Absatz 4 der E-Commerce-Richtlinie.....	246
(6) Parallelität zum primärrechtlichen Herkunftslandprinzip.....	247
(7) Vergleich mit der Fernsichtlinie.....	248
c. Geplante Umsetzung des deutschen Gesetzgebers.....	249
<b>III. Zusammenfassung.....</b>	<b>249</b>
<b>E. Ergebnis.....</b>	<b>249</b>
<b>Teil 4: Schlussbetrachtung.....</b>	<b>255</b>
<b>A. Zusammenfassung der Ergebnisse.....</b>	<b>255</b>
<b>B. Wertende Betrachtung der Ergebnisse und Ausblick.....</b>	<b>259</b>
<b>I. Die Grenzen der Produktfreiheiten des EGV.....</b>	<b>259</b>
<b>II. Das Herkunftslandprinzip als Kompromissmodell.....</b>	<b>262</b>
<b>III. Das Herkunftslandprinzip als taugliches Integrationsmodell?.....</b>	<b>265</b>
<b>IV. Ausblick.....</b>	<b>268</b>
<i>Literaturverzeichnis.....</i>	<i>269</i>