

# Die außergerichtliche Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr

– Neue Formen der Rechtsverfolgung und  
Rechtsdurchsetzung: Chancen, Risiken, Grenzen –

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Annette Elisabeth Zander

aus: Freiburg im Breisgau

Referent:

Prof. Dr. Hanns Prütting

Korreferent:

Prof. Dr. Klaus Peter Berger

Tag der mündlichen Prüfung:

26. Mai 2003

**Meiner Mutter**

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2002/2003 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt zunächst Herrn Professor Dr. Hanns Prütting für die Betreuung der Arbeit sowie Herrn Professor Dr. Klaus Peter Berger für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meinem Freund Andreas Werner, der viel Energie in die äußere Gestaltung und Veröffentlichungsfähigkeit dieser Arbeit investiert und mich auch sonst in jeder Hinsicht unterstützt hat. Zudem sei Dank gerichtet an Bernadette Bader für viele wertvolle Ratschläge und Tipps, an Meike Schreiber und Pia Gischarowski für das Korrekturlesen und an meinen Bruder Hubertus Zander, der mir dabei geholfen hat, die etwas eingeschränkten Literaturbestände der Kölner Bibliotheken durch Literaturbeschaffung im In- und Ausland auszugleichen.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Mutter Brigitte Zander, die – neben vielem anderem – mein Studium und alle Ausflüge in die weite Welt stets bereitwillig ermöglicht und mit Liebe begleitet hat.

Annette Zander

Frankfurt am Main im Sommer 2003

# Inhaltsverzeichnis

<b>KAPITEL 1</b>	<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>KAPITEL 2</b>	<b>EINGRENZUNG DES THEMAS UND BEGRIFFSBESTIMMUNGEN .....</b>	<b>3</b>
<b>A.</b>	<b>Eingrenzung des Themas .....</b>	<b>3</b>
<b>B.</b>	<b>Begriffsbestimmungen.....</b>	<b>5</b>
	I. Außergerichtliche Konfliktregelung.....	5
	II. Elektronischer Geschäftsverkehr .....	8
<b>KAPITEL 3</b>	<b>URSACHEN UND MOTIVE FÜR DEN „ADR- BOOM“ .....</b>	<b>11</b>
<b>A.</b>	<b>Die Motive im Allgemeinen.....</b>	<b>11</b>
<b>B.</b>	<b>Die besonderen Motive für den ADR-Boom im elektronischen Geschäftsverkehr .....</b>	<b>14</b>
	I. Verbesserung des Zugangs zum Recht.....	15
	II. Ankurbelung des E-Commerce durch „E-Confidence“ .....	16
	III. Zunahme grenzüberschreitender Streitigkeiten: Kollisionsrechtliche Probleme .....	17
	IV. Besonderheiten des elektronischen Mediums.....	19
	V. Selbstregulierung .....	19
<b>C.</b>	<b>Ergebnis.....</b>	<b>21</b>
<b>KAPITEL 4</b>	<b>DIE NEUEN ADR-MECHANISMEN .....</b>	<b>23</b>
<b>A.</b>	<b>Nutzerorientierte Verfahren.....</b>	<b>24</b>
	I. Einzelne Mechanismen .....	24
	1. Herkömmliche Konfliktregelungstypen als Online-Angebot – Beispiel: Cybercourt .....	24

a. Das Cybercourt-Schlichtungsverfahren .....	25
b. Das Cybercourt-Schiedsgericht .....	27
c. Konkrete Vorteile .....	28
2. Automatisierte Verfahren – Beispiel: clickNsettle, SettleOnline, Cybersettle .....	28
a. Verfahren .....	29
b. Konkrete Vorteile .....	31
3. „Chargebacks“ – Beispiel: VISA .....	31
4. „Internal Complaints Handling“ .....	32
<b>II. Konfliktregelungssysteme .....</b>	<b>33</b>
1. Gütesiegelsysteme – Beispiel: OnlineConfidence .....	33
a. Das System .....	34
b. Konkrete Vorteile .....	37
c. Ausblick .....	38
2. Die Vernetzung herkömmlicher Mechanismen – Beispiel: EEJ-Net .....	38
a. Das System .....	39
b. Konkrete Vorteile .....	43
c. Ausblick .....	43
<b>B. Mechanismen zur Sicherung von Schutzrechten .....</b>	<b>45</b>
I. Herkömmliche Konfliktregelungsformen – Beispiel: Das ICANN-Verfahren .....	45
1. Das Problem .....	46
2. Das System .....	48
a. Allgemeine Charakteristik und Anwendungsbereich .....	48
b. Die Entscheidungsgrundlagen .....	49
c. Der Verfahrensablauf .....	50
d. Verfahrensregeln und Verfahrensgrundsätze .....	51
e. Vollziehung der Entscheidung und Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit .....	52
3. Konkrete Vorteile .....	53
4. Ausblick .....	54
II. Sonstige Mechanismen .....	54
1. Das Problem .....	54
2. Die Einschaltung der SPs – Beispiel: „Notice and Take Down“-Verfahren .....	56
a. Das Verfahren .....	57
b. Die Folge: Haftungsfreistellung .....	58
c. Sonstige Verpflichtungen der SPs .....	59
d. Konkrete Vorteile .....	60
e. Fazit und Ausblick .....	60

3. Technischer Selbstschutz – Beispiel: DRM-Systeme .....	61
a. Funktionsweise .....	63
b. Anschauungsbeispiele .....	64
c. Konkrete Vorteile .....	66
d. Fazit und Ausblick .....	66
<b>C. Zusammenfassung: Die konkreten Vorteile der neuen ADR-Mechanismen .....</b>	<b>68</b>
I. Flexibilität .....	69
II. Zeit- und Kostenersparnis .....	71
III. Bessere Durchsetzung der Konfliktregelungsergebnisse .....	72
IV. Größere Sach- und Konfliktnähe durch Konfliktregelung im Netz selbst .....	72
<b>KAPITEL 5 RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN UND REGELUNGSKONZEPTE .....</b>	<b>75</b>
<b>A. Rahmenbedingungen in Deutschland – Rechtliche Einordnung .....</b>	<b>76</b>
I. Keine Schiedsgerichtsverfahren .....	76
II. Keine obligatorischen Vorverfahren .....	78
III. Keine rechtlichen Rahmenbedingungen .....	80
IV. Außergerichtliche Konfliktregelung und Rechtsberatungsgesetz .....	82
V. Ergebnis .....	85
<b>B. Der neue Rechtsrahmen in der EU .....</b>	<b>86</b>
I. Die E-Commerce-Richtlinie .....	86
1. Überblick über die Richtlinie .....	86
a. Entstehungsgeschichte .....	86
b. Anwendungsbereich .....	87
c. Zielsetzung und Konzeption der Richtlinie .....	88
2. Die für die Konfliktregelung relevanten Vorschriften .....	90
a. Inhalt und Umfang der verschiedenen Vorschriften .....	90
aa. Art. 17 Abs. 1 ECRL .....	91
aaa. Die erfassten Mechanismen .....	91
bbb. Die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Verfahren .....	93
bb. Art. 17 Abs. 2 u. 3 ECRL .....	95
cc. Art. 16, Art. 8 Abs. 2 ECRL .....	97
dd. Art. 19 Abs. 4 ECRL .....	98
ee. Art. 13 u. 14 ECRL .....	98
b. Umsetzung in Deutschland .....	100

aa. Vorschriften zur Schiedsgerichtsbarkeit.....	101
bb. Vorschriften zu sonstigen außergerichtlichen Mechanismen .....	105
3. Konfliktregelungsangebote als Dienste der Informationsgesellschaft .....	108
a. Dienste der Informationsgesellschaft – Teledienste.....	109
b. Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips.....	112
4. Zusammenfassende Bewertung.....	116
II. Die Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG.....	117
1. Die Empfehlung 98/257/EG.....	118
a. Grundsatz der Unabhängigkeit.....	119
b. Grundsatz der Transparenz.....	120
c. Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens.....	120
d. Grundsatz der Effizienz.....	120
e. Grundsatz der Rechtmäßigkeit.....	121
f. Grundsatz der Handlungsfreiheit.....	122
g. Grundsatz der Vertretung.....	122
2. Die Empfehlung 2001/310/EG.....	122
a. Grundsatz der Unparteilichkeit.....	123
b. Grundsatz der Transparenz.....	123
c. Grundsatz der Effizienz.....	124
d. Grundsatz der Fairness.....	124
3. Zusammenfassende Bewertung.....	125
III. Sonstige Richtlinien.....	128
1. Fernabsatzrichtlinie.....	129
2. Überweisungsrichtlinie.....	129
3. Urheberrechtsrichtlinie.....	130
a. Art. 6 Abs. 1 UrhRL – Schutz technischer Maßnahmen.....	131
b. Art. 6 Abs. 4 UrhRL – Schutz vor technischen Maßnahmen.....	134
c. Umsetzung.....	136
d. Zusammenfassende Bewertung.....	140
<b>C. OECD-Leitlinien für den Verbraucherschutz im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr.....</b>	<b>141</b>
<b>D. Ergebnisse: Das Konzept bei der Regelung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.....</b>	<b>143</b>
<b>KAPITEL 6    ZENTRALE BEDENKEN.....</b>	<b>147</b>
<b>A. Verbesserung des Zugangs zum Recht? Grenzen und Risiken der außergerichtlichen Konfliktregelung.....</b>	<b>149</b>

I. Fallstricke der Flexibilität: Mangelnde Transparenz.....	150
1. Verfahrensvielfalt oder Verfahrensdschungel?.....	150
2. Fehlende Orientierungsfunktion: „The shadow of the law“.....	152
II. Fallstricke der Geschwindigkeit: Nachteilige Auswirkungen auf die weitere Rechtsdurchsetzung.....	154
1. Allgemeines.....	154
2. Besonderheiten bei Mechanismen zum Schutz von Kennzeichen- und Urheberrechten.....	155
III. Kostenersparnisse?.....	158
IV. Konfliktregelung im Netz? Grenzen der Technik.....	159
<b>B. Minimale Fairnessanforderungen im Konfliktregelungsprozess....</b>	<b>162</b>
I. Notwendigkeit minimaler Verfahrensgarantien im Konfliktregelungsprozess.....	162
II. Bedenken in Hinblick auf die vorgestellten Mechanismen.....	168
1. Rechtliches Gehör.....	169
2. Neutralität.....	172
3. Prozessuale Waffengleichheit.....	175
<b>C. Rechtsdurchsetzung im Ganzen und Auswirkungen auf das materielle Recht.....</b>	<b>182</b>
I. Verschleierung von systematisch rechtsmissbräuchlichem Verhalten.....	182
II. Veränderung und Aufweichung des materiellen Rechts.....	184
1. Das „ICANN Common Law“.....	185
2. Aufweichung des Verbraucherschutzes.....	189
3. DRM-Systeme: „Code as Code“.....	192
<b>D. Ergebnisse.....</b>	<b>195</b>
<b>KAPITEL 7    AUSWEG SELBSTREGULIERUNG?.....</b>	<b>197</b>
<b>A. Differenzierung zwischen den verschiedenen Netzebenen.....</b>	<b>198</b>
<b>B. Selbstregulierungsfähigkeit.....</b>	<b>200</b>
I. Die Meta-Ebene: Verbraucher ADR.....	200
1. Erfahrungen mit Netiquette, lex mercatoria und internationaler Handelsschiedsgerichtsbarkeit.....	201
2. Vertrauen und guter Ruf: „Multilateral Reputation Mechanisms“.....	205
a. Funktionsweise und Probleme.....	205
b. Abhilfe durch Informationsmittler?.....	207

c. Ungeeignetheit bei systematisch betrügerischem Verhalten.....	209
3. Co-Regulierung: Freiwillige Regelbefolgung.....	210
4. Ergebnis.....	212
II. Netzinterne Mechanismen, Provider als „units of governance“: „Notice and Take Down“, ICANN, eBay-Projekt.....	213
1. Regelsetzungs- und Regeldurchsetzungsmacht.....	215
2. Grenzen: faire Regeln und effektive Regeldurchsetzung.....	217
a. Fairness der Regeln.....	217
aa. Marktbeherrschung: Fehlende Wahlmöglichkeiten.....	220
bb. Unzureichende Produktion marktrelevanter Informationen und mangelnde Transparenz.....	221
cc. Externe Effekte.....	221
dd. Einfluss von Interessengruppen – Race to the bottom.....	222
ee. Wahrung öffentlicher Interessen.....	223
b. Grenzen bei der Regeldurchsetzung.....	224
3. Ergebnis.....	227
III. Technik statt Recht.....	228
<b>C. Zusammenfassung der Ergebnisse.....</b>	<b>234</b>
<b>KAPITEL 8    MÖGLICHE LÖSUNGSANSÄTZE.....</b>	<b>237</b>
I. Notwendigkeit staatlicher Eingriffe.....	237
II. Das Problem: Vermeidung voreiliger, unausgereifter Regelungen....	239
III. Die Lösung: Transparenz, Information, Koordination.....	241
<b>KAPITEL 9    ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.....</b>	<b>249</b>

## Literaturverzeichnis

Die verwendete Literatur befindet sich auf dem Stand vom Oktober 2002. Alle zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 31. Oktober 2002 besucht.

**Åbyhammar, Marianne:** Swedisch Consumer Agency / Consumer Ombudsman, Rede auf der Konferenz zum geplanten EEJ-Net vom 5.-6. Mai 2000 in Lissabon, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acc\\_e\\_just/acc\\_e\\_just07\\_swed\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acc_e_just/acc_e_just07_swed_en.html).

**Adams, Michael:** Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Königstein/Ts. 1981.

**Barlow, John Perry:** Declaration of Independence of Cyberspace, [http://www.eff.org/pub/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/barlow\\_0296.declaration](http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration).

**Bauer, Johannes / Wilsey, Michelle:** National and Supra-National Regulation of Cybernetworks and Telecommunications Carriers, Institute of Public Utilities and Network Industries, Michigan State University, 27. September 1996, <http://www.vii.org/papers/citi.htm>.

**Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter:** Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 60. Auflage, München 2002 (zit. Baumbach/u.a.).

**Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang:** Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001.

**Bechtold, Stefan:** Vom Urheber- zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, München 2002, zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2001.

**Begg, David / Fischer, Stanley / Dornbusch, Rudiger (Hrsg.):** Economics, 5. Auflage, London 1997.

**Behrens, Fritz:** Außergerichtliche Streitschlichtung in Zivilsachen, RUP 1997, 73.

**Behrens, Fritz:** Die außergerichtliche Streitschlichtung nach dem Modell Nordrhein-Westfalen, DRiZ 1997, 236.

**Bernstein, Lisa:** Private Commercial Law, in: Newman (Hrsg.), S. 108.



- Bettinger, Torsten:** ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, Neue außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren im Kampf gegen missbräuchliche Domainregistrierungen, CR 2000, 234.
- Blankenburg, Erhard / Gottwald, Walther / Stempel, Dieter (Hrsg.):** Alternativen in der Ziviljustiz – Berichte, Analysen, Perspektiven, Rechtstatsachenforschung, herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz, Bundesanzeiger, Bonn 1982.
- Blankenburg, Erhard / Simsa, Christiane / Stock, Johannes / Wolff, Heimfrid (Hrsg.):** Mögliche Entwicklungen im Zusammenspiel von Ausser- und Innergerichtlicher Konfliktregelung, Forschungsbericht 88, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer / Prognos AG Basel, Europäisches Zentrum für angewandte Wirtschaftsforschung, Band 1, Speyer 1990 (zit. Blankenburg/u.a.).
- Blankenburg, Erhard / Leipold, Dieter / Wollschläger, Christian (Hrsg.):** Neue Methoden im Zivilverfahren, Rechtstatsachenforschung, herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz, Bundesanzeiger, Köln 1991.
- Böckstiegel, Karl-Heinz:** Schlichten statt Richten – Möglichkeiten und Wege außergerichtlicher Streitbeilegung, DRiZ 1996, 267.
- Bonisteel, Steven:** Guinness 'Sucks' Domain Disputes Come To A Head, Newsbytes, 28. August 2000, <http://newsbytes.com/news/00/154332.html>.
- Bortloff, Nils:** Erfahrungen mit der Bekämpfung der elektronischen Musikpiraterie im Internet, GRUR Int. 2000, 665.
- Böttcher, Eduard:** Festschrift zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, herausgegeben von Karl August Bettermann und Albrecht Zeuner, Berlin 1969.
- Breidenbach, Stephan / Henssler, Martin (Hrsg.):** Mediation für Juristen, Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997.
- Brenn, Christoph:** Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481.
- Brisch, Klaus:** EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, 235.
- Bröhl, Georg:** EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Erläuterungen zum Referentenentwurf, MMR 2001, 67.
- Buchner, Sebastian / Gruner, Monika / Häusler, Rudolf / Lörcher, Gino / Lörcher, Heike / Rabe von Pappenheim, Henning / Schröder-Freres, Alexander / Völtz, Jürgen / Wagner, Klaus / Winkler, Karsten /**

- Winograd, Bianca (Hrsg.):** Außergerichtliche Streitbeilegung, München, Berlin 1998 (zit. Buchner/u.a.).
- Bücking, Jens:** Update Domainrecht: Aktuelle Entwicklungen im deutschen Recht der Internetdomains, MMR 2000, 656.
- Bülow, Arthur:** Festschrift zum 80. Geburtstag, herausgegeben von Karl-Heinz Böckstiegel und Ottoarndt Glossner, Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
- Burnstein, Matthew:** Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace, 29 Vanderbilt J. of Transnational L. 75 (1996).
- Busse, Felix:** Die obligatorische Streitschlichtung, Eine Herausforderung für die Anwaltschaft, AnwBl. 1997, 522.
- Byrne, David:** Rede auf der Konferenz zum geplanten EEJ-Net vom 5.-6. Mai 2000 in Lissabon, [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/speeches/speech\\_48\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/speeches/speech_48_en.html).
- Carblanc, Anne:** Privacy Protection and Redress in the Online Environment: Fostering Effective Alternative Dispute Resolution, 22<sup>nd</sup> International Conference on Privacy and Data Protection, Venedig, 28.-30. September 2000, [http://www.c4group.net/ivhp/bilgibelge/docs/venice\\_paper.pdf](http://www.c4group.net/ivhp/bilgibelge/docs/venice_paper.pdf).
- Christiansen, Per:** Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und staatliche Eingriffe im Internet, MMR 2000, 123.
- Cichon, Caroline:** Musikpiraterie im Internet, K&R 1999, 547.
- Clark, Charles:** The Answer to the Machine is in the Machine, in: Hugenholz (1996) (Hrsg.), S. 139.
- Cochetti, Roger:** What are the reasons for industry, consumers, and governments to participate or not participate in developing ADR for the global online marketplace?, Testimony on Behalf of the Electronic Commerce and Consumer Protection Group, <http://www.ecommercegroup.org/testimony.htm>.
- Dethloff, Nina:** Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, JZ 2000, 179.
- Dickie, John:** Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, Oxford, Portland, Oregon 1999.
- Dieckmann, Jochen:** Neue gesetzgeberische Wege zur außergerichtlichen Streitschlichtung, ZG 2000, 1.
- Dreier, Thomas:** Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28.

- Dudrow, Andrea:** Seybold: Digital Rights Management is All the Buzz, Riding on the Napstar wake, numerous companies tout solutions meant to protect digital content, 1. September 2000, <http://www.creativepro.com/story/feature/8433.html>.
- Dusollier, Séverine / Pouillet, Yves / Buydens, Mireille:** Copyright and Access to Information in the Digital Environment, A study prepared for the Third UNESCO Congress on Ethical, Legal and Societal Challenges of Cyberspace Infoethics 2000, Paris, 17. Juli 2000, [http://www.jura.uni-muenster.de/eclip/documentsII/research/copyr\\_accesstoinfo.pdf](http://www.jura.uni-muenster.de/eclip/documentsII/research/copyr_accesstoinfo.pdf).
- Duss-von Werdt, Josef / Mähler, Gisela / Mähler, Hans-Georg (Hrsg.):** Mediation: Die andere Scheidung, Ein interdisziplinärer Überblick, Stuttgart 1995.
- Duve, Christian:** Was ist eigentlich Alternative Dispute Resolution (ADR)?, Überblick über die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 1998, 15.
- Ebbing, Frank:** Virtuelle Rechtsberatung und das anwaltliche Werbeverbot, NJW-CoR 1996, 242.
- Federici, Valeria (Hrsg.):** UNIONCAMERE, Chambers of Commerce in the European Union and Alternative Resolution of Commercial Disputes, Rom 1999.
- Firsching, Karl:** Festschrift zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Dieter Henich und Bernd von Hoffmann, München 1985.
- Flume, Werner:** Die Vereinsstrafe, in: FS Bötticher, S. 101.
- Flynn, Laurie:** Trademarks Winning Domain Fights, NY Times on the Web, 4. September 2000, <http://www.nytimes.com/library/tech/00/09/biztech/articles/04neco.html>.
- Freytag, Stefan:** Digital Millennium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, 207.
- Freytag, Stefan:** Providerhaftung im Binnenmarkt, Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 600.
- Friauf, Karl Heinrich:** Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), 2. Abschnitt, S. 105.
- Froomkin, Michael:** Of Governments and Governance, 14 (2) Berkeley Tech. L. J. 617 (1999).
- Gass, Wolfram:** Digitale Wasserzeichen als urheberrechtlicher Schutz digitaler Werke?, ZUM 1999, 815.
- Geimer, Reinhold:** Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: Schlosser (Hrsg.), S. 113.

- Gerhardt, Rudolf:** Neue Wege im alten Recht, in: Gottwald/u.a. (Hrsg.), 2.2.1.
- Gibson, Christopher:** Digital Dispute Resolution, Internet Domain Names and WIPO's Role, CRi 2001, 33.
- Glossner, Ottoarndt:** Zur Vollstreckung von Schlichtungsergebnissen im internationalen Bereich, in: FS Bülow, S. 69.
- Gottwald, Walther / Stempel, Dieter / Beckedorff, Rainer / Linke, Udo (Hrsg.):** Außergerichtliche Konfliktbeilegung, AKR-Handbuch, Neuwied, Krieffel, Berlin, Grundwerk 1997, Loseblatt Stand April 2000, (zitiert Gottwald/u.a.).
- Gottwald, Walther / Stempel, Dieter:** AKR-Handbuch, Einführung in das Handbuch, in: Gottwald/u.a., S.1.
- Gottwald, Walther:** Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen, in: FS Firsching, S. 89.
- Gottwald, Walther:** Modelle der freiwilligen Streitschlichtung unter besonderer Berücksichtigung der Mediation, WM 1998, 1257.
- Greger, Reinhard:** Diversion statt Flaschenhals, Ein Alternativkonzept zur Etablierung des Gütegedankens im Zivilprozeß, ZRP 1998, 183.
- Grewlich, Klaus:** Governance in Cyberspace – Access and Public Interest in Global Communication, The Hague, London, Boston 1999.
- Grunewald, Barbara:** Rechtsberatung und Streitschlichtung im Internet – (k)ein Fall für das Rechtsberatungsgesetz, BB 2001, 1111.
- Guibault, Lucie:** Contracts and Copyright Exemptions, in: Hugenholtz (2000) (Hrsg.), S. 125.
- Haddin, Walther / Hopt, Klaus J. / Schimansky, Herbert (Hrsg.):** Kartengesteuerter Zahlungsverkehr, Außergerichtliche Streitschlichtung, Bankenrechtstag 1998, Berlin, New York 1999.
- Haffke, Bernhard:** Legalität von Mediation im deutschen Rechtsraum, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler (Hrsg.), S. 65.
- Hart, Christine:** Online Dispute Resolution and Avoidance in Electronic Commerce, August 1999, <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/hart.htm>.
- Härting, Niko:** Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, 271.
- Härting, Niko:** Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, DB 2001, 80.
- Hartmann, Peter:** Das neue Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, NJW 1999, 3745.

- Hegenbarth, Rainer:** Privatisierte Konfliktregelung: Entrechtung durch Entrechtlichung?, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), S. 257.
- Heide, Thomas:** Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework, 15 (3) Berkeley Tech. L. J. 993 (2000).
- Helberger, Natali / Hugenholtz, Bernt / Koelman, Kamiel / Seignette, Jacqueline / Stuyt, Rob / Visser, Dirk:** Protection of technical measures and access right, Report by a study committee of the Dutch group of ALAI, 15. April 2001, [http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/Netherlands\\_ici\\_dlid2\\_en.doc](http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/Netherlands_ici_dlid2_en.doc) (zit. Helberger/u.a.).
- Henkel, Joachim:** Auch im Internet bleibt der Kunde ungekrönt, FAZ vom 09. Oktober 2000, Nr. 234, S. 28.
- Henssler, Martin / Prütting, Hanns (Hrsg.):** Bundesrechtsanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz, Kommentar, München 1997.
- Henssler, Martin:** Anwaltliches Berufsrecht und Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S. 75.
- Henssler, Martin:** Anwaltliches Berufsrecht und Mediation, AnwBl. 1997, 129.
- Hilty, Reto (Hrsg.):** Information Highway, München 1996.
- Von Hippel, Thomas:** Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, Eine rechtsdogmatische und -vergleichende Untersuchung, Tübingen 2000, zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2000.
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich (Hrsg.):** Handbuch Multimedia Recht, Loseblattsammlung, 3. Ergänzungslieferung, München, Stand Dezember 2001.
- Hoeren, Thomas:** Internetrecht, Stand Oktober 2002, <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript.pdf>.
- Hoeren, Thomas:** Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, 2849.
- Hoeren, Thomas:** Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192.
- Hoeren, Thomas:** Internet und Jurisprudenz – zwei Welten begegnen sich, NJW 2000, 188.
- Hoeren, Thomas:** Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussion, MMR 2000, 515.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang:** Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, ZRP 1997, 190.
- Hugenholtz, Bernt (Hrsg.):** The Future of Copyright in a Digital Environment, The Hague, London, Boston 1996 (zit. Hugenholtz (1996)).
- Hugenholtz, Bernt (Hrsg.):** Copyright and Electronic Commerce, Legal Aspects of Electronic Copyright Management, The Hague, London, Boston 2000 (zit. Hugenholtz (2000)).
- Jaeger, Till:** Auswirkungen der EU-Urheberrechtsrichtlinie auf die Regelungen des Urheberrechts für Software, Stellungnahme des ifr OSS zur Umsetzung des Art. 6 Richtlinie 2001/29/EG im Verhältnis zu den §§ 69 a ff UrhG, CR 2002, 309.
- Jauernig, Othmar:** Rechtskrafterstreckung kraft Vereinbarung, ZZP 64 (1951), 285.
- Johnson, David / Post, David:** Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stanford L. Rev. 1367 (1996), auch abzurufen unter <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Borders.html>.
- Johnson, David:** And How Shall the Net Be Governed?, A Mediation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law, <http://www.cli.org/emdraft.html>.
- Johnson, David:** Lawmaking And Law Enforcement in Cyberspace, <http://www.cli.org/DRJ/make.html>.
- Jorde, Thomas:** Gerichtsverbundene Schlichtung in den Vereinigten Staaten, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), S. 205.
- Jung, Peter:** Die Bedeutung der Selbstregulierung für das Lauterkeitsrecht in internationalen Computernetzwerken, GRUR Int. 1998, 841.
- Jung, Peter:** Rechtsfragen der Online-Schiedsgerichtsbarkeit, K&R 1999, 63.
- Katsh, Ethan / Rifkin, Janet / Gaitenby, Alan:** E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay Law”, 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705 (2000), auch abzurufen unter <http://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf>.
- Kisch, Wilhelm:** Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages, ZZP 51 (1926), 321.
- Klamt, Angelika / Koch, Christian:** Das neue Überweisungsrecht, NJW 1999, 2776.
- Koch, Frank:** Internationale Gerichtszuständigkeit und Internet, CR 1999, 121.

- Koch, Frank:** Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source-Software (I), CR 2000, 273.
- Krämer, Ludwig / Micklitz, Hans-W. / Tonner, Klaus (Hrsg.):** Law and diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber amicorum Norbert Reich, 1. Auflage, Baden-Baden 1997.
- Kröger, Detlef:** Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002, zugl.: Chemnitz, Univ., Diss., 2000/2001.
- Kröger, Detlef:** Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsgesellschaft – Bestandsaufnahme und kritische Bewertung, CR 2001, 316.
- Kronke, Herbert:** Internationale Schiedsverfahren nach der Reform, RIW 1998, 257.
- Lachmann, Jens-Peter:** Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Köln 1998.
- Lachmann, Jens Peter / Lachmann, Andreas:** Schiedsvereinbarungen im Praxistest, Im Blickpunkt: Formerfordernisse, Einbeziehung und Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz, BB 2000, 1633.
- Leeb, Hermann:** Entlastung der Justiz – Notwendigkeit, Gefahren, Chancen, BB 1998, Beilage 10, 3.
- Lessig, Lawrence:** Code and other laws of cyberspace, New York 1999.
- Lessig, Lawrence:** The Law Of The Horse: What Cyberlaw Might Teach, 113 Harv. L. Rev. 501 (1999), auch abzurufen unter <http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/works/finalhls.pdf>.
- Leupold, Andreas / Demisch, Dominik:** Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, ZUM 2000, 379.
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine:** Wege zur Justizentlastung, Erkenntnisse aus der Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR), NJW 1995, 2441.
- Lindholm, Pia / Maennel, Frithjof:** Directive on Electronic Commerce (2000/31/EC), CRi 2000, 65.
- Linnenborn, Oliver:** Update: Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, K&R 2001, 394.
- Lionnet, Klaus:** Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2001.
- Lueders, H.:** E-Governance Associations – The Company-Consumer Encounter, Rede auf der Konferenz zum geplanten EEJ-Net vom 5.-6. Mai 2000 in Lissabon,

- [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acc\\_e\\_just07\\_hlue\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acc_e_just07_hlue_en.html).
- Luhmann, Niklas:** Legitimation durch Verfahren, 3. Auflage, Darmstadt, Neuwied 1978.
- Lutter, Marcus:** Die Auslegung angelegenen Rechts, JZ 1992, 593.
- Lutterbeck, Bernd:** Globalisierung des Rechts – am Beginn einer neuen Rechtskultur?, CR 2000, 52.
- Mähler, Hans-Georg / Mahler, Gisela:** Mediation bei Familienkonflikten, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S.13.
- Mangård, Nils:** Die Regelung von Verbraucherstreitigkeiten, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), S. 251.
- Maunz, Stefan Jochen:** Der außergerichtliche obligatorische Schlichtungsversuch gemäß § 15 a EGZPO, Würzburg 1999, zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 1999.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter:** Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-11, Band V, Art. 89-146, Loseblattsammlung, 40. Ergänzungslieferung, München, Stand Juni 2002.
- Metz, Rainer:** Außergerichtliche Streitschlichtung im Bereich der Kreditwirtschaft – einleitender Diskussionsbeitrag, in: Hadding/Hopt/Schimansky (Hrsg.), S. 245.
- Metzger, Tilman:** Mediation im Nachbar-, Miet- und Verbraucherrecht, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S. 183.
- Mnookin, Jennifer:** Virtual(ly) Law: The Emergence of Law in LambdaMOO, 2 (1) Journal of Computer-Mediated Communication (1996), <http://www.ascusc.org/jcmc/vol2/issue1/lambda.html>.
- Mnookin, Robert / Kornhauser, Lewis:** Bargaining in the Shadow of the Law, The Case of Divorce, 88 Yale Law Journal 950 (1978-1979).
- Møller Jensen, Peter:** VISA, Präsentation auf dem „workshop for identifying deployment challenges“ vom 21. März 2000 in Brüssel, <http://dsa-isis.jrc.it/ADR/VISA.ppt>.
- Möschel, Wernhard / Bechtold, Stefan:** Copyright-Management im Netz, MMR 1998, 571.
- Müller-Maguhn, Andy:** Meine Regierungserklärung, Auch an die Freunde des Buches: Ein Netz wider das geistige Eigentum, FAZ vom 17. Oktober 2000, Nr. 241, Feuilleton.
- MünchKommZivProz:** herausgegeben von Gerhard Lücke und Peter Wax, Band 1, §§ 1 – 354, 2. Auflage, München 2000, Band 3, §§ 803 – 1066 · EGZPO · GVG · EGGVG · IZPR,

2. Auflage, München 2001, Aktualisierungsband ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze, zur 2. Auflage, München 2002.
- Newman, Peter (Hrsg.):** The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Band III, P-Z, London, New York 1998.
- Niedermeier, Robert / Damm, Maximilian / Splittgerber, Andreas:** Cybercourt: Schieds- und Schlichtungsverfahren im Internet, K&R 2000, 431.
- Oaks, Chris:** Net Guidelines a Good Start, 7. Juni 2000, <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,36811,00.html>.
- Ogus, Anthony:** Regulation, Legal Form and Economic Theory, Oxford 1994.
- Oppermann, Thomas:** Europarecht, 2. Auflage, München 1999.
- Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001.
- Partridge, John:** Cybergrippers lose rights, The Globe and Mail, 19. August 2000, zu finden über das Globetechnology Archiv <http://globetechnology.com>.
- Pichler, Rufus:** Trust and Reliance – Enforcement and Compliance: Enhancing Consumer Confidence in the Electronic Marketplace, Mai 2000, <http://www.law.stanford.edu/library/special/rufus.thesis.pdf>.
- Post, David:** Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace, 1995 Journal of Online Law, art. 3, <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>.
- Post, David:** Governing Cyberspace, 43 Wayne Law Review 155 (1996), auch abzurufen unter <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Governing.html>.
- Preibisch, Wolfgang:** Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, Berlin 1982, zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1980.
- Prütting, Hanns:** Verfahrensrecht und Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S. 57.
- Prütting, Hanns:** Schlichten statt Richten?, JZ 1985, 261.
- Prütting, Hanns:** Anmerkung zu BGH, Urt. vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 – ZYP 99 (1986), 93.
- Radin, Margaret Jane / Wagner, R. Polk:** The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1295 (1998).
- Ramm, Thilo:** Schiedsgerichtsbarkeit, Schlichtung und Rechtsprechungslehre, ZRP 1989, 136.

- Ramsauer, Ulrich:** Mediation im Umweltrecht, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S. 161.
- Regaldo, Giacomo:** The ADR Discussion in Europe – A Crucial Moment for Electronic Commerce, Rede auf der Konferenz zum geplanten EEJ-Net vom 5.-6. Mai 2000 in Lissabon, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_greg\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_greg_en.html).
- Reich, Norbert / Nordhausen, Annette:** Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr (eG), 1. Auflage, Baden Baden 2000.
- Reich, Norbert:** EG- und IPR-Rechtsfragen des eG, in: Reich/Nordhausen, S. 79.
- Reich, Norbert:** Alternativen zur Ziviljustiz im Verbraucherschutz – Überlegungen zur Bedeutung von Schieds- und Schlichtungsverfahren, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), S. 219.
- Reidenberg, Joel:** Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, 76 (3) Texas Law Rev. 553 (1998).
- Reinbothe, Jörg:** Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43.
- Renk, Heidemarie:** AKR aus Richtersicht, in: Gottwald/u.a. (Hrsg.), 2.3.1.
- Rennen, Günter / Caliebe, Gabriele:** Rechtsberatungsgesetz, 3. Auflage, München 2001.
- Rennig, Christoph:** Notwendigkeit von Modellversuchen, in Gottwald/u.a. (Hrsg.), 2.6.
- Röhl, Klaus:** Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), S. 15.
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter:** Zivilprozeßrecht, 15. Auflage, München 1993.
- Rosenberg, Leo / Gaul, Friedhelm / Schilken, Eberhard:** Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997.
- Schäfer, Hans-Bernd:** Kein Geld für die Justiz – Was ist uns der Rechtsfrieden wert?, DriZ 1995, 461.
- Schiffer, Jan:** Mediative Elemente in modernen Schiedsverfahren?, in: Gottwald/u.a. (Hrsg.), 2.2.3.1.
- Schlosser, Peter (Hrsg.):** Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz – Die Organisation der Rechtsberatung: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, Bielefeld 1994.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.):** Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, New York 1999.

- Schneider, Jochen:** Mediation im Wirtschaftsrecht, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S. 171.
- Schneider, Michael:** Streitbeilegung auf dem Information Highway – Problematik und Lösungsansätze, in: Hilty (Hrsg.), S. 625.
- Schuster / Müller:** Entwicklung des Internet- und Multimediarechts von Januar 1999 bis Juni 2000, MMR-Beilage 10/2000, 19.
- Schwab, Karl Heinz / Walter, Gerhard:** Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Auflage, München 2000.
- Shetreet, Shimon:** Alternativen zum formellen Justizsystem: Ausländische Beispiele, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), S. 111.
- Spindler, Gerald:** Der neue Vorschlag einer E-Commerce-RL, ZUM 1999, 775.
- Spindler, Gerald:** Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet, Auswirkungen der geplanten neuen Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, MMR 2000, 18.
- Spindler, Gerald:** Der Entwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, ZRP 2001, 203.
- Stadler, Astrid:** Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion, NJW 1998, 2479.
- Sternlight, Jean:** Panacea or Corporate Tool? Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration, 74 Wash. ULQ 637 (1996).
- Stevens-Bartol, Eckart:** Mediation im Arbeitsrecht, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), S. 141.
- Streinz, Rudolf:** Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2001.
- Strempel, Dieter:** Anwaltliche Schlichtung – Privatisierung der Justiz, Interessenwahrnehmung oder Parteiverrat, AnwBl. 1993, 434.
- Stürner, Rolf:** Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986), 291.
- Sun, Jeanne-Mey / Pelkmans, Jacques:** Regulatory Competition in the Single Market, 33 (1) Journal of Common Law Studies 67 (1995).
- Tettenborn, Alexander:** Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R 1999, 252.
- Tettenborn, Alexander:** E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, K&R 2000, 59.
- Thornburg, Elizabeth:** Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution, 34 U.C. Davis L. Rev. 151 (2000).

- Thomas, Heinz / Putzo, Hans:** Zivilprozeßordnung mit EGZPO · GVG · EGGVG · EuGVVO · EheVO · ZustellungsVO · AVAG, 24. Auflage, München 2002.
- Tonner, Klaus:** Vorgeschaltete Schlichtung bei Verbraucherprozessen mit niedrigem Streitwert, in: Krämer/Micklitz/Tonner (Hrsg.), S. 861.
- Trompenaars, Bernardine:** Legal Support for Online Contracts, in: Hugenholtz (2000) (Hrsg.), S. 267.
- Vahrenwald, Arnold:** Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Report on legal issues, Part I: the parties to the dispute, 29. Mai 2000, [http://dsa-isis.jrc.it/ADR/Part\\_I.doc](http://dsa-isis.jrc.it/ADR/Part_I.doc).
- Vahrenwald, Arnold:** Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Report on legal issues, Part III: Types of Out-of-court Dispute Settlement, 29. Mai 2000, [http://dsa-isis.jrc.it/ADR/Part\\_III.doc](http://dsa-isis.jrc.it/ADR/Part_III.doc).
- Van den Heuvel, Esther:** Online Dispute Resolution as a Solution to Cross-Border E-Disputes, An Introduction to ODR, <http://www.geschillenbeslechting.nl/nieuws%20en%20artikelen/distributie!.PDF>.
- Viefhues, Martin:** Kennzeichenrecht, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 6.
- Wagner, Gerhard:** Prozeßverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998.
- Wagner, Gerhard:** Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozeß: Kosten, Nutzen, Alternativen, JZ 1998, 836.
- Wagner, Klaus:** Außergerichtliche Streitbeilegung, Einführung, in: Buchner/u.a. (Hrsg.), S. XLVII.
- Waldenberger, Arthur:** Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296.
- Wand, Peter:** Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, Vergleich des internationalen, europäischen, deutschen und US-amerikanischen Rechts, München 2001, zugl.: München, Univ., Diss., 2000.
- Weigand, Frank-Bernd:** Alternative Streiterledigung, "Alternative Dispute Resolution" auch in Deutschland?, BB 1996, 2106.
- Wilkins, Jochen:** Das Überweisungsgesetz, MDR 1999, 1236.
- Wollschläger, Christian:** Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische Untersuchung zur Einführung des vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht, in: Blankenburg/Leipold/Wollschläger (Hrsg.), S. 13.
- Yasunaga, Yuko:** FTC-Kongress "Alternative Dispute Resolution for Consumer Transactions in the Borderless Online Marketplace", Kommentar des Ministry of International Trade and Industry, Japan,

<http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/comments/postworkshopcomments/yasunaga.htm>.

**Zecher, Jan:** Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, Diskussionsbericht von der gleichlautenden Arbeitstagung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 18. Oktober 2001, ZUM 2002, 52.

**Zecher, Jan:** Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht II, Diskussionsbericht der gleich lautenden Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. März 2002, ZUM 2002, 451.

**Zöller, Richard:** Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar, 23. Auflage, Köln 2002.

## Kapitel 1

# Einleitung

Der elektronische Geschäftsverkehr erlebt momentan einen enormen Boom. Das Internet hat sich im täglichen Wirtschaftsverkehr breit gemacht und ist bei der Abwicklung von Geschäften kaum wegzudenken. Der Cyberspace ist nicht mehr nur ein von Wissenschaftlern und „Cyber-Freaks“ genutztes Computernetz, sondern hat sich zu einem globalen Marktplatz entwickelt. Dabei ermöglicht die internationale Struktur des Netzes nicht nur den „Global Playern“, sondern jedermann, per Mausclick grenzüberschreitende Geschäfte auch über sehr geringe Beträge zu tätigen. Der elektronische Geschäftsverkehr ist zu einem Massengeschäft geworden. Auffällig ist außerdem ein enormer Geschwindigkeitsrausch: „Internet-Speed“ lautet die Zauberformel. Das Netz steht unter kollektivem Bluthochdruck; es hat sich eine futuristische Stimmung breit gemacht, die keine Langsamkeit zulässt<sup>1</sup>.

Kommt es jedoch zu Unregelmäßigkeiten, wird der Geschwindigkeitsflug jäh abgebremst. Die Lösung von Konflikten im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr kann sich als zeitraubend, faktisch sehr schwierig und in rechtlicher Hinsicht komplex erweisen. Zwar ermöglicht der globale Charakter des Internets grenzüberschreitende Betätigungen, Marktpraktiken und Werbung. Die Aktionsmöglichkeiten im Falle von Rechtsverstößen bleiben jedoch national terminiert. Dies stellt vor allem den einfachen Nutzer, der nicht über entsprechende Erfahrung und Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte verfügt, vor Probleme. Hinzu kommt, dass gerade bei sehr geringen Beträgen die Kosten eines über Grenzen hinweg ausgefochtenen Rechtsstreits vollkommen außer Verhältnis zum möglichen Nutzen stehen. Der Kunde ist also auch im Internet-Zeitalter nicht zum

---

<sup>1</sup> Hoeren, NJW 2000, 188 (189).

König geworden, sondern herrscht allenfalls als Provinzfürst, ohne von den potentiellen Vorteilen des globalen Netzes voll profitieren zu können<sup>2</sup>.

Aber auch die Wirtschaft sieht ihre Rechte zunehmend gefährdet: Moderne „Cyber-Piraten“, „Cybersquatter“ oder sonstige „Rechtsverletzer“ machen vor allem den Inhabern von Schutzrechten das Leben schwer. Nicht zuletzt der Fall Napster hat die Betroffenen wachgerüttelt. Die jeweiligen Rechtsinhaber stehen angesichts des rasanten technischen Fortschritts vor Problemen ganz neuer Art.

Ziel ist es deshalb, die bisherigen Konfliktregelungsmöglichkeiten den besonderen Erfordernissen des elektronischen Geschäftsverkehrs anzupassen bzw. zusätzliche Streitbeilegungsmethoden zu entwickeln. Die neuen Mechanismen sollen möglichst flexibel, schnell, effektiv und kostengünstig funktionieren. Dabei wird vor allem seitens der Wirtschaft erhebliches Engagement in diesem Bereich gezeigt. Die Unternehmen haben ein besonderes Interesse daran, das Vertrauen der Nutzer in den elektronischen Geschäftsverkehr zu gewinnen und sie hierdurch zum elektronischen Einkauf ohne Reue zu animieren. Außerdem wollen sie sich selbst vor Rechtsverletzungen schützen. Auch die nationalen Regierungen, die EU und andere internationale Organisationen haben das Problem erkannt und bereits im Rahmen verschiedener rechtlicher Initiativen, Untersuchungen und Diskussionsforen aufgegriffen. Eine Verbesserung der Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr wird allgemein als Grundvoraussetzung für dessen weiteres erfolgreiches Wachstum angesehen. Der außergerichtlichen Konfliktregelung wird dabei eine zentrale Rolle zugemessen. Insgesamt werden die Chancen, die mit den neuen Streitbeilegungsmethoden verbunden sind, sehr optimistisch eingeschätzt. Vor allem in die Selbstkontroll- und Selbstregulierungsmöglichkeiten des privaten Sektors werden große Hoffnungen gesetzt. Allerdings befindet sich die Entwicklung der verschiedenen Mechanismen, wie auch die wissenschaftliche Diskussion, noch in den Anfängen. Es besteht allgemein ein recht uneinheitliches Bild.

---

<sup>2</sup> Henkel, FAZ vom 09.10.2000, Nr. 234, S. 28.

## Kapitel 2

# Eingrenzung des Themas und Begriffsbestimmungen

## A. Eingrenzung des Themas

Im Rahmen dieser Arbeit geht es deshalb zunächst darum, einen Überblick über die verschiedenen Konfliktregelungsansätze zu vermitteln. Dabei sollen die Motive für die Entwicklung der außergerichtlichen Mechanismen und deren unterschiedliche Zielrichtung genauer erarbeitet werden. Zum besseren Verständnis werden die verschiedenen Typen jeweils anhand eines Beispiels vorgestellt. Außerdem soll untersucht werden, welchen rechtlichen Rahmenbedingungen sie unterliegen und welches Konzept der Gesetzgeber bei der Regelung der außergerichtlichen Streitbeilegung verfolgt. Von besonderer Bedeutung ist dabei die E-Commerce-Richtlinie<sup>3</sup> (ECRL), die allgemeine Vorschriften zur Konfliktbeilegung enthält und an der sich erste Regelungstendenzen erkennen lassen. Im Zentrum der Untersuchung steht schließlich die Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen sowie mit denkbaren Gefahren der außergerichtlichen Konfliktregelung. Es stellt sich die Frage, ob die allgemein vorherrschende positive Einschätzung der neuen Streitbeilegungsmethoden tatsächlich gerechtfertigt ist oder ob nicht der Schutz der Nutzer und die Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen mehr Berücksichtigung verdienen. Dabei soll auch geklärt werden, ob sich mögliche Bedenken durch den Verweis auf selbstregulierende Prozesse im E-Commerce ausräumen lassen.

---

<sup>3</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) vom 08.06.2000, ABl. EG L 178 vom 17.07.2000, S. 1.



Angesichts der enormen Bandbreite der außergerichtlichen Konfliktregelung im E-Commerce und der hinter den Mechanismen stehenden, zum Teil ganz unterschiedlichen Interessen, kann es allerdings nicht Ziel dieser Untersuchung sein, jedes einzelne Verfahren sowie die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien in jedem Einzelfall genau zu analysieren. Dies würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Schließlich muss auch berücksichtigt werden, dass sich die Entwicklung der Konfliktregelungstypen noch in den Anfängen befindet und ständig mit Änderungen und neuen technischen Möglichkeiten zu rechnen ist. Es werden deshalb zwar auch einzelne Mechanismen dargestellt, dies erfolgt jedoch in erster Linie zur Veranschaulichung. Das Anliegen dieser Arbeit ist es vielmehr, einen Gesamtüberblick über die Entwicklung der außergerichtlichen Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr zu vermitteln und deren Chancen und Risiken aufzuzeigen. Es geht um die Frage, ob diese in ihrer momentanen Form und ihrer rechtlichen Einbettung in die bestehende Rechtsordnung wirklich zur Verbesserung der Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im E-Commerce beitragen kann.

Inhaltlich stehen die Probleme im Vordergrund, die sich daraus ergeben, dass sich der E-Commerce zu einem Massengeschäft entwickelt hat. Dies betrifft vor allem die oben angesprochenen Fälle grenzüberschreitender Rechtsgeschäfte mit zum Teil niedrigen Gegenstandswerten sowie mögliche Gefahren, denen sich die Inhaber besonderer Schutzrechte im Netz ausgesetzt sehen. In diesem Zusammenhang können sowohl Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen (B2C) als auch zwischen zwei Unternehmen betroffen sein (B2B). Ausgeklammert bleiben allerdings Fragen, die in erster Linie die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit betreffen. Denn diese sind nicht auf spezifische Probleme im E-Commerce beschränkt. Insbesondere soll hier nicht erörtert werden, inwieweit die bisherigen Schiedsverfahren auch online durchgeführt werden können.

Was die rechtliche Bewertung der verschiedenen Mechanismen betrifft, wird zunächst von der bundesdeutschen Rechtsordnung ausgegangen. Wegen des grenzüberschreitenden Charakters des Netzes kommt jedoch dem europäischen Gemeinschaftsrecht ein besonderer Stellenwert zu. Deshalb verdienen vor allem die E-Commerce-Richtlinie sowie andere europäische Rechtsakte und deren Umsetzung in Deutschland besondere

Berücksichtigung. Auch bei der Auswahl der untersuchten Konfliktregelungstypen wird versucht, in erster Linie auf europäische Mechanismen zurückzugreifen. Da jedoch gerade die USA eine gewisse Vorreiterfunktion im Bereich der außergerichtlichen Konfliktregelung innehaben und Streitigkeiten im E-Commerce vor europäischen Grenzen keinen Halt machen, werden auch Verfahren, die nicht ausschließlich auf den europäischen Bereich begrenzt sind, zur Veranschaulichung mit herangezogen.

## B. Begriffsbestimmungen

### I. Außergerichtliche Konfliktregelung

Außergerichtliche Konfliktregelung (AKR)<sup>4</sup> – das ist ein sehr weiter Begriff, der, wie es scheint, in den letzten Jahren in Mode gekommen ist. Dabei ist häufig auch von außergerichtlicher Streitbeilegung<sup>5</sup>, Alternative Dispute Resolution (ADR)<sup>6</sup>, Konfliktmanagement<sup>7</sup> oder ganz allgemein von Alternativen zur Justiz<sup>8</sup> die Rede. Im Zusammenhang mit dem E-Commerce wird außerdem häufig die Bezeichnung Online Dispute Resolution (ODR)<sup>9</sup> verwendet. Alle Begriffe werden weitgehend synonym gebraucht und tauchen als Schlagwort in der Diskussion zu ganz unterschiedlichen Bereichen immer wieder auf. Sie können, je nach dem Verständnis des Verwenders, eine Vielzahl von unterschiedlichen Phänomenen erfassen.

<sup>4</sup> So der Titel des Handbuchs von *Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke* zu diesem Thema.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999, BGBl. 1999 I, S. 2400, BT-Drcks. 14/980.

<sup>6</sup> So die umfassende Beschreibung für das Spektrum der außergerichtlichen Konfliktregelung im Englischen. Vgl. zu den verschiedenen Typen von ADR z.B. *MünchKomm-Münch*, ZPO, vor § 1025 Rn. 13 m.w.N.; *Duve*, BB 1998, 15ff; *Weigand*, BB 1996, 2106ff.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. *Gerhardt*, in: *Gottwald/u.a.*, 2.2.1, S. 5; *Gottwald/Strempel*, in: *Gottwald/u.a.*, Einleitung, S. 5.

<sup>8</sup> So der Titel des Tagungsbandes von *Blankenburg/Gottwald/Strempel*. Zu diesem Begriff auch *Prütting*, in: *Breidenbach/Henssler*, S. 57 (59).

<sup>9</sup> Z.B. im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht (Vorlage der Kommission) vom 19.04.2002, KOM (2002) 196 endg., S. 5; ebenso von *Van den Heuvel*.

Manche gehen von einem sehr weiten Begriff aus<sup>10</sup>, während andere diesen eher einschränkend auslegen<sup>11</sup>.

Dabei ist der erste Begriffsbestandteil „außergerichtlich“ eher unproblematisch. Hierdurch werden sämtliche Formen von besonderen gerichtlichen Verfahren, wie z.B. gerichtliche Vorverfahren, Güteverfahren, summarische Verfahren oder spezielle Online-Verfahren, die in Zukunft den Zugang zu Gerichten erleichtern sollen, ausgenommen. Es geht allein um außergerichtliche Verfahren. Deshalb spielt z.B. der durch die ZPO-Reform eingeführte, neue § 278 ZPO<sup>12</sup> hier keine Rolle.

Unter den Begriff „Konfliktregelung“ lassen sich dagegen eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Phänomene fassen. Hierzu zählen sicherlich Schiedsgerichte, Schlichtungsverfahren, Vermittlung und Beratung, aber auch nicht institutionalisierte Formen wie das direkte Verhandeln zwischen den Parteien, das Nichtgeltendmachen von Ansprüchen, die Unterwerfung unter bestimmte Verhaltensregeln im Rechtsverkehr, Selbstschutzmaßnahmen sowie das Verfassen eines Beschwerde- oder Leserbriefs<sup>13</sup>. Darüber hinaus haben sich in den letzten Jahren, insbesondere in den USA, eine Vielzahl sehr spezieller Verfahrenstypen herausgebildet, z.B. conciliation, mediation, mini-trial, rent-a-judge, med-arb, fact-finding, binding-advice usw.<sup>14</sup>. Diese sind zumeist auf ganz bestimmte Bedürfnisse der jeweiligen Parteien ausgerichtet und wurden hauptsächlich als Reaktion auf die Besonderheiten des jeweiligen Rechtssystems, meist das US-amerikanische, entwickelt. Auch in Deutschland finden sich verschiedene spezialisierte Streitbeilegungsangebote, wie z.B. Gütestellen, Schlichtungsstellen,

<sup>10</sup> Z.B. Prütting, JZ 1985, 261 (262); ders., in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (59).

<sup>11</sup> So z.B. im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer I.1, Rn. 2; Carblanc, Annex 1.

<sup>12</sup> Zivilprozeßordnung vom 12.09.1950, BGBl. 1950 I, S. 533, zuletzt geändert 23.07.2002, BGBl. 2002 I, S. 2850.

<sup>13</sup> Von einem ähnlich weiten Verständnis geht z.B. auch Prütting, JZ 1985, 261 (262) aus.

<sup>14</sup> Einen Überblick über die verschiedenen Verfahren bieten z.B. MünchKomm-Münch, ZPO, vor § 1025 Rn. 13; Duve, BB 1998, 15ff; Vahrenwald, Part III, S. 6f u. 9; Weigand, BB 1996, 2106ff.

Schiedsmänner, Ombudsmänner, Gutachterkommissionen und Schiedsgutachterverfahren<sup>15</sup>.

All diese Differenzierungen führen jedoch für die vorliegende Untersuchung nicht weiter. Es geht gerade darum zu erarbeiten, welche Formen der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung sich bei Streitigkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr anbieten bzw. bereits entwickelt wurden. Dabei sollen vor allem auch neue Formen der Konfliktregelung miteinbezogen werden. Eine Eingrenzung auf bestimmte Verfahrenstypen wäre deshalb wenig sinnvoll. Diese Arbeit ist weder auf institutionalisierte Konfliktregelungsmethoden noch auf Verfahren im klassischen Sinne begrenzt. Im Folgenden wird deshalb auch der Oberbegriff Konfliktregelungsmechanismen statt Konfliktregelungsverfahren verwendet. Lediglich vollkommen informelle Streitbeilegungsmöglichkeiten, wie z.B. das bloße Nichtgeltendmachen von Ansprüchen oder das Verhandeln zwischen den Parteien, müssen ausgeschlossen werden, da sonst der Rahmen dieser Arbeit gesprengt würde. Entscheidend für die Qualifizierung als Konfliktregelungsmechanismus ist, dass die Beilegung einer Streitigkeit nach einem bestimmten Schema abläuft und nach rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden kann. Im Zusammenhang mit dem E-Commerce ist hier insbesondere an den Einsatz technischer Selbstschutzmechanismen und die Einschaltung der Service Provider in die Konfliktregelung zu denken. Außerdem ist zunehmend die Tendenz erkennbar, ganze Konfliktregelungssysteme zu entwickeln, zu denen auch die Erarbeitung von Verhaltenskodizes und die Bereitstellung von so genannten „Gütesiegeln“ oder „Logos“ gehören. Soweit es sich hierbei um einheitliche Systeme handelt, sollen auch diese als Ganze untersucht werden.

Der Begriff der außergerichtlichen Konfliktregelung wird hier also in einem sehr weiten Sinne verstanden. Lediglich ganz informelle Methoden, die nicht nach einem rechtlich überprüfbareren Mechanismus ablaufen, werden ausgeschlossen. Im Folgenden werden außerdem die verschiedenen oben

<sup>15</sup> Vgl. z.B. MünchKomm-Münch, ZPO, vor § 1025 Rn. 11ff. Eine Liste verschiedener in Deutschland angebotener Verfahren findet sich außerdem auf der Website der Europäischen Kommission, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just04\\_de\\_ccb\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just04_de_ccb_de.pdf).

genannten Bezeichnungen für die außergerichtliche Konfliktregelung weitgehend synonym verwandt.

## II. Elektronischer Geschäftsverkehr

Gemäß dem Thema dieser Arbeit ergibt sich eine weitere Einschränkung auf solche Mechanismen, die im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr stehen, d.h. die Konflikte betreffen, die aus Aktivitäten im elektronischen Geschäftsverkehr entstanden sind und die gegenüber herkömmlichen Verfahren spezielle Lösungsmethoden für diese Konflikte bieten. Dabei ist allerdings weder Voraussetzung, dass die Mechanismen eigens für Konflikte im elektronischen Geschäftsverkehr entwickelt wurden, noch, dass sie selbst ausschließlich auf elektronischem Wege funktionieren, solange sie nur für den Einsatz im E-Commerce besondere Vorteile bieten.

Zu klären bleibt, was unter dem Begriff „elektronischer Geschäftsverkehr“ bzw. „E-Commerce“ zu verstehen ist. Obwohl dieser Begriff aus der wirtschaftlichen und politischen Diskussion nicht mehr wegzudenken ist und es mittlerweile zahlreiche Rechtsakte und Initiativen zur Regelung des elektronischen Geschäftsverkehrs gibt, hat sich bisher noch keine einheitliche, allgemein anerkannte Definition herausgebildet<sup>16</sup>. Häufig werden auch Begriffe wie „Cyberbusiness“, „E-Business“ oder „Digital Economy“ verwendet. Auch die E-Commerce-Richtlinie enthält keine Definition. Im Zentrum der Richtlinie steht vielmehr der Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ und nicht der des „elektronischen Geschäftsverkehrs“, wie man aufgrund der Kurzfassung des Richtlinienentitels annehmen könnte<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Hiervon geht z.B. auch der Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik des Europäischen Parlaments vom 04.05.1998 zur Mitteilung der Kommission „Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr“ aus, PE 223.962/end = A4-0173/98, S. 16; ebenso OECD-Report: „Measuring Electronic Commerce“, OCDE/GD(97)185, S. 6, abzurufen unter [http://www.infosociety.gr/policies/digital/docs/e\\_97-185.pdf](http://www.infosociety.gr/policies/digital/docs/e_97-185.pdf); außerdem Grewlich, S. 48.

<sup>17</sup> Der Titel des ursprünglichen Richtlinienentwurfs (EURL-Vorschlag) vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG C 30 vom 05.02.1999, S. 4, lautete zunächst: „Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt“. Dieser Titel wurde nach Angabe der Kommission auf der Ratsgruppe am 15.04.1999 wegen der internationalen Verständlichkeit und des Hauptanwendungsfeldes der Richtlinie gewählt. Im gemeinsamen Standpunkt EG Nr. 22/2000 vom 28.02.2000, ABl. EG C 128 vom 08.05.2000, S. 32, änderte der Rat den Titel dann aus Klarstellungsgründen in: „Richtlinie über bestimmte

Gerade das rasante Wachstum und die ständige Weiterentwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs sowie die Tatsache, dass die meisten Unternehmen gleichzeitig im herkömmlichen und im elektronischen Geschäftsverkehr tätig sind und diese Aktivitäten oft nicht voneinander trennen, macht die Bestimmung des Gegenstandes des E-Commerce besonders schwierig<sup>18</sup>. Es gibt sehr weite Definitionen, die alle elektronischen Transaktionen umfassen, einschließlich elektronischer Geldtransfers und Kreditkartenabwicklungen, engere, die auf die Infrastruktur abstellen, die benötigt wird, um den elektronischen Geschäftsverkehr zu unterstützen, und noch engere, die den elektronischen Geschäftsverkehr auf elektronische business-to-business (B2B) und business-to-consumer (B2C) Transaktionen beschränken<sup>19</sup>.

Um unnötige Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden und um der ständigen Weiterentwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs Rechnung zu tragen, ist sinnvollerweise von einer möglichst weiten Definition auszugehen. Es sollten alle Phasen der wirtschaftlichen Tätigkeit erfasst werden, die auf elektronischem Wege erbracht werden. Abzugrenzen wäre der elektronische Geschäftsverkehr damit nur von den Basistelekommunikationsdiensten und der einfachen Benutzung des Internets, ohne dass eine geschäftliche Transaktion stattfindet.

rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

<sup>18</sup> So auch OECD-Report: „Measuring Electronic Commerce“, OCDE/GD(97)185, a.a.O. (Fn. 16), S. 3; ebenso Grewlich, S. 49.

<sup>19</sup> Ein Überblick über verschiedene Definitionen findet sich im OECD-Report: „Measuring Electronic Commerce“, OCDE/GD(97)185, a.a.O. (Fn. 16), S. 6.

## Kapitel 3

# Ursachen und Motive für den „ADR-Boom“

## A. Die Motive im Allgemeinen

Die Suche nach Alternativen zum gerichtlichen Verfahren ist keinesfalls neu. Die Unzulänglichkeiten des gerichtlichen Verfahrens wirken sich vielmehr in zahlreichen Bereichen aus. So bezeichnet z.B. Wollschläger die unsozialen Auswirkungen und die mangelnde Effizienz des Regelverfahrens als Dauerproblem, das mindestens so alt ist wie der moderne Zivilprozess<sup>20</sup>. Dies hat zur Entwicklung eines weiten Spektrums der außergerichtlichen Streitbeilegung und zu einer eingehenden wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Thema geführt. Allgemein lässt sich feststellen, dass sich die außergerichtliche Streitbeilegung als eine Form der Konfliktbehandlung etabliert hat<sup>21</sup>. Dabei gab es schon immer unterschiedliche Motive für die Suche nach neuen Konfliktregelungsmethoden.

Zu Beginn der Entwicklung der außergerichtlichen Streitbeilegung kam ursprünglich dem Bereich des Verbraucherschutzes eine gewisse Vorreiterfunktion zu<sup>22</sup>. Hierbei waren vor allem Schwierigkeiten beim Zugang zum Recht und die geringeren Erfolgschancen für bestimmte Bevölkerungsgruppen ausschlaggebende Motive. Die alternativen Verfahren sollten einen besseren, schnelleren, billigeren und leichteren Zugang zum Recht gewährleisten und so dem strukturellen Ungleichgewicht zwischen den

---

<sup>20</sup> Wollschläger, in: Blankenburg/Leipold/Wollschläger, S. 13 (35).

<sup>21</sup> Gottwald/Strempel, in: Gottwald/u.a., Einleitung, S. 5.

<sup>22</sup> Hierzu Jorde, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 205ff; Prütting, JZ 1985, 261 (262); Reich, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 205ff; Röhl, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 15ff; Shetreet, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 111ff.

Parteien und der Schwellenangst vor einem unbekanntem, justizförmigen Verfahren begegnen<sup>23</sup>. In Deutschland sind hieraus verschiedene Schlichtungs- bzw. Gütestellen sowie Gutachterkommissionen entstanden<sup>24</sup>. In anderen Ländern gibt es z.B. so genannte Verbraucherombudsmänner<sup>25</sup> oder besondere Verfahren für Bagatellstreitigkeiten<sup>26</sup>. Ein weiterer Grund für die Suche nach Alternativen zur Justiz ist die Hoffnung auf eine qualitative Verbesserung der Konfliktregelungsergebnisse. Die größere Flexibilität der außergerichtlichen Mechanismen soll es ermöglichen, die tieferliegenden Konfliktursachen zu ermitteln und zukunftsorientierte Lösungen zu finden. Diesem Motiv kommt vor allem dann eine besondere Bedeutung zu, wenn zwischen den Parteien enge persönliche Bindungen bestehen und die Parteien auch nach der Konfliktlösung weiterhin miteinander auskommen müssen. In solchen Fällen bieten sich insbesondere Mediationsmodelle an<sup>27</sup>. Weitere Gesichtspunkte sind eine stärkere Betonung des Gemeinschaftsgedankens und der Laienpartizipation sowie ganz allgemein die Suche nach einer neuen Streitkultur<sup>28</sup>. Hiermit im Zusammenhang steht der Wunsch der Beteiligten nach mehr Selbstkontrolle. Dies gilt nicht nur für Streitigkeiten innerhalb großer Organisationen, Vereine, Verbände usw., sondern auch für Industrie, Handwerk und Handel, die ein Interesse daran haben, ihr Ansehen

<sup>23</sup> Vgl. unter vielen *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267 (287); *Prütting*, JZ 1985, 261 (262); *ders.*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (58); *Röhl*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 15 (18). Zur besonderen Bedeutung dieses Gesichtspunkts im Verbraucherbereich auch *Gottwald*, WM 1998, 1257 (1258).

<sup>24</sup> Vgl. zu diesen Verfahren z.B. *Preibisch*, S. 57; *Reich*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 219 (223ff); außerdem die Zusammenstellung zahlreicher in Deutschland zugänglicher Verbraucherverfahren auf der Website der Europäischen Kommission, a.a.O. (Fn. 15).

<sup>25</sup> Zur Tätigkeit eines Ombudsmannes vgl. z.B. den Bericht der schwedischen Ombudsfrau *Marianne Åbyhammar* auf der Konferenz zum geplanten EEJ-Net vom 5. – 6. Mai 2000 in Lissabon, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_swed\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_swed_en.htm).

<sup>26</sup> So genannte Small Claims Courts, vgl. hierzu z.B. *Mangård*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 251; *Wollschläger*, in: Blankenburg/Leipold/Wollschläger, S. 13 (35).

<sup>27</sup> Zu den besonderen Anwendungsfeldern der Mediation vgl. z.B. die Beiträge in Breidenbach/Henssler: *Mähler G./Mähler H.-G.*, S. 121ff (Familienkonflikte); *Stevens-Bartol*, S. 141ff (Arbeitsrecht); *Ramsauer*, S. 161ff (Umweltrecht); *Schneider J.*, S. 171ff (Wirtschaftsrecht); *Metzger*, S. 183ff (Nachbar- und Mietrecht).

<sup>28</sup> Vgl. hierzu *Maunz*, S. 15f; *Behrens*, DRiZ 1997, 236 (236); *ders.*, RuP 1997, 73 (73).

bei den Verbrauchern nicht durch „schwarze Schafe“ verderben zu lassen bzw. Konflikte außerhalb eines öffentlichen Verfahrens zu regeln und so negative Schlagzeilen zu vermeiden<sup>29</sup>. Der Gedanke der Selbstregulierung spielt vor allem bei Handelsstreitigkeiten eine besondere Rolle<sup>30</sup>. Motive für den verstärkten Rückgriff auf die Schiedsgerichtsbarkeit sind ganz allgemein mangelnde Vertraulichkeit und Sachkenntnis bei den staatlichen Gerichten, Langsamkeit der Verfahren, insbesondere auch durch lange Instanzenzüge, und zu hohe Kosten. Für den internationalen Bereich kommen die mangelnde Flexibilität der national ausgerichteten Prozessordnungen gegenüber grenzüberschreitenden Streitigkeiten sowie die Nachteile einer Partei, die sich der Prozessordnung und der Prozesssprache der jeweils anderen Partei unterwerfen muss, hinzu. Außerdem erleichtert das New Yorker Übereinkommen<sup>31</sup> die Vollstreckung von Schiedssprüchen gegenüber Urteilen nationaler Gerichte.

Verfolgt man die heutige Diskussion in Deutschland, zumindest was die außergerichtliche Schlichtung betrifft, drängt sich jedoch der Eindruck auf, als ob all diese Motive durch ein Hauptmotiv überlagert werden: der Wunsch nach Entlastung der Gerichte unter Einsparung von Personal- und Sachmitteln, der unmittelbar mit der angespannten Finanzlage von Bund und Ländern einhergeht<sup>32</sup>. Dies hat sich nicht zuletzt an der Einführung des neuen § 15 a EGZPO gezeigt, der es den Ländern ermöglicht, für bestimmte Fälle ein obligatorisches Vorverfahren einzuführen, das durchlaufen werden muss, bevor ein staatliches Gericht angerufen werden kann<sup>33</sup>. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung der Qualitätsverbesserung, Effizienzsteigerung und

<sup>29</sup> *Röhl*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, S. 15 (23); *Prütting*, JZ 1985, 261 (263).

<sup>30</sup> Vgl. hierzu *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267 (267).

<sup>31</sup> New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958, BGBl. 1961 II, S. 121.

<sup>32</sup> So bereits *Prütting*, JZ 1985, 261 (263); *ders.*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (58). Dies zeigt sich auch an verschiedenen von der Bundesregierung bzw. dem Bundesministerium für Justiz in Auftrag gegebenen Studien, die sich mit dem Thema der außergerichtlichen Konfliktregelung in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Gerichtsentlastung beschäftigen, z.B. die Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR), zusammenfassend hierzu *Leutheusser-Schnarrenberger*, NJW 1995, 2441 (2444); *Blankenburg/u.a.*, Forschungsbericht 88.

<sup>33</sup> Zum neuen § 15 a EGZPO *Hartmann*, NJW 1999, 3745; *Maunz*; *Stadler*, NJW 1998, 2479.

Entlastung der Justiz dienen soll<sup>34</sup>. Folglich dreht sich auch die Diskussion in der Literatur hauptsächlich um den Entlastungsgesichtspunkt<sup>35</sup>.

## B. Die besonderen Motive für den ADR-Boom im elektronischen Geschäftsverkehr

Die meisten dieser Motive spielen auch in der ADR-Diskussion im Zusammenhang mit dem E-Commerce eine mehr oder weniger große Rolle. Dies alleine würde aber nicht erklären, weshalb die außergerichtliche Konfliktregelung gerade im Bereich des E-Commerce einen derartigen Boom erlebt. Es findet sich kaum eine Initiative zum elektronischen Geschäftsverkehr, gleichgültig ob von staatlicher Seite, von internationalen Organisationen, von der Wirtschaft oder von Verbraucherverbänden ins Leben gerufen, die nicht auch die Notwendigkeit anspricht, effektive außergerichtliche Mechanismen zur Streitbeilegung im E-Commerce zu entwickeln. So fanden allein im Jahr 2000 eine Vielzahl von Konferenzen und Workshops speziell zu diesem Thema statt<sup>36</sup>. Je nachdem, wer hinter den jeweiligen Initiativen steht, lassen sich unterschiedliche Zielrichtungen in Hinblick auf die Entwicklung und Steuerung des elektronischen Geschäftsverkehrs erkennen.

<sup>34</sup> Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999, BGBl. 1999 I, S. 2400, BT-Drcks. 14/980, dazu ergänzend BT-Drcks. 13/6398; BR-Drcks. 519/99.

<sup>35</sup> So unter vielen z.B. *Behrens*, RuP 1997, 73 (73); *ders.*, DRiZ 1997, 236 (236f); *Greger*, ZRP 1998, 183ff; *Hartmann*, NJW 1999, 3745 (3747); *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190 ff; *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3; *Maunz*, S. 12 ff; *Stadler*, NJW 1998, 2479 ff; *G. Wagner*, JZ 1998, 836 (836-840).

<sup>36</sup> Unter anderem die Konferenz zum geplanten EEJ-Net „Towards a European Extra-Judicial Network for Resolving Consumer Disputes“ vom 5.-6. Mai 2000 in Lissabon, vgl. [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_en.html); der vom EU Joint Research Centre gemeinsam mit der EU Generaldirektion für die Informationsgesellschaft organisierte „Workshop for identifying deployment“ vom 21.03.2000 in Brüssel, vgl. <http://dsa-isis.jrc.it/ADR/introduc.html>; die von OECD, HCOPIL und ICC organisierte Konferenz „Building Trust in the Online Environment: Business to Consumer Dispute Resolution“ vom 11.-12. Dezember 2000 in Den Haag, vgl. [http://www.olis.oecd.org/olis/2001doc.nsf/c5ce8ffa41835d64c1256985003300b0/c1256985004c66e3c1256a33005b80a1/\\$FILE/JT00106356.PDF](http://www.olis.oecd.org/olis/2001doc.nsf/c5ce8ffa41835d64c1256985003300b0/c1256985004c66e3c1256a33005b80a1/$FILE/JT00106356.PDF).

## I. Verbesserung des Zugangs zum Recht

Auch im Online-Bereich spielt das Problem des Zugangs zum Recht, insbesondere für Verbraucher, eine wichtige Rolle<sup>37</sup>. Denn der E-Commerce fördert den Abschluss grenzüberschreitender Verträge nicht nur im B2B- sondern auch im B2C-Bereich und ermöglicht so grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte auch über sehr geringe Beträge. Dies kann zu einer Verstärkung der bereits im nationalen Bereich bestehenden Probleme führen. Die Zugangsbarrieren und Schwellenängste sind bei einem möglichen Rechtsstreit im Ausland natürlich noch größer. Zu den allgemeinen Verständnisproblemen kommen sprachliche Hindernisse. Auch das Vertrauen in eine fremde Rechtsordnung dürfte geringer sein. Der Kosten- und Zeitaufwand ist entsprechend höher, was sich insbesondere bei Streitigkeiten über geringe Beträge ungünstig auswirken kann. Eine Studie aus dem Jahre 1996 über die Kosten des Gerichtswesens für die Verbraucher im Binnenmarkt hat ergeben, dass sich die Durchschnittskosten (Gerichtskosten und Anwaltskosten) für die gerichtliche Beilegung einer innergemeinschaftlichen Streitsache mit einem Streitwert von damals 2000 ECU im günstigsten Fall für den Beschwerdeführer auf etwa 2500 ECU beliefen<sup>38</sup>. Dieses Ergebnis wird außerdem durch eine Umfrage unter Verbrauchern in der EU bestätigt, die von der Generaldirektion für Gesundheits- und Verbraucherschutz der Europäischen Kommission im Rahmen des Eurobarometers 52.1<sup>39</sup> durchgeführt wurde. Die von den Befragten genannten Mindestbeträge, ab denen sie die Gerichte anrufen würden, liegen bei grenzüberschreitenden Rechtsgeschäften durchweg höher als bei innerstaatlichen. Hinzu kommen 19 %, die nie etwas im Ausland kaufen oder einen Dienst in Anspruch nehmen und 14%, die unter keinen Umständen einen Rechtsstreit beginnen würden. Als am ehesten geeignete Instanz zur Lösung von transnationalen Verbraucherstreitigkeiten werden

<sup>37</sup> Hierauf wird z.B. auch im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht hingewiesen, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 1.2, Rn. 5ff.

<sup>38</sup> Einen Überblick über die Studie gibt der Aktionsplan für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt, vgl. die Mitteilung der Kommission vom 14.02.1996, KOM (1996) 13 endg., S. 8-11.

<sup>39</sup> Les Européens et l'accès à la justice - Résultats significatifs de l'Eurobaromètre 52.1, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just08\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just08_fr.html).

entsprechend auch nicht die nationalen Gerichte angesehen (nur 15 % nannten diese Möglichkeit), sondern europäische öffentliche Verbraucherschutzinstitutionen (23 %).

Das Motiv, den Zugang zum Recht bei Streitigkeiten im E-Commerce zu verbessern, findet sich vor allem bei Maßnahmen wieder, die besonders auf den Verbraucherschutz ausgerichtet sind<sup>40</sup>. Es geht also um die Erfüllung einer gegenüber dem einzelnen Verbraucher empfundenen Fürsorgepflicht.

## II. Ankurbelung des E-Commerce durch „E-Confidence“

Ein weiterer wichtiger Grund für die Schaffung neuer außergerichtlicher Konfliktregelungsmechanismen ist die Erkenntnis, dass die im elektronischen Geschäftsverkehr liegenden Wachstumspotentiale nur ausgeschöpft werden können, wenn die entsprechenden Angebote von den Nutzern auch tatsächlich in Anspruch genommen werden. Hierzu muss das Vertrauen der Nutzer in die neuen Dienste, d.h. „E-Confidence“<sup>41</sup> bzw. „Online Confidence“<sup>42</sup> gewonnen werden. Vertrauen ist für jede Art wirtschaftlichen Handelns von zentraler Bedeutung. Herkömmlich wird es durch persönliche Beziehungen zwischen den Parteien und durch bekannte Verfahrensweisen gewonnen. Da im elektronischen Geschäftsverkehr die Möglichkeit fehlt, Informationen über die jeweils andere Seite durch die traditionelle „look and feel“-Methode zu erlangen, müssen besondere technische und rechtliche Mechanismen entwickelt werden, die auf andere Weise zur Vertrauensbil-

<sup>40</sup> So z.B. im Aktionsplan für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt, a.a.O. (Fn. 38); die Mitteilung der Kommission zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten vom 30.03.1998, KOM (1998) 198 endg., insbesondere die hierin enthaltene Empfehlung 98/257/EG der Kommission betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständig sind, vom 30.03.1998, ABl. EG L 115 vom 17.04.1998, S. 31ff; außerdem das Arbeitsdokument der Kommission zur Einrichtung eines Europäischen Netzes für die außergerichtliche Streitbeilegung (EEJ-Net), SEC (2000) 405, abzurufen unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just06\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just06_de.pdf).

<sup>41</sup> Vgl. zu diesem Begriff *Vahrenwald*, Part I, S. 5.

<sup>42</sup> So der Name eines Online-ADR-Systems, das von Eurochambres entwickelt wurde, vgl. hierzu unten S. 33ff.

dung beitragen<sup>43</sup>. Hierzu gehören neben Regeln zu digitalen Signaturen, Zertifizierungsmodellen und dem Schutz persönlicher Daten vor allem auch ausreichende Konfliktregelungsmöglichkeiten. Die herkömmlichen, für den Offline-Bereich geschaffenen Streitbeilegungsmechanismen, insbesondere die Verfahren vor staatlichen Gerichten, erweisen sich aber in der Online-Welt aus verschiedenen Gründen nicht immer als effektiv genug, um entsprechendes Vertrauen der Nutzer und Verbraucher zu gewinnen. Folglich werden auf allen Ebenen, d.h. von staatlicher Seite, durch internationale Organisationen, durch die Wirtschaft selbst sowie von Verbraucherverbänden große Anstrengungen unternommen, um effektive außergerichtliche Mechanismen zur Streitbeilegung zu entwickeln.

Auch dieses Motiv ist also auf das Individuum, insbesondere auf den Verbraucher ausgerichtet. Hintergrund ist allerdings nicht eine gegenüber dem Einzelnen empfundene Fürsorgepflicht, sondern das Bewusstsein, dass dieser nur dann als Motor des boomenden E-Commerce fungieren kann, wenn sein Vertrauen in die Nutzung der elektronischen Dienstleitungen gestärkt wird<sup>44</sup>.

## III. Zunahme grenzüberschreitender Streitigkeiten: Kollisionsrechtliche Probleme

Der elektronische Geschäftsverkehr fördert den Abschluss grenzüberschreitender Rechtsgeschäfte. Nationale Grenzen und große Distanzen, die den internationalen Rechtsverkehr bisher erschwert haben, können durch einen

<sup>43</sup> *Vahrenwald*, Part I, S. 5.

<sup>44</sup> So hebt z.B. die Europäische Kommission in verschiedenen Initiativen immer wieder hervor, dass der elektronische Geschäftsverkehr in der EU nur dann in vollem Umfang genutzt werden kann, wenn das Vertrauen der Verbraucher durch Förderung ihres Zugangs zu alternativen Modellen der Streitbeilegung gestärkt wird, vgl. hierzu z.B. Erwägungsgrund 2 der Empfehlung 2001/310/EG der Kommission über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen vom 04.04.2001, ABl. EG L 109 vom 19.04.2001, S. 56ff; ähnlich die Begründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs vom 18.11.1998 (ECRL-Vorschlag), KOM (1998) 586 endg., S. 11 u. 14. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission ein „E-Confidence Forum“ geschaffen, vgl. <http://econfidence.jrc.it>. Siehe außerdem die Ergebnisse der von OECD, HCOPII und ICC organisierten Konferenz vom 11.-12. Dezember 2000, a.a.O. (Fn. 36); die Initiative der OECD „Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce“, S. 1ff, 7ff, <http://www.oecd.org/pdf/M000013000/M00013623.pdf>; die Ergebnisse des FTC Workshops vom 6.-7. Juni 2000, abzurufen unter <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/summary.htm>.

Mausklick überwunden werden. Dieser Vorteil kann im Konfliktfall aber erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Jeder Streitfall mit Auslandsberührung wirft als erstes die Frage nach der internationalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht auf. Es geht also um typische kollisionsrechtliche Probleme des Internationalen Privatrechts (IPR) bzw. des Internationalen Zivilprozessrechts (IZPR). Im E-Commerce kommt hinzu, dass aufgrund der besonderen Struktur des elektronischen Mediums die Frage nach der Übertragbarkeit der herkömmlichen Kollisionsregeln weitere Rechtsunsicherheiten mit sich bringt<sup>45</sup>. Die Probleme kulminieren schließlich im Bereich der Vollstreckung. Die Vollstreckung eines Titels ist zwar durch die EuGVVO (früher EuGVÜ)<sup>46</sup> bzw. das Luganer Übereinkommen<sup>47</sup> im Bereich der EU bzw. EFTA-Staaten gegenüber den übrigen Staaten, in denen eine Vollstreckung überhaupt nur auf Grundlage besonderer bilateraler Übereinkommen möglich ist, besonders geregelt. Trotzdem kann sich auch im Geltungsbereich der EuGVVO bzw. des Luganer Übereinkommens das Verfahren je nach Vollstreckungsstaat lange hinziehen<sup>48</sup>. Lediglich für Schiedsgerichtsurteile ist die Vollstreckung durch das New Yorker Übereinkommen<sup>49</sup> erleichtert. Das flächendeckende Angebot von außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen soll also dazu beitragen, die Streitbeilegung unabhängig von komplizierten staatlichen Kollisionsregeln zu ermöglichen<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Zu den kollisionsrechtlichen Fragen bei Streitigkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr vgl. z.B. *Reich*, in: *Reich/Nordhausen*, S. 82 ff; außerdem *Koch*, CR 1999, 121ff (zu deliktsrechtlichen Fragen); *Dethloff*, JZ 2000, 179ff (zur Fragen des unlauteren Wettbewerbs).

<sup>46</sup> Verordnung Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000, ABl. EG L 12 vom 16.01.2001, S. 1.

<sup>47</sup> Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.09.1988, ABl. EG L 319 vom 25.11.1988, S. 9, BGBl. 1994 II, S. 2658, BGBl. 1995 II, S. 221.

<sup>48</sup> So auch *Hoeren*, Internetrecht, S. 367.

<sup>49</sup> A.a.O. (Fn. 31).

<sup>50</sup> Dieses Ziel wird besonders deutlich herausgestellt von der Electronic Commerce and Consumer Protection Group, „Guidelines for Merchant-to-Consumer Transactions and Commentary“, S. 1f, <http://www.ecommercegroup.org/guidelines.htm>; außerdem „Global Action Plan for Electronic Commerce“, S. 32, [http://www.iccwbo.org/home/electronic\\_commerce/word\\_documents/SJAPFIN.doc](http://www.iccwbo.org/home/electronic_commerce/word_documents/SJAPFIN.doc). Ähnlich auch *Spindler*, MMR 2000, 18 (25).

#### IV. Besonderheiten des elektronischen Mediums

Ein weiteres Motiv für die Suche nach außergerichtlichen Konfliktregelungsmöglichkeiten im E-Commerce ist, dass neue elektronische Formen und technische Möglichkeiten sowie die hohe Geschwindigkeit und Flächenwirkung möglicher Rechtsverletzungen besonders flexible Verfahren erfordern. Staatliche Gerichtsverfahren sind aufgrund ihrer zum Teil sehr strengen Verfahrensvorschriften aber eher unflexibel und können auf technische Neuerungen oft nur langsam reagieren. Sie hinken schlicht der „Cyber-Time“ hinterher. Insbesondere für Urheberrechtsinhaber stellt der rasante technische Fortschritt besondere Gefahren dar. So hat die Internet-Piraterie in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Neu entwickelte Formate, wie das inzwischen durch den Fall Napster berühmt gewordene mp3Format, ermöglichen das Herunterladen von sehr umfangreichen Musik- oder Videodateien in Sekundenschnelle. Auch Software kann ohne größere Schwierigkeiten über das Internet getauscht werden, ohne dass an den Urheberrechtsinhaber eine entsprechende Lizenzgebühr gezahlt wird. In anderen Bereichen stellen sich ähnliche Probleme. Die betroffenen Wirtschaftszweige haben deshalb ein Interesse daran, möglichst selbstkontrollierende, automatische und schnelle außergerichtliche Systeme zu entwickeln, durch die diese Rechtsverletzungen effektiv abgestellt bzw. verhindert werden können<sup>51</sup>. Die neuen technischen Möglichkeiten stellen damit nicht nur Gefahren für die Inhaber besonderer Rechte dar, sondern bieten ihnen auch bisher ungekannte Kontrollmöglichkeiten<sup>52</sup>.

Ziel ist es also, auf den rasanten technischen Fortschritt besser reagieren zu können und diesen selbst für die Konfliktregelung zu nutzen. Es sollen möglichst marktorientierte Lösungen gefunden und die wirtschaftlichen Selbstschutzmechanismen ausgebaut werden.

#### V. Selbstregulierung

Ein weiterer nicht zu unterschätzender Grund für den ADR-Boom im elektronischen Geschäftsverkehr ist schließlich darin zu sehen, dass die

<sup>51</sup> Für den Bereich der Musikpiraterie vgl. z.B. *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (669ff); ähnlich *Möschel/Bechtold*, MMR 1998, 571ff.

<sup>52</sup> *Möschel/Bechtold*, MMR 1998, 571 (572).



außergerichtliche Konfliktregelung in besonderem Maße dem allgemeinen Selbstregulierungstrend im Internet entspricht. Die ideologische Ablehnung jeglicher staatlicher Eingriffe, die bereits die ersten Internet-Enthusiasten teilten<sup>53</sup>, wird heute von den kommerziellen Nutzern des Netzes im Sinne einer „free market vision“ fortgeführt. Begriffe wie „e-governance“, „cyber-governance“, „internet-governance“ oder „e-commerce-governance“ stehen für das Bestreben, das World Wide Web durch die Web-Teilnehmer selbst regeln zu lassen, statt durch von den Regierungen aufoktroyierte Gesetze. Hierzu gehört nicht nur die Festlegung eigener Verhaltensregeln, sondern auch die Durchsetzung dieser Regeln und die Schaffung entsprechender Konfliktregelungsmechanismen<sup>54</sup>. Dabei sollen die spezifischen Vorzüge der Selbstregulierung für die Konfliktregelung genutzt und die bereits geschilderten Schwächen der gerichtlichen Verfahren, insbesondere in Hinblick auf das anwendbare Recht und die Vollstreckung, umgangen werden. Nach *Johnson/Post*<sup>55</sup> wird die Selbstregulierung im Netz zu Regeln führen, die durch eine vollständige Nicht-Territorialität gekennzeichnet sind. Der räumliche Geltungsbereich dieser Regeln werde an den Cyberspace, nicht an Staatsgrenzen anknüpfen<sup>56</sup>. Selbstregulierung verspreche zudem, mit der besonderen Struktur des Netzes besser umgehen zu können. Sie könne Regeln hervorbringen, die dem neuen Phänomen besser gerecht würden und von denen geschaffen würden, die dieses Phänomen verstehen und an ihm teilhaben. Schließlich könne auch die Durchsetzung der Regeln über Mittel erfolgen, die sich aus dem neuen globalen Kommunikationsmedium ergeben<sup>57</sup>. Vor allem Vertreter der Wirtschaft schätzen staatliche Regulierung nicht nur als weniger effektiv ein, sondern sogar als schädlich

<sup>53</sup> Vgl. zu der Idee der Selbstregulierung im Netz z.B. die „Regierungserklärung“ des neugewählten Europa-Direktors von ICANN und früheren Mitglieds des Chaos-Computer-Clubs *Müller-Maguhn*, FAZ vom 17.10.2000, Nr. 241, Feuilleton; außerdem *Barlow*, Declaration of Independence of Cyberspace, [http://www.eff.org/pub/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/barlow\\_0296.declaration](http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration).

<sup>54</sup> *Lueders*, [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_hlue\\_e\\_n.html](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_hlue_e_n.html).

<sup>55</sup> Die Autoren haben zahlreiche Aufsätze zum Thema Cyberspace Governance veröffentlicht, die alle online verfügbar sind unter <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/writings.html>.

<sup>56</sup> *Johnson/Post*, 48 Stanford L. Rev. 1367, 1378ff (1996).

<sup>57</sup> *Johnson/Post*, 48 Stanford L. Rev. 1367, 1379, 1401 (1996).

und kontraproduktiv. Verfrühte und unausgereifte staatliche Regelungen könnten dem positiven Prozess der Selbstregulierung entgegenwirken und so das weitere Wachstum des elektronischen Geschäftsverkehr zum Nutzen aller verhindern<sup>58</sup>. In Hinblick auf die Konfliktregelung bedeutet dies konkret, dass die Chancen für die Schaffung neuer, innovativer Konfliktregelungsmechanismen ausgenutzt und der Kreativität bei deren Entwicklung keine Grenzen durch zu enge gesetzliche Regelungen gesetzt werden sollen<sup>59</sup>. Eingebettet in die selbstregulierenden Prozesse im Netz soll die außergerichtliche Streitbeilegung dem Charakter der Konflikte im elektronischen Geschäftsverkehr besser gerecht werden.

## C. Ergebnis

Es zeigt sich, dass die Motive für den ADR-Boom im E-Commerce gegenüber denen im Offline-Bereich anders gelagert sind. Bei Streitigkeiten im E-Commerce soll der Zugang zum Recht verbessert und mehr Vertrauen in den Internet-Handel gewonnen werden, um so ein weiteres Wachstum des elektronischen Geschäftsverkehrs zu ermöglichen. Außerdem sollen kollisionsrechtliche Probleme umgangen und auf die Besonderheiten des elektronischen Mediums besser reagiert werden. Schließlich geht es um mehr Selbstregulierung. Zwar spielen auch bei den herkömmlichen ADR-Verfahren die Verbesserung des Zugangs zum Recht und der Wunsch nach Selbstregulierung eine wichtige Rolle, diese erlangen im E-Commerce aber einen anderen Stellenwert. Durch den grenzüberschreitenden Charakter des Internets werden die bisherigen Probleme noch verstärkt. Der Wunsch nach Selbstregulierung wird in einem viel größeren Maße betont, was wohl mit einer allgemein bestehenden ablehnenden Grundhaltung der Internet-Gemeinde gegenüber staatlicher Regulierung zusammenhängt. Der Ruf nach Selbstregulierung und Marktliberalisierung scheint zuweilen schon zum

<sup>58</sup> So z.B. *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54): „premature and counterproductive legislation would cut short this new process. It would prevent E-Europe from taking off and flourishing“. Ähnlich der Bericht der ICC zum „business action plan“,

[http://www.iccwbo.org/home/news\\_archives/1999/e-commerce\\_self-regulation.asp](http://www.iccwbo.org/home/news_archives/1999/e-commerce_self-regulation.asp).

<sup>59</sup> Vgl. hierzu z.B. die verschiedenen Beiträge auf dem FTC Workshop vom 6.-7. Juni 2000, Endnoten 82 u. 83, a.a.O. (Fn. 44).

Selbstzweck zu werden. Andere Motive, wie die Entlastung der Gerichte sowie die Suche nach einer qualitativ besseren Konfliktregelung im Rahmen persönlicher Beziehungen, treten dagegen in den Hintergrund. Dies hat natürlich erhebliche Auswirkungen auf die verschiedenen ADR-Mechanismen und gibt Anlass für die vorliegende Untersuchung.

## Kapitel 4

# Die neuen ADR-Mechanismen

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie die verschiedenen Zielvorgaben bei der Ausgestaltung der einzelnen Mechanismen umgesetzt werden. Dabei handelt es sich keinesfalls nur um Zukunftsmusik. Den Beteiligten stehen bereits einige Streitbeilegungsmechanismen, auch online, zur Verfügung. Viele sind allerdings erst in der Erprobungsphase. Häufig sind noch technische und rechtliche Fragen zu klären. Die Konfliktregelung im E-Commerce befindet sich sozusagen in den „Kinderschuhen“. Aufgrund der ständig wachsenden Zahl immer neuer Konfliktregelungsmethoden ist es nicht einfach, einen Überblick über die zum Teil sehr unterschiedlichen Mechanismen zu vermitteln. Die Untersuchung muss deshalb auf einige Grundtypen beschränkt bleiben, ein Anspruch auf Vollständigkeit kann nicht erhoben werden. Zum besseren Verständnis und zur Veranschaulichung wird für jeden Grundtyp jeweils beispielhaft ein Mechanismus herausgegriffen und näher vorgestellt. Dabei bietet sich eine Zweiteilung an. Zum einen gibt es Verfahren, die in erster Linie die oben genannten Ziele, Verbesserung des Zugangs zum Recht und damit verbunden die Schaffung von „E-Confidence“, im Auge haben. Bei diesen handelt es sich meist um eher traditionelle Konfliktregelungsmethoden, die an die Besonderheiten des E-Commerce angepasst werden. Durch sie sollen in erster Linie Nutzer bzw. Verbraucher angesprochen werden. Eine zweite Gruppe ist dagegen darauf ausgerichtet, den neuen technischen Möglichkeiten gerecht zu werden und den sich hieraus ergebenden Gefahren für bestehende Schutzrechte zu begegnen. Es handelt sich sozusagen um Selbstschutzmaßnahmen der betroffenen Rechtsinhaber und Wirtschaftszweige. Die Mechanismen stützen sich häufig selbst auf neue technische Verfahren und weichen deshalb in vielen Fällen von den klassischen Konfliktregelungstypen ab.

## A. Nutzerorientierte Verfahren

Wie bereits gesehen, steht der Internet-Nutzer bzw. der Verbraucher als einer der Motoren des E-Commerce im Zentrum vieler Initiativen. Es scheint beinahe so, als ob die Suche nach speziellen außergerichtlichen Verbraucherverfahren, zumindest was die öffentliche Diskussion betrifft, im Fordergrund steht. Dabei sind zum einen die Regierungen sowie verschiedene Wirtschafts- und Verbraucherverbände daran interessiert, zur Verbesserung des Zugangs zum Recht und zur Schaffung von „E-Confidence“ Konfliktregelungsverfahren anzubieten. Auf der anderen Seite haben aber auch einige private Anbieter die Konfliktregelung als lukrative Dienstleistung entdeckt. Ziel aller Mechanismen ist es, den sich aus den Besonderheiten des Netzes, insbesondere dessen Globalität, ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen. Zum Teil wird versucht, dies durch die besondere Ausgestaltung und die Anpassung eines Verfahrens an die elektronischen Bedingungen zu erreichen. Daneben werden aber auch ganze Konfliktregelungssysteme entwickelt, die nicht auf das Angebot eines einzelnen Verfahrens beschränkt sind, sondern sich durch die Kombination der Konfliktregelung mit anderen Sicherheitsgarantien oder durch eine verstärkte Vernetzung verschiedener Mechanismen auszeichnen.

### I. Einzelne Mechanismen

#### 1. Herkömmliche Konfliktregelungstypen als Online-Angebot – Beispiel: Cybercourt

Vorreiter bei der Entwicklung besonderer Online-Verfahren sind wie so häufig im Bereich der Internet-Wirtschaft die USA. Hier gibt es bereits einige kommerzielle Anbieter<sup>60</sup>. Auch verschiedene Universitäten unterhalten Projekte zur Konfliktregelung bei Online-Streitigkeiten<sup>61</sup>. Diese Dienste sind für die Nutzer meist kostenlos. Sie finanzieren sich weitgehend

<sup>60</sup> Z.B. InternetNeutral, <http://www.internetneutral.com>, oder Onlineresolution, <http://www.onlineresolution.com>.

<sup>61</sup> Die bekanntesten sind wohl das Online Ombuds Office der University of Massachusetts in Amherst, das Mediationsdienste anbietet, <http://www.ombuds.org>, und der Virtual Magistrate des Chicago-Kent College of Law, der als Schiedsgericht tätig ist, <http://vmag.org>. Zum Virtual Magistrate auch Jung, K&R 1999, 63ff.

über Stiftungen. Zum Teil sind sie auf bestimmte Streitigkeiten begrenzt<sup>62</sup>. Auch in Europa gibt es bereits verschiedene private Projekte zur Online-Konfliktregelung<sup>63</sup>. Insgesamt befinden sich vor allem Schlichtungs- und Mediationsmodelle in der Erprobung, während es bei reinen Online-Schiedsgerichten, wohl wegen der höheren gesetzlichen und technischen Anforderungen, noch Schwierigkeiten zu geben scheint<sup>64</sup>. Die Initiatoren des niederländische ODR.NL-Projekts haben es sich z.B. zum Ziel gesetzt, Verfahren wie e-mediation, e-arbitration und e-complaints voranzutreiben<sup>65</sup>.

Näher vorgestellt werden soll im Folgenden das deutsche Cybercourt-Pilotprojekt<sup>66</sup>. Träger des Projekts ist die Gesellschaft für Computerrecht e.V. in München. Gesponsert wird es von verschiedenen Internet-Unternehmen und einer großen Münchner Anwaltskanzlei, die unter der Top Level Domain „de“ selbst eine Cybercourt-Website unterhält<sup>67</sup>. Cybercourt befasst sich derzeit mit zwei Projekten, der Online-Schlichtung und der Online-Schiedsgerichtsbarkeit. Während die Online-Schlichtung bereits in einer Testphase vom 01.03. – 01.09.2000 angeboten wurde, bezeichnen die Betreiber selbst das Cybercourt-Schiedsgericht wegen der zur Zeit noch bestehenden rechtlichen und technischen Schwierigkeiten als Zukunftsvision.

#### a. Das Cybercourt-Schlichtungsverfahren

Cybercourt ist eine institutionelle Streitschlichtungsstelle, die es ermöglicht, Streitigkeiten in einem nichtförmlichen Verfahren per Internet in so

<sup>62</sup> So nimmt z.B. der Virtual Magistrate nur Beschwerden gegen netzwerkgestützte Informationsangebote oder –sendungen mit vermeintlich rechtswidrigem Inhalt, nicht jedoch Beschwerden im Zusammenhang mit finanziellen Verpflichtungen aus dem Nutzungsvertrag an, vgl. <http://vmag.org>. Hierzu auch Jung, K&R 1999, 63 (64).

<sup>63</sup> Z.B. das deutsche Cybercourt-Projekt, <http://www.cybercourt.org>; das niederländische ODR.NL-Projekt, <http://www.e-mediation.nl/project.html>; und das spanische E-Global ADR Tribunal, das neben herkömmlichen Schiedsverfahren auch sog. Micro-Arbitraje für Online-Streitigkeiten anbietet, <http://www.e-global.es/tribunal.htm>.

<sup>64</sup> Vgl. hierzu *Niedermeier/Damm/Splittgerber*, K&R 2000, 431 ff; auch Cybercourt selbst bezeichnet sein Schiedsgerichtprojekt als Zukunftsvision, vgl. <http://www.cybercourt.org/vision.htm>.

<sup>65</sup> Informationen zu diesem Projekt finden sich unter <http://www.e-mediation.nl/project.html>.

<sup>66</sup> <http://www.cybercourt.org>.

<sup>67</sup> <http://www.cybercourt.de>.

genannten Chatboxen zu erörtern und beizulegen<sup>68</sup>. Partei des Schlichtungsverfahrens kann jeder sein. Als Zielgruppe werden sowohl Private als auch Unternehmen angegeben. *Niedermeier/Damm/Splittgerber*<sup>69</sup> sehen die Inanspruchnahme der Cybercourt-Schlichtung als eine Möglichkeit für Unternehmen, ein effektives „Customer Care Management“ zu betreiben.

Eingeleitet wird das Verfahren dadurch, dass eine Partei eine Email, an die weder zwingende inhaltliche noch formelle Anforderungen gestellt werden, an Cybercourt schickt. Diese wird dann von Cybercourt an die Gegenpartei weitergeleitet. Erklärt sich die andere Seite mit der Schlichtung einverstanden, ist das Verfahren erfolgreich eingeleitet. Am Verfahren teilnehmen können die Parteien, ihre Anwälte, der Schlichter sowie Sachverständige. Die Schlichter werden von den Parteien selbst gewählt. Cybercourt bietet ihnen Rechtsanwälte mit Spezialkenntnissen in den betreffenden Gebieten (vor allem IT- und EDV-Recht) als Schlichter an. Der Gang des Verfahrens liegt im Belieben der Parteien. Üblicherweise wird online in Chatboxen verhandelt. Es wird eigens ein Chatroom eingerichtet, bei dem die Möglichkeit besteht, dass mehrere Teilnehmer im Internet – gesteuert durch den Schlichter – über den zu schlichtenden Fall verhandeln. Für die Zukunft wird auch über die Möglichkeit von Videokonferenzen nachgedacht. Ziel ist es, eine einvernehmliche Lösung der Parteien zu ermöglichen, an die die Parteien sich freiwillig halten können. Über die weitere rechtliche Ausgestaltung entscheiden die Parteien. Die einvernehmliche Lösung erlangt, wenn hierfür die Vertragsform gewählt wird, eine rechtlich verbindliche Wirkung<sup>70</sup>.

Die Gebühren für den Schlichter sollen sich im Rahmen der üblichen Sätze bei Internet-Hotlines bewegen und richten sich nach der Schwierigkeit und den Problemen des Falles. Es wurde vorgeschlagen, sie über die jeweiligen Kreditkarten der Parteien abbuchen zu lassen<sup>71</sup>. Wenn nichts Spezielles

<sup>68</sup> Nähere Informationen über das Schlichtungsverfahren finden sich auf der Cybercourt-Website unter <http://www.cybercourt.org/schlichtung.htm>.

<sup>69</sup> K&R 2000, 431 (437).

<sup>70</sup> Vgl. hierzu die Darstellung des Schlichtungsverfahrens auf der Cybercourt-Website, a.a.O. (Fn. 68), S. 3.

<sup>71</sup> *Niedermeier/Damm/Splittgerber*, K&R 2000, 431 (438).

vereinbart wird, trägt die Partei, die das Streitschlichtungsverfahren initiiert hat, die Kosten.

### **b. Das Cybercourt-Schiedsgericht**

Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim Cybercourt-Schiedsgericht um ein Projekt, das zur Zeit noch nicht durchführbar ist. Cybercourt ist ein Schiedsgericht im Sinne der §§ 1025 ff ZPO, mit der Besonderheit, das es über einen „virtuellen Gerichtssaal“ verfügt. Es ist spezialisiert auf Streitigkeiten aus dem Bereich Informationstechnologie und EDV-Recht<sup>72</sup>.

Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens ist das Vorliegen einer formgültigen Schiedsvereinbarung, die sich auf das Schiedsgericht Cybercourt sowie auf dessen Verfahrensordnung (CC-SGO) bezieht. Das Schiedsgericht besteht aus drei Schiedsrichtern (§ 14 CC-SGO). Die Klage und sonstige Schriftsätze können per Email eingereicht werden. Hinsichtlich der Verhandlung ist fraglich, ob diese allein in Chatboxen erfolgen kann. Probleme ergeben sich vor allem in Hinblick auf die Vertraulichkeit, die Identifikation der Verhandlungspartner und die Sicherstellung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Möglicherweise ist es deshalb erforderlich, dass die Verhandlung in Videokonferenzen stattfindet. Auch hier ergeben sich aber Unsicherheiten in Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs, z.B. bei einem Computerabsturz bei einer der Parteien während der Verhandlung. Sachverständige und Zeugen können in der Internet- oder Videokonferenz vernommen, Gutachten können per Email eingereicht werden. Das Schiedsgericht berät und entscheidet schließlich auch im Wege der Video- oder Internet-Konferenz. Das Schiedsverfahren kann durch einen einfachen Vergleichsvertrag (§ 1056 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), durch Anwaltsvergleich (§ 796 a Abs. 1 S. 1 ZPO) oder durch einen Schiedsspruch (§§ 1056 Abs. 1 Alt. 1 ZPO, 35.1 CC-SGO) beendet werden.

Eine besondere Zielgruppe für das Projekt wird nicht angegeben. Es wird nur nebenbei darauf hingewiesen, dass bei Beteiligung von Verbrauchern aufgrund der rechtlichen Vorgaben in § 1031 Abs. 5 ZPO höhere Anforde-

<sup>72</sup> Nähere Informationen zum Cybercourt-Schiedsverfahren finden sich auf der Cybercourt-Website unter <http://www.cybercourt.org/vision.htm>; vgl. außerdem *Niedermeier/Damm/Splittgerber*, K&R 2000, 431ff.

rungen an die Schiedsvereinbarung zu stellen sind. Da aber einerseits echte Schiedsverfahren aufgrund ihres relativ hohen Verfahrensaufwandes und entsprechender Kosten für Verbraucherstreitigkeiten ohnehin nur begrenzt in Frage kommen und andererseits der für die Teilnahme am Verfahren vorausgesetzte technische Standard sehr hoch ist und deshalb von Verbrauchern meist nicht erreicht werden wird, kommen als Zielgruppe des Verfahrens eher größere Unternehmen in Frage<sup>73</sup>.

Der für das Verfahren vorausgesetzte technische Standard verursacht erhebliche Kosten. Die Parteien und jeder Schiedsrichter müssen über eine Computeranlage auf höchstem technischen Stand verfügen. Dazu kommen Online-Kosten und Kosten für den Betrieb des Internet-Servers bei Cybercourt. Hierdurch ist das Cybercourt-Verfahren, was die Kosten betrifft, noch keine konkurrenzfähige Alternative<sup>74</sup>. Schließlich ist am Ende des Verfahrens fraglich, wer diese Kosten zu tragen hat, z.B. ob die unterliegende Partei die High-Tech-Computerausrüstung bezahlen muss, die ihr Gegner eigens für den Prozess angeschafft hat<sup>75</sup>.

### c. Konkrete Vorteile

Nach der Vorstellung der Betreiber soll Cybercourt vor allem flexibler, schneller und kostengünstiger als ein staatliches Gericht arbeiten. Dabei sollen sich in erster Linie die Spezialisierung der Schiedsrichter bzw. Schlichter sowie die Online-Durchführung günstig auswirken. Als besonderer Vorteil wird außerdem die Nichtöffentlichkeit der Verfahren genannt.

## 2. Automatisierte Verfahren – Beispiel: clickNsettle, SettleOnline, Cybersettle

Eine weitere Variante der Konfliktregelung im E-Commerce, die nach Angaben der Anbieter ADR ins 21. Jahrhundert führen soll und unter dem

<sup>73</sup> Auch *Niedermeier/Damm/Splittgerber*, K&R 2000, 431 (436), gehen davon aus, dass das Cybercourt-Schiedsverfahren von seiner Zielgruppe her Parteien anspricht, die auch sonst Verwendung für die bei Cybercourt nötige Computerausrüstung finden. Dies werden wohl in erster Linie Unternehmen sein.

<sup>74</sup> So auch *Niedermeier/Damm/Splittgerber*, K&R 2000, 431 (436).

<sup>75</sup> Vgl. hierzu auch *Niedermeier/Damm/Splittgerber*, K&R 2000, 431 (436).

Motto „speed and justice for all“<sup>76</sup> antritt, ist die vollautomatisierte Methode zur Beilegung von Vermögensstreitigkeiten. Die vornehmlich US-amerikanischen Anbieter, wie z.B. clickNsettle<sup>77</sup>, SettleOnline<sup>78</sup> und Cybersettle<sup>79</sup>, stellen den Beteiligten ihre Dienste online, 24 Stunden am Tag und sieben Tage die Woche zur Verfügung. Auch in den Niederlanden gibt es bereits Pläne für die Entwicklung eines ähnlichen Verfahrens<sup>80</sup>. Daneben bietet z.B. Onlinedisputes<sup>81</sup> ein weiteres vollautomatisches System, das es Unternehmen ermöglicht, bestimmte Konfliktbelegungsregeln vorzuprogrammieren, so dass ein Verbraucher auf eine konkrete Beschwerde unmittelbar eine Antwort des Unternehmens erhält. Zur besseren Anschauung wird im Folgenden die Funktionsweise der automatisierten Beilegung von Vermögensstreitigkeiten kurz skizziert.

### a. Verfahren

Das System funktioniert denkbar einfach. Die Parteien machen von ihren Computern zu Hause oder im Büro jeweils Angebote bzw. stellen Forderungen, die der Gegenseite allerdings nicht offengelegt werden. Das vorprogrammierte Streitbeilegungssystem vergleicht Forderungen und Angebote und stellt fest, wenn eine Übereinstimmung gefunden ist. Dabei können sich je nach Verfahren die genaue Vorgehensweise und der vorgegebene Spielraum, innerhalb dessen sich Angebot und Forderung halten müssen, unterscheiden. Bei SettleOnline<sup>82</sup> macht z.B. derjenige, der das Verfahren initiiert hat, jeweils pro Runde drei Angebote, die Gegenseite fünf. Wenn die geforderte Summe niedriger ist als die angebotene oder Angebot und Forderung übereinstimmen, wird der Streit in Höhe der

<sup>76</sup> So das Leitmotiv der clickNsettle-Broschüre, <http://www.clicknsettle.com/brochure.pdf>.

<sup>77</sup> <http://www.clicknsettle.com>.

<sup>78</sup> <http://www.settleonline.com>.

<sup>79</sup> <http://www.cybersettle.com>.

<sup>80</sup> Vgl. die entsprechende Ankündigung unter <http://www.e-mediation.nl/english.shtml>.

<sup>81</sup> <http://www.onlinedisputes.org>. Die Seite ist nur mit Benutzerberechtigung einsehbar. Vgl. zu diesem Verfahren aber die Beiträge zum FTC Workshop vom 6.-7. Juni 2000, Transcript S. 337, <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/transcripts.htm>, und Summary S. 6 u. 7 Endnote 46 u. 61, a.a.O. (Fn. 44).

<sup>82</sup> Die genauen Verfahrensvoraussetzungen sind auf der Website des Unternehmens einsehbar, vgl. <http://www.settleonline.com>.

Forderung beigelegt. Ist die geforderte Summe dagegen höher als die angebotene, wird der Streit trotzdem beigelegt, wenn der Anspruchsgegner das Verfahren initiiert hat und sein erstes oder zweites Angebot plus 10 % der Forderung des Anspruchstellers entspricht. In diesem Fall errechnet sich der endgültige Betrag aus dem Mittel von Angebot und Forderung. Hat der Anspruchsteller das Verfahren initiiert wird der Streit beigelegt, wenn die erste oder zweite Minimalforderung minus 8 1/3 % dem Angebot entspricht. Auch hier werden Angebot und Forderung gemittelt. Die Parteien können also sicher gehen, dass die Summen, die sie in einer Runde an dritte bzw. dritte, vierte und fünfte Stelle gesetzt haben nicht unter- bzw. überschritten werden kann. Die an erster und zweiter Stelle genannten Beträge sind dagegen wie oben geschildert veränderlich. Wird innerhalb einer vorgegebenen Frist oder nach Überschreitung einer bestimmten Zahl von Verhandlungsrunden kein Ergebnis gefunden, bricht das System die Verhandlungen ab. Je nach Verfahren wird den Parteien angeboten, den Fall automatisch an eine Mediations-, Schlichtungs- oder Schiedsgerichtsstelle desselben oder eines kooperierenden Unternehmens weiterzuleiten<sup>83</sup>. Da den Parteien die Angebote der jeweiligen Gegenseite zu keinem Zeitpunkt offengelegt werden, können sie unbelastet in ein weiteres Konfliktregelungsverfahren einsteigen<sup>84</sup>.

Die Kosten für die Streitbeilegung sind je nach Verfahren unterschiedlich. So verlangt z.B. Cybersettle je nach Betrag, über den eine Einigung erzielt wird, zwischen US \$ 100 und 1000. Bei SettleOnline liegen die Preise zwischen US \$ 75 – 250. clickNsettle verlangt eine einmalige Aufnahmegebühr von US \$ 15 und dann innerhalb der ersten 20 Tage jeweils US \$ 10 pro übermitteltem Angebot, ab dem 20. Tag US \$ 15 und ab dem 40. Tag US \$ 20. Die Gebühren werden meist über die Kreditkarten der Parteien eingezogen.

<sup>83</sup> Vor allem clickNsettle bietet neben dem automatisierten Verfahren durch seine Muttergesellschaft NAM weitere Streitbeilegungsverfahren an, z.B. Schiedsgerichte, Mediation, Structured Settlements und Desktop Video Conferencing, vgl. hierzu <http://www.clicknsettle.com/brochure.pdf>.

<sup>84</sup> Auf diesen Vorteil weisen die Anbieter besonders hin, z.B. Cybersettle unter <http://www.cybersettle.com> und SettleOnline unter <http://www.settleonline.com>.

## **b. Konkrete Vorteile**

Ziel der automatisierten Verfahren ist es, persönliche Schwierigkeiten unter den Parteien und gegenseitige Postulierungsversuche von vornherein auszuschließen. Außerdem soll das Verfahren schneller, kostengünstiger und vorhersehbarer als herkömmliche ADR-Methoden sein. Die Anbieter heben immer wieder hervor, dass Entscheidungen in sekundenschnelle möglich seien und die Parteien das Ergebnis, anders als bei anderen Verfahren, jederzeit unter Kontrolle haben. Darüber hinaus sei es absolut vertraulich, sicher, automatisch und nutzerfreundlich<sup>85</sup>.

## **3. „Chargebacks“ – Beispiel: VISA**

Eine weitere Möglichkeit, den Verbrauchern bei Streitigkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr eine bessere Durchsetzung ihrer Rechte zu ermöglichen, sind so genannte „Chargebacks“ der Kreditkarteninstitute. Bei diesen erhält der Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen den per Kreditkarte bezahlten Betrag von seiner Bank zurück, die diesen wiederum dem Konto des einziehenden Unternehmens bei dessen Bank rückbelastet. Chargebacks funktionieren also über einzelne Verträge zwischen dem Verbraucher und seiner Bank, der Verbraucherbank und der Bank des Unternehmers sowie des Unternehmers mit seiner Bank<sup>86</sup>. Nach den Vorgaben von VISA International EU sind Chargebacks bei einer entsprechenden Einigung der Vertragsparteien z.B. möglich, wenn der Verbraucher wegen missbräuchlicher Abbuchung widerspricht, bei Verfahrensfehlern, wie z.B. einer Abbuchung in der falschen Währung, und wenn der Verbraucher geltend macht, er habe die Ware nicht, nicht in ordnungsgemäßem Zustand oder nicht wie vereinbart erhalten, er habe die Ware wieder zurückgegeben oder aber der zu zahlende Betrag habe sich geändert<sup>87</sup>. Auch die EU-Kommission und die OECD gehen davon aus, dass die Einschaltung der Kreditkarteninstitute über die Chargeback-Verfahren in

<sup>85</sup> Vgl. nur <http://settleonline.com>.

<sup>86</sup> Vgl. zur Vertragsgestaltung im einzelnen die Präsentation von *Møller Jensen* auf dem vom EC Joint Research Centre und der Generaldirektion für die Informationsgesellschaft organisierten „Workshop for identifying deployment“ vom 21.05.2000 in Brüssel, <http://dsa-isis.jrc.it/ADR/VISA.ppt>, S. 8.

<sup>87</sup> *Møller Jensen*, a.a.O. (Fn. 86), S. 7.

nicht unerheblichem Maße zur Konfliktregelung in einem frühen Stadium beitragen kann<sup>88</sup>. Denn dieser Mechanismus bietet dem Unternehmen einen starken Anreiz, dafür zu sorgen, dass der Kunde zufrieden gestellt wird, insbesondere weil Kreditkarteninstitute Unternehmen mit zu häufigen Chargebacks ausschließen können. So sind in den USA Chargeback-Mechanismen ein Grund für das große Vertrauen in Teleshoppingangebote und damit auch für deren Erfolg<sup>89</sup>. Ziel ist es deshalb, Chargeback-Angebote auf grenzüberschreitende Geschäfte im E-Commerce auszudehnen.

#### 4. „Internal Complaints Handling“

Unternehmensinterne Beschwerdemöglichkeiten, wie sie in größeren Unternehmen meist existieren, können ebenfalls zur Konfliktregelung im E-Commerce beitragen. Bei diesen geht es darum, dass ein Mitarbeiter des jeweiligen Unternehmens sich mit der Kundenbeschwerde befasst und ihr gegebenenfalls abhilft. Zum Teil werden diese Mitarbeiter auch als Ombudsmänner bezeichnet, was jedoch irreführend ist, da es sich gerade nicht um einen unabhängigen Dritten handelt<sup>90</sup>. Auch solche Beschwerdemöglichkeiten können online angeboten werden. Der internen Konfliktbeilegung wird meist sehr große Bedeutung zugemessen und darauf hingewiesen, dass sie durch kein anderes Verfahren vollkommen ersetzt werden kann<sup>91</sup>. So sehen z.B. die Guidelines der Electronic Commerce and Consumer Protection Group<sup>92</sup> unter Punkt XIV ausdrücklich vor, dass ein Unternehmen solche internen Mechanismen bereithalten soll. Ein von EuroCommerce entwickelter Verhaltenskodex<sup>93</sup> bestimmt, dass der

<sup>88</sup> Zum Standpunkt der EU vgl. *Vahrenwald*, Part I, S. 19f; zu den Vorstellungen der OECD: „Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce“, S. 14, a.a.O. (Fn. 44).

<sup>89</sup> Vgl. die Initiative der OECD „Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce“, a.a.O. (Fn. 44), S. 14.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch *Prütting*, JZ 1985, 261 (270) *ders.*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (69).

<sup>91</sup> *Cochetti*, <http://www.ecommercegroup.org/testimony.htm>. Dem „Internal Complaints Handling“ wurde auch auf der von OECD, HCOPI und ICC organisierten Konferenz vom 11.-12. Dezember 2000 ein eigener Diskussionsabschnitt gewidmet, a.a.O. (Fn. 36), session 3.

<sup>92</sup> A.a.O. (Fn. 50)

<sup>93</sup> „European Code of Conduct for Online Commercial Relations“, <http://www.eurocommerce.be/upload/6/16067770711514601881601219739483313283231411254f159v1.doc>.

Verbraucher sich vor Inanspruchnahme externer Konfliktregelungsmechanismen an firmeninterne Beschwerdestellen wenden muss.

## II. Konfliktregelungssysteme

### 1. Gütesiegelsysteme – Beispiel: OnlineConfidence

Eine weitere Möglichkeit, den Problemen bei der Konfliktregelung im E-Commerce Herr zu werden und hierdurch das Vertrauen der Nutzer zu gewinnen, besteht in der Bereitstellung von Konfliktregelungssystemen, die nicht nur auf die Konfliktbeilegung, sondern auch auf die Konfliktvermeidung und die Kontrolle der Einhaltung und Durchsetzung bestimmter Regeln ausgerichtet sind. Konkret bestehen die meisten der bereits existierenden oder in der Entwicklung befindlichen Systeme aus drei wesentlichen Elementen: einem Verhaltenskodex, einem Gütesiegel oder Logo und einem Streitbeilegungsverfahren. Eines der bekanntesten, bereits funktionierenden Systeme bietet BBBOOnline<sup>94</sup>, ein Zweig des US-amerikanischen Council of Better Business Bureaus. Diesem hat auch die Enquete-Kommission „Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“<sup>95</sup> des Bundestages eine gewisse Vorbildfunktion zugemessen. Eine andere Variante bietet das deutsche Angebot Trusted Shops<sup>96</sup>, das neben einem Gütesiegel die Trusted Shops Garantie der Gerling-Versicherungsgruppe umfasst. Kunden, die Waren mit Kreditkarte oder Bankeinzug in einem mit dem Trusted Shops Gütesiegel ausgezeichneten Online-Shop bezahlen, sind automatisch mit einer Geld-zurück-Garantie versichert, wenn sie eine kostenlose Anmeldung ausfüllen, die direkt nach dem Kauf auf der Website des jeweiligen Unternehmens erscheint. Der Käufer kann sich bei Problemen direkt an die Trusted Shops GmbH wenden, die ihm dann sein Geld zurückerstattet. Da der Schwerpunkt dieser Untersuchung auf europäischen Initiativen liegt, soll hier nicht der Service von BBBOOnline, sondern das sich noch im Aufbau befindliche Projekt OnlineConfidence beispielhaft vorgestellt werden. Dabei

<sup>94</sup> Vgl. zu diesem Service <http://www.BBBOOnline.org>.

<sup>95</sup> Fünfter Zwischenbericht zum Thema: Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft vom 22.06.1998, S. 25, BT-Drcks. 13/1103.

<sup>96</sup> <http://www.trustedshops.de>.

geht es darum, eine bessere Vorstellung davon zu vermitteln, wie ein solches System funktioniert, nicht jedoch um dessen detaillierte Untersuchung.

### a. Das System

Träger des Projekts ist Eurochambres<sup>97</sup>, der Verband europäischer Industrie- und Handelskammern. Außerdem sind verschiedene nationale Verbände beteiligt. Hierzu zählen der DIHT<sup>98</sup>, Unioncamere<sup>99</sup>, Infocamere<sup>100</sup>, FCCIB<sup>101</sup>, die Stockholmer Handelskammer<sup>102</sup>, der Consejo Superior<sup>103</sup> und die CPR-Meta<sup>104</sup>. Das Projekt wird außerdem durch das TEN-Telecom Programm<sup>105</sup> der Europäischen Kommission unterstützt.

Ziel ist es, ein pan-europäisches ADR-System bestehend aus Schiedsrichtern und Schlichtern aufzubauen, das sowohl für B2B- als auch für B2C-Streitigkeiten in Anspruch genommen werden kann<sup>106</sup>. Die Streitigkeiten müssen allerdings aus Online-Aktivitäten resultieren. Hierfür stellt Eurochambres eine zentral gesteuerte Software zur Dokumentverwaltung bereit, um den Streitbeilegungsprozess selbst zu koordinieren. Das Streitbeilegungsnetzwerk soll allerdings dezentral funktionieren und über die 1.300 Handelskammern, die Mitglieder von Eurochambres sind und wiederum 14 Millionen Unternehmen repräsentieren, gefördert werden. Die Schiedsrichter und Schlichter sollen von den Schieds- und Schlichtungsein-

<sup>97</sup> Zu Eurochambres vgl. <http://www.eurochambres.be>.

<sup>98</sup> Zum OnlineConfidence-Projekt vgl.

<http://www.eurochamhttp://www.eurochambres.be/whatwedo/onlineConfidence.htm> oder <http://www.dihk.de/inhalt/informationen/news/schwerpunkte/ebusiness/aktuellemeldungen/meldung000007.html>.

<sup>99</sup> <http://www.unioncamere.it>.

<sup>100</sup> <http://www.infocamere.it>.

<sup>101</sup> <http://www.cci.be>.

<sup>102</sup> <http://www.chamber.se>.

<sup>103</sup> <http://www.camerdata.es>.

<sup>104</sup> <http://www.cpr.it>.

<sup>105</sup> <http://www.ten-telecom.org>.

<sup>106</sup> Einzelheiten zum OnlineConfidence-Projekt sind einer Pressemitteilung von Eurochambres vom 20.06.2000 entnommen. Diese sowie weitere Informationen können direkt bei Eurochambres angefordert werden bei Herrn Paul Skehan, [skehan@eurochambres.be](mailto:skehan@eurochambres.be), oder Herrn Hyiko Oosterloo, [oosterloo@eurochambres.be](mailto:oosterloo@eurochambres.be). Eine Übersicht findet sich außerdem unter <http://www.eurochambres.be/whatwedo/onlineConfidence.htm>.

richtungen der Handelskammern, aber auch von anderen Stellen rekrutiert werden. Schiedsgerichtsverfahren stehen allerdings nur für den B2B-Bereich zur Verfügung. Fälle mit Verbraucherbeteiligung müssen dagegen im Wege der Schlichtung beigelegt werden. Das Ergebnis der Schlichtung ist für das Unternehmen, nicht aber auch für den Verbraucher bindend. Da die Schlichtungsverfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten zum Teil sehr unterschiedlich ausgestaltet sind<sup>107</sup>, kann die Konfliktregelung, je nach der von der zentralen Software bestimmten Einrichtung, erheblich variieren. Dies ist auch bezweckt, damit je nach Bedeutung des Falles ein angemessenes Verfahren gefunden werden kann. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Komplexität und die Kosten des Systems immer im Verhältnis zum jeweiligen Streitwert stehen müssen. Streitigkeiten mit sehr geringem Streitwert sollten sehr schnell gelöst werden, möglichst wenig Personen in Anspruch nehmen und keine teuren Verhandlungen der Parteien von Angesicht zu Angesicht erfordern, während umfangreichere Konflikte durchaus ein komplettes Schiedsgerichtsverfahren mit mehreren Schiedsrichtern, Videokonferenzen und größerem zeitlichem Aufwand erfordern könnten<sup>108</sup>.

Das System soll durch ein OnlineConfidence-Logo untermauert werden, das einen großen Bekanntheitsgrad erlangen und dafür stehen soll, dass ein Unternehmen bei der Streitbeilegung gewisse Regeln befolgt und Konflikte auf eine faire, effektive und transparente Weise regelt.

Am Beispiel eines deutschen Verbrauchers, der online etwas bei einem spanischen Unternehmen bestellt hat, soll gezeigt werden, wie das System funktioniert<sup>109</sup>:

- Der deutsche Verbraucher ist mit der Ware nicht zufrieden und wendet sich deshalb an das spanische Unternehmen. Das Ergebnis der internen Konfliktbehandlung ist für den Verbraucher aber nicht zufriedenstellend.

<sup>107</sup> Ein Überblick über die verschiedenen Verfahren der Industrie- und Handelskammern in der EU findet sich bei *Federici*.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu die Pressemitteilung von Eurochambres vom 20.06.2000, a.a.O. (Fn. 106).

<sup>109</sup> Ein ähnliches Beispiel findet sich in der Pressemitteilung von Eurochambres vom 20.06.2000, a.a.O. (Fn. 106).



- Indem er auf das OnlineConfidence-Logo auf der Website des Unternehmens klickt, kann der Verbraucher den Online-Konfliktregelungsprozess einleiten.
- Die zentrale System-Software sendet zunächst eine Kopie der Beschwerde an das betroffene Unternehmen, mit der Aufforderung, Stellung zu nehmen und das Problem unverzüglich zu lösen.
- Wenn dies angemessen erscheint, benennt das System einen Schlichter (bei B2B-Geschäften auch Schiedsrichter). Bei der Auswahl werden der Streitumfang, die betroffenen Länder, die Sprache und die Kosten mitberücksichtigt. Die Beschwerde und bereits geführte Korrespondenz werden an den Schlichter per Email übermittelt.
- Der Schlichter (Schiedsrichter) kann daraufhin wiederum per Email weitere Informationen, Klarstellungen oder Unterlagen von den Parteien verlangen, bevor er eine Entscheidung oder Empfehlung bekannt gibt. Während des ganzen Verfahrens kontrolliert die zentrale System-Software den Informationsfluss. Die Parteien können alle übermittelten Dokumente jederzeit einsehen. Die örtlichen Handelskammern sollen sowohl dem Verbraucher als auch dem Unternehmer hilfreich zur Seite stehen, z.B. durch das Scannen von Unterlagen und Fotos – soweit erforderlich – sowie durch Ratschläge, wie das Verfahren durchzuführen ist.
- Der Schlichter (Schiedsrichter) informiert die Parteien über das Ergebnis, das im Fall der Schlichtung für das Unternehmen, nicht aber für den Verbraucher bindend ist.

Das System sollte ursprünglich auch durch EuroCommerce<sup>110</sup>, die Vertretung des Klein-, Groß- und internationalen Handels bei der Europäischen Union unterstützt werden<sup>111</sup>. Hierzu wurde von den nationalen Handelsverbänden, die EuroCommerce angehören, ein Verhaltenskodex für Online Commercial Relations<sup>112</sup> ausgehandelt. Dieser enthält neben Regeln

<sup>110</sup> Nähere Informationen unter <http://www.eurocommerce.be>.

<sup>111</sup> Hierzu wurde am 20.06.2000 eine gemeinsame Pressemitteilung herausgegeben, die ursprünglich sowohl über die Eurochambre- als auch über die EuroCommerce-Website abrufbar war, mittlerweile aber nicht mehr online zur Verfügung steht.

<sup>112</sup> A.a.O. (Fn. 93).

zu verschiedenen Informationspflichten, zum Vertragsabschluss, zum Widerrufsrecht, zu einer Geldzurück-Garantie, zu sonstigen Garantien, nachvertraglichem Service und zu unerbetener kommerzieller Kommunikation auch Vorschriften zur außergerichtlichen Konfliktregelung. So bestimmt Art. 11 des Kodex, dass Unternehmen, soweit vorhanden, dem Verbraucher Informationen zur Konfliktregelung in der Sprache bereitstellen sollen, die dieser bei der Suche auf der Website und für die Bestellung gewählt hat. Konflikte sollen zunächst in einem internen Beschwerdeverfahren innerhalb von 15 Tagen behandelt werden. Führt dies zu keinem Erfolg, muss es dem Verbraucher freistehen, den Fall vor die vom Unternehmen anzugebende außergerichtliche Streitbeilegungsstelle zu bringen. Hierzu soll das Unternehmen das von EuroCommerce entwickelte standardisierte Beschwerdeformular auf seine Homepage stellen. Schließlich darf dem Verbraucher durch die Inanspruchnahme des außergerichtlichen Verfahrens nicht das Recht entzogen werden, die zuständigen nationalen Gerichte anzurufen. Mittlerweile ist von einer Kooperation mit Eurochambres jedoch nicht mehr die Rede. Vielmehr hat EuroCommerce für die Einhaltung seines Verhaltenskodexes ein eigenes Gütesiegel, das „Euro-Logo“, geschaffen, das seinerseits wiederum in das Ten-Telecom Programm der Europäischen Kommission aufgenommen wurde<sup>113</sup>.

### **b. Konkrete Vorteile**

Die Vorteile des OnlineConfidence-Projekts liegen vor allem in der flexiblen Ausgestaltung des Systems. Die Komplexität der Verfahren, insbesondere der erforderliche Zeit- und Kostenaufwand, soll dem jeweiligen Streitwert angepasst werden. Außerdem soll die Konfliktregelung für den Verbraucher einfach ausgestaltet sein. Die Möglichkeit, das Verfahren online durchzuführen, kann ebenfalls zu Zeit- und Kostenersparnissen führen. Letzteres sowie die europaweite Ausrichtung des Netzes und die Koordinierung durch die zentral gesteuerte Software erleichtern außerdem die Konfliktregelung in grenzüberschreitenden Fällen. Abgesi-

<sup>113</sup> Vgl. die Presseerklärungen vom 22.07.2001, <http://www.eurocommerce.be/upload/6/208315293411732896015540790281805899988380275784f240v1.doc> und vom 13.11.2001, <http://www.eurocommerce.be/upload/6/150298593921318518334384539491121178651010115167f242v1.doc>.

chert wird das System durch das OnlineConfidence-Logo, das einen gewissen Druck auf die betroffenen Unternehmen ausüben soll, damit sie die Konfliktregelung akzeptieren. Hierdurch soll ein Ausgleich für die fehlende Vollstreckungsmöglichkeit der Konfliktregelungsergebnisse geschaffen werden.

### c. Ausblick

Das OnlineConfidence-Projekt befindet sich noch in der Pilotphase. Folglich gibt es auch noch einige ungeklärte Fragen. Auffällig ist z.B., dass nunmehr zwei Gütesiegel geschaffen werden sollen, eines für die Teilnahme am ADR-System von Eurochambres, das OnlineConfidence-Logo, und eines für die Einhaltung des Verhaltenskodex von EuroCommerce, das Euro-Logo. Dies trägt sicherlich nicht zur mehr Sicherheit unter den Verbrauchern bei, insbesondere da EuroCommerce und Eurochambres nicht die einzigen sind, die entsprechende Gütesiegel vergeben wollen. Auch für die Bekanntmachung des Systems war ursprünglich nicht ausreichend gesorgt. Nachfragen bei verschiedenen Handelskammern in Deutschland, die bereits Schlichtungsangebote für Verbraucher auf regionaler Ebene bereithalten, ergaben, dass zunächst selbst diese über das Projekt nicht oder nur unzureichend informiert waren<sup>114</sup>. Während man sich ursprünglich darauf konzentriert hatte, ein ADR-System in Europa aufzubauen, möchte Eurochambres das System durch Verhandlungen und gegenseitige Vereinbarungen mit Anbietern ähnlicher Systeme zukünftig auch außerhalb Europas zur Verfügung stellen<sup>115</sup>.

## 2. Die Vernetzung herkömmlicher Mechanismen – Beispiel: EEJ-Net

Eine weitere Möglichkeit, das Problem der Konfliktregelung im E-Commerce anzugehen, besteht darin, herkömmliche ADR-Mechanismen an die Online-Gegebenheiten anzugleichen und in grenzüberschreitenden

<sup>114</sup> Im August 2000 verneinten zahlreiche Schlichtungsstellen der Industrie- und Handelskammern in Deutschland, die auf der Website der Europäischen Kommission veröffentlicht sind, a.a.O. (Fn. 15), die Frage, ob sie vorhätten, sich an dem Projekt von Eurochambres zu beteiligen bzw. teilten mit, dass sie hierüber bisher keine genauere Kenntnis hätten.

<sup>115</sup> Vgl. hierzu <http://www.eurochambres.be/whatwedo/onlineConfidence.htm>.

Fällen eine Zusammenarbeit zu ermöglichen bzw. die verschiedenen Stellen zu diesem Zwecke zu vernetzen. Diesen Weg beschreiten das EEJ-Net- und das FIN-Net-Projekt der EU<sup>116</sup>. Während sich das EEJ-Net mit allen Streitfällen zwischen Verbrauchern und Unternehmen sowohl bei Waren als auch bei Dienstleistungen beschäftigt, handelt es sich beim FIN-Net um ein Netz für die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten auf dem Gebiet von Finanzdienstleistungen. Wegen des weiteren Anwendungsbereichs soll hier das EEJ-Net-Projekt näher vorgestellt werden.

### a. Das System

Das „Europäische Netz für die außergerichtliche Streitbeilegung (European Extra-Judicial Network for Resolving Consumer Disputes) kurz EEJ-Net“<sup>117</sup> wurde offiziell auf der Konferenz von Lissabon vom 5. – 6. Mai 2000<sup>118</sup> ins Leben gerufen. Seit dem 16. Oktober 2001 wurde mit der Pilotphase begonnen<sup>119</sup>. Das Netz baut auf der Mitteilung der Kommission „zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“<sup>120</sup> und der hierin enthaltenen Empfehlung 98/257/EG der Kommission „betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständig sind“<sup>121</sup>, auf. Mittlerweile wurde außerdem die Empfehlung 2001/310/EG der Kommission „über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen“<sup>122</sup> mit einbezogen. Wichtig ist, dass es sich um ein informelles und freiwilliges Netz handelt. Die Verantwortung dafür, ob und in welchem Maße man sich an dem Netz beteiligt, liegt allein bei den Mitgliedstaaten. Zur Zeit hält es die Kommissi-

<sup>116</sup> Zum EEJ-Net vgl. die folgende Darstellung, zum FIN-Net, [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/finances/consumer/intro.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/finances/consumer/intro.htm).

<sup>117</sup> Vgl. hierzu das Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40).

<sup>118</sup> Informationen zu dieser Konferenz, a.a.O. (Fn. 36).

<sup>119</sup> Vgl. die entsprechende Pressemitteilung vom 16.10.2001, [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/press/press197\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press/press197_de.pdf).

<sup>120</sup> Mitteilung vom 30.03.1998, KOM (1998) 198 endg.

<sup>121</sup> Empfehlung der Kommission vom 30.03.1998, ABl. EG L 115 vom 17.04.1998, S. 31ff.

<sup>122</sup> Empfehlung der Kommission vom 04.04.2001, ABl. EG L 109 vom 19.04.2001, S. 56ff.

on nicht für notwendig, die Initiative offiziell durch eine Rechtsvorschrift der Gemeinschaft ins Leben zu rufen<sup>123</sup>.

Ziel der Kommission ist es, den Verbrauchern in grenzüberschreitenden Fällen einen einfachen, schnellen, effektiven und kostengünstigen Zugang zu außergerichtlichen Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat zu ermöglichen. Dabei ist das EEJ-Net nicht speziell auf Konflikte im E-Commerce ausgerichtet. Seine besondere Bedeutung für die weitere Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs wird allerdings immer wieder betont<sup>124</sup> und die Diskussion über die Entwicklung des EEJ-Nets wird häufig speziell unter diesem Gesichtspunkt geführt<sup>125</sup>. Letztendlich soll ein umfassendes Netz geschaffen werden, auf das bei allen Arten von Streitigkeiten über Waren und Dienstleistungen zurückgegriffen werden kann und das möglichst viele außergerichtliche Streitbelegungsstellen in den einzelnen Mitgliedstaaten mit einbezieht. Während ursprünglich nur die Verfahren berücksichtigt wurden, die in den Anwendungsbereich der Empfehlung 98/257/EG fallen, d.h. Verfahren, die unabhängig von ihrer Bezeichnung durch die aktive Intervention eines Dritten, der eine Lösung vorschlägt oder vorschreibt, zu einer Beilegung der Streitigkeit führen<sup>126</sup>, werden über die Empfehlung 2001/310/EG nunmehr auch Verfahren mit einbezogen, bei denen versucht wird, eine Streitigkeit dadurch zu beenden, dass die Parteien zusammengebracht und dazu veranlasst werden, im gegenseitigen Einverständnis eine Lösung zu finden<sup>127</sup>.

Das EEJ-Net besteht zum einen aus den verschiedenen außergerichtlichen Einrichtungen, die nach Ansicht der jeweiligen Mitgliedstaaten den Grundsätzen der Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG in vollem Umfang entsprechen. Die wesentlichen Angaben zu diesen Einrichtungen

<sup>123</sup> Vgl. das Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 11.

<sup>124</sup> Vgl. z.B. das Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 11; außerdem Erwägungsgrund 2 der Empfehlung 2001/310/EG, a.a.O. (Fn. 122); ebenso *Byrne*, [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/speeches/speech48\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/speeches/speech48_en.html).

<sup>125</sup> Vgl. z.B. *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54); *Regaldo*, [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_greg\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_greg_en.html).

<sup>126</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9 der Empfehlung 98/257/EG.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu Teil I sowie Erwägungsgrund 18 der Empfehlung 2001/310/EG, a.a.O. (Fn. 122).

wurden der Kommission von den Mitgliedstaaten mitgeteilt und auf der Website der Kommission veröffentlicht<sup>128</sup>. Zum anderen sollen die von den Mitgliedstaaten einzurichtenden nationalen Clearingstellen<sup>129</sup> für die Koordination des Netzes sorgen. Diesen Clearingstellen kommt innerhalb des EEJ-Nets eine Schlüsselrolle zu. Sie sollen sowohl für die einheimischen Verbraucher als auch für die Clearingstellen und die Verbraucher der jeweiligen anderen Mitgliedstaaten als einzige Kontaktstelle dienen. Dabei haben sie folgende Aufgaben<sup>130</sup>:

*Informationsfunktion:* Sie sollen über die für die außergerichtliche Streitbeilegung im jeweiligen Land zuständigen Stellen sowie über andere Möglichkeiten der Streitbeilegung und nationale Verfahren in Bagatellstreitigkeiten informieren.

*Filterfunktion:* Die Clearingstellen sind für die Benennung der für Beschwerden im eigenen Land jeweils zuständigen Stelle und für die Weiterleitung von Reklamationen gegenüber ausländischen Unternehmen an die jeweils zuständige Clearingstelle in einem anderen Mitgliedstaat verantwortlich.

*Beratungsfunktion:* Im Rahmen des Möglichen sollen die Clearingstellen prüfen, ob sich eine außergerichtliche Stelle mit dem Fall befassen kann, ob die Einleitung eines Bagatellverfahrens zweckmäßiger wäre oder ob sich andere Möglichkeiten der Streitbeilegung anbieten. Je nachdem, wie sich die Clearingstellen entwickeln, können ihnen von den Mitgliedstaaten in Zukunft weitere Aufgaben übertragen werden, z.B. die summarische Prüfung der Begründetheit eines Anspruchs, erste Schlichtungsversuche usw.

*Unterstützungsfunktion:* Die Clearingstellen helfen den Verbrauchern bei der Abfassung der Reklamation und bleiben, wenn dies geboten ist, im

<sup>128</sup> Zur Mitteilung 98/257/EG unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just04\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just04_en.html), zur Mitteilung 2001/310/EG unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/2001-310/acce\\_just\\_2001-310\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/2001-310/acce_just_2001-310_en.html).

<sup>129</sup> Eine Liste der nationalen Clearingstellen findet sich unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just14\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just14_en.pdf).

<sup>130</sup> Vgl. zu den einzelnen Aufgaben sehr ausführlich das Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 4 –7.

ständigen Kontakt mit der Stelle, an die sie die Reklamation weitergeleitet haben.

*Unterstützung der politischen Entscheidungsträger:* Als einzige Anlaufstelle im jeweiligen Mitgliedstaat sammelt die Clearingstelle Informationen über die Menge und Art der eingehenden Reklamationen, die für die Planungen der Politik zu künftigen Maßnahmen auf diesem Gebiet verwendet werden können.

Die Beziehungen innerhalb des Netzes sollen möglichst nicht durch komplizierte oder bürokratische Strukturen belastet werden. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, darüber zu entscheiden, wie die Clearingstellen im einzelnen aufgebaut sein sollen und wie sie die nationalen Stellen überwachen und koordinieren. Sie können entweder ganz neue Einrichtungen schaffen oder einer bestehenden nationalen Einrichtung (z.B. einer staatlichen Stelle, einer privaten Organisation, einer EU-Beratungsstelle für Verbraucher oder einem der im Rahmen des Binnenmarkt-Aktionsplans geschaffenen Koordinationszentren) diese Aufgabe übertragen<sup>131</sup>. Die Kommission will das Netz gegebenenfalls finanziell unterstützen und durch weitere Maßnahmen fördern.

Eine besondere Bedeutung für die Effektivität der Konfliktregelung und das Vertrauen der Verbraucher in das Netz kommt den Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG zu. Darin sind einige Mindestgarantien festgelegt, die von den außergerichtlichen Streitbeilegungseinrichtungen eingehalten werden sollen. Die Empfehlung 98/257/EG regelt sieben Grundsätze, nämlich den der Unabhängigkeit, der Transparenz, des kontradiktorischen Verfahrens, der Effizienz, der Rechtmäßigkeit, der Handlungsfreiheit und der Vertretung. Die Empfehlung 2001/310/EG enthält die Grundsätze der Unparteilichkeit der Einrichtungen sowie der Transparenz, der Effizienz und der Fairness der Verfahren. Durch die Einbeziehung dieser Grundsätze soll ein gewisser Mindeststandard für das ganze EEJ-Net gewährleistet werden. Da es sich nur um gem. Art. 249 EGV nicht verbindliche Empfehlungen handelt, soll die Umsetzung dadurch erfolgen, dass die Mitgliedstaaten der Kommission die Stellen mitteilen, die

<sup>131</sup> Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 7.

nach ihrer Ansicht diesen Mindestgarantien gerecht werden. Nur diese werden auf der Website der Kommission veröffentlicht.

### **b. Konkrete Vorteile**

Auch beim EEJ-Net steht damit, ähnlich wie beim OnlineConfidence-Projekt, die Flexibilität der Verfahren im Vordergrund. Ziel ist es, den Zeitaufwand und die Verfahrenskosten der Bedeutung des jeweiligen Falles anzupassen und die Verfahren für den Verbraucher möglichst einfach auszugestalten. Außerdem sollen durch die Freiwilligkeit des Netzes und seine unbürokratische Struktur unnötige Reibungsverluste vermieden werden. Die europaweite Ausrichtung des Netzes sowie die Bündelung von Informationen bei den Clearingstellen erleichtert darüber hinaus die Konfliktregelung in grenzüberschreitenden Fällen. Schließlich soll die Fairness der Verfahren durch die Einbindung der Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG sicher gestellt werden.

### **c. Ausblick**

Zwar waren sich alle Teilnehmer der Konferenz von Lissabon einig, dass diese den Startschuss für das EEJ-Net bedeute. Es wurde aber auch immer wieder darauf hingewiesen, dass sich das Netz noch in der Aufbauphase befinde und sich der konkrete Umfang und die Funktionsweise des Netzes in Zukunft erst herausbilden müssten. Wie sich im Verlauf der Konferenz insbesondere in den beiden Workshops „on procedural questions“ und „on communication issues“ gezeigt hat, bestehen noch zahlreiche ungeklärte Fragen und Probleme, die gegebenenfalls erneut überdacht werden müssen<sup>132</sup>. Genannt wurden unter anderem Haftungsfragen für Auskünfte und Beratung der Clearingstellen sowie technische Schwierigkeiten und Sprachprobleme, insbesondere auch in Hinblick auf die Notwendigkeit, die Kosten der Verfahren gering zu halten. Für die Einleitung eines Verfahrens könnten zwar das europäische Formblatt für Verbraucherbeschwerden<sup>133</sup> sowie Übersetzungsprogramme eine Hilfe sein, sobald ein Verfahren aber

<sup>132</sup> Weitere Informationen auch zu den Workshops unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_en.html).

<sup>133</sup> Zur Funktion dieses Formblattes vgl. vor allem die Mitteilung der Kommission zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten, KOM (1998) 198 endg.

über das Anfangsstadium hinausginge, müssten weitere Lösungen gefunden werden. Die Freiwilligkeit des Projekts kann ebenfalls Probleme mit sich bringen, wenn nämlich im entscheidenden Fall gerade keine außergerichtliche Stelle für das betroffene Gebiet existiert.

Auch bei der Umsetzung haben sich einige Probleme aufgetan. So ist der Zeitplan der verschiedenen Mitgliedstaaten bei der Einführung der Clearingstellen zum Teil sehr unterschiedlich. Im Gegensatz zu den dreizehn anderen EU-Mitgliedstaaten hatten z.B. die Bundesregierung und Italien bis Oktober 2001 noch keine nationalen Clearingstellen eingerichtet<sup>134</sup>. Mittlerweile wurde dem Euro-Info-Verbraucher e.V. in Kehl die Funktion der deutschen Clearingstelle übertragen<sup>135</sup>. Bei der Mitteilung der Stellen, die die Kriterien der Empfehlung 98/257/EG nach Ansicht der Mitgliedstaaten in vollem Umfang erfüllen, haben sich ebenfalls bereits Unstimmigkeiten gezeigt. Luxemburg hatte zunächst über lange Zeit überhaupt keine Einrichtung benannt. Deutschland hat dagegen 203 und damit mit Abstand am meisten Stellen mitgeteilt, was nicht gerade zur Übersichtlichkeit beiträgt. Darüber hinaus ergeben sich Zweifel in Hinblick auf die Einhaltung der Mindestkriterien durch die mitgeteilten Einrichtungen<sup>136</sup>. Schließlich ist das EEJ-Net bisher nicht hinreichend bekannt. Es fehlt damit an einer essentiellen Voraussetzung für dessen Erfolg. Zumindest in den deutschen Medien wird so gut wie gar nicht darüber berichtet; auch eine breite wissenschaftliche Diskussion findet nicht statt und selbst die betroffenen Einrichtungen und Verbraucherstellen waren zunächst zum Teil nicht informiert<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu den Bericht in der FAZ vom 23.10.2001, Nr. 246, S. 31.

<sup>135</sup> Vgl. die Liste der nationalen Clearingstellen, a.a.O. (Fn. 129).

<sup>136</sup> Vgl. hierzu näher unten S. 126.

<sup>137</sup> Telefonische Anfragen bei einigen der in der Liste genannten Stellen in Deutschland und bei den Europäischen Verbraucherinformationsstellen in Gronau und Kiel im Juli/August 2000 zeigten, dass diese über das Projekt nicht oder nur schlecht informiert waren.

## B. Mechanismen zur Sicherung von Schutzrechten

Die zweite Gruppe der hier untersuchten Verfahren ist, wie bereits erwähnt, darauf ausgerichtet, auf die Besonderheiten des E-Commerce angemessen reagieren zu können, vor allem auf die Geschwindigkeit des Netzes. Es geht in erster Linie um die Durchsetzung und Wahrung von Rechten (vor allem Kennzeichen- und Urheberrechten) angesichts neuartiger Gefährdungen, die sich aus der Nutzung des Internets ergeben. Auch hier gibt es Konfliktregelungsmechanismen, die, wie z.B. das ICANN-Verfahren, eher an klassischen Konfliktregelungsmethoden orientiert sind. Darüber hinaus haben sich jedoch auch die Einschaltung der Service Provider (SPs) oder der Einsatz von vollautomatisierten technischen Systemen als besonders effektive Konfliktregelungsmöglichkeit herausgestellt. Diese drei Typen werden nun näher vorgestellt.

### I. Herkömmliche Konfliktregelungsformen – Beispiel: Das ICANN-Verfahren

Eine der wichtigsten Voraussetzungen für eine erfolgreiche Teilnahme am elektronischen Geschäftsverkehr ist die Selbstdarstellung eines Unternehmens und die erste Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden über eine bestimmte Internet-Adresse. Um die begehrtesten Adressen im Netz ist mittlerweile ein regelrechter Kampf entbrannt. Folglich stehen solche Streitigkeiten auch im Zentrum vieler Gerichtsentscheidungen<sup>138</sup>. Allerdings zeigen sich auch hier erhebliche Probleme, insbesondere hinsichtlich der internationalen Durchsetzung eines vor Gericht erstrittenen Rechts. Deshalb wurde schon früh die Schaffung eines außergerichtlichen Streitbeilegungssystems gefordert<sup>139</sup>. Ein solches wurde nun für bestimmte Streitfälle von der „Internet Corporation for Assigned Names and Numbers“ (ICANN) geschaffen. Die ICANN ist eine private not-for-profit Gesellschaft<sup>140</sup>. Das

<sup>138</sup> Eine Zusammenfassung der Streitpunkte findet sich bei *Bücking*, MMR 2000, 656.

<sup>139</sup> Erste Anstrengungen der World Intellectual Property Organization (WIPO) und der International Telecommunications Union (ITU) zur Schaffung eines solchen Verfahrens scheiterten, vgl. hierzu *Bettinger*, CR 2000, 234 (235).

<sup>140</sup> Näheres unter <http://www.icann.org>.

ICANN-Verfahren ist das einzige seiner Art und gilt weltweit für alle Domain-Streitigkeiten eines bestimmten Typus. Auch wenn es sich nicht um ein speziell europäisches Verfahren handelt, hat es auch im europäischen Rechtsraum große Auswirkungen und soll deshalb hier näher vorgestellt werden.

## 1. Das Problem

Die Nutzung aller Online-Systeme beruht auf dem Austausch elektronischer Daten zwischen mehreren, durch ein Computernetz miteinander verbunden Rechnern. Für einen Datenaustausch ist deshalb erforderlich, dass jeder an das Netz angeschlossene Rechner anhand einer einmaligen elektronischen Adresse eindeutig identifiziert werden kann. Die Vergabe von solchen Adressen im Internet erfolgt über das so genannte „Domain Name System“<sup>141</sup>. Die Domain-Namen übersetzen zur einfacheren Handhabung die langen Zahlenkombinationen, die benutzt werden, um Dateninformationen von einem zum anderen Computer zu verschicken, in eine Kennung, die auf einer Buchstabenfolge beruht. Zum Betreiben einer eigenen Website benötigt man folglich eine Internet-Adresse mit einer derartigen Kennung, z.B. [www.abc.com](http://www.abc.com) oder [www.xyz.de](http://www.xyz.de). Der letzte Bestandteil der Adresse hier, „com“ oder „de“, wird als Top Level Domain (TLD) bezeichnet. Die oberste Zuständigkeit für die Vergabe von Domain-Namen liegt bei der ICANN, die diese wiederum auf regionale „Domain Name Register“ delegiert hat. Die generischen TLDs „com“, „org“ und „net“, neuerdings auch „biz“, „info“, „name“, „museum“, „coop“, „aero“ und „pro“<sup>142</sup> werden von diesen „Domain Name Registern“ verwaltet. Die Vergabe der Country Code TLDs wie z.B. „de“ wurden dagegen oft auf eine nationale Einrichtung konzentriert<sup>143</sup>. Das jeweilige Kürzel und der davor stehende Begriff, im Beispiel „abc.com“ bzw. „xyz.de“, bilden die so genannte Second Level Domain (SLD). Diese ist vom Nutzer frei wählbar, kann aber weltweit

<sup>141</sup> Sehr ausführlich zur Funktionsweise des „Domain Name Systems“ *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Teil 6, Rn. 1ff.

<sup>142</sup> Die neuen generischen TLDs sind noch nicht alle funktionsfähig. Zur Erweiterung der bisherigen generischen TLDs siehe <http://www.icann.org/tlds>.

<sup>143</sup> Für die Kennung „de“ ist z.B. das „Deutsche Network Information Center“ (Denic) in Frankfurt zuständig, [www.denic.de](http://www.denic.de).

jeweils nur einmal vergeben werden. Bei der Vergabe gilt zunächst einmal das „first come, first served“-Prinzip<sup>144</sup>. Da eine Website durch die Verwendung eines einprägsamen Domain-Namens an Attraktivität gewinnt, sind bekannte Kennzeichen (Namen, Marken, Unternehmenskennzeichen, Werktitel) besonders begehrt. So mussten z.B. einige Kennzeicheninhaber, als sie selbst etwas verspätet das Internet entdeckten, feststellen, dass ihre Kennzeichennamen bereits vergeben waren. Viele wurden von Einzelpersonen oder kleineren Unternehmen registriert, die diesen Namen, der oft dem eigenen entsprach, einfach nutzen wollten. Andere wollten durch die Nutzung eines fremden Kennzeichens einen Vorteil für ihr eigenes Unternehmen erlangen. Außerdem hat sich in diesem Zusammenhang eine neue Art von „Unternehmern“ herausgebildet. So genannte „Cybersquatter“<sup>145</sup> oder „Domaingraber“<sup>146</sup> ließen eine Vielzahl bekannter Domain-Namen allein zu dem Zweck registrieren, um sie später zu einem stattlichen Preis an den jeweiligen Kennzeicheninhaber zu verkaufen<sup>147</sup>. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Inhaber des geschützten Kennzeichens die Freigabe des Domain-Namens oder zumindest die Unterlassung seiner Nutzung verlangen kann. Spezielle gesetzliche Regelungen gibt es hierfür nicht. Die deutsche Rechtsprechung greift deshalb auf das bestehende Kennzeichenrecht zurück und entwickelt dieses für die Domain-Namen fort<sup>148</sup>. Die internationale Durchsetzung eines solchen Anspruchs gestaltet sich dagegen sehr schwierig. Wie soll z.B. ein Anspruch auf Unterlassen der Nutzung einer Domain oder gar auf deren Übertragung gegen einen Serverbetreiber, der sich auf einer Südseeinsel befindet, vollstreckt werden?

<sup>144</sup> *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Teil 6, Rn. 20.

<sup>145</sup> Zu diesem Begriff vgl. <http://www.whatis.com>. Auf der genannten Website finden sich zahlreiche Definitionen zu Multimedia-Begriffen.

<sup>146</sup> Diesen Begriff verwendet z.B. *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Teil 6, Rn. 201 m.w.N.

<sup>147</sup> Eine ausführliche Übersicht über mögliche Konfliktfälle zwischen Kennzeichenrecht und Domain-Namen findet sich bei *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Teil 6, Rn. 27ff.

<sup>148</sup> Ein Überblick über die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung und Literatur zu den Domain-Namen seit Januar 1999 bis Juni 2000 findet sich bei *Schuster/Müller*, MMR-Beilage 10/2000, 19ff. Zur neuesten Entwicklung im Domain-Recht vgl. außerdem *Bücking*, MMR 2000, 656.

## 2. Das System

### a. Allgemeine Charakteristik und Anwendungsbereich

Die ICANN hat am 24. Oktober 1999 ihre „Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy“<sup>149</sup> (Uniform-Policy) und die „Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy“<sup>150</sup> (Uniform-Rules) verabschiedet. Im Unterschied zum klassischen Schiedsgerichtsverfahren, das eine freiwillige Schiedsabrede der Streitparteien über die außergerichtliche Streitbeilegung voraussetzt, handelt es sich bei der Uniform-Policy um ein speziell für Domain-Namenskonflikte konzipiertes, quasi-administratives Verfahren<sup>151</sup>. Bei der Registrierung eines Domain-Namens muss sich der Nutzer der Uniform-Policy unterwerfen. Dies gilt ausnahmslos für die Domain-Vergabestellen (Registrars)<sup>152</sup> der generischen TLDs, die von der ICANN zur Einhaltung der Uniform-Policy verpflichtet wurden, nicht dagegen für die Vergabestellen für die Country Code TLDs. Das Verfahren ist außerdem auf diejenigen Domain-Streitigkeiten beschränkt, in denen sich ein Kennzeicheninhaber in Hinblick auf sein Kennzeichenrecht auf eine missbräuchliche Domain-Registrierung beruft.

Durchgeführt wird die Konfliktregelung nicht von der ICANN selbst, sondern von so genannten Dispute Resolution Providern (Provider), die von der ICANN akkreditiert werden. Momentan sind dies das Asian Domain Name Dispute Resolution Centre<sup>153</sup> (ADNDRC), das CPR Institute for Dispute Resolution<sup>154</sup> (CPR), the National Arbitration Forum<sup>155</sup> (NAF) und die World Intellectual Property Organization<sup>156</sup> (WIPO)<sup>157</sup>. Diese sind an die

<sup>149</sup> <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

<sup>150</sup> <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>.

<sup>151</sup> *Bettinger*, CR 2000, 234 (235).

<sup>152</sup> Im Folgenden werden die von der ICANN gewählten einschlägigen Begriffe jeweils in Klammern hinter die deutschen Übersetzungen geschrieben. Eine Definition der Begriffe findet sich in den Uniform-Rules unter Punkt I, a.a.O. (Fn. 150).

<sup>153</sup> <http://www.adndrc.org>.

<sup>154</sup> <http://www.cpradr.org>.

<sup>155</sup> <http://www.arbforum.com>.

<sup>156</sup> <http://www.wipo.org>; zur Rolle der WIPO vgl. auch *Gibson*, CRi 2001, 33ff.

<sup>157</sup> Der ursprünglich ebenfalls akkreditierte Provider eResolution hat im Dezember 2001 seine Arbeit eingestellt. Eine Übersicht über die bisher von eResolution entschiedenen Fälle findet

Uniform-Rules gebunden, können aber zusätzlich eigene Verfahrensregeln erlassen.

### b. Die Entscheidungsgrundlagen

Wie bereits erwähnt, ist das Verfahren auf diejenigen Domain-Streitigkeiten begrenzt, in denen sich ein Kennzeicheninhaber auf eine missbräuchliche Domain-Registrierung beruft. Für einen erfolgreichen Antrag ist damit erforderlich, dass der Antragsteller (complainant) behauptet und den Schiedsrichter davon überzeugt, dass

- (1) der vom Domain-Inhaber (respondent) registrierte Domain-Name mit dem Kennzeichen des Beschwerdeführers identisch oder ihm zum Verwechseln ähnlich ist,
- (2) der Domain-Inhaber kein eigenes Recht oder legitimes Interesse an dem im Streit stehenden Domain-Namen hat und
- (3) der Domain-Name in missbräuchlicher Weise registriert und genutzt wurde bzw. wird<sup>158</sup>.

Die Uniform-Policy enthält außerdem eine nicht abschließende Auflistung von Indizien für die missbräuchliche Registrierung und Nutzung<sup>159</sup>. Hierzu zählen:

- (1) Umstände, die darauf hinweisen, dass der Domain-Name vorwiegend in der Absicht registriert wurde, diesen an den Antragsteller, den Kennzeicheninhaber oder an dessen Wettbewerber zu verkaufen, zu lizenzieren oder auf sonstige Weise zu veräußern, um damit Gewinne zu erzielen, die über die mit der Domain-Registrierung zusammenhängenden Kosten hinausgehen; oder
- (2) die Registrierung mit dem Ziel erfolgte, den Kennzeicheninhaber daran zu hindern, einen Domain-Namen zu wählen, der sein Kennzeichen widerspiegelt und das Verhalten des Domain-Inhabers hierauf Rückschlüsse zulässt; oder

sich unter <http://www.disputes.org/eresolution>. Für eine aktuelle Auflistung der akkreditierten Dispute Resolution Provider vgl. <http://www.icann.org/udrp/approved-providers.htm>.

<sup>158</sup> Uniform-Policy, § 4 a.

<sup>159</sup> Uniform-Policy, § 4 b.

- (3) die Domain-Registrierung in erster Linie in der Absicht erfolgte, den Gewerbebetrieb eines Wettbewerbers zu stören; oder
- (4) die Registrierung darauf gerichtet ist, Internet-Nutzer auf die eigene Website oder zu einer sonstigen Online-Präsenz zu leiten, indem eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich Herkunft, Zugehörigkeit, Inhaberschaft der Website oder der Produkte und Dienstleistungen der Website oder Online-Präsenz geschaffen wird.

Der Inhaber des Domain-Namens kann diese Indizien dadurch entkräften, dass er ein eigenes Recht oder legitimes Interesse an dem Domain-Namen darlegt. Dies soll ihm dann gelungen sein, wenn er nach Ansicht des Gerichts (Panel) das Vorliegen einer der folgenden, wiederum nicht abschließenden Tatsachen bewiesen hat<sup>160</sup>:

- (1) der Inhaber des Domain-Namens hat diesen oder einen diesem entsprechenden Namen vor Kenntnis des Streitverfahrens für das Angebot von Waren oder Dienstleistungen gutgläubig genutzt bzw. Vorbereitungen zu dessen Nutzung getroffen; oder
- (2) der Inhaber des Domain-Namens ist (als Einzelperson, Unternehmen oder andere Organisation) unter dem Domain-Namen gemeinhin bekannt, auch wenn er keine Kennzeichenrechte hieran erlangt hat; oder
- (3) der Inhaber des Domain-Namens benutzt diesen in legitimer, nicht-kommerzieller oder sonstiger lauterer Weise, ohne die Absicht zur Gewinnerzielung, Irreführung der Verbraucher oder zur Verunglimpfung der Marke des Beschwerdeführers zu haben.

### **c. Der Verfahrensablauf**

Der Dispute Resolution Provider ist vom Beschwerdeführer gem. § 4 d Uniform-Policy unter den von ICANN akkreditierten Providern frei wählbar. Das Beschwerdeverfahren wird mit dem Einreichen der Beschwerdeschrift beim gewählten Provider eingeleitet, deren notwendiger Inhalt sich aus § 3 der Uniform-Rules ergibt. Dabei kann sich eine Beschwerde auch auf mehrere Domain-Namen beziehen. Insbesondere muss der Beschwerdeführer darlegen, weshalb die Registrierung bzw. Nutzung des Domain-

<sup>160</sup> Uniform-Policy, § 4c.

Namens durch den Beschwerdegegner missbräuchlich im oben genannten Sinne ist. Außerdem muss er angeben, ob das Panel durch einen oder drei Personen besetzt werden soll. Bei formellen Mängeln hat der Beschwerdeführer gem. § 4 b der Uniform-Rules die Möglichkeit, diese innerhalb von fünf Tagen zu beheben. Andernfalls gilt die Beschwerde als zurückgenommen. Wird die Beschwerde angenommen, ist sie dem Beschwerdegegner innerhalb von drei Tagen nach Zahlung der Verfahrensgebühren durch den Beschwerdeführer zuzuleiten, § 4a Uniform-Rules.

Der Beschwerdegegner hat 20 Tage Zeit, zur Beschwerde Stellung zu nehmen und um zu entscheiden, ob das Panel aus einem oder drei Personen gebildet werden soll. Entscheidet er sich für drei Personen, muss er die Hälfte der Kosten für das Verfahren tragen, §§ 4, 6c Uniform-Rules. Antwortet er nicht innerhalb der gesetzten Frist, entscheidet das Panel vergleichbar einem Versäumnisurteil gem. § 5 e der Uniform-Rules allein auf der Grundlage der Beschwerdeschrift.

Nach Eingang der Beschwerdeerwiderung wird das Panel vom Dispute Resolution Provider ernannt. Haben sich die Parteien für ein nur aus einer Person gebildetes Panel entschieden, wird diese Person vom Dispute Resolution Provider aus einer Liste möglicher Panelmitglieder, die jeder Provider im Internet veröffentlichen muss, bestimmt. Bei einem dreiköpfigen Panel wird je ein Panelmitglied aus dem Kreis der von den Parteien vorgeschlagenen Panelmitgliedern gewählt und das dritte Mitglied unter Berücksichtigung des Willens der Verfahrensbeteiligten aus einer Liste von fünf Personen vom Provider ernannt. Wenn nicht besondere Umstände vorliegen, entscheidet das Panel innerhalb von 14 Tagen nach seiner Ernennung. Im Fall eines dreiköpfigen Panels ergeht die Entscheidung durch Mehrheitsbeschluss, § 15 b u. c Uniform-Rules. Die Entscheidung ist gem. § 16 d Uniform-Rules schriftlich abzufassen und zu begründen. Sie soll gem. § 16 b Uniform-Rules durch die Domain-Vergabestelle auf einer öffentlich zugänglichen Website veröffentlicht werden, es sei denn, das Panel ordnet etwas anderes an.

### **d. Verfahrensregeln und Verfahrensgrundsätze**

Für das Verfahren gilt der Beibringungsgrundsatz, d.h. der Streitstoff ist von den Parteien in das Verfahren einzubringen. Anders als man vielleicht



aufgrund der oben genannten Entscheidungsgrundlagen, die in erheblichem Maße auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Tatsachen ausgerichtet sind, annehmen könnte, enthalten die Uniform-Rules keine besonderen Beweisregeln. Mündliche Anhörungen (einschließlich Telefonkonferenzen, Videokonferenzen oder Web-Konferenzen) sollen gem. § 13 Uniform-Rules grundsätzlich nicht durchgeführt werden. Das Hauptanliegen scheint vielmehr darin zu bestehen, das Verfahren möglichst schnell und kostengünstig durchzuführen<sup>161</sup>. So soll die Entscheidung des Panels gem. § 15 a Uniform-Rules auf Grundlage der schriftlichen Stellungnahmen der Parteien und den von ihnen eingereichten Unterlagen in Übereinstimmung mit den Uniform-Rules und sonstigen Regeln, die das Panel für einschlägig hält, erfolgen. Dabei steht der genaue Verfahrensablauf gem. § 10 a-c Uniform-Rules im Ermessen des Panels. Gem. § 10 d bestimmt es auch die Zulässigkeit, Relevanz, Erheblichkeit und das Gewicht der Beweise. Was die Kommunikationsmittel anbelangt, erklärt § 2 Uniform-Rules die Schriftform und elektronische Formen für gleichwertig. Verfahrenssprache ist gem. § 11 Uniform-Rules die Sprache der Domain-Registrierungsordnung, wenn die Parteien keine andere Verfahrenssprache vereinbart haben oder das Panel aufgrund der Besonderheiten des Falls eine andere Sprachwahl trifft. Für das Verfahren besteht kein Anwaltszwang. Schließlich müssen die Panelmitglieder gem. § 7 Uniform-Rules unabhängig und unparteiisch sein.

### **e. Vollziehung der Entscheidung und Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit**

Gelangt das Panel zu der Überzeugung, dass es sich um eine missbräuchliche Registrierung handelt, ordnet es die Übertragung des Domain-Namens an den Beschwerdeführer oder dessen Löschung an. Gem. § 4k Uniform-Policy ist die Entscheidung von der Domain-Vergabestelle zwingend durchzuführen, soweit der Beschwerdegegner nicht innerhalb von zehn Tagen nach der Entscheidung mitteilt, er habe Klage gegen den Beschwer-

<sup>161</sup> Thornburg, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 162 (2000).

degegner an seinem allgemeinen Gerichtsstand oder am Gerichtsstand der Vergabestelle eingereicht<sup>162</sup>.

Zwar ist das Verfahren für die Parteien insoweit verpflichtend, als sie sich mit der Registrierung eines Domain-Namens zwingend der Uniform-Policy unterwerfen müssen. Anders als ein Schiedsspruch, der einer Inhaltskontrolle durch die Gerichte weitgehend entzogen ist, wird die Zuständigkeit der Gerichte durch das ICANN-Verfahren dagegen nicht eingeschränkt. Den Parteien steht es sowohl während als auch nach Abschluss des Verfahrens frei, die zuständigen staatlichen Gerichte anzurufen. Erhält das Panel von der Eröffnung eines Gerichtsverfahrens Kenntnis, so liegt es gem. § 18 Uniform-Rules in seinem Ermessen, ob es das ICANN-Verfahren fortsetzt oder einstellt. Nach Erlass der Entscheidung durch das Panel kann durch die Einleitung eines Gerichtsverfahrens innerhalb von zehn Tagen die Vollziehung der Entscheidung durch die Domain-Registrierungsstelle verhindert werden.

### **3. Konkrete Vorteile**

Einer der wichtigsten Vorteile des ICANN-Verfahrens gegenüber der Austragung einer Domain-Streitigkeit vor einem staatlichen Gericht liegt damit in der Schnelligkeit des Verfahrens. Diese wird durch besonders kurze Fristen und die Beschränkung der Vortragsmöglichkeiten der Parteien gewährleistet. Die einfache Ausgestaltung des Verfahrens und die Möglichkeit, das Verfahren online durchzuführen, tragen außerdem zu einer Kostenersparnis bei. Hinzu kommt, dass die Einschaltung eines Anwalts nicht erforderlich ist. Auch die besondere Sachkunde der Panelmitglieder wird immer wieder hervorgehoben. Was die Vollstreckung angeht, liegt der entscheidende Vorteil darin, dass das Konfliktregelungsergebnis durch die Domain-Vergabestellen (Registrars) unmittelbar umgesetzt werden kann, indem sie die streitige Domain löschen oder übertragen.

<sup>162</sup> Gem. § 3 b XIII Uniform-Rules muss der Beschwerdeführer sich in der Beschwerdeschrift für den Fall, dass der Beschwerdegegner gegen die Entscheidung des Panels zur Aufhebung oder Übertragung der Domain Klage erhebt, zumindest einer sog. „Mutual Jurisdiction“ unterwerfen. Unter „Mutual Jurisdiction“ ist nach der Definition in § 1 Uniform-Rules der allgemeine Gerichtsstand der Vergabestelle (vorausgesetzt der Domain-Namensinhaber hat sich bei der Registrierung diesem Gerichtsstand unterworfen) oder der allgemeine Gerichtsstand des Beschwerdegegners zu verstehen.

## 4. Ausblick

Bisher hat das Verfahren großen Anklang gefunden. Vom 1. Dezember 1999 bis zum 31. Oktober 2002 sind bereits 7368 Beschwerden eingegangen. Davon waren 469 noch anhängig, 714 wurden eingestellt, 42 wurden ausgesetzt und 13 zum Zweck der Neuaufnahme beendet. 28 Verfahren wurden durch einen Vergleich beendet. Von den entschiedenen 6102 Verfahren ergingen 4805 (78,7%) zugunsten des Beschwerdeführers, 1260 (20,6%) zugunsten des Beschwerdegegners und in 37 Fällen (0,6%) obsiegt beide Parteien teilweise<sup>163</sup>. Obwohl von Seiten der ICANN immer wieder betont wird, dass sich das Verfahren nur auf eine sehr begrenzte Zahl von Domain-Streitigkeiten, nämlich auf die in Hinblick auf das Kennzeichenrecht eines anderen missbräuchliche Domain-Registrierung beschränke<sup>164</sup>, ist bei den einzelnen Providern die Tendenz erkennbar, diese Einschränkung nicht allzu eng zu sehen<sup>165</sup>. Dies gilt vor allem in Hinblick auf das zuerst genannte Erfordernis, dass der registrierte Domain-Name mit einem Kennzeichenrecht identisch sein muss<sup>166</sup>.

## II. Sonstige Mechanismen

### 1. Das Problem

Neben den Kennzeichenrechtsinhabern gibt es eine weitere große Gruppe, die ihre Rechte durch den zunehmenden technischen Fortschritt und die Ausweitung des E-Commerce in Gefahr sieht – die Urheberrechtsinhaber. Dabei wird das im Zeitalter herkömmlicher analoger Vervielfältigungen gewachsene Urheberrecht vor neue Herausforderungen gestellt. Die Problematik besteht darin, dass Rechtsverletzungen im Netz besonders

<sup>163</sup> Eine aktuelle Statistik über die durchgeführten Verfahren findet sich unter <http://www.icann.org/udrp/proceedings-stat.htm>.

<sup>164</sup> Vgl. z.B. den Second Staff Report on Implementation Documents for the Uniform Dispute Resolution Policy vom 25.10.1999, 4.1.c. und 4.6., <http://www.icann.org/udrp/udrp-second-staff-report-24oct99.htm>.

<sup>165</sup> *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 164 (2000). *Bettingers* geht dagegen davon aus, dass zunächst nur die „easy cases“ missbräuchlicher Domain-Registrierungen erprobt werden, dass der neue Konfliktlösungsmechanismus auf Dauer anderen Domain-Streitigkeiten aber nicht entzogen bleiben sollte, CR 2000, 234 (239).

<sup>166</sup> Hierzu ausführlich unten S. 185ff.

schnell und auf einem großen räumlichen Gebiet eintreten und außerdem durch die Anonymität des Netzes Urheberrechtsverletzer, anders als z.B. bösgläubige Domain-Namensinhaber, nur sehr schwer fassbar sind. Ist ein urheberrechtlich geschütztes Werk erst einmal millionenfach über das Netz verschickt und kopiert worden, kann es jeder haben. Es gibt keine Möglichkeit, dies zu verhindern. Die Urheberrechtsinhaber beklagen, dass sich der Wert eines Werkes in diesem Moment auf Null reduziert habe<sup>167</sup>, insbesondere, weil aufgrund der technischen Möglichkeiten das Original kaum mehr von der Kopie unterschieden werden könne. Es entstünden sozusagen „digitale Klone“<sup>168</sup>. Da für die Einleitung eines Schadenersatzprozesses die Benennung des Schadenersatzpflichtigen erforderlich ist, der eigentliche Hauptverursacher oft aber nur schwer ausgemacht werden kann, sind Schadenersatzansprüche kaum durchsetzbar. Wird eine Seite vom Netz heruntergenommen, kann sie innerhalb kürzester Zeit wieder auf anderen Servern auftauchen. Aufgrund der mangelnden Vollstreckungsmöglichkeiten fehlt jeglicher Abschreckungseffekt für den Seitenbetreiber. Selbst ein Verfahren, wie z.B. das von der ICANN für Domain-Streitigkeiten entwickelte, wäre für den Urheberrechtsschutz noch immer viel zu langsam. Der Schutz von Urheberrechten in einem herkömmlichen gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahren gestaltet sich also besonders schwierig. Deshalb haben sich Urheberrechtsinhaber spezielle Strategien ausgedacht, um dem Problem Herr zu werden. Zum einen werden wohl aus taktischen Gründen die Service Provider<sup>169</sup> (SPs) in die Rechtsdurchsetzung einbezogen. Darüber hinaus besteht eine Tendenz zu selbstkontrollierenden Systemen: „The answer to the machine is in the machine“<sup>170</sup> – das hat die

<sup>167</sup> So z.B. *Bartloff*, GRUR Int. 2000, 665 (670).

<sup>168</sup> *Bartloff*, GRUR Int. 2000, 665 (671).

<sup>169</sup> Z.T. ist auch von Internet Service Providern (ISPs) die Rede, vgl. z.B. die Definition bei <http://www.whatis.com>. Die E-Commerce-Richtlinie verwendet in Abschnitt 4 den Begriff „Intermediary Service Provider“, der in der deutschen Fassung schlicht mit „Vermittler“ übersetzt wird. Hierunter gefasst werden die reine Durchleitung (Art. 12), das Caching (Art. 13) und das Hosting (Art. 14). Der Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub.L.No. 105-304, 112 Stat. 2860 vom 28.10.1998, enthält in Sec. 202 (§ 512 k Chap. 5 Title 17 United States Code) eine Begriffsbestimmung.

<sup>170</sup> *Clark*, in: Hugenholz (1996), S. 139 ff.

Industrie schnell begriffen und technische Maßnahmen zum Schutz vor Produktpiraterie geschaffen<sup>171</sup>.

## 2. Die Einschaltung der SPs – Beispiel: „Notice and Take Down“-Verfahren

Wegen der Schwierigkeiten, einzelne Urheberrechtsverletzer im Netz aufzufinden, ist die Einschaltung der SPs bei der Bekämpfung von Rechtsverletzungen von besonderer Bedeutung. Die SPs sollen rechtswidriges Material oder Informationen, die sie gecached<sup>172</sup>, gehosted<sup>173</sup> oder auf die sie verwiesen<sup>174</sup> haben, unverzüglich entfernen oder den Zugang zu ihnen sperren, wenn sie nach einem bestimmten Verfahren von den Rechteinhabern über die Rechtsverletzung unterrichtet werden. Ein solches „Notice and Take Down“-Verfahren ist im 2. Titel des US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act<sup>175</sup> (DMCA) geregelt. Dagegen enthalten weder die E-Commerce-Richtlinie<sup>176</sup> noch das TDG<sup>177</sup> eine ausdrückliche

<sup>171</sup> Vgl. hierzu auch *Hoeren*, MMR 2000, 515 (519).

<sup>172</sup> Beim Caching handelt es sich um eine zeitweilige Form der Speicherung nicht aber um eine weitere Form der Nutzung der übermittelten Information. Kopien der Informationen, die von Dritten online verfügbar gemacht und übermittelt wurden, werden zeitweise im System eines Betreibers vorgehalten, um den späteren Abruf der Information zu beschleunigen. Solche Kopien sind das Ergebnis von automatischen technischen Prozessen und sie liegen „zwischen“ dem Ort im Netzwerk, an dem die Information ursprünglich verfügbar gemacht wurde, und dem endgültigen Nutzer. Zu diesem Begriff vgl. den Kommentar zu Art. 13 des ECRL-Vorschlags vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 31f; außerdem die Begründung zum neuen § 10 TDG im Entwurf für ein Elektronisches Geschäftsverkehr-Gesetz (EGG-E) vom 17.05.2001, BT-Drcks. 14/6098, S. 24. Eine Definition findet sich auch unter

<http://www.whatis.com>.

<sup>173</sup> Zum Hosting zählen solche Handlungen, die in der Speicherung von Informationen bestehen, die von einem Nutzer und in seinem Auftrag geliefert werden, z.B. die Bereitstellung von Serverraum für die Netzseiten eines Unternehmens oder einer Einzelperson, für ein elektronisches Schwarzes Brett (BBS) oder für ein Diskussionsforum. Zu diesem Begriff vgl. den Kommentar zu Art. 14 des ersten ECRL-Vorschlags, KOM (1998) 586 endg., S. 32f; außerdem die Begründung zum neuen § 11 TDG, a.a.O. (Fn. 172), S. 25 und

<http://www.whatis.com>.

<sup>174</sup> Vor allem durch Hyperlinks und Linksammlungen.

<sup>175</sup> Pub.L.No. 105-304, 112 Stat. 2860 vom 28.10.1998. Dieser 2. Titel wird als Online Copyright Infringement Liability Limitation Act bezeichnet und wurde in Chapter 5 of title 17, United States Code (U.S.C.A.) aufgenommen. Zum Inhalt des DMCA vgl. z.B. *Freytag*, MMR 1999, 207ff.

<sup>176</sup> A.a.O. (Fn. 3).

Regelung zu diesen Verfahren, auch wenn dies zum Teil behauptet wird<sup>178</sup>. In Europa wird die Einführung solcher Verfahren ausdrücklich der freiwilligen Kooperation und Selbstregulierung zwischen den betroffenen Parteien überlassen<sup>179</sup>. So haben vor allem die Landesgruppen der „International Federation of the Phonographic Industry“ (IFPI) für die Tonträgerindustrie versucht, solche Vereinbarungen mit den jeweiligen nationalen SPs zu schließen. Die verschiedenen Vereinbarungen unterliegen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit der Parteien und können deshalb sehr unterschiedlich ausgestaltet sein<sup>180</sup>. Häufig enthalten sie zahlreiche spezielle Einzelregelungen. Die folgende Darstellung der Funktionsweise eines „Notice and Take Down“-Verfahrens beschränkt sich deshalb auf dessen Grundzüge. Sie orientiert sich am Vorbild des DMCA, bezieht aber die Besonderheiten, die sich bei rein privaten Vereinbarungen, wie sie in Europa mangels gesetzlicher Regelung erforderlich sind, mit ein.

### a. Das Verfahren

Eingeleitet wird das Verfahren durch eine Mitteilung an den SP, die den illegal angebotenen Inhalt genau bezeichnet sowie genügend Informationen zum Auffinden des Materials angibt. Außerdem sind nach der Regelung des DMCA bestimmte formelle Voraussetzungen einzuhalten<sup>181</sup>: Der Absender der Mitteilung muss eidesstattlich versichern, dass er berechtigt ist, für den Urheberrechtsinhaber zu handeln. Die Behauptung einer Rechtsverletzung bedarf dagegen keiner eidesstattlichen Versicherung<sup>182</sup>. Der SP hat einen Angestellten zu benennen, der zum Empfang solcher Mitteilungen

<sup>177</sup> Gesetz über die Nutzung von Telediensten vom 22.07.1997 (Art. 1 des Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste), BGBl 1997 I, S. 1870, zuletzt geändert 14.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3721.

<sup>178</sup> Z.B. von *Cichon*, K&R 1999, 547 (551) und *Leupold/Demisch*, ZUM 2000, 379 (386) zu § 5 Abs. 2 TDG a.F.

<sup>179</sup> Vgl. den Kommentar zu Art. 14 des ECRL-Vorschlags vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 32; außerdem *Freytag*, MMR 1999, 207 (213); *Lindholm/Maennel*, CRi 2000, 65 (69).

<sup>180</sup> Beispiele für „Notice and Take Down“-Vereinbarungen in der Praxis finden sich bei *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (667ff).

<sup>181</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (c)(3) (DMCA Sec. 202).

<sup>182</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (c)(3) (v) und (vi) (DMCA Sec. 202).

bevollmächtigt ist<sup>183</sup>. Erfüllt die Mitteilung die geforderten Voraussetzungen, ist der SP verpflichtet, den rechtswidrigen Inhalt unverzüglich zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren. Nach dem DMCA muss der SP den angeblichen „Rechtsverletzer“ nach der Sperrung darüber informieren, dass der Zugang zu dem rechtswidrigen Material dauerhaft gesperrt bleiben wird, soweit der „Rechtsverletzer“ dem SP keine so genannte „counter notice“<sup>184</sup> übermittelt. Erhält der SP eine solche „counter notice“, muss er den Urheberrechtsinhaber davon in Kenntnis setzen und frühestens nach zehn spätestens nach 14 Tagen den Zugang zu der betroffenen Seite wieder ermöglichen. Diese „counter notice“ muss eine eidesstattliche Versicherung enthalten, dass der Nutzer gutgläubig ist und dass die Sperrung bzw. Entfernung zu unrecht erfolgte. Außerdem muss der Nutzer die Zuständigkeit eines US-Gerichts für eine Klage des Rechtsinhabers gegen ihn anerkennen<sup>185</sup>. Erhält der SP jedoch innerhalb dieser Frist vom Urheberrechtsinhaber eine Mitteilung, dass dieser Klage gegen den angeblichen „Rechtsverletzer“ eingelegt hat, kann der SP die betroffenen Informationen gesperrt lassen. Die Klage muss also lediglich eingereicht sein. Nicht erforderlich ist, dass der Urheberrechtsinhaber eine einstweilige Verfügung erwirkt hat. Soweit ersichtlich, sehen die meisten privaten „Notice and Take Down“-Verfahren eine solche „counter notice“ nicht vor.

### **b. Die Folge: Haftungsfreistellung**

Hält sich der SP an dieses Verfahren und war er auch anfänglich gutgläubig<sup>186</sup>, haftet er nach dem DMCA weder gegenüber dem Urheberrechtsinhaber noch gegenüber dem angeblichen „Rechtsverletzer“, wenn sich später herausstellt, dass der Verdacht gegen diesen unbegründet war<sup>187</sup>. Eine solch

<sup>183</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (2) (DMCA Sec. 202). Auch ein Entwurf der finnischen IFPI Landesgruppe für eine Vereinbarung mit den finnischen SPs enthält eine solche Verpflichtung, vgl. hierzu *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (668).

<sup>184</sup> Zu den Voraussetzungen dieser „counter notice“ vgl. 17 U.S.C.A. Sec. 512 (g)(2) und (3) (DMCA Sec. 202).

<sup>185</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (g)(3) (DMCA Sec. 202).

<sup>186</sup> Je nachdem, ob es sich um Caching, Hosting oder um die Bereitstellung von Information Location Tools handelt, muss der SP weitere Voraussetzungen erfüllen, um als gutgläubig zu gelten.

<sup>187</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (g)(1) (DMCA Sec. 202).

weitgehende Haftungsfreistellung auch gegenüber Dritten ist im Rahmen einer privaten „Notice and Take Down“-Vereinbarung zwischen dem SP und den Vertretern der Urheberrechtsinhaber natürlich nicht möglich. Dies würde einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen. Deshalb wird meist vereinbart, dass bei anfänglicher Gutgläubigkeit des SPs und bei Einhaltung des vereinbarten Verfahrens die Urheberrechtsinhaber auf die zivil- und strafrechtliche Verfolgung möglicher Ansprüche gegen den SP verzichten und dem SP für jeglichen Schaden, der durch eine fälschliche Herunternahme einer Information verursacht wird, Ersatz leisten. Zum Teil haben sich die Vertreter der Urheberrechtsinhaber außerdem verpflichtet, nicht aktiv für neue rechtliche Regelungen in Bezug auf eine strengere Haftung von SPs einzutreten<sup>188</sup>.

### **c. Sonstige Verpflichtungen der SPs**

Neben der Entfernung oder Sperrung der vermeintlich rechtswidrigen Information enthalten der DMCA sowie einige private „Notice and Take Down“-Vereinbarungen weitere Verpflichtungen der SPs<sup>189</sup>. Die SPs sollen z.B. auf ihrer Homepage Kunden über den Schutz von Urheber- und Leistungsrechten aufklären sowie in ihre Kundenverträge Klauseln zur Verhinderung von Rechtsverletzungen aufnehmen. Zu Kunden, die sich wiederholt rechtswidrig verhalten, sollen sie die vertraglichen Beziehungen abbrechen und die Nutzung ihrer Server durch diese unterbinden<sup>190</sup>. Außerdem sollen sie den Urheberrechtsinhabern alle notwendigen Informationen zur Identifizierung des vermeintlichen „Rechtsverletzers“ zur Verfügung stellen und den Einsatz von technischen Schutz- und Identifizierungsmitteln durch die Urheberrechtsinhaber nicht blockieren<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> So z.B. eine Vereinbarung zwischen dem finnischen Telekommunikationsunternehmen SONERA und der finnischen Verwertungsgesellschaft TEOSTO, vgl. *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (667).

<sup>189</sup> Vgl. hierzu die Darstellung verschiedener Vereinbarungen bei *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (667ff).

<sup>190</sup> Z.B. die Vereinbarung der finnischen IFPI-Landesgruppe und den finnischen SPs, vgl. hierzu *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (667).

<sup>191</sup> Beide Verpflichtungen sind im DMCA enthalten: 17 U.S.C.A. Sec. 512 (h) regelt besondere Voraussetzungen für eine „subpoena“ für die Freigabe solcher Informationen durch den SP. 17 U.S.C.A. Sec. 512 (i) bestimmt, dass der SP seine Technik so gestalten muss, dass sie so genannte „standard technical measures“ der Rechtsinhaber zur Identifizierung und zum Schutz

#### d. Konkrete Vorteile

Der Hauptvorteil der „Notice and Take Down“-Verfahren liegt also in deren extremen Geschwindigkeit. Anders als in gerichtlichen Verfahren oder bei anderen außergerichtlichen Konfliktregelungsformen kann einer Rechtsverletzung innerhalb von wenigen Stunden begegnet und so größerer Schaden verhindert werden. Auch verursacht das Verfahren als solches kaum Kosten. Die Einschaltung der SPs in den Konfliktregelungsprozess ist darüber hinaus ein erheblicher strategischer Vorteil. Hierdurch ergeben sich besondere Kontrollmöglichkeiten und lassen sich vor allem Probleme bei der Vollstreckung umgehen. Die Umsetzung der Konfliktregelungsergebnisse erfolgt über die Provider unmittelbar im Netz selbst.

#### e. Fazit und Ausblick

Das Verfahren beruht also auf einem Kompromiss zwischen den Urheberrechtsinhabern, die für eine strikte Haftung in Computernetzwerken eintreten, und den Netzbetreibern, die eine vollständige Haftungsfreistellung anstreben<sup>192</sup>. Aus der Sicht der Urheberrechtsinhaber ist das Verfahren schnell und kostengünstig. Wehrt sich der vermeintliche „Rechtsverletzer“ nicht, sei es, weil er tatsächlich bösgläubig ist, sich nicht sicher ist, ob er Urheberrechte verletzt, oder weil ihm ein langwieriger und teurer Gerichtsprozess zu riskant erscheint, haben die Urheberrechtsinhaber innerhalb von kürzester Zeit ihr Ziel erreicht. Das Ausfüllen einer „Notice“ an den SP hinsichtlich einer vermeintlichen Verletzung ist denkbar einfach, die Einschaltung eines Anwalts wahrscheinlich nicht erforderlich. Wehrt sich der vermeintliche „Rechtsverletzer“, ist es dem Urheberrechtsinhaber nach dem DMCA möglich, durch Einreichung einer Klage den Zugang zu der streitigen Information weiter zu blockieren. Im Fall von privaten „Notice and Take Down“-Vereinbarungen hängt es vom SP ab, ob er nach einer Beschwerde des vermeintlichen „Rechtsverletzers“ den Zugang zu den Informationen wieder ermöglicht. Zwar macht er sich im Falle der Aufrechterhaltung einer irrtümlichen Sperrung gegenüber seinem Vertrags-

urheberrechtlich geschützter Werke nicht beeinträchtigt. Auch die Vereinbarung der finnischen IFPI-Landesgruppe mit den finnischen SPs enthält eine solche Regelung, vgl. *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (667).

<sup>192</sup> *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 170 (2000).

partner, dem angeblichen „Rechtsverletzer“, schadenersatzpflichtig. Da ihm aber die Urheberrechtsinhaber für diesen Fall die Übernahme der Kosten vertraglich zugesichert haben und er sich im gegenteiligen Fall einer irrtümlichen Freigabe der streitigen Information gegenüber dem betroffenen Urheberrechtsinhaber selbst schadenersatzpflichtig macht, besteht für den SP kein großer Anreiz, die Information allein aufgrund der Beschwerde des vermeintlichen „Rechtsverletzers“ wieder freizugeben. Anders als beim ICANN-Verfahren für Domain-Streitigkeiten bleibt also auch durch die Einreichung einer Klage durch den angeblichen „Rechtsverletzer“ der ursprüngliche Zustand nicht erhalten bzw. wird nicht wieder hergestellt. Vielmehr müsste der betroffene Seiteninhaber, um eine schnelle Freigabe seiner Information wieder zu ermöglichen, eine einstweilige Verfügung gegen den SP oder den Urheberrechtsinhaber erwirken. Ohne das „Notice and Take Down“-Verfahren hätte der Urheberrechtsinhaber eine einstweilige Verfügung zur Sperrung der Information erreichen müssen. Die prozessualen Voraussetzungen haben sich durch das „Notice and Take Down“-Verfahren also umgekehrt.

### 3. Technischer Selbstschutz – Beispiel: DRM-Systeme

Die „Notice and Take Down“-Verfahren ermöglichen einen repressiven Schutz der Rechtsinhaber. Wie sich aus den zusätzlichen Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und SPs ergibt, geht jedoch die Tendenz dahin, daneben verstärkt auch präventive Schutzvorkehrungen einzuführen. Die SPs sollen ermutigt werden, selbstkontrollierende Systeme wie z.B. Netzwerkkontrollen einzusetzen und zusammen mit den Rechtsinhabern verdächtigen Aktivitäten auf ihren Servern nachzugehen<sup>193</sup>. Dabei steht vor allem der Einsatz von Filtern, wie z.B. des deutschen Right Protection System<sup>194</sup> (RPS), im Vordergrund. Nach Angaben der Befürworter kann das RPS nicht nur gegen Urheberrechtsverletzungen im Netz eingesetzt werden, sondern auch gegen die Verbreitung illegaler oder jugendgefährdender Informationen oder Produkte sowie zur Importkontrolle in Verbindung mit

<sup>193</sup> *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (671).

<sup>194</sup> Zur Funktionsweise von RPS *Bortloff*, GRUR Int. 2000, 665 (669).

Steuergesetzen<sup>195</sup>. Das RPS analysiert die Datenübertragung, um den Zugang zu bestimmten URLs mit illegal angebotenen, urheberrechtlich geschützten Werken (aber auch anderen Inhalten) zu verhindern. Es ist ein nationales Schutzsystem und sorgt für die Durchsetzung nationalen Rechts im Internet. Es basiert auf der Idee der Grenzbeschlagnahme, überwacht den Grenz(daten)verkehr und sorgt für Schutz gegen illegal „importierte“ Inhalte<sup>196</sup>.

Ähnlich wie das RPS, d.h. völlig automatisch und selbstkontrollierend, funktionieren auch so genannte „Digital Rights Management Systems“<sup>197</sup> (DRM-Systeme), häufig auch als „Electronic Copyright Management Systems“<sup>198</sup> (ECMS) bezeichnet. Sie können den Zugang zu und die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken kontrollieren. Während das RPS-System durch die Überwachung des Grenz(daten)-verkehrs eine Art digitale Grenzkontrolle darstellt, weisen DRM-Systeme in besonderem Maße Elemente der außergerichtlichen Konfliktregelung auf. Zugegebenermaßen erscheint es auf den ersten Blick ungewöhnlich, solche technischen Schutzvorkehrungen als außergerichtliche Konfliktregelungsmechanismen einzuordnen. Schließlich handelt es sich in erster Linie um Systeme zur Durchsetzung von Urheber- und verwandten Schutzrechten. Auch sind die DRM-Systeme gerade nicht auf eine gemeinschaftliche Konfliktregelung zwischen den Parteien ausgerichtet, sondern der Computer bzw. das entsprechende Computerprogramm macht ein vermeintlich vertrags- oder gesetzeswidriges Verhalten von vornherein unmöglich. Es handelt sich deshalb sicherlich nicht um außergerichtliche Streitbeilegung im herkömmlichen Sinne. Allerdings können solche Systeme so programmiert werden, dass sie ein vermeintlich vertrags- oder gesetzeswidriges Verhalten erkennen bzw. aufspüren und dieses dann unterbinden. Dabei sind sie keinesfalls auf bloße Kopierschutzmaßnahmen beschränkt. Das entsprechende System kann es vielmehr übernehmen, ein bestimmtes Verhalten als zulässig oder unzulässig einzuordnen und das gefundene

<sup>195</sup> Bortloff, GRUR Int. 2000, 665 (669).

<sup>196</sup> Bortloff, GRUR Int. 2000, 665 (669).

<sup>197</sup> Zu diesem Begriff vgl. die Definition bei <http://www.whatis.com>.

<sup>198</sup> Diesen Begriff verwenden z.B. Leupold/Demisch, ZUM 2000, 379 (388); Möschel/Bechtold, MMR 1998, 571 (572).

Ergebnis unmittelbar zu vollstrecken, indem es ein als unzulässig befundenes Verhalten verhindert. Der Einsatz des DRM-Systems ersetzt in diesem Fall eine mögliche Auseinandersetzung der Parteien über die rechtliche Zulässigkeit der jeweiligen Handlung. Insoweit handelt es sich um einen vollautomatisierten Konfliktregelungsmechanismus, der die Phasen Konfliktregelung und Ergebnisdurchsetzung miteinander verbindet. Deshalb sollen zunächst die DRM-Systeme anhand einiger Beispiele dargestellt werden und im Rahmen der weiteren Arbeit zusammen mit den anderen Konfliktregelungsmechanismen nach bestimmten Kriterien untersucht werden.

### a. Funktionsweise

Bei den DRM-Systemen handelt es sich um Technologien, die den Rechteinhabern einen sicheren Vertrieb ihrer Produkte im elektronischen Geschäftsverkehr ermöglichen und – noch wichtiger – eine illegale Verbreitung im Wege der Online-Piraterie verhindern sollen<sup>199</sup>. Es sind also keine reinen Konfliktregelungsmechanismen, sondern Systeme, die dem Urheber eine bisher ungekannte, umfassende Kontrolle über sein Werk ermöglichen. Sie erlauben im Ergebnis individuelle Abrechnungen ähnlich den Telefongebühren. Der einzelne Nutzungsvorgang eines Werks soll erfasst werden<sup>200</sup>.

Erste Voraussetzung für das Funktionieren des Systems ist, dass die digitalen Werke identifiziert, authentifiziert und in ihrer Integrität geschützt werden können. Ähnlich den ISBN-Nummern für Bücher, ISMN-Nummern für Musikalien und ISSN-Nummern für Periodika werden zu diesem Zwecke verschiedene Identifizierungssysteme für digitale Werke entwickelt<sup>201</sup>. Digitale Signaturen und so genannte digitale Wasserzeichen dienen dem Integritätsschutz. Dabei bewirken vor allem die Wasserzeichen, dass auch bei digitalen Kopien die Unterscheidung zwischen Kopie und Original

<sup>199</sup> Ein Überblick über die verschiedenen Systeme und deren Funktionsweise findet sich bei Bechtold, S. 23ff; vgl. außerdem Dudrow, <http://www.creativepro.com/story/feature/8433.html>.

<sup>200</sup> Möschel/Bechtold, MMR 1998, 571 (572).

<sup>201</sup> So z.B. das Common Information System (CIS) und das Digital Object Identifier System (DOI). Näher hierzu Bechtold, S. 36ff; Möschel/Bechtold, MMR 1998, 571 (572).

wieder möglich wird<sup>202</sup>. Für die Authentifizierung der Werke können schließlich Zertifizierungsstellen sorgen. Zweiter Baustein des Systems ist die Zugriffs- und Verwendungskontrolle. Eine Zugriffsbeschränkung für bestimmte Werke erfolgt z.B. über entsprechende Passwortkontrollen. Der Zugriff kann außerdem dadurch kontrolliert werden, dass die Werke über so genannte digitale Container<sup>203</sup> vertrieben werden oder aber zur ihrer Nutzung das Herunterladen eines bestimmten Programms bzw. eines Plugins erforderlich ist. Letztere ermöglichen auch eine Beschränkung auf bestimmte Nutzungsarten und damit bereits eine Verwendungskontrolle. So kann das heruntergeladene Programm z.B. das Ansehen eines Werkes ermöglichen, nicht jedoch das Kopieren, Drucken, das Erstellen von Screenshots oder das Einfügen in eine andere Datei<sup>204</sup>. Auch die Hardware kann so ausgestaltet werden, dass Raubkopien erst gar nicht möglich sind (sog. Trusted Systems)<sup>205</sup>. Schließlich kann über die Registrierung der verschiedenen Nutzungsvorgänge im Netz die Verwendung der Werke kontrolliert werden. Bei passiven Registrierungsmechanismen werden Nutzungsvorgänge durch spezialisierte Suchmaschinen im Internet entdeckt (sog. Spider, Crawler, Robots). Aktive Registrierungsmechanismen sind dagegen auf dem Computer des Nutzers installiert und benachrichtigt über diesen selbständig eine Clearingstelle von dem Nutzungsvorgang<sup>206</sup>.

### **b. Anschauungsbeispiele**

Um zu verdeutlichen, inwieweit solche Systeme Konfliktregelungsmechanismen enthalten können, sollen hier einige Anschauungsbeispiele gebildet werden<sup>207</sup>:

<sup>202</sup> Näher hierzu *Bechtold*, S. 54ff; *Möschel/Bechtold*, MMR 1998, 571 (572); zu den verschiedenen digitalen Wasserzeichen vgl. auch *Gass*, ZUM 1999, 815 (816ff).

<sup>203</sup> Bei diesen kann der Nutzer das verschlüsselte Werk frei weiterkopieren, er erhält jedoch auf das gesamte Werk erst nach Erwerb eines entsprechenden Schlüssels Zugriff. Digitale Container werden z.B. im System von Intertrust, <http://www.intertrust.com>, sowie im Cryptolope-Konzept von IBM, <http://www.software.ibm.com/security/cryptolope>, eingesetzt.

<sup>204</sup> So oder ähnlich funktioniert z.B. Mirage von Alchemedia, <http://www.alchemedia.com>.

<sup>205</sup> Z.B. Wave Systems, vgl. <http://www.wave.com>.

<sup>206</sup> Vgl. hierzu *Möschel/Bechtold*, MMR 1998, 571 (573).

<sup>207</sup> Diese Beispiele sind z.T. den „Trusted System Scenarios“ bei *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 178 (2000), in etwas abgewandelter Form entnommen.

A ist freiberuflich tätig. Er verwendet für die Bearbeitung seiner Aufträge und Kundendaten eine bestimmte Anwendungssoftware, die er gegen eine monatliche Lizenzgebühr von B erworben hat. Eines Tages stellt die Rechnungsverwaltungssoftware der B (irrtümlich) fest, dass A mit mehreren monatlichen Lizenzzahlungen in Verzug ist. Sie setzt sich deshalb automatisch über das Internet mit der von A verwendeten Anwendungssoftware in Verbindung, deren DRM-System sofort die Nutzung sperrt. Dabei werden versehentlich auch verschiedene Kundendaten gesperrt (gelöscht). In den von B verwendeten AGB wird jegliche Haftung für durch Fehler des DRM-Systems verursachte Schäden ausgeschlossen, soweit sie nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen.

Jurastudent J kauft sich für die Erstellung seiner Hausarbeiten einen neuen Computer, auf dem bereits die neueste Version des Betriebssystems der M vorinstalliert ist, das J ebenfalls käuflich erworben hat. Außerdem besitzt J ein älteres Notebook, das er für die Arbeit im juristischen Seminar verwenden möchte. Um Konvertierungsprobleme bei der Übertragen der auf dem Notebook im Seminar gesammelten Informationen auf seinen neuen Computer zu vermeiden, möchte er auch auf dem Notebook das neu erworbene Betriebssystem installieren. Dies gelingt ihm jedoch nicht, da das Betriebssystem durch ein BIOS-Lock fest an die Hardware des neuen Computers gebunden ist und auf einer anderen CPU nicht mehr läuft. Die von der M verwendeten AGB beinhalten eine entsprechende Klausel, wonach das Betriebssystem ausschließlich auf der Hardware des Computers verwendet werden darf, mit dem es erworben wird.

D bietet im Internet den Zugang und die Nutzung einer speziellen Datenbank, die verschiedene historische Dokumente enthält, gegen Zahlung eines Entgelts an. Professor P hat diesen Service in Anspruch genommen und möchte einige Dokumente zur Ansicht für seine Studenten auf der Website seines Instituts bereitstellen. Die DRM-Software des D lässt jedoch das Kopieren der Dokumente auf die Website nicht zu. Denn das Weiterkopieren der Dokumente widerspricht den von D verwendeten AGB. Die Verletzung der entsprechenden AGB-Klausel durch P hat zur Folge, dass sein Zugang zur Datenbank insgesamt gesperrt wird. Diese Sanktion war ebenfalls in den AGB des D enthalten.

E kauft sich die digitale Version eines Buches. Aus diesem möchte er eine Seite kopieren, um sie seiner Freundin F zu zeigen, die Lehrerin ist und die Information für ihren Unterricht verwenden will. Als er versucht, eine Kopie der Seite auszudrucken, erscheint das DRM-System und eröffnet ihm die Möglichkeit, die Seite gegen eine bestimmte Gebühr auszudrucken. E stimmt zu. Die ausgedruckte Kopie enthält ein nur maschinell leserliches Wasserzeichen. F möchte die Seite zwanzigmal für ihre Schüler kopieren. Die DRM-Software des Fotokopiergerätes erkennt jedoch das Wasserzeichen und lässt die Kopien nicht oder nur gegen Zahlung einer weiteren Gebühr zu.

Videospielfreak V erwirbt über das Internet ein neues Videospiel. Nachdem V ein paar mal gespielt hat, funktioniert das Programm nicht mehr. Das eingebaute DRM-System verhindert die weitere Nutzung, da V nach den in den AGB enthaltenen Vertragsbedingungen dieses nur für zehn Spiele nutzen durfte. Will er weiterspielen, muss er ein Upgrade des Programms erwerben.

### c. Konkrete Vorteile

Die DRM-Systeme sind damit, was die Schnelligkeit der Systeme anbelangt, nicht zu übertreffen. Sie funktionieren innerhalb von Sekunden und vollkommen automatisch. Darüber hinaus verursacht ihr Einsatz kaum zusätzliche Kosten. Schließlich sind die Systeme auch in Hinblick auf die Durchsetzung der von ihnen gefundenen Ergebnisse extrem effektiv. Sie sind sozusagen selbstvollziehend.

### d. Fazit und Ausblick

Zwar gibt es in Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der verschiedenen DRM-Systeme noch einige technische Probleme, es handelt sich aber keinesfalls um reine Zukunftsmusik<sup>208</sup>. An den zuletzt genannten Beispielen zeigt sich, dass die DRM-Systeme immer in Situationen zum Tragen kommen, in denen es um eine potentielle Auseinandersetzung der Parteien über die Zulässigkeit einer bestimmten Handlung geht. Herkömmlicherwei-

<sup>208</sup> Vgl. nur die Beispiele bei *Dudrow*, a.a.O. (Fn. 199); außerdem *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 22ff.

se würden diese Situationen, soweit die in Frage stehende Handlung vom jeweiligen Rechtsinhaber überhaupt entdeckt würde, eine gerichtliche oder außergerichtliche Konfliktregelung erforderlich machen. Diese übernimmt das DRM-System automatisch und kommt so einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Lösung im traditionellen Sinne zuvor bzw. tritt an deren Stelle. Der Rechtsinhaber muss seine Rechte nicht mehr vor Gericht durchsetzen, das Urheberrecht ist vielmehr selbstvollziehend. Es handelt sich also um eine Form automatisierter Selbsthilfe<sup>209</sup>. Für den Rechtsinhaber ist dies eine sehr effiziente, schnelle und kostengünstige Methode. Aus der Sicht des Nutzers mag das anders sein: DRM-Systeme führen zumindest zur Umkehr der prozessualen Voraussetzungen. Ohne das DRM-Systeme hätte der Rechtsinhaber gegen eine von ihm als rechtswidrig angesehene Handlung ein Verfahren einleiten müssen. Durch den Einsatz des DRM-Systems muss nun der Nutzer gegen eine von ihm als unzulässig angesehene Vorenthaltung bestimmter Nutzungsrechte vorgehen. Außerdem ist offensichtlich, dass DRM-Systeme nicht nur die Möglichkeit beinhalten, bestehende Rechte zu schützen, sondern auch zur Schaffung neuer Rechte beitragen können. Es ist z.B. möglich, die nach dem Urheberrecht bestehenden Schranken zu umgehen. Darüber hinaus zeigt sich vor allem an dem letzten der oben genannten Beispiele, dass die DRM-Systeme über den Schutz von Urheberrechten hinausgehen können. Im Beispiel geht es in erster Linie darum, den weiteren Zugang des V zu dem Programm unmöglich zu machen und nicht etwa um die Verhinderung einer urheberrechtlich relevanten Handlung, wie dies z.B. der Fall wäre, wenn V versucht hätte, eine Kopie des Programms zu erstellen. Auf diese Punkte wird unten noch näher eingegangen<sup>210</sup>.

<sup>209</sup> *Radin/Wagner*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1295, 1315 (1998), bemerken dazu: solche Systeme seien "more like building high fences than relying on nuisance law; more like moving out the tenants' furniture and changing the lock than relying on landlord-tenant law; and more like sending over a committee of one's friends to intimidate a storekeeper into paying a debt than relying on legal enforcement of contract".

<sup>210</sup> Vgl. hierzu unten S. 134f, S. 192ff und S. 228ff.



## C. Zusammenfassung: Die konkreten Vorteile der neuen ADR-Mechanismen

Gemeinsam ist allen Mechanismen, dass sie zusätzlich zu den gerichtlichen Verfahren neue Möglichkeiten für den Rechtsschutz und die Rechtsdurchsetzung im elektronischen Geschäftsverkehr schaffen wollen. Außerdem besteht bei allen die Tendenz zur Verfahrensbeschleunigung und Automatisierung. Betrachtet man jedoch die Motive, die hinter den einzelnen ADR-Initiativen stehen, genauer, lassen sich, wie bei den meisten Regelungen zum Elektronischen Geschäftsverkehr<sup>211</sup>, zwei verschiedene Hauptzielrichtungen ausmachen: Die einen sind mehr auf das Individuum ausgerichtet, die anderen auf den Markt. Das Individuum steht vor allem bei speziellen Verbraucherschutzmaßnahmen im Fordergrund, wobei aber auch hier zwei unterschiedliche Konzepte des Verbraucherschutzes zum Tragen kommen: Das „Fürsorgekonzept“, wonach der Verbraucher vor unlauteren Praktiken der Unternehmen geschützt werden muss, sowie das „Vertrauenkonzept“, nach dem das Vertrauen des Verbrauchers in den E-Commerce als Grundlage für weiteres wirtschaftliches Wachstum gewonnen werden soll. Initiativen, die vorrangig auf den Markt ausgerichtet sind, zielen dagegen in erster Linie auf die Wirtschaftsförderung und die Steigerung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit ab<sup>212</sup>. Der sich rasant entwickelnde elektronische Geschäftsverkehr soll nicht durch unausgereifte Überreglementierungen, die je nach Staat auch noch erheblich voneinander abweichen können, gebremst werden. Andererseits sollen Inhaber von Rechten durch zusätzliche private Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten auch in den Bereichen geschützt werden, in denen staatliche Schutzmechanismen als zu unflexibel und nicht wirksam genug empfunden werden. Es geht im Grunde also um mehr Selbstregulierung und Marktliberalisierung.

Unabhängig von den unterschiedlichen Motiven und den verschiedenen Interessen, die hinter den zahlreichen Initiativen zur Schaffung neuer

<sup>211</sup> Zu den verschiedenen Zielrichtungen der Initiativen der Europäischen Union zum Internet und Elektronischen Geschäftsverkehr vgl. *Dickie*, S. 101ff.

<sup>212</sup> Vgl. hierzu auch *Dickie*, S. 101ff, der die Initiativen der Europäischen Union zum Internet und Elektronischen Geschäftsverkehr in ähnlicher Weise einteilt.

Konfliktregelungsmechanismen für den elektronischen Geschäftsverkehr stehen, haben doch alle Initiativen den gleichen Ausgangspunkt. Es wird angenommen, dass bei Streitigkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr die außergerichtliche Konfliktregelung gegenüber der gerichtlichen Streitbeilegung besondere Vorteile aufweist. Die außergerichtlichen Mechanismen sollen also eine effizientere Rechtsdurchsetzung und Rechtsverfolgung im E-Commerce gewährleisten. Anhand der oben erarbeiteten Motive lässt sich bereits ablesen, welche Vorteile man sich konkret von der außergerichtlichen Konfliktregelung verspricht. Diese sollen hier noch einmal zusammengefasst werden. Angesichts der Vielfalt der verschiedenen Mechanismen erweist sich dies zwar als schwieriges Unterfangen, es lassen sich aber durchaus einige generelle Vorteile ausmachen.

### I. Flexibilität

Einer der wichtigsten Vorteile der außergerichtlichen Konfliktregelung ist deren größere Flexibilität<sup>213</sup>. Außergerichtliche Verfahren sind, anders als gerichtliche, nicht von vornherein an strenge Form- und Verfahrensvorschriften gebunden. Ihre Ausgestaltung unterliegt in den Grenzen der Sitten- und Gesetzeswidrigkeit in erster Linie der Privatautonomie<sup>214</sup>. Auch die hohen verfassungsrechtlichen Vorgaben, denen der Zivilprozess genügen muss, insbesondere dem Gleichheitsgebot, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs aus Art. 1 Abs. 3; Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 und Art. 103 GG<sup>215</sup>, gelten für außergerichtliche Verfahren allenfalls mittelbar<sup>216</sup>. Das Verfahren kann also wesentlich flexibler gestaltet und den Besonderheiten des jeweiligen Falls angepasst werden. So können z.B. die Interessen der Parteien besser berücksichtigt und der Verfahrensaufwand ins Verhältnis zur Bedeutung des Falles gesetzt

<sup>213</sup> So z.B. auch das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 1.2, Rn. 11.

<sup>214</sup> Zur rechtlichen Einordnung und den rechtlichen Grenzen der einzelnen Mechanismen vgl. unten S. 75ff.

<sup>215</sup> Zu den Anforderungen an die Ausgestaltung des Zivilverfahrens vgl. *Wollschläger*, in: *Blankenburg/Leipold/Wollschläger*, S. 13 (45 ff).

<sup>216</sup> *Geimer*, in: *Schlosser*, S. 113 (135f); *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 103 Rn. 49f.

werden. Anders als gerichtliche können außergerichtliche Verfahren auch unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt werden, was den Vorteil einer größeren Vertraulichkeit mit sich bringt. Diese Gesichtspunkte wirken sich bei grenzüberschreitenden Fällen im E-Commerce besonders günstig aus. Aufwendige Zustellungen und Beweisaufnahmen unter Berücksichtigung der jeweils einschlägigen Staatsverträge können vermieden werden<sup>217</sup>. Auch die Prozesssprache kann frei gewählt werden. Die Anerkennung neuer elektronischer Formen stellt keine Schwierigkeit dar. Schließlich kann auch die Einbeziehung elektronischer Kommunikationsformen und neuer, innovativer Technologien in das jeweilige Verfahren problemlos erfolgen. Je nach Fall können die Parteien allein per Email kommunizieren oder aber an Video- oder Webkonferenzen teilnehmen.

Auch die Möglichkeit einer Loslösung vom strikten Gesetz kann Vorteile mit sich bringen. In einem außergerichtlichen Verfahren steht es den Parteien anders als dem staatlichen Richter offen, über die Rechtsfolgen des Gesetzes hinauszugehen, um eine faire und ausgewogene Lösung zu finden. Zum Beispiel können die Parteien im beiderseitigen Interesse eine gesetzlich nicht vorgesehene Rechtsfolge vereinbaren<sup>218</sup> oder sich sozusagen auf der Hälfte treffen, um die Forderung zu bereinigen<sup>219</sup>. Allgemein ist Raum für kreativere Lösungen. Abgesehen davon muss das Ergebnis einer außergerichtlichen Streitbeilegung überhaupt nicht auf gesetzlichen Vorgaben beruhen. Es kann sich z.B. auch auf Billigkeitserwägungen oder auf zuvor vereinbarte Verhaltenskodizes stützen, wenn die Parteien dies vereinbaren<sup>220</sup>. Auch hier liegen die Vorteile für grenzüberschreitende Fälle im E-Commerce auf der Hand: Die oft diffizilen Fragen des IPR müssen nicht gelöst, auf neue Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr kann, unabhängig von gegebenenfalls nicht bzw. nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden nationalen Gesetzen, flexibler reagiert und eigene Lösungswege beschritten werden.

<sup>217</sup> *Schiffer*, in: Gottwald/u.a., 2.2.3.1, S. 9.

<sup>218</sup> Vgl. hierzu *Prütting*, JZ 1985, 261 (267).

<sup>219</sup> *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (72).

<sup>220</sup> Dieser Vorteil wird z.B. hervorgehoben im Diskussionspapier der Arbeitsgruppe für Rechtsfragen auf der Konferenz zum geplanten EEJ-Net vom 5. – 6. Mai 2000 in Lissabon, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_leg\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_leg_en.html).

Schließlich ist die außergerichtliche Konfliktregelung auch nicht auf bestimmte Verfahren beschränkt. Es können für unterschiedliche Bereiche und unterschiedliche Probleme jeweils eigene Mechanismen entwickelt werden. Im Falle eines Konfliktes steht dem Rechtsuchenden dann eine Vielfalt verschiedener Möglichkeiten offen, unter denen er die jeweils für ihn Günstigste wählen kann. Er hat somit mehrere Möglichkeiten, seine Rechte durchzusetzen.

## II. Zeit- und Kostenersparnis

Aufgrund ihrer Formfreiheit können die meisten Streitbeilegungseinrichtungen für sich gesehen auch schneller arbeiten als die Zivilgerichte<sup>221</sup>. Ein mehrstufiger Instanzenzug besteht grundsätzlich nicht. Der Einsatz elektronischer Kommunikationsformen innerhalb der Verfahren, z.B. Kommunikation über Email, Telefon, Telefax oder gar Videokonferenzen, kann die Konfliktregelung erheblich beschleunigen. Ein weiterer Zeitgewinn ist möglich, wenn die Streitbeilegung durch den Einsatz neuer Technologien oder die Vorprogrammierung bestimmter Konfliktbeilegungsregeln automatisiert wird. Auf diese Weise kann die Konfliktregelung der „Internet-Zeitrechnung“ angepasst werden, d.h. nicht nur Transaktionen im Netz werden mit „Internet-Speed“ abgewickelt, sondern auch mögliche Konflikte, die aus diesen Transaktionen entstehen.

Folge hiervon kann neben der Zeit- auch eine Kostenersparnis sein. Außerdem besteht bei Verbraucherstreitigkeiten die Möglichkeit, die Konfliktregelung für die Verbraucher kostenlos oder gegen eine geringe Gebühr anzubieten. Die Finanzierung kann durch Beiträge aller an eine Konfliktregelungsstelle angebundener Unternehmen oder durch das jeweils betroffene Unternehmen selbst erfolgen<sup>222</sup>. Weitere Kosten können häufig durch die größere Sachnähe der Konfliktregelungseinrichtungen gespart werden, die die Erstellung von teuren Sachverständigengutachten entbehrlich machen kann. Soweit durch die Ausgestaltung des Verfahrens auf die

<sup>221</sup> *M. Schneider*, in: Hilty, S. 625 (633).

<sup>222</sup> Vgl. hierzu auch Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 1.1, Rn. 12.

Einschaltung von Anwälten verzichtet werden kann, ist der Kostenvorteil besonders groß.

### III. Bessere Durchsetzung der Konfliktregelungsergebnisse

Aufgrund ihrer besonderen Funktionsweise können einige der neuen Konfliktregelungsmechanismen Probleme bei der Durchsetzung der Konfliktregelungsergebnisse verhindern. Dies kann sowohl gegenüber der Vollstreckung gerichtlicher Urteile, die sich aufgrund der Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehr besonders schwierig gestaltet, als auch gegenüber herkömmlichen außergerichtlichen Mechanismen, für die es häufig an jeder Vollstreckungsmöglichkeit fehlt, einen besonderen Vorteil darstellen. Dabei sind die Methoden, die für die Durchsetzung der Konfliktregelungsergebnisse sorgen sollen, je nach Mechanismus allerdings sehr unterschiedlich. Sie reichen von der Einführung von Gütesiegeln, über die Ausnutzung der zentralen Stellung der Domain-Vergabestellen bzw. der SPs bis hin zum Einsatz völlig selbstvollziehender, vollautomatisierter Schutzsysteme.

### IV. Größere Sach- und Konfliktnähe durch Konfliktregelung im Netz selbst

Schließlich können außergerichtliche Konfliktregelungseinrichtungen auch von einer größeren Sachnähe profitieren, wenn sie mit Fachleuten für das jeweilige Gebiet besetzt werden<sup>223</sup>. Anders als bei der Besetzung der Gerichte muss der Grundsatz des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht berücksichtigt werden. Dies ist besonders dann von Vorteil, wenn es wie häufig nicht um besonders schwierige rechtliche Fragen geht, sondern die Parteien um tatsächliche Fragen streiten oder wenn es um netzspezifische Fragen geht, für die besondere Fachkenntnisse erforderlich sind.

<sup>223</sup> Auf diesen Vorteil weisen u.a. hin: *Preibisch*, S. 288f; *Prütting*, JZ 1985, 261 (268); *Renk*, in: *Gottwald/u.a.*, 2.3.1, S. 3f; *Schiffer*, in: *Gottwald/u.a.*, 2.2.3.1, S. 9.

Viel wichtiger ist allerdings, dass Konflikte dort beigelegt werden, wo sie entstehen, nämlich im Internet selbst<sup>224</sup>. Es wird davon ausgegangen, dass die Konflikte am besten von denen geregelt werden können, die den größten Bezug zu ihnen haben, also von den Teilnehmern im E-Commerce<sup>225</sup>. Durch die Ansiedelung der Konfliktregelung im Internet und den Einsatz modernster Technologien sollen Kommunikationsprobleme zwischen den Beteiligten überwunden werden<sup>226</sup>. Außerdem können Reibungsverluste verhindert werden, die dadurch entstehen, dass sich der elektronische Handel in einem globalen Netz vollzieht, während die herkömmlichen Konfliktregelungsverfahren lokal bzw. regional ausgerichtet sind<sup>227</sup>.

<sup>224</sup> *M. Schneider*, in: *Hilty*, S. 625 (635f).

<sup>225</sup> *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54).

<sup>226</sup> Hierzu *Hart*, Part II, I.

<sup>227</sup> *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54).

## Kapitel 5

# Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungskonzepte

Nachdem die verschiedenen außergerichtlichen Konfliktregelungstypen vorgestellt wurden, stellt sich die Frage, wie diese rechtlich einzuordnen sind und welchen rechtlichen Rahmenbedingungen sie unterliegen. Dabei geht es zunächst um eine allgemeine Einordnung der verschiedenen Mechanismen und die Bestimmung ihrer rechtlichen Wirkungen im Rahmen der deutschen Rechtsordnung. Es wird sich zeigen, dass es bisher kaum rechtliche Vorgaben für die außergerichtlichen Mechanismen gibt. Demgegenüber lässt sich allerdings feststellen, dass zahlreiche neuere Initiativen auf europäischer Ebene den alternativen Konfliktbeilegungsmethoden eine besondere Bedeutung zumessen und erste Regelungsansätze enthalten. Außerdem finden sich einige Vorschriften, die sich zwar nicht direkt auf die außergerichtliche Konfliktregelung beziehen, sich aber beim Einsatz außergerichtlicher Mechanismen im E-Commerce auswirken können. Im Vordergrund steht dabei die E-Commerce-Richtlinie. Die Europäische Kommission wollte mit der Regelung des Art. 17 ECRL der außergerichtlichen Konfliktbeilegung im elektronischen Geschäftsverkehr einen besonderen Stellenwert einräumen. Außerdem betrifft die Richtlinie aufgrund ihres horizontalen Ansatzes sämtliche Phasen der Wirtschaftstätigkeit und ist deshalb für jegliche Tätigkeit im E-Commerce von besonderer Bedeutung. Der Vollständigkeit halber soll schließlich kurz auf die Leitlinien der OECD für den Verbraucherschutz im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr eingegangen werden, die ebenfalls Regelungen zur Konfliktbeilegung enthalten. Dabei geht es in der folgenden Untersuchung auch darum, herauszuarbeiten, welches Konzept die

verschiedenen Initiativen bei der Regelung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung verfolgen.

## A. Rahmenbedingungen in Deutschland – Rechtliche Einordnung

### I. Keine Schiedsgerichtsverfahren

Rechtliche Rahmenbedingungen zur außergerichtlichen Konfliktregelung enthält die deutsche Rechtsordnung in erster Linie in den §§ 1025 ff ZPO. Diese Regelungen beziehen sich jedoch ausschließlich auf schiedsgerichtliche Verfahren. Ein echtes Schiedsgerichtsverfahren liegt nur vor, wenn die Parteien durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung bestimmt haben, dass ein zwischen ihnen bestehender Konflikt durch einen Schiedsspruch für beide Parteien bindend entschieden werden soll<sup>228</sup>. Der Schiedsspruch ersetzt die staatliche Rechtsprechung und ist durch die staatlichen Gerichte nur beschränkt überprüfbar<sup>229</sup>. Auf andere Streitbeilegungsverfahren sind die Vorschriften des 10. Buches der ZPO dagegen nach allgemeiner Auffassung nicht, auch nicht analog, anwendbar. Es besteht nämlich wegen der Rechtskraftwirkung und der Möglichkeit, den Schiedsspruch zu vollstrecken, ein Typenzwang<sup>230</sup>.

Von den oben vorgestellten Verfahren lässt sich mit Ausnahme des Cybercourt-Schiedsgerichts keines als echtes Schiedsgericht qualifizieren. Dies gilt zweifelsohne für die Verfahren, die im Rahmen des EEJ-Nets und des Cybercourt-Schlichtungsprojekts in Anspruch genommen werden können. Bei diesen Verfahren soll es sich schon nach dem erklärten Willen der Initiatoren um typische Schlichtungsverfahren und gerade nicht um Schiedsgerichte handeln. Sie sollen nicht an die Stelle eines gerichtlichen Verfahrens treten, sondern durch die staatlichen Gerichte voll überprüfbar

<sup>228</sup> Vgl. statt vieler *Lachmann*, Rn. 2ff; *MünchKomm-Münch*, ZPO, vor § 1025 Rn. 1.

<sup>229</sup> Dies ergibt sich bereits aus §§ 1026, 1059 ZPO.

<sup>230</sup> Siehe *Kisch*, ZZP 51 (1926), 321 (326); *Jauernig*, ZZP 64 (1950/1951), 285 (305); *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 9 I, S. 73; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 151 III 4, S. 918; *Stürner*, ZZP 99 (1986), 291 (306) m.w.N.

sein. Auch die privaten Gütesiegel- und die DRM-Systeme stellen ohne Zweifel keine Schiedsgerichte dar.

Bei den Verfahren des OnlineConfidence-Projekts besteht dagegen die Besonderheit, dass das Ergebnis der Konfliktregelung zwar nicht für den Verbraucher, wohl aber für das Unternehmen bindend sein soll. Trotzdem ist es nicht möglich, eine solche Entscheidung als einseitig bindenden Schiedsspruch anzusehen. Denn sie weist nicht die in § 1055 ZPO vorgesehenen Rechtsfolgen auf. Das Institut der Rechtskraft setzt eine beiderseitige Bindung voraus. Eine bloß „einseitig wirkende Rechtskraft“ gibt es nicht<sup>231</sup>.

*Von Hippel*<sup>232</sup> ist in seiner Untersuchung zum Ombudsmannverfahren im Banken- und Versicherungswesen der Frage nachgegangen, ob eine Entscheidung, die bloß für eine Seite – im Fall des Ombudsmannverfahrens für die Bank – bindend ist, als „aufschiebend bedingter Schiedsspruch unter einseitigem Vorbehalt“ qualifiziert werden kann. Inhalt der aufschiebenden Bedingung wäre dabei, dass der Schiedsspruch nur bindend sein soll, wenn der Kunde dem Schiedsspruch nachträglich zustimmt. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn es sich um eine für den Kunden günstige Entscheidung handelt (§ 151 BGB<sup>233</sup>), spätestens dann, wenn er sich auf die Entscheidung beruft. Letztendlich ist eine solche rechtliche Konstruktion jedoch mit *von Hippel*<sup>234</sup> abzulehnen, da sich ein „Schiedsspruch unter beidseitigem Vorbehalt“ nicht überzeugend von einem Schlichtungsverfahren abgrenzen lässt, bei dem die Parteien nachträglich dem Vorschlag des Schlichters zustimmen. Bei Letzterem ist es wegen des Typenzwangs den Parteien nämlich verboten, dem Schlichtungsvorschlag die Wirkung eines Schiedsspruchs zu verleihen<sup>235</sup>.

Schließlich sind auch weder das ICANN- noch die „Notice and Take Down“-Verfahren Schiedsgerichte im Sinne der §§ 1025 ff ZPO. Zwar

<sup>231</sup> Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 325 Abs. 1 S. 1 ZPO: „Das Urteil wirkt für und gegen die Parteien“.

<sup>232</sup> S. 51ff.

<sup>233</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.08.1896, RGBl. 1896, S. 195, neugefasst durch Bek. vom 02.02.2002, BGBl. 2002 I, S. 42, zuletzt geändert 24.08.2002, BGBl. 2002 I, S. 3412.

<sup>234</sup> S. 83f.

<sup>235</sup> Vgl. hierzu die sehr ausführliche Diskussion bei *von Hippel*, S. 52ff.

können die Entscheidungen von den Domain-Registrierungsstellen bzw. von den SPs unmittelbar vollstreckt werden, wenn die unterlegene Partei nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Den Parteien steht es jedoch sowohl während als auch nach Abschluss des Verfahrens offen, die zuständigen staatlichen Gerichte anzurufen, um eine andere Entscheidung herbeizuführen. Gleiches gilt für die automatisierten Verfahren wie z.B. clickNsettle, SettleOnline und Cybersettle. Hier geben die Parteien fest vor, bis zu welcher Grenze sie bereit sind, eine Entscheidung zu akzeptieren. Kann eine Übereinstimmung nicht erzielt werden, können sie andere Verfahren der Streitbeilegung in Anspruch nehmen. Es handelt sich deshalb nicht um Schiedsgerichte.

Letztendlich bieten die §§ 1025ff ZPO damit nur für das Cybercourt-Schiedsgericht einen rechtlichen Rahmen.

## II. Keine obligatorischen Vorverfahren

Der Gedanke der außergerichtlichen Streitbeilegung hat in Deutschland nicht zuletzt durch die Einführung des § 15 a EGZPO eine Art Renaissance erlebt. Diese Vorschrift enthält eine Öffnungsklausel, die es den Landesgesetzgebern erlaubt, für bestimmte Zivilklagen einen obligatorischen Schlichtungsversuch vorzuschreiben. Entsprechend haben einige Länder bereits Schlichtungsgesetze erlassen, die die nähere Ausgestaltung dieser Vorverfahren regeln<sup>236</sup>. Um ein solches obligatorisches Vorverfahren handelt es sich jedoch bei keinem der hier untersuchten Konfliktregelungsmechanismen.

Die Möglichkeit, im Konfliktfall unmittelbar ein staatliches Gericht anzurufen, könnte im Einzelfall allenfalls durch eine entsprechende Schlichtungsklausel beschränkt werden, die einen vorherigen Schlichtungsversuch vorschreibt. Solche Schlichtungsklauseln sind jedoch von den Initiatoren der hier untersuchten Verfahren bisher nicht vorgesehen. Dies gilt auch für das ICANN- und die „Notice and Take Down“-Verfahren.

<sup>236</sup> Z.B. Bayerisches Schlichtungsgesetz (BaySchlG) vom 25.4.2000, GVBl. S. 268; Gütestellen- und Schlichtungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (GüSchlG NRW) vom 9.5.2000, GVBl. S. 476; Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung und zur Änderung anderer Gesetze des Landes Baden-Württemberg vom 28.6.2000, GBl. S. 470.

Zwar kann sich ein E-Commerce-Teilnehmer, der eine bestimmte Domain bzw. den Dienst eines bestimmten SPs nutzen möchte, diesen Verfahren nicht entziehen. Sie sind jedoch gerade keine Bedingung für die spätere Anrufung eines staatlichen Gerichtes. Was das EEJ-Net angeht, werden Schlichtungsklauseln, die in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, durch den in der Empfehlung 98/257/EG<sup>237</sup> verankerten Grundsatz der Handlungsfreiheit sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Dagegen hat das Europäische Parlament in seiner Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen<sup>238</sup> vorgeschlagen, dass sich Verbraucher Klauseln in Verbraucherverträgen entgegenhalten lassen müssen, nach denen „der Verbraucher und der Händler vereinbaren, dass jede Streitsache einer außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle übergeben wird, die nach einer von der Kommission genehmigten Regelung zugelassen worden ist“. Die Kommission ist diesem Vorschlag jedoch nicht gefolgt. Beim gegenwärtigen Stand der Arbeiten zur Förderung außergerichtlicher Streitbeilegungsmöglichkeiten sei es nicht möglich, die Verbraucher zu verpflichten, vor der Anrufung der Gerichte auf eine außergerichtliche Streitbeilegung zurückzugreifen. Dies könne in bestimmten Mitgliedstaaten zu Problemen verfassungsrechtlicher Art führen. Außerdem seien die Strukturen, die eine solche Verpflichtung voraussetzt, noch nicht einsatzbereit, und es gebe noch zahlreiche verfahrensrechtliche Fragen im Verhältnis zwischen einer alternativen Streitbeilegung und einem Gerichtsverfahren, die sehr komplex seien und eingehend geprüft werden müssten<sup>239</sup>. Zumindest momentan sind die rechtlichen Rahmenbedingungen in Europa damit nicht darauf ausgerichtet, die Anrufung eines Gerichts von der vorherigen Inanspruchnahme eines außergerichtlichen Verfahrens abhängig zu machen. Auf den Streit, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Schlichtungsklauseln überhaupt zulässig sind, kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen

<sup>237</sup> A.a.O. (Fn. 121).

<sup>238</sup> Sitzung vom 21.09.2000, A5-0253/2000, ABl. EG C 146 vom 17.05.2001, S. 94 (98f).

<sup>239</sup> Vgl. Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 2.2.1, Rn. 45.

werden<sup>240</sup>. Hierbei ist jedenfalls zu bedenken, dass solche Klauseln dem oben genannten Ziel, den Zugang zum Recht im elektronischen Geschäftsverkehr zu verbessern, nicht zuwiderlaufen dürfen. Außerdem sollte das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien nicht unberücksichtigt bleiben<sup>241</sup>.

### III. Keine rechtlichen Rahmenbedingungen

Bei den hier untersuchten Mechanismen handelt es sich also abgesehen von einer Ausnahme weder um Schiedsgerichte noch um obligatorische Vorverfahren im Sinne des § 15 a EGZPO. Für diese sonstigen außergerichtlichen Mechanismen enthält die deutsche Rechtsordnung, wie auch die Rechtsordnungen der meisten anderen europäischen Staaten, keine allgemeinen, für alle gleichermaßen geltenden Verfahrensvorschriften, die die Zulässigkeit oder Wirksamkeit der verschiedenen Mechanismen an besondere Voraussetzungen knüpfen<sup>242</sup>. Vielmehr gelten allgemeine vertragliche Vorschriften oder spezielle Regelungen für Vergleiche. Es finden sich lediglich in speziellen Bereichen gesetzliche Vorgaben, die jeweils nur für ein besonderes Verfahren gelten, z.B. §§ 111 Abs. 2 ArbGG<sup>243</sup>, 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO<sup>244</sup>, 87 ff SachRBerG<sup>245</sup>, 27 a UWG<sup>246</sup> und

<sup>240</sup> Die Zulässigkeit von Schlichtungsklauseln wurde von der Literatur immer wieder in Zweifel gezogen, z.B. *Prütting*, ZZP 99 (1986), 93 (96f); *Flume*, in: FS Bötticher, S. 101 (131ff) (zu Vereinbarungen in einer Vereinssatzung). Ähnlich für die Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen *Gottwald*, in: FS Firsching, S. 89 (98). In der Rechtsprechung werden Schlichtungsklauseln dagegen als wirksam anerkannt, z.B. BGH NJW 1984, 669 (= ZZP 99, 90); BayObLG NJW – RR 1996, 910. Eingehend zum Ganzen *G. Wagner*, 6. Kap. C II 2.

<sup>241</sup> Wie hier Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 3.2.1.1, Rn. 62, 66f.

<sup>242</sup> Vgl. hierzu auch Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 2.1, Rn. 25.

<sup>243</sup> Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.07.1979, BGBl. 1979 I, S. 853, ber. S. 1036, zuletzt geändert 08.08.2002, BGBl. 2002 I, S. 3140.

<sup>244</sup> Insolvenzordnung vom 05.10.1994, BGBl. 1994 I, S. 2866, zuletzt geändert 13.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3574.

<sup>245</sup> Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet vom 21.09.1994, BGBl. 1994 I, S. 2457.

<sup>246</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.06.1909, RGBl. 1909, S. 499, zuletzt geändert 23.07.2002, BGBl. 2002 I, S. 2850.

§ 14 UKlaG<sup>247</sup>. Die hier untersuchten Verfahren werden von diesen Vorschriften nicht berührt. Auch auf internationaler Ebene gibt es bisher nur für die Schiedsgerichtsbarkeit einen rechtlichen Rahmen, bestehend aus verschiedenen multi- und binationalen Abkommen<sup>248</sup>.

Der Grund für das Fehlen konkreter Verfahrensregeln liegt vor allem darin, dass die sonstigen außergerichtlichen Mechanismen, anders als die Schiedsgerichte, gerade nicht an die Stelle eines gerichtlichen Verfahrens treten und auch nicht, wie die obligatorischen Vorverfahren, zwingende Vorbedingung für die Anrufung der staatlichen Gerichte sind. Damit einher geht jedoch, dass die außergerichtlichen Verfahren zumindest bisher kaum rechtliche Auswirkungen, wie z.B. auf den Lauf von Verjährungs- und Klagefristen oder die Beweisaufnahme in einem möglichen späteren Zivilprozess, hatten<sup>249</sup>. Was die Verjährung angeht, wurde das Problem allerdings durch die Neuregelung der Verjährungsregeln im Zuge der Schuldrechtsreform entschärft<sup>250</sup>. Eine Bindung des staatlichen Richters an die Tatsachenfeststellungen in einem außergerichtlichen Verfahren kommt dagegen auch weiterhin nur in Betracht, wenn ein entsprechender Schiedsgutachtenvertrag geschlossen wird<sup>251</sup>. Auch die Möglichkeit, das Ergebnis der außergerichtlichen Konfliktregelung zu vollstrecken, ist begrenzt. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO lässt neben einer Vollstreckung von Prozessvergleichen

<sup>247</sup> Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen vom 26.11.2001, BGBl. 2001 I, S. 3138, ber. S. 3173, zuletzt geändert 27.08.2002, BGBl. 2002 I, S. 3422.

<sup>248</sup> Besondere Bedeutung kommt hierbei dem bereits erwähnten New Yorker Übereinkommen zu, a.a.O. (Fn. 31).

<sup>249</sup> Vgl. hierzu *Glossner*, in: FS Bülow, S. 69 (71); *Preibisch*, S. 211ff. Vorschläge, wie die Ergebnisse eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens zukünftig im Gerichtsverfahren verwendet werden könnten, finden sich bei *Behrens*, RuP 1997, 73 (75); *ders.*, *Driz*, 1997, 236 (238); *Dieckmann*, ZG 2000, 1 (10).

<sup>250</sup> Nach der Reform tritt nicht mehr nur bei echten Schiedsgerichtsverfahren (§ 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB), bei Geltendmachung eines Anspruchs durch Anbringung eines Güteantrags bei einer Gütestelle (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB), bei ausdrücklicher Festlegung im Gesetz (z.B. § 27 a Abs. 9 UWG) oder bei Abschluss eines Vergleichs (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) eine Hemmung bzw. ein Neubeginn der Verjährung ein. Vielmehr wird die Verjährung gem. § 203 BGB nunmehr grundsätzlich durch Verhandlungen mit der Gegenseite gehemmt. Früher galt das nur bei Verhandlungen über deliktische Ansprüche (§ 852 Abs. 2 BGB a.F.). Außerdem schließt § 202 BGB n.F. eine Verlängerung der Verjährungsfrist nicht mehr aus (so noch § 225 BGB a.F.).

<sup>251</sup> Zum Schiedsgutachtenvertrag vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, § 317 Rn. 4ff; *Thomas*, in: *Thomas/Putzo*, vor § 1029 Rn. 4f.

auch die Vollstreckung von Vergleichen, die in einem Prozesskostenhilfeverfahren, einem selbständigen Beweisverfahren oder vor einer anerkannten Gütestelle geschlossen wurden, zu. Gem. § 794 Abs. 1 Nr. 4 a ZPO ist außerdem die Vollstreckung von Anwaltsvergleichen möglich. Außerhalb des Bereichs von Vergleichsschlüssen ist dagegen eine vollstreckbare Entscheidung sehr selten und besteht auch nur im Zusammenhang mit den oben bereits erwähnten speziell geregelten Verfahren<sup>252</sup>. Für die hier untersuchten Verfahren gibt es deshalb, zumindest nach deutschem Recht, keine Vollstreckungsmöglichkeit. Insbesondere eine analoge Anwendung der gerade genannten Vorschriften kommt nicht in Betracht. Es besteht Einigkeit darüber, dass das Gesetz die Vollstreckungstitel abschließend regelt<sup>253</sup>. Hierfür spricht die Rechtssicherheit und auch die verfassungsrechtliche Erwägung, dass die Zwangsvollstreckung als eine hoheitliche Maßnahme einer gesetzlichen Grundlage bedarf<sup>254</sup>. Auch auf europäischer Ebene wurde der Vorschlag des Europäischen Parlaments, in die EuGVVO einen Vorschrift aufzunehmen, nach der Vergleiche, die gemäß einem von der Kommission gebilligten alternativen Streitschlichtungssystem erzielt worden sind, unter den gleichen Bedingungen wie öffentliche Urkunden vollstreckbar sein sollten, nicht umgesetzt<sup>255</sup>.

#### IV. Außergerichtliche Konfliktregelung und Rechtsberatungsgesetz

Was die Zulässigkeit der verschiedenen Konfliktregelungsmechanismen angeht, stellt sich schließlich die Frage, ob diese die „Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG zum Gegenstand haben und damit der Erlaubnispflicht des Art. 1 § 1 RBerG unterliegen. Wenn dies der Fall ist, könnte die Konfliktregelung in Deutschland zulässigerweise nur von Anwälten angeboten werden. Das Rechtsberatungsgesetz soll „zum Schutz der Rechtssuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat

<sup>252</sup> Z.B. §§ 111 Abs. 2 ArbGG, 87 ff SachRBerG; 257, 308 Abs. 1 InsO, § 27a Abs. 7 UWG.

<sup>253</sup> Rosenberg/Gaul/Schilken, § 9 I, S. 93.

<sup>254</sup> Stürner, ZfP 99 (1986), 291 (306).

<sup>255</sup> Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, a.a.O. (Fn. 238).

und im Interesse einer reibungslosen Abwicklung des Rechtsverkehrs fachlich ungeeignete und unzuverlässige Personen von der geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten<sup>256</sup> fernhalten.

Soweit die Konfliktregelung über automatisierte Mechanismen wie z.B. im Fall der DRM-Systeme oder bei den Verfahren wie clickNsettle, SettleOnline und Cybersettle erfolgt, scheidet eine rechtsberatende Tätigkeit bereits begrifflich aus. Die jeweilige Software berät die Parteien nicht, sondern findet lediglich nach vorgegebenen Regeln ein bestimmtes Ergebnis. Ähnliches gilt für die „Notice and Take Down“-Verfahren. Der SP erteilt den Konfliktparteien gerade keinen rechtlichen Rat. Er handelt vielmehr meist sogar ohne eine eigene rechtliche Prüfung allein aufgrund der Anzeige des jeweiligen Rechtsinhabers. Auch bei den Chargeback-Verfahren und bei Trusted Shops erhält der Kunde lediglich sein Geld zurück. Die Besorgung seiner Rechtsangelegenheiten übernehmen die jeweiligen Anbieter dagegen nicht.

Bei den übrigen Verfahren, bei denen der Dritte aktiv an der Konfliktbeilegung mitwirkt und gegebenenfalls am Ende einen Lösungsvorschlag, einen Schlichtungs- oder einen Schiedsspruch abgibt, könnte es sich dagegen um die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten handeln. In diesem Zusammenhang ist allerdings Art. 1 § 2 RBerG zu beachten, der Schiedsverfahren von der Erlaubnispflicht des Art. 1 § 1 RBerG ausnimmt. Dies wird damit begründet, dass der Schiedsrichter im Auftrag beider Parteien den Streit schlichte und dies keine Rechtsberatung sei<sup>257</sup>. Legt man diesen Gesetzeszweck zugrunde, fallen nicht nur echte Schiedssprüche, sondern auch Schlichtungssprüche unter die Ausnahme des Art. 1 § 2 RBerG<sup>258</sup>. Das gilt jedenfalls insoweit, als die Schlichtung darauf begrenzt ist, den Parteien anhand der von ihnen vorgebrachten Tatsachen einen Schlichtungsvorschlag zu unterbreiten, den diese dann annehmen oder ablehnen können. Im

<sup>256</sup> BVerfGE 41, 378 (390). Siehe ferner die verfassungsgerichtlichen Leitentscheidungen vom 05.05.1987 in BVerfGE 75, 246 und 284.

<sup>257</sup> *Rennen/Caliebe*, Art. 1 § 2 Rn. 8.

<sup>258</sup> So ebenfalls *Ebbing*, NJW-CoR 1996, 242 (242); *Grunewald*, BB 2001, 1111 (1113); wohl auch *Weth*, in: Henssler/Prütting, Art. 1 § 2 RBerG Rn. 11; *Rennen/Caliebe*, Art. 1 § 2 Rn. 9, die auch die Tätigkeit von Verbands-, Vereins u. Parteigerichten sowie von Prüfungsausschüssen hierunter fassen.



Übrigen ist Art. 1 § 2 RBerG allerdings eng auszulegen<sup>259</sup>, d.h. soweit der Dritte eine aktivere Rolle übernimmt, wie z.B. bei der Mediation, wird man von einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit ausgehen müssen<sup>260</sup>. Der Mediator versucht, als Mittler ohne eigene Entscheidungskompetenz den Parteien zu einer autonom ausgearbeiteten Lösung zu verhelfen. Er wirkt also bei der Gestaltung des rechtlichen Rahmens in einem konkreten Einzelfall mit. Diese Rechtsgestaltung fällt unter den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes<sup>261</sup>. Auch die Ausnahme des Art. 1 § 5 RBerG wird in den meisten Fällen nicht greifen<sup>262</sup>. Die Privilegierung von Annexstätigkeiten bleibt verschlossen, wenn die rechtliche Beratung von vornherein „gewichtiger und vollwertiger“<sup>263</sup> Teil des gesamten Aufgabengebietes ist. Soweit die notwendige rechtliche Beratung im Rahmen der Mediation also nicht nur den Charakter einer bloßen Hilfs- oder Nebentätigkeit hat, sondern zum Kern der mediativen Beratung gehört, bleibt es bei der Erlaubnispflicht des Art. 1 § 1 RBerG<sup>264</sup>. Gleiches gilt selbstverständlich, wenn eine Konfliktregelungseinrichtung zum Zwecke der Schlichtung in ähnlicher Weise wie bei der Mediation rechtsgestaltend auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien einwirkt oder nicht nur die Streitbeilegung, sondern auch eine Beratung der Parteien anbietet. Solche Tendenzen lassen sich bei den Clearingstellen des EEJ-Nets erkennen<sup>265</sup>. Dabei sind die Grenzen zwischen einer eher passiven Schlichterrolle und einer aktiven Rechtsgestaltung sowie zwischen Rechtsberatung und bloßer Annexstätigkeit sicherlich fließend und hängen vom konkreten Einzelfall ab.

<sup>259</sup> So auch LG Rostock NJW-RR 2001, 1290 (1292).

<sup>260</sup> So auch *Hafke*, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 65 (83ff); *Henssler*, AnwBl. 1997, 129 (131f); *ders.*, in: Breidenbach/Henssler, S. 75 (83), a.A. *Stempel*, AnwBl. 1993, 434 (435), der § 5 ReBerG für anwendbar hält.

<sup>261</sup> LG Rostock NJW-RR 2001, 1290; *Hafke*, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 65 (83ff); *Henssler*, AnwBl. 1997, 129 (131).

<sup>262</sup> *Hafke*, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 65 (89ff).

<sup>263</sup> BGH NJW 1987, 3003 (3004); MDR 1989, 793; BVerfGE 75, 284 (299).

<sup>264</sup> So auch *Hafke*, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 65 (89ff); *Henssler*, AnwBl. 1997, 129 (132); a.A. *Stempel*, AnwBl. 1993, 434 (435). *Glenewinkel* betont dagegen in seiner Untersuchung zur Trennungs- und Scheidungsmediation, dass es noch kein einheitliches Berufsbild des Mediators gebe und die Erlaubnispflicht deshalb von der jeweiligen Tätigkeit abhängen, ebenda S. 348.

<sup>265</sup> Zu den Aufgaben der Clearingstellen vgl. oben S. 41.

Bei den hier untersuchten Konfliktregelungsangeboten für den E-Commerce wird es sich zwar selten um eine mediative Tätigkeit handeln. Angesichts der Tatsache, dass die Parteien sich in der Regel an weit voneinander entfernten Orten befinden und die Konfliktregelung über Email, Chatboxen, Videokonferenzen, den traditionellen Postweg oder sonstige Kommunikationsmedien abgewickelt wird, bleibt für eine wirklich mediative Tätigkeit wenig Raum. Trotzdem ist auch bei der Konfliktregelung im E-Commerce eine aktive Rechtsgestaltung bzw. eine Beratung der Parteien durch den Dritten nicht ausgeschlossen. Für diese Art der Konfliktregelung ist deshalb eine Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG erforderlich.

Allerdings sind in letzter Zeit Tendenzen für eine Liberalisierung des Rechtsberatungsgesetzes erkennbar. So haben z.B. SPD und Grüne in ihrem Koalitionsvertrag vereinbart, das Rechtsberatungsgesetz den gesellschaftlichen Bedürfnissen anzupassen<sup>266</sup>. In diesem Zusammenhang könnte auch die Erlaubnispflicht für die außergerichtliche Konfliktregelung neu beurteilt werden<sup>267</sup>. Soweit die Konfliktregelung von Institutionen angeboten wird, die ihre Niederlassung nicht in der Bundesrepublik Deutschland haben, könnte sich die Unanwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes außerdem aus dem in Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL niedergelegten Herkunftslandprinzip ergeben. Auf diese Frage soll allerdings erst im nächsten Punkt im Zusammenhang mit der Untersuchung der E-Commerce-Richtlinie näher eingegangen werden.

## V. Ergebnis

Da es sich bei den hier behandelten Konfliktregelungsmechanismen für den E-Commerce ganz überwiegend weder um Schiedsgerichte noch um obligatorische Vorverfahren im Sinne des § 15 a EGZPO handelt, unterliegen sie keinen rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Konfliktregelung einheitlich an besondere Vorgaben knüpfen oder ihnen besondere Rechtswirkungen zumessen. Allerdings unterliegt die Konfliktregelung der Erlaubnispflicht nach Art. 1 § 1 RBerG, soweit der Dritte im Rahmen der

<sup>266</sup> Vgl. hierzu die entsprechende Meldung in der FAZ vom 23.10.2002, Nr. 246, S. 21.

<sup>267</sup> Vgl. auch den Hinweis im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 2.1, Rn. 26 (Fn. 54).

Konfliktregelung rechtsgestaltend auf das Verhältnis zwischen den Konfliktparteien einwirkt.

## B. Der neue Rechtsrahmen in der EU

Für die Institutionen der Europäischen Union stellt die alternative Streitbeilegung eine mehrfach bekräftigte politische Priorität dar, die insbesondere im Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft unterstrichen wurde. Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission erst kürzlich ein Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht erarbeitet, das einen Überblick über die derzeitige Lage geben und als Grundlage für eine umfassende Konsultation über die zu treffenden konkreten Maßnahmen dienen soll<sup>268</sup>. Es ist also damit zu rechnen, dass der Rechtsrahmen für die außergerichtliche Konfliktregelung in der EU künftig näher ausgestaltet wird. In neueren Initiativen auf europäischer Ebene finden sich allerdings schon jetzt einige Vorschriften, die sich unmittelbar auf die außergerichtliche Konfliktregelung beziehen bzw. die sich auf die hier untersuchten Mechanismen mittelbar auswirken können. Diese sollen nun näher untersucht werden.

### I. Die E-Commerce-Richtlinie

#### 1. Überblick über die Richtlinie

##### a. Entstehungsgeschichte

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)<sup>269</sup> wurde am 8. Juni 2000 vom Rat verabschiedet und trat am 17. Juli 2000 mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften in Kraft. Die Mitgliedstaaten hatten gem. Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie bis zum 17.01.2002 Zeit, die

<sup>268</sup> a.a.O. (Fn. 9), Zusammenfassung, S. 5.

<sup>269</sup> Richtlinie 2000/31/EG vom 08.06.2000, ABl. EG L 178 vom 17.07.2000, S. 1.

Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Auffällig ist, dass der erste Vorschlag für eine Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr im Gegensatz zu anderen Richtlinienentwürfen nicht über „Green Paper“ und „Follow-ups“ vorbereitet wurde. Dies hing wohl unter anderem mit dem Willen aller Beteiligten zusammen, möglichst schnell einen adäquaten Rechtsrahmen für den E-Commerce zu schaffen, der sich auch im weiteren Verfahren niedergeschlagen hat, das insgesamt von einem hohen Einigungsdruck geprägt war<sup>270</sup>.

##### b. Anwendungsbereich

Die Richtlinie findet, abgesehen von den in Art. 1 Abs. 5 genannten Ausnahmen, auf alle Dienste der Informationsgesellschaft Anwendung. Von zentraler Bedeutung für den Anwendungsbereich ist deshalb der Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ und nicht der des „elektronischen Geschäftsverkehrs“, wie man aufgrund der Kurzfassung des Richtlinienentwurfs annehmen könnte<sup>271</sup>. Für die Bestimmung des Begriffs „Dienste der Informationsgesellschaft“ verweist Art. 2 a ECRL auf die Transparenzrichtlinie<sup>272</sup>. Ein „Dienst der Informationsgesellschaft“ ist hiernach „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“<sup>273</sup>. Zwar gehört dieser Begriff, wie durch den Verweis auf die Transparenzrichtlinie klargestellt wird, bereits zum „acquis communautaire“. Hinsichtlich der genauen Reichweite der einzelnen Definitionsbestandteile besteht allerdings keinesfalls Einigkeit<sup>274</sup>. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen vor allem zu den reinen

<sup>270</sup> In der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament zum gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt vom 29.02.2000, SEK (2000) 386 endg., S. 3, heißt es: „Um die rasche Annahme der Richtlinie, die keinen Aufschub duldet, zu erleichtern, hat die Kommission die Modifikationen ihres geänderten Vorschlags gebilligt“. Zu den ursprünglich bestehenden Differenzen vgl. auch *Tettenborn*, K&R 2000, 59 (59).

<sup>271</sup> S.o. Fn. 17.

<sup>272</sup> Richtlinie 98/34/EG vom 22.06.1998, ABl. EG L 204 vom 21.07.1998, S. 37 in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG vom 20.07.1998, ABl. EG L 217 vom 05.08.1998, S. 18.

<sup>273</sup> Art. 1 Nr. 2 der Transparenzrichtlinie, a.a.O. (Fn. 272).

<sup>274</sup> Sehr ausführlich zu den Abgrenzungsschwierigkeiten z.B. *Hoeren*, MMR 1999, 192 (193f); *Spindler*, ZUM 1999, 775 (776ff); *Waldenberger*, EuZW 1999, 296 (296f), wobei sich manche

Kommunikationsdienstleistungen. Nach der Begründung der Kommission zum ersten Richtlinienvorschlag<sup>275</sup> ist dieser Begriff jedenfalls sehr weit gefasst. Bei den Diensten der Informationsgesellschaft handele es sich um höchst unterschiedliche und weitgestreute Bereiche und Wirtschaftstätigkeiten. Sie reichten vom Angebot und Verkauf von Waren, deren Bekanntmachung bis hin zur werbefinanzierten Bereitstellung von Informationen, elektronischen Schulungen, Leistungen freier Berufe usw. Alle Phasen der wirtschaftlichen Tätigkeit seien erfasst<sup>276</sup>.

### **c. Zielsetzung und Konzeption der Richtlinie**

Die Zielsetzung der Richtlinie ergibt sich zunächst aus Art. 1 Abs. 1, der als typische Binnenmarktregelung im Sinne eines Programmsatzes bzw. eines politischen Signals zu verstehen ist<sup>277</sup>. Hiernach soll die Richtlinie „einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt“. Es geht vor allem darum, die noch bestehenden rechtlichen Unsicherheiten durch die Schaffung eines kohärenten, klaren und allgemeinen Rechtsrahmens auszumerzen, um so der Rechtsunsicherheit von Verbrauchern und Nutzern zu begegnen. Denn solange kein Vertrauen in die Nutzung der Online-Dienste besteht, gehen den Unternehmen Absatzmöglichkeiten verloren<sup>278</sup>.

Dabei verfolgt die E-Commerce-Richtlinie einen horizontalen Ansatz, dessen Ziel es ist, mit demselben rechtlichen Instrument möglichst gleichzeitig und in kohärenter Weise die verschiedenen Phasen der Wirtschaftstätigkeit aller Dienste der Informationsgesellschaft zu erfassen. Sie trägt also dem Umstand Rechnung, dass es sich bei Rechtsfragen zum elektronischen Geschäftsverkehr um eine Querschnittsmaterie handelt. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Begriff des „koordinierten Bereichs“. Dieser ist in vielen der von der Generaldirektion

der bei diesen Autoren genannten Kritikpunkte durch Klarstellungen in der endgültigen Richtlinienfassung z.T. erledigt haben.

<sup>275</sup> ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg.

<sup>276</sup> Begründung des ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 16.

<sup>277</sup> Tettenborn, K&R 1999, 252 (253).

<sup>278</sup> So die Begründung zum ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 6f.

XV ausgearbeiteten Richtlinien, z.B. in der Fernsichtlinie<sup>279</sup> enthalten. Er umfasst gem. Art. 2 h ECRL „die für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen, ungeachtet der Frage, ob sie allgemeiner Art oder speziell für sie bestimmt sind“. Es geht also nicht nur um die fünf Regelungsbereiche Niederlassung der Diensteanbieter, Kommerzielle Kommunikation, Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr, Verantwortlichkeit der Vermittler und Rechtdurchsetzung, in denen nach den inhaltlichen Bestimmungen der Richtlinie eine Harmonisierung stattfinden soll, sondern um sämtliche Vorschriften für den Zugang zu den Diensten der Informationsgesellschaft. Durch die völlige Überarbeitung der Definition des Begriffs „koordinierter Bereich“ im endgültigen Richtlinienentwurf wird allerdings klargestellt, dass nur Online-Dienstleistungen hierunter fallen, nicht dagegen die klassischen Dienstleistungen und die Warenverkehrsfreiheit.

Die Richtlinie strebt jedoch keinesfalls eine Gesamtlösung aller Rechtsfragen an; ein solches Ziel wäre angesichts des horizontalen Ansatzes auch nicht realistisch. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, das für den Binnenmarkt strikt Erforderliche zu regeln, und verfolgt dabei das Konzept einer Minimalharmonisierung. Die Kommission sieht grundsätzlich keine Notwendigkeit zur Harmonisierung aller inhaltlichen Rechtsvorschriften. Das Ziel der Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen soll vielmehr durch das in Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL geregelte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und der Kontrolle der Dienste am Ort der Niederlassung (Herkunftslandprinzip) erreicht werden. Die Richtlinie beschränkt sich deshalb auf die Regelung der oben genannten fünf zentralen Bereiche<sup>280</sup>, in denen nach Ansicht der Kommission noch erhebliche Divergenzen zwischen den verschiedenen nationalen Vorschriften bestehen, die sich hemmend auf

<sup>279</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität vom 03.10.1989, ABl. EG L 298 vom 17.10.1989, S. 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments vom 30.06.1997, ABl. EG L 202 vom 30.07.1997, S. 60.

<sup>280</sup> Die Niederlassung der Diensteanbieter, die kommerzielle Kommunikation, der Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr, die Verantwortlichkeit der Vermittler und die Rechtdurchsetzung.

die Verwirklichung des Binnenmarktes für die Dienste der Informationsgesellschaft auswirken.

Außerdem betont die Kommission, dass die Beteiligten durchaus in der Lage sind, viele Bereiche selbst und ohne eine gesetzliche Intervention zu regeln. Es soll also eine Überreglementierung vermieden und statt dessen auf die Selbstregulierungsmechanismen der Wirtschaft vertraut werden. Damit trägt die Richtlinie dem Umstand Rechnung, dass die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs erst in ihren Anfängen steht und nicht durch verfrüht festgelegte, unsachgemäße Regeln eingeschränkt werden darf. Es geht also nicht um die Schaffung eines neuen Regelwerks, sondern um die Koordinierung, Anpassung und Modernisierung der innerstaatlichen Vorschriften, die den Erfordernissen des elektronischen Geschäftsverkehrs nicht gerecht werden, sowie um die Sicherstellung einer wirksamen und effizienten Anwendung bereits vorhandener Regeln<sup>281</sup>.

## 2. Die für die Konfliktregelung relevanten Vorschriften

### a. Inhalt und Umfang der verschiedenen Vorschriften

Die E-Commerce-Richtlinie enthält in Art. 17 eine ausdrückliche Regelung zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten. Diese Vorschrift kann jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Wie bereits bei der Darstellung der verschiedenen außergerichtlichen Konfliktregelungstypen gesehen, stehen diese häufig im Zusammenhang mit anderen Elementen, die die private Rechtsverfolgung erleichtern sollen. Hierzu zählen vor allem Verhaltenskodizes und Gütesiegelsysteme. Die verschiedenen Elemente sind oft im Rahmen eines einheitlichen Konfliktregelungssystems untrennbar miteinander verknüpft. Verhaltenskodizes können z.B. die Pflicht zur Teilnahme an einem außergerichtlichen Verfahren enthalten und außerdem als Entscheidungsgrundlage bei der außergerichtlichen Streitbeilegung dienen. So geht auch die Europäische Kommission davon aus, dass einzelne ADR-Mechanismen nicht für sich gesehen werden können, sondern nur als ein Teil einer Kette von sich gegenseitig stützenden Maßnahmen<sup>282</sup>. Aus

<sup>281</sup> So die Begründung des ECRL-Vorschlags vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 19.

<sup>282</sup> So der Kommentar der Kommission vom 30.05.2000 zum FTC Workshop vom 6.-7. Juni 2000,

diesem Grund sollen auch die Art. 16, Art. 8 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 ECRL, die Regelungen zu Verhaltenskodizes und zur Koordinierung der Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen enthalten, kurz dargestellt werden. Außerdem können Haftungsregelungen für das Entstehen der oben beschriebenen „Notice and Take Down“-Verfahren von Bedeutung sein. Auf diese wird deshalb ebenfalls eingegangen.

### aa. Art. 17 Abs. 1 ECRL

Nach Art. 17 Abs. 1 ECRL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die innerstaatlichen Rechtsvorschriften bei Streitigkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr „die Inanspruchnahme der nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung, auch auf geeignetem elektronischem Wege, nicht erschweren“. Anders als z.B. Art. 10 der Überweisungsrichtlinie<sup>283</sup> enthält Art. 17 ECRL damit keine Pflicht zur Schaffung neuer, für die Lösung von Streitigkeiten im E-Commerce wirksamer und angemessener Verfahren, sondern nur zur Beseitigung von rechtlichen Hindernissen für bereits existierende außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen. Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, ihre Rechtsvorschriften daraufhin zu untersuchen, ob diese einer Inanspruchnahme solcher Mechanismen, auch auf elektronischem Wege, entgegenstehen und diese gegebenenfalls zu ändern. Wie aus Erwägungsgrund 51 deutlich wird, müssen die Änderungen bewirken, dass die Mechanismen de facto und de iure tatsächlich wirksam funktionieren können und zwar auch bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten.

### aaa. Die erfassten Mechanismen

Art. 17 Abs. 1 ECRL spricht ganz allgemein von „Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung“. Hierbei handelt es sich zunächst um eine sehr weite Formulierung. Aus der Verwendung des Begriffs „Verfahren“ könnte man allerdings schließen, dass es sich zumindest um herkömmliche Konfliktrege-

<http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/comments/postworkshopcomments/europeancommission.pdf>

<sup>283</sup> Richtlinie 97/5/EG vom 27.01.1997, ABl. EG L 43 vom 14.02.1997, S. 25. In Art. 10 heißt es: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass angemessene und wirksame Beschwerde- und Abhilfeverfahren zur Beilegung etwaiger Streitigkeiten (...) vorhanden sind.“

lungsformen, d.h. um Schieds-, Schlichtungs- oder Mediationsverfahren handeln müsse. Neue Formen der Konfliktregelung würden dann von vornherein nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ECRL fallen. Gegen eine solche Auslegung spricht aber bereits ein Vergleich mit den Fassungen in anderen Gemeinschaftssprachen, in denen von „schemes“, „mogelijkheden“, „mecanismos“ oder „mécanismes“ statt von „Verfahren“ die Rede ist.

*Brenn*<sup>284</sup> ist dagegen der Ansicht, dass nur die bestehenden alternativen Streitbeilegungssysteme umfasst seien. Zumindest nach österreichischem Verständnis seien dies in erster Linie Schiedsgerichtsverfahren. Um neue staatlich anerkannte Schlichtungsverfahren dürfe es sich zumindest nicht handeln, allenfalls um für die Beteiligten freiwillige Verfahren ohne die Möglichkeit einer späteren Vollstreckung der Entscheidung.

Aus der dem ersten Richtlinienentwurf beigefügten Kommentierung zu Art. 17 Abs. 1 ECRL ergibt sich allerdings ein anderer Eindruck. Hier ist von außergerichtlichen „Schlichtungsmechanismen“ die Rede. Diese seien wegen der geringen Kosten, die sie verursachen, für bestimmte Streitigkeiten im Internet besonders geeignet<sup>285</sup>. Auch *Brisch*<sup>286</sup> geht davon aus, dass die bisherigen Schiedsverfahren nicht das von der Kommission ins Auge gefasste Ziel sein könnten. Nach seiner Ansicht hätte die Kommission sonst direkt auf diese verwiesen. Außerdem seien die in den Zivilprozessordnungen vorgesehenen Schiedsgerichte für die Beilegung internationaler Rechtsstreitigkeiten im Internet ungeeignet.

Letztendlich können Versuche, bestimmte Streitbeilegungsmechanismen von vornherein pauschal vom Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ECRL auszunehmen, nicht überzeugen. Der Wortlaut der Richtlinie „Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung“ ist sehr weit und bietet keinen Anlass für eine einschränkende Auslegung. Dies gilt angesichts der Fassungen in anderen Sprachen auch in Hinblick auf den Begriff „Verfahren“. Es würde der Zielsetzung der Richtlinie, einen einheitlichen Rechtsrahmen für den E-Commerce zu schaffen und so bestehenden Unsicherheiten zu begegnen,

<sup>284</sup> ÖJZ 1999, 481 (490).

<sup>285</sup> Begründung zum ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 34.

<sup>286</sup> CR 1999, 235 (243).

widersprechen, wenn man den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ECRL auf herkömmliche Konfliktregelungsformen begrenzen würde. Denn gerade in Hinblick auf neue technische Möglichkeiten und Formen bestehen die größten Unsicherheiten. Im Übrigen muss das Gemeinschaftsrecht anerkanntermaßen autonom ausgelegt werden, d.h. auf den Begriffsinhalt im nationalen Recht kann nicht ohne weiteres zurückgegriffen werden<sup>287</sup>.

### *bbb. Die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Verfahren*

Nicht ganz unproblematisch ist außerdem die Auslegung der Formulierung „nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Verfahren“. Fraglich ist, was man unter einem Verfahren zu verstehen hat, das „nach dem Recht“ verfügbar ist. Schließlich lautet die Formulierung nicht „die innerstaatlich verfügbaren Verfahren“. In der ursprünglichen Fassung der Richtlinie fehlte dieser Zusatz im Übrigen völlig; hier war nur ganz allgemein von „Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung“ die Rede. Man könnte annehmen, dass die betroffenen Verfahren von den Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise rechtlich anerkannt sein müssen, mit der Folge, dass neugeschaffene Verfahren nur dann dem Schutz des Art. 17 Abs. 1 ECRL unterfallen, wenn sie bestimmten, in den Mitgliedstaaten vorgegebenen Regelungen entsprechen. Jedenfalls kann man eigentlich nicht davon sprechen, ein Verfahren sei „nach dem Recht verfügbar“, wenn rechtliche Vorschriften dessen Inanspruchnahme entgegenstehen; dann ist es nach dem Recht gerade nicht verfügbar. Eine solche Auslegung wäre jedoch in sich widersprüchlich. Denn rechtliche Vorschriften, die einer Inanspruchnahme entgegenstehen, sollen ja gerade beseitigt werden. Auch ein Vergleich mit den Fassungen in anderen Sprachen der Gemeinschaft hilft nicht weiter. Hier besteht der gleiche Widerspruch („schemes, available under national law“, „in het nationale recht openstaande mogelijkheden“, „mecanismos (...) existentes con arreglo a la legislación nacional“, „mécanismes (...), disponibles dans le droit national“). Allein die grammatikalische Auslegung führt also nicht weiter.

Zieht man die Erwägungsgründe und die Begründung zum ersten Richtlinienentwurf heran, ergibt sich, dass es der Kommission darum geht, die

<sup>287</sup> *Lutter*, JZ 1992, 593 (599); *Oppermann*, § 7 Rn. 682f; *Streinz*, § 8 Rn. 500.

Rechtsvorschriften abzubauen, die die Inanspruchnahme von außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen beschränken oder kompliziert machen<sup>288</sup>. Außerdem zielt die Richtlinie, wie oben dargelegt, auf die Förderung der Selbstregulierungsmechanismen der Wirtschaft. Schließlich ist eine Gemeinschaftsnorm auch immer so auszulegen, dass sie die größtmögliche Wirkung im Sinne des Gemeinschaftsrechts entfalten kann („effet utile“)<sup>289</sup>. Könnten die Mitgliedstaaten durch die Nichtanerkennung bestimmter Streitbeilegungsmechanismen diese von vornherein vom Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ECRL ausnehmen, würde das die Wirksamkeit dieser Vorschrift erheblich beeinträchtigen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Zusatz „die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Verfahren“ lediglich klarstellen soll, dass Art. 17 Abs. 1 ECRL weder eine Pflicht zur Schaffung neuer Verfahren noch zum Erlass neuer Rechtsvorschriften beinhaltet, die einen bestimmten Konfliktregelungsmechanismus erst anerkennen oder ihm zu besonderer Wirksamkeit verhelfen. Wenn aber Vorschriften zur außergerichtlichen Konfliktregelung existieren, dürfen diese nicht so ausgestaltet sein, dass sie der Inanspruchnahme besonderer außergerichtlicher Mechanismen zur Beilegung von Konflikten im E-Commerce entgegenstehen. Hierbei hat die Kommission wohl in erster Linie solche Vorschriften im Blick, die an die Wirksamkeit außergerichtlicher Verfahren bestimmte formelle Voraussetzungen knüpfen, die dem Einsatz neuer, vor allem auch elektronischer Konfliktregelungsformen entgegenstehen. Die Kommission nennt in ihrer Begründung zum ersten Richtlinienentwurf<sup>290</sup> beispielhaft das Erfordernis der Hinterlegung eines Originals des Schlichtungspruchs vor Gericht, Anwesenheit der Parteien, Notifizierung usw. Es geht also um Vorschriften, die die außergerichtliche Konfliktregelung im Allgemeinen regeln. Solche oder ähnliche Vorschriften müssen wegen Art. 17 Abs. 1 ECRL geändert werden, wenn sie bestimmten Verfahrenstypen von vornherein entgegenstehen. Existieren in einem Mitgliedstaat dagegen keine Vorschriften zu bestimmten Formen der außergerichtlichen Konfliktregelung, ist der jeweilige Mitgliedstaat auch

<sup>288</sup> Erwägungsgrund 51; Begründung zum ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 34.

<sup>289</sup> Lutter, JZ 1992, 593 (603); Oppermann, § 7 Rn. 686; Streinz, § 8 Rn. 498.

<sup>290</sup> Begründung zum ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 15.

nicht verpflichtet, neue Vorschriften zu deren Anerkennung oder Wirksamkeit zu erlassen.

### **bb. Art. 17 Abs. 2 u. 3 ECRL**

Anders als Art. 17 Abs. 1 ECRL enthalten Art. 17 Abs. 2 und Abs. 3 ECRL nur unverbindliche Regelungen. Die Mitgliedstaaten sollen Einrichtungen zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten dazu ermutigen, angemessene Verfahrensgarantien zu gewährleisten (Abs. 2) und die Kommission mit Informationen über ihre Tätigkeit und die Gepflogenheiten und Praktiken des elektronischen Geschäftsverkehrs zu versorgen (Abs. 3). Der unverbindliche Charakter dieser Regelungen ergibt sich dabei aus der Formulierung „ermutigen“. Im ursprünglichen Richtlinienentwurf hieß es noch „tragen dafür Sorge“ (Abs. 2) und „wirken darauf hin“ (Abs. 3). Außerdem ist zu berücksichtigen, dass sich Art. 17 Abs. 2 und Abs. 3 ECRL nur an „Einrichtungen“ zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten richten. Sie betreffen damit in erster Linie Konfliktregelungsverfahren, die den Parteien von Dritten angeboten werden. Die Formulierung „Einrichtung“ legt es nahe, dass es sich um eine institutionalisierte Form der Konfliktregelung handeln muss. Neue Formen der Konfliktregelung, die von den Parteien selbst eingesetzt werden, sind dagegen zumindest nicht direkt erfasst.

In Hinblick auf Art. 17 Abs. 2 ECRL ist noch besonders darauf hinzuweisen, dass die im ursprünglichen Richtlinienentwurf enthaltene Aufzählung der Grundsätze der Unabhängigkeit, der Transparenz, des kontradiktorischen Verfahrens, der Verfahrenswirksamkeit, der Rechtmäßigkeit der Entscheidung, der Handlungsfreiheit und der Vertretung, in der endgültigen Fassung gestrichen und durch das Erfordernis „angemessener Verfahrensgarantien für die Beteiligten“ ersetzt wurden. Dabei bleibt offen, was unter angemessenen Verfahrensgarantien zu verstehen ist. Auch wenn es sich bei Art. 17 Abs. 2 ECRL um eine unverbindliche Vorschrift handelt, ist diese Frage deshalb interessant, weil – wie sich aus dem Kommentar zum ersten

Richtlinienentwurf ergibt – nur die Verfahren unter den Schutz des Art. 17 Abs. 1 ECRL fallen, die den Voraussetzungen des Abs. 2 genügen<sup>291</sup>.

Die in Rechtsakten der Gemeinschaft enthaltenen Begriffe sind grundsätzlich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, d.h. sie müssen sowohl mit dem primären als auch mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht in Einklang gebracht werden<sup>292</sup>. Angesichts dieser Tatsache scheint die Frage nicht völlig unberechtigt, ob zumindest bei Verfahren mit Beteiligung von Verbrauchern nicht ohnehin nur die Verfahrensgarantien als angemessen angesehen werden können, die den Vorgaben der Empfehlungen 98/257/EG<sup>293</sup> und 2001/310/EG<sup>294</sup> entsprechen. Zwar kann sicherlich noch nicht davon ausgegangen werden, dass sich diesbezüglich bereits ein spezieller EG-rechtlicher Wortsinn herausgebildet hat. Allerdings darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Gemeinschaft sich die Förderung außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen im Bereich des Verbraucherschutzes als wichtiges Ziel gesetzt hat. Dabei ist es nicht bei dem Aktionsplan aus dem Jahre 1996<sup>295</sup> und der Mitteilung „zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“<sup>296</sup> aus dem Jahre 1998 geblieben. Vielmehr wird dieses Ziel, wie oben gesehen, in letzter Zeit durch die Initiative zur Einrichtung eines Europäischen Netzes für die außergerichtliche Streitbeilegung (EEJ-Net) verstärkt vorangetrieben. Im Rahmen des EEJ-Net-Projekts werden die in der Empfehlung 98/257/EG enthaltenen Verfahrensgrundsätze als Mindestgarantien bezeichnet, die die außergerichtlichen Verfahren bieten sollten<sup>297</sup>. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ausgerechnet bei Verbraucherstreitigkeiten im E-Commerce die Frage, welche Verfahrensgarantien angemessen sind und deshalb mindestens eingehalten werden sollten, anders zu beurteilen wäre. Deshalb wird

<sup>291</sup> ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 34. In der deutschen Fassung ist zwar von Grundsätzen des Art. 2 die Rede. Aus einem Vergleich mit den Fassungen in anderen Sprachen ergibt sich jedoch, dass nicht Art. 2, sondern Abs. 2 gemeint sein muss. Ein Verweis auf Art. 2 würde im Übrigen auch keinen Sinn machen.

<sup>292</sup> Lutter, JZ 1992, 593 (603); Oppermann, § 7 Rn. 688; Streinz, § 8 Rn. 499.

<sup>293</sup> A.a.O. (Fn. 121).

<sup>294</sup> A.a.O. (Fn. 122).

<sup>295</sup> A.a.O. (Fn. 38).

<sup>296</sup> A.a.O. (Fn. 120).

<sup>297</sup> Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 1f.

man sich, wenn man die Prinzipien der Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG nicht strikt anwenden will, zumindest an ihnen orientieren müssen.

### *cc. Art. 16, Art. 8 Abs. 2 ECRL*

Art. 16 Abs. 1 lit. a ECRL enthält zunächst die grundsätzliche Aufforderung an die Mitgliedstaaten und die Kommission, Handels-, Berufs- und Verbraucherverbände und -organisationen zur Aufstellung von Verhaltenskodizes zu ermutigen. In Art. 16 Abs. 1 lit. b - e und Abs. 2 ECRL werden dagegen bestimmte Verfahrensweisen aufgezählt, zu deren Einhaltung die genannten Verbände und Organisationen bei der Ausarbeitung und Anwendung der Kodizes ermutigt werden sollen. Ziel ist es, dass die Entwürfe und die später gesammelten Erfahrungen freiwillig an die Kommission übermittelt werden, dass die Kodizes elektronisch in den Sprachen der Gemeinschaft abrufbar sind und dass besondere Verhaltenskodizes für den Jugendschutz und den Schutz der Menschenwürde aufgestellt werden. Außerdem sollen Verbraucherverbände und -organisationen bei der Erstellung aller Kodizes beteiligt werden sowie die Interessen Behinderter besondere Berücksichtigung finden. Dabei ist die Betonung des freiwilligen Charakters dieser Maßnahmen besonders auffällig. Sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 heißt es, die Mitgliedstaaten und die Kommission „ermutigen“, wohingegen die ursprüngliche Fassung des ersten Richtlinienentwurfes<sup>298</sup> in Abs. 1 noch „wirken darauf hin“ statt „ermutigen“ lautete. In Abs. 2 der ersten Fassung hieß es sogar: „Soweit Verbrauchervereinigungen betroffen sein können, werden sie (...) beteiligt“; eine Formulierung, die eine Pflicht zur Beteiligung von Verbrauchervereinigungen impliziert hätte. Darüber hinaus wurde zur Klarstellung in Abs. 1 lit. b in Hinblick auf die Übermittlung der Entwürfe der Verhaltenskodizes an die Kommission das Wort „freiwillig“ eingefügt. Schließlich wird in Erwägungsgrund 49 hervorgehoben, dass „die Freiwilligkeit der Kodizes und die Möglichkeit der Beteiligten, sich nach freiem Ermessen einem solchen Kodex zu unterwerfen“, nicht beeinträchtigt werden soll.

<sup>298</sup> ECRL-Vorschlags vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg.

Eine spezielle Regelung hinsichtlich der Aufstellung von Verhaltenskodizes durch Berufsvereinigungen oder -organisationen reglementierter Berufe enthält darüber hinaus Art. 8 Abs. 2 ECRL. Auch die endgültige Fassung dieser Regelung betont nun ähnlich wie Art. 16 ECRL die Freiwilligkeit der Kodizes<sup>299</sup>.

Die Klarstellung bezüglich des freiwilligen Charakters erfolgte vor allem auf Drängen der deutschen Delegation, die die Selbstverwaltungsautonomie der betroffenen Verbände und Organisationen in Gefahr sah<sup>300</sup>. Vor allem in Art. 8 Abs. 2 der ursprünglichen Fassung wurde der Versuch gesehen, ein europäisches Standesrecht zu schaffen<sup>301</sup>. Besonders kritisch beurteilt wurde in diesem Zusammenhang der jetzt ersatzlos gestrichene Abs. 3, der der Kommission die Möglichkeit einräumte, im Wege des ebenfalls aus der Richtlinie herausgenommenen Komitologieverfahrens des ursprünglichen Art. 23 ECRL selbst europäische Verhaltenskodizes zu bestimmen, falls keine EU-weiten Kodizes geschaffen würden.

Eine durchsetzbare Verpflichtung, Verhaltenskodizes aufzustellen, die entsprechenden Verbände und Organisationen zu beteiligen oder die Kommission mit den erwähnten Informationen zu versorgen, besteht also nicht. Auch werden keinerlei inhaltliche Voraussetzungen an die Verhaltenskodizes geknüpft.

#### ***dd. Art. 19 Abs. 4 ECRL***

Art. 19 Abs. 4 ECRL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, Verbindungsstellen einzurichten, bei denen Nutzer und Diensteanbieter allgemeine Informationen, z.B. über die bei Streitfällen zur Verfügung stehenden Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen, erhalten können. Diese Stellen müssen zumindest auch auf elektronischem Wege zugänglich sein.

#### ***ee. Art. 13 u. 14 ECRL***

Art. 13 u. 14 ECRL regeln die Verantwortlichkeit der Vermittler, also der SPs, beim Caching (Art. 13) und beim Hosting (Art. 14). Hiernach soll die

<sup>299</sup> Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 27.

<sup>300</sup> Tettenborn, K&R 2000, 59 (63).

<sup>301</sup> Tettenborn, K&R 1999, 252 (253).

Haftung der jeweiligen Diensteanbieter zwingend ausgeschlossen sein, wenn diese bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Beim Caching darf der Diensteanbieter die Information nicht verändern, er muss die Bedingungen für den Zugang zu der Information sowie die anerkannten Regeln für deren Aktualisierung beachten, er darf die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information nicht beeinträchtigen und er muss zügig handeln, um eine von ihm gespeicherte Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er tatsächliche Kenntnis davon erhält, dass die Information am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung entfernt oder gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat.

Beim Hosting darf der Anbieter keine tatsächliche Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Tätigkeit oder Information haben und darf sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst sein, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Er muss, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, unverzüglich handeln, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

Anders als die Vorschriften zum Caching und Hosting in Sec. 202 des DMCA enthalten damit weder Art. 13 noch Art. 14 ECRL konkrete Vorgaben für „Notice and Take Down“-Verfahren. Aus diesen Regelungen ergibt sich lediglich eine Haftungsfreistellung für die SPs, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Hierzu gehört zwar auch eine unverzügliche Entfernung rechtswidriger Inhalte bei entsprechender Kenntnis. Ein bestimmtes Verfahren, das im Rahmen dieser Arbeit als außergerichtliche Konfliktregelung eingeordnet wird und in einer Benachrichtigung durch den Verletzten (Notice) und anschließenden Herunternahme (Take Down) besteht, wird aber gerade nicht geregelt. Wie sich aus Erwägungsgrund 40 ergibt, sollen die Bestimmungen der Richtlinie eine „geeignete Grundlage für die Entwicklung rasch und zuverlässig wirkender Verfahren zur Entfernung unerlaubter Informationen und zur Sperrung des Zugangs zu ihnen bilden“. Die Einführung solcher Verfahren wird aber ausdrücklich der Kooperation und Selbstregulierung zwischen den



betroffenen Parteien überlassen<sup>302</sup>. Die Mitgliedstaaten sollen dies lediglich fördern. Die Haftungsprivilegierungen dienen damit allerdings zum Teil Zwecken, die mit der eigentlichen Problematik der Verantwortlichkeit nichts zu tun haben. Der Anreiz der Haftungsprivilegierung wird vielmehr eingesetzt, um ein aus anderen Gründen erwünschtes Verhalten herbeizuführen.

### **b. Umsetzung in Deutschland**

Anhand der obigen Darstellung ist leicht erkennbar, dass hinsichtlich der Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie, die im Zusammenhang mit der außergerichtlichen Konfliktregelung stehen, kaum zwingender Umsetzungsbedarf bestand. Dies liegt vor allem daran, dass es sich bei den meisten Regelungen, insbesondere bei Art. 16 und Art. 17 Abs. 2 u. 3 ECRL, nicht um konkrete Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zum Tätigwerden handelt. Vielmehr sollen die Mitgliedstaaten die Diensteanbieter zu freiwilligen Maßnahmen ermutigen. Auch Art. 13 u. 14 ECRL verpflichten die Mitgliedstaaten nicht zur Einführung von „Notice and Take Down“-Verfahren. Dies wird ausdrücklich der privaten Initiative überlassen. Art. 19 Abs. 4 ECRL erfordert die Einrichtung einer Informationsstelle; der Erlass oder die Änderung spezieller Regelungen ist hierfür aber nicht zwingend vorgeschrieben. Entsprechend finden sich im Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>303</sup> (EGG), das der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie dient, keine Vorschriften, die die Vorgaben dieser Artikel aufnehmen. In der Gesetzesbegründung<sup>304</sup> heißt es zu Art. 16 ECRL, es bestünde insoweit kein gesetzlicher Regelungsbedarf. Art. 17 Abs. 2 u. 3 ECRL werden nicht erwähnt. Auch findet sich keinerlei Hinweis auf die Einführung von „Notice and Take Down“-Verfahren. In Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 ECRL wird eine gesonderte Umsetzung ausdrücklich als nicht erforderlich bezeichnet. Die Aufsicht richte sich auch hinsichtlich der Dienste der Informationsgesellschaft nach

<sup>302</sup> So der Kommentar zu Art. 14 des ECRL-Vorschlags vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 32. Vgl. außerdem *Freytag*, MMR 1999, 207 (213); *Lindholm/Maennel*, CRi 2000, 65 (69).

<sup>303</sup> Gesetz vom 14.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3721.

<sup>304</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf vom 17.05.2001, BT-Drcks. 14/6098.

geltendem Recht; zuständig seien die jeweiligen Landesbehörden. Die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten sowie die allgemeine Unterrichtung von Nutzern und Diensteanbietern könne durch entsprechende innerorganisatorische Maßnahmen in den zuständigen Behörden oder durch entsprechende Beauftragung der Kammern umgesetzt werden<sup>305</sup>. Auch die Stellungnahmen in der Literatur zum Gesetzesentwurf (EGG-E) beschränken sich meist auf die Vorschriften zum Herkunftslandprinzip, zu den Informationspflichten und zur Haftung, während den Vorschriften zur Konfliktregelung kaum Beachtung geschenkt wird<sup>306</sup>.

Lediglich Art. 17 Abs. 1 ECRL enthält einen konkreten Auftrag an die Mitgliedstaaten. Allerdings erschöpft sich dieser Auftrag bereits in der Pflicht zur Änderung solcher Rechtsvorschriften, die die Inanspruchnahme außergerichtlicher Verfahren im Allgemeinen erschweren. Es müssen dagegen weder neue außergerichtliche Mechanismen noch ein rechtlicher Rahmen für die existierenden Verfahren geschaffen werden. Allgemeine Rahmenbedingungen für die außergerichtlichen Verfahren gibt es, wie oben ausgeführt, mit Ausnahme der §§ 1025ff ZPO für die Schiedsgerichtsbarkeit, in der deutschen Rechtsordnung so gut wie keine. Dies hat zur Folge, dass auch in Hinblick auf Art. 17 Abs. 1 ECRL zumindest in Deutschland kaum Umsetzungsbedarf besteht. Misst man die existierenden Vorschriften an Art. 17 Abs. 1 ECRL, ergibt sich Folgendes:

#### **aa. Vorschriften zur Schiedsgerichtsbarkeit**

Das 10. Buch der ZPO wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22.12.1997<sup>307</sup> erst kürzlich reformiert. Die neuen Regelungen sind seit dem 01.01.1998 in Kraft. Die Reform diene in erster Linie der Übernahme des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Es handelt sich hierbei um sehr moderne Regelungen<sup>308</sup>. Diese sind, wie sich schon aus der Natur der Schiedsgerichtsbarkeit als vom Parteiwillen legitimierte Gerichtsbarkeit

<sup>305</sup> So die Begründung zum EGG-E vom 17.05.2001, BT-Drcks. 14/6098, S. 13.

<sup>306</sup> Vgl. z.B. *Bröhl*, MMR 2001, 67; *Härtling*, CR 2001, 271; *ders.*, DB 2001, 80; *Spindler*, ZRP 2001, 203.

<sup>307</sup> BGBl. 1997 I, S. 3224.

<sup>308</sup> Zur neuen Rechtslage nach der Reform vgl. *Kronke*, RIW 1998, 257ff.

ergibt, in besonderem Maße von der Parteiherrschaft bestimmt<sup>309</sup>. Sie enthalten nur wenige zwingende Vorschriften in Hinblick auf die Zulässigkeit von Schiedsgerichtsverfahren. Insbesondere die von der Kommission genannten Fälle, wie das Erfordernis der Hinterlegung des Schiedsspruchs bei Gericht, die Notwendigkeit zur Notifizierung sowie eine Pflicht zur Anwesenheit der Parteien sind im 10. Buch der ZPO nicht bzw. nicht mehr enthalten<sup>310</sup>.

Gem. § 1031 Abs. 5 ZPO a.F. mussten allerdings Schiedsvereinbarungen, an denen Verbraucher beteiligt waren, in einer eigenen Urkunde enthalten sein, die keine anderen Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsgerichtliche Verfahren beziehen, enthalten durfte. Außerdem musste diese Urkunde von den Parteien eigenhändig unterzeichnet werden.

Bereits in dem Umstand, dass die Schiedsabrede in einer eigenen Urkunde enthalten sein muss, könnte man eine Erschwerung des Zugangs zu Schiedsgerichtsverfahren sehen. Eine solche Regelung kann aber nicht dem Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ECRL unterliegen. Es wäre völlig widersinnig anzunehmen, Art. 17 Abs. 1 ECRL wolle alle die Vorschriften beseitigen, die die Inanspruchnahme von außergerichtlichen Verfahren in irgendeiner Weise beschränken, die aber auf hergebrachten Grundsätzen der Schiedsgerichtsbarkeit bzw. auf besonderen Schutzinteressen gegenüber der schwächeren Partei beruhen. Würde man von einem derart weiten Verständnis des Art. 17 Abs. 1 ECRL ausgehen, müssten theoretisch auch Vorschriften wie § 1030 ZPO geändert werden, was sicherlich nicht Ziel des Art. 17 Abs. 1 ECRL ist. In Hinblick auf Verbraucherschützende Vorschriften ist außerdem zu beachten, dass gem. Art. 1 Abs. 3 ECRL das bestehende Verbraucherschutzniveau durch die Richtlinie nicht berührt werden soll. Wie Erwägungsgrund 65, der auf die Entschließung des Rates vom 19. Januar 1999 über die Verbraucherdimension der Informationsgesellschaft<sup>311</sup> verweist, verdeutlicht, muss dem Schutz der Verbraucher sogar besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Erwägungsgrund 55 stellt außerdem

<sup>309</sup> Kronke, RIW 1998, 257 (260); Lionnet, Kap. 1 I 4, S. 46f.

<sup>310</sup> § 1039 Abs. 3 ZPO a.F. enthielt noch das Erfordernis einer Hinterlegung bei Gericht. Der dem § 1039 ZPO a.F. entsprechende § 1054 ZPO n.F. enthält dieses Erfordernis dagegen nicht mehr.

<sup>311</sup> ABl. EG C 23 vom 28.01.1999, S. 1.

klar, dass die Richtlinie nicht dazu führen könne, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen werde, der ihm von den zwingenden Vorschriften für vertragliche Verpflichtungen nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem er seinen gewöhnlichen Wohnsitz hat, gewährt wird. Ziel des Art. 17 Abs. 1 ECRL kann es deshalb entsprechend den oben gemachten Ausführungen nur sein, solche Vorschriften zu beseitigen, die gegenüber neuen Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr als zu eng und unflexibel empfunden werden. Die Aufnahme der Schiedsvereinbarung in eine eigene Urkunde stellt bei einem Vertragsschluss über moderne Kommunikationsmittel aber keine größere Erschwerung als bei einem herkömmlichen Vertragsschluss dar. Diesbezüglich waren deshalb keine Änderungen erforderlich.

In Hinblick auf das ebenfalls in § 1031 Abs. 5 ZPO a.F. enthaltene Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift sah der Gesetzgeber jedoch Umsetzungsbedarf<sup>312</sup>. Während § 1031 Abs. 1 ZPO für Schiedsvereinbarungen, an denen kein Verbraucher beteiligt ist, bereits ein gegenüber den Anforderungen des § 126 BGB aufgeweichtes Formerfordernis enthielt und auch eine Schiedsvereinbarung per Telefax oder Email zuließ<sup>313</sup>, schloss die qualifizierte Schriftform des § 1031 Abs. 5 ZPO den Abschluss der Vereinbarung mittels moderner Kommunikationsmittel aus<sup>314</sup>. Dies hat der Gesetzgeber gem. Art. 2 EGG nunmehr geändert. Nach § 1031 Abs. 5 ZPO n.F. kann die schriftliche Form auch durch die elektronische Form des § 126 a BGB ersetzt werden.

Da wegen der häufig gegebenen großen räumlichen Distanzen zwischen den Parteien im elektronischen Geschäftsverkehr die Möglichkeit, die gesamte Konfliktregelung einschließlich der Vereinbarung der Schiedsabrede über elektronische Kommunikationsmittel abzuschließen, von besonderer Bedeutung ist, liegt es nahe, das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift als eine Erschwerung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 ECRL anzusehen.

<sup>312</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung zu Art. 2 EGG vom 17.05.2001, BT-Drcks. 14/6098, S. 26.

<sup>313</sup> Vgl. statt vieler Schwab/Walter, Kap. 5 Rn. 4. Im Zusammenhang mit dem Einsatz moderner Kommunikationsmittel sind allerdings noch viele Fragen offen, z.B. in Hinblick auf den Zugang, auf die Notwendigkeit eines Ausdrucks der Datei etc., zu Letzterem vgl. Lachmann, Rn. 138.

<sup>314</sup> Vgl. statt vieler Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633 (1635).

Wie gerade dargelegt, betrifft Art. 17 Abs. 1 ECRL allerdings nicht solche Vorschriften, die dem besonderen Schutz einer Partei, insbesondere dem Verbraucherschutz dienen. Art. 1031 Abs. 5 ZPO a.F. enthielt eine besondere Warnfunktion für den Verbraucher, der vor der übereilten Unterzeichnung einer Schiedsabrede geschützt werden soll<sup>315</sup>. Allerdings wird diese Warnfunktion bereits dadurch erfüllt, dass die Schiedsvereinbarung in einer gesonderten Urkunde enthalten ist, die keine anderen Vereinbarungen als die des schiedsrichterlichen Verfahrens enthält. Eine eigenhändige Unterzeichnung durch den Verbraucher ist dagegen nicht unbedingt erforderlich. Dies zeigt sich auch an einem Vergleich mit anderen Verbraucherschutzvorschriften, die ursprünglich für die Formwirksamkeit bestimmter Willenserklärungen ebenfalls eine eigenhändige Unterzeichnung in einer getrennten Urkunde vorsahen. Zum Beispiel musste gem. § 7 Abs. 2 S. 2 VerbrKrG a.F. die Widerrufsbelehrung vom Verbraucher gesondert unterschrieben werden, während nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB jetzt neben der Schriftform auch eine qualifizierte elektronische Signatur genügt. Das Festhalten an der Schriftform könnte deshalb als eine Erschwerung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 ECRL angesehen werden. Absolut zwingend ist dieser Schluss jedoch nicht. Anders als z.B. das Erfordernis des persönlichen Erscheinens beider Parteien, stellt die Notwendigkeit einer schriftlichen Erklärung kein übermäßiges Hindernis für die Parteien dar, auch wenn diese räumlich weit voneinander entfernt sind. Es bleibt für diesen Fall immer noch die Übermittlung per Post. Darüber hinaus lässt sich argumentieren, dass Art. 17 Abs. 1 ECRL nur solche Erschwernisse erfassen soll, die die Durchführung des Verfahrens selbst betreffen, nicht dagegen solche, die sich allein auf die dem eigentlichen Verfahren vorgelagerte Schiedsabrede beziehen<sup>316</sup>. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1, der allein auf die Erschwerung der „Inanspruchnahme“ abstellt. Eine Anpassung des § 1031 Abs. 5 ZPO a.F. war nach den Vorgaben der Richtlinie damit nicht zwingend geboten. Angesichts der Tatsache, dass in vielen anderen Verbraucherschutzvorschriften mittlerweile neben der Schriftform auch die elektronische Form zugelassen ist, ist es jedoch konsequent, dass der

<sup>315</sup> MünchKomm-Münch, ZPO, § 1031 Rn. 21.

<sup>316</sup> So z.B. MünchKomm-Münch, ZPO Aktualisierungsband, § 1031, Rn. 3.

Gesetzgeber diese nunmehr auch für Schiedsabreden mit Verbraucherbeteiligung genügen lässt. Die Neufassung des § 1031 Abs. 5 ZPO war damit zwar nicht zwingend erforderlich, aber durchaus angebracht.

Darüber hinaus besteht kein Umsetzungsbedarf. Soweit in bestimmten Fällen an der Schriftform festgehalten wird, z.B. in § 1054 Abs. 1 ZPO für den Schiedsspruch, kommt eine Änderung nicht in Betracht. Da ein Schiedsspruch gem. § 1060 Abs. 1 ZPO für vollstreckbar erklärt werden und damit als Grundlage für die Zwangsvollstreckung dienen kann, ist die Schriftform im Interesse der Rechtssicherheit unerlässlich. Sie kann deshalb nicht als „Erschwerung“ im Sinne des Art. 17 Abs. 1 ECRL angesehen werden.

#### **bb. Vorschriften zu sonstigen außergerichtlichen Mechanismen**

Da es für die übrigen außergerichtlichen Mechanismen an allgemeinen Vorschriften fehlt, die deren Zulässigkeit oder Wirksamkeit an besondere formelle Voraussetzungen knüpfen, bleibt lediglich zu prüfen, ob spezielle Vorschriften, die nur für einige bereits existierende Verfahren gelten, in Hinblick auf Art. 17 Abs. 1 ECRL geändert werden müssen. Da die Pflicht zur Umsetzung europarechtlicher Vorschriften für alle staatlichen Stellen gilt<sup>317</sup>, müssen grundsätzlich alle Gesetze und Verordnungen an den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie gemessen werden. Es stellt sich damit die Frage, ob diesbezüglich Umsetzungsbedarf besteht.

Allerdings ist bereits zweifelhaft, ob solche speziellen gesetzlichen Vorschriften für einzelne außergerichtliche Verfahren überhaupt unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, oder ob Art. 17 Abs. 1 ECRL nicht vielmehr nur die rechtlichen Rahmenbedingungen im Blick hat, die für alle außergerichtlichen Verfahren eines bestimmten Typs gelten. Ein solches Verständnis legt auch der Kommentar zu Art. 17 Abs. 1 ECRL nahe, in dem von „rechtlichen Rahmenbedingungen“ die Rede ist, die die Inanspruchnahme der Schlichtungsmechanismen beschränken oder komplizieren. Jedenfalls kann es nicht Ziel des Art. 17 Abs. 1 ECRL sein, die Verfahrensvorschriften sämtlicher außergerichtlicher Konfliktregelungsverfahren, die

<sup>317</sup> Vgl. nur *Oppermann*, § 4 Rn. 204; *Streinz*, § 3 Rn. 149ff.

in irgendeiner Weise gesetzlich geregelt sind, den Bedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs anzupassen, nur weil vielleicht auch ein Fall denkbar ist, der im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr entstanden und Gegenstand eines solchen Verfahrens sein könnte. Dies würde auf die Pflicht zu einer bestimmten Ausgestaltung der außergerichtlichen Verfahren hinauslaufen, die wie oben gezeigt, gerade nicht in Art. 17 Abs. 1 ECRL enthalten ist. Hieraus ergibt sich, dass jedenfalls die Regelungen, die die amtsgerichtlichen Schlichtungsstellen oder die gemeindlichen Schiedsämter in den einzelnen Bundesländern<sup>318</sup> sowie die ÖRA in Hamburg und Lübeck betreffen nicht von Art. 17 Abs. 1 ECRL umfasst sind. Gleiches gilt für die auf der Grundlage des § 15 a EGZPO gerade neugeschaffenen Schlichtungsgesetze einiger Länder. Abgesehen hiervon haben diese Verfahren aufgrund ihrer regionalen Beschränkung ohnehin kaum Bedeutung für den elektronischen Geschäftsverkehr. So betreffen Letztere z.B. gem. § 15 a Abs. 2 S. 2 EGZPO nur Streitigkeiten zwischen Parteien, die im selben Bundesland wohnen. Ihrem Inhalt nach enthalten die neuen Schlichtungsgesetze allenfalls eine Erschwerung des Zugangs zu gerichtlichen, nicht aber zu den außergerichtlichen Verfahren. Auch andere gesetzliche Regelungen wie z.B. § 111 Abs. 2 ArbGG, § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO und §§ 87 ff SachRBerG fallen von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, da diese Verfahren nicht im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft stehen können und im Übrigen keine detaillierten Regelungen zur Ausgestaltung der Verfahren enthalten.

Anders könnte es sich jedoch bei § 27 a UWG und § 14 UKlaG verhalten. Bei diesen Vorschriften handelt es sich nicht um konkrete Verfahrensregeln, sondern um Rahmenbedingungen für die einzurichtenden Verfahren. Auch betrifft sowohl § 27 a UWG, der sich auf Ansprüche wegen Wettbewerbsverstößen aus den §§ 13 und 13 a UWG bezieht, als auch § 14 UKlaG, der für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Überweisungsverträgen gilt, insbesondere auch im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, einen

<sup>318</sup> Z.B. Die Schlichtungsstellen in Zivilsachen bei den bayerischen Amtsgerichten, die gemeindlichen Schiedsämter in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz und die gemeindlichen Schiedsstellen in Sachsen.

Bereich, der in Hinblick auf Dienste der Informationsgesellschaft besondere Bedeutung erlangen kann. Ob § 27 a UWG und § 14 UKlaG vom Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ECRL überhaupt erfasst sind, kann allerdings letztendlich dahinstehen, da diese ohnehin keine Vorschriften enthalten, die eine elektronische Inanspruchnahme der jeweiligen Verfahren erschweren. Was § 27 a UWG betrifft, könnte man allenfalls an die Regelung des Abs. 5 S. 1 denken, wonach der Vorsitzende der Einigungsstelle das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen kann. Allerdings besteht gerade keine Pflicht zum Erscheinen, so dass der Vorsitzende die Besonderheiten einer Streitigkeit im elektronischen Geschäftsverkehr berücksichtigen kann bzw. dies nach den Vorgaben des Art. 17 Abs. 1 ECRL nun auch muss. Bezüglich des Erfordernisses der Schriftform für einen vor der Einigungsstelle abgeschlossenen Vergleich gilt in Hinblick auf die in § 27 a Abs. 7 S. 2 UWG geregelte Vollstreckungsmöglichkeit das zum Schiedsspruch Gesagte entsprechend.

Es ließe sich allenfalls daran denken, dass gerade durch das Fehlen eines gesetzlichen Mindestrahmens die Inanspruchnahme von außergerichtlichen Mechanismen erschwert wird. So kann z.B. die Anrufung einer außergerichtlichen Schlichtungsstelle in manchen Fällen das Risiko einer Vereitelung materieller Rechtsansprüche mit sich bringen. Zwar hat sich das früher häufig in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument, die Inanspruchnahme außergerichtlicher Verfahren könne letztlich die gerichtliche Rechtsdurchsetzung unmöglich machen, da hierdurch die Verjährung nicht gehemmt werde und eine Verlängerung der Frist nicht möglich sei<sup>319</sup>, durch die Schuldrechtsreform erledigt<sup>320</sup>. Allerdings treten auch weiterhin andere positive Wirkungen, die die Rechtshängigkeit einer Klage mit sich bringen kann, wie z.B. ein Anspruch auf Prozesszinsen, Haftungsverschärfungen usw., bei der außergerichtlichen Konfliktregelung nicht ein<sup>321</sup>. Fraglich ist jedoch, ob sich hieraus folgern lässt, Art. 17 Abs. 1 ECRL enthalte eine Pflicht zur Schaffung von Vorschriften, die diese möglichen negativen

<sup>319</sup> Auf diese Problematik wiesen vor allem hin *Preibisch*, S. 216ff; *Prütting*, JZ 1985, 261 (269); *ders.*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (71); *G. Wagner*, JZ 1998, 836 (841), *ders.*, 6.Kap. C II 2.

<sup>320</sup> Vgl. hierzu oben Fn. 250.

<sup>321</sup> Vgl. hierzu *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (71).

Auswirkungen verhindern. Gegen dieses Verständnis spricht jedoch bereits der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 ECRL. Dieser spricht von „Erschwerung der Inanspruchnahme“. Die gerade genannten Vorschriften wirken sich aber nicht auf die Inanspruchnahme der außergerichtlichen Verfahren aus, sondern auf eine spätere Inanspruchnahme gerichtlicher Verfahren. Eine andere Auslegung des Art. 17 Abs. 1 ECRL würde aber vor allem dem oben gefundenen Ergebnis widersprechen, dass diese Vorschrift gerade keine Pflicht zur Schaffung neuer Regelungen oder gar zu einem rechtlichen Mindestrahmen für die außergerichtliche Streitbeilegung begründet.

Schließlich lässt sich aus Art. 17 Abs. 1 ECRL auch keine Pflicht zur Änderung der nach Art. 1 § 1 RBerG bestehenden Erlaubnispflicht für eine aktive Rechtsgestaltung im Rahmen außergerichtlicher Konfliktregelungsverfahren herleiten. Durch die Erlaubnispflicht wird zwar das Angebot außergerichtlicher Konfliktregelung erschwert, nicht dagegen, wie in Art. 17 Abs. 1 ECRL vorausgesetzt, deren Inanspruchnahme.

In Hinblick auf die sonstigen außergerichtlichen Mechanismen besteht damit keinerlei Umsetzungsbedarf. Entsprechend enthält auch das EGG hierzu keine Regelungen.

### 3. Konfliktregelungsangebote als Dienste der Informationsgesellschaft

Nachdem untersucht wurde, welche Streitbeilegungsmöglichkeiten die E-Commerce-Richtlinie bei Konflikten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft umfasst und wie sie diese regelt, bleibt die Frage zu beantworten, ob auch die Konfliktregelungsangebote selbst wiederum als Dienste der Informationsgesellschaft zu qualifizieren sind. Dies hätte zur Folge, dass auch sie den übrigen Vorgaben der Richtlinie unterfallen würden. Von besonderer Bedeutung ist dabei, ob die Kontrolle der Angebote nach dem in Art. 3 Abs. 1 u. 2 ECRL festgeschriebenen Herkunftslandprinzip erfolgt. Dieses Prinzip besagt, dass sich jeder, der entsprechende Dienste anbietet, nach den Vorschriften des Mitgliedstaates zu richten hat, in dem er niedergelassen ist. Die anderen Mitgliedstaaten dürfen die Tätigkeit dieses Anbieters ihrerseits nicht beschränken. Für die oben aufgeworfene Frage, inwieweit die verschiedenen Konfliktregelungsangebote dem deutschen Rechtsberatungsgesetz unterfallen, würde dies

konkret bedeuten, dass jedenfalls ausländische Anbieter mit Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie überhaupt eine erlaubnispflichtige Tätigkeit ausüben, nicht an das Rechtsberatungsgesetz gebunden wären. Es bleibt also zu klären, ob es sich bei den verschiedenen Konfliktregelungsangeboten um Dienste der Informationsgesellschaft handelt, welche Auswirkungen dies hat, und ob eine Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips in Betracht kommt. Daneben ist auch zu berücksichtigen, wie die entsprechenden Vorgaben der Richtlinie im deutschen Recht umgesetzt wurden.

#### a. Dienste der Informationsgesellschaft – Teledienste

Ein Dienst der Informationsgesellschaft ist „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“<sup>322</sup>.

Der Begriff der „Dienstleistung“ ist, wie die Kommission in der Begründung zum ersten Richtlinienentwurf<sup>323</sup> ausführt, im Sinne der Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 u. 50 EGV zu verstehen und damit insbesondere zur Warenverkehrsfreiheit abzugrenzen. Bei den Konfliktregelungsmechanismen, bei denen jeweils ein Dritter im Auftrag einer oder beider Parteien eine Konfliktregelung versucht, ergeben sich in Hinblick auf das Merkmal Dienstleistung keine Probleme. Zweifelhaft ist das Vorliegen einer Dienstleistung allenfalls bei den DRM-Systemen und den „Notice and Take Down“-Verfahren. Soweit ein DRM-System durch einen Dritten an eine Konfliktpartei verkauft und von der Partei dann selbst verwendet wird, handelt es sich nicht um einen Dienst der Informationsgesellschaft. Eine Konfliktpartei erbringt gegenüber der anderen keinen Dienst, wenn sie ein solches System nutzt. Der Verkauf durch den Dritten fällt unter die Warenverkehrsfreiheit. Wenn der Dritte diese Systeme dagegen für eine Partei bei deren Geschäften im E-Commerce einsetzt und überwacht, stellt dies eine Dienstleistung dar. Die Anwendbarkeit der E-Commerce-Richtlinie kommt außerdem in Betracht, wenn die DRM-Systeme im

<sup>322</sup> Vgl. die entsprechende Definition in Art. 1 der Transparenzrichtlinie, auf die Art. 2 a ECRL verweist, a.a.O. (Fn. 272).

<sup>323</sup> Begründung des ECRL-Vorschlags vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 18 u. 21.

Zusammenhang mit einem Dienst der Informationsgesellschaft eingesetzt werden. Was die „Notice and Take Down“-Verfahren angeht, bietet der jeweilige SP die Herunternahme einer vermeintlich rechtswidrigen Seite zwar nicht als eigenständige Dienstleistung an. Sie steht jedoch in unmittelbarem Zusammenhang mit seinem allgemeinen Serviceangebot, das unzweifelhaft als Dienstleistung zu qualifizieren ist und insoweit vom Dienstleistungsbegriff umfasst wird.

Zweifelhaft könnte allerdings sein, ob die entsprechenden Dienste „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werden. Hieran könnte man in Hinblick auf die Verfahren zweifeln, die von Unternehmen, Verbänden oder sonstigen Vereinigungen für den Verbraucher kostenlos angeboten werden. Auch bei „Notice and Take Down“-Verfahren entrichtet der Rechtsinhaber in der Regel kein Entgelt dafür, dass der SP eine vermeintlich rechtswidrige Seite aus dem Netz herunternimmt. Aus Erwägungsgrund 18 der ECRL und der Begründung des ersten Richtlinienentwurfs<sup>324</sup> ergibt sich jedoch, dass auch solche Dienste erfasst werden, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen. Hierzu gehören nach der Rechtsprechung des EuGH z.B. durch Werbung oder Sponsoring finanzierte Angebote<sup>325</sup>. Die hier untersuchten Konfliktregelungsmechanismen werden, auch wenn sie für den Verbraucher oder beide Parteien im konkreten Fall kostenlos angeboten werden, entweder durch die betroffenen Unternehmen selbst oder durch eine Gruppe von Unternehmen finanziert, die einem bestimmten Gütesiegelsystem oder einem bestimmten Verband angehören. Die „Notice and Take Down“-Verfahren stehen, wie gerade dargelegt, in unmittelbarem Zusammenhang mit dem allgemeinen Serviceangebot des SPs und werden über dieses finanziert. Die Konfliktregelungsangebote erfolgen deshalb auch in der Regel gegen Entgelt.

Die entsprechende Regelung im deutschen Teledienstegesetz verzichtet im Übrigen ganz auf das Kriterium der Entgeltlichkeit. Nach § 2 Abs. 1 TDG sind Teledienste „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie

<sup>324</sup> ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 16.

<sup>325</sup> EuGH 12.12.1996 Rs. C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 u. C-339/94 – *Reti Televisive u.a.*, Slg. 1996; I-6471.

Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt“. § 3 Nr. 1 TDG definiert einen „Diensteanbieter“ als „jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Teledienste zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“. Lediglich für einige spezielle Bereiche wurde in das TDG das Erfordernis der „Geschäftsmäßigkeit“ aufgenommen. Hierzu gehören z.B. § 4 TDG, der die Geltung des Herkunftslandprinzips regelt, und § 6 TDG, der den Diensteanbietern allgemeine Informationspflichten auferlegt. Nach der Gesetzesbegründung handelt ein Diensteanbieter geschäftsmäßig, wenn er Teledienste aufgrund einer nachhaltigen Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht erbringt<sup>326</sup>. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nach der deutschen Regelung also nicht erforderlich. Bei den hier untersuchten Konfliktregelungsangeboten geht es nicht nur um Gelegenheitsgeschäfte, sondern um nachhaltige Angebote. Sie können somit unter den Begriff der Geschäftsmäßigkeit subsumiert werden.

Auch in Hinblick auf die übrigen Erfordernisse ergeben sich keine Bedenken: „Im Fernabsatz erbracht“ ist eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsparteien stattfindet<sup>327</sup>. Die hier untersuchten Mechanismen sind gerade auf die Beilegung von Konflikten ausgerichtet, bei denen sich die Konfliktparteien sowie derjenige, der die Konfliktregelung übernimmt, nicht am selben Ort befinden. Die Dienstleistung wird „elektronisch erbracht“, wenn sie mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und wenn sie vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektronischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird<sup>328</sup>. Erforderlich ist also, dass die Konfliktregelung selbst über diese Kommunikationswege und nicht lediglich über den herkömmlichen Postweg abgewickelt wird. Auch hiervon wird bei den hier in Frage stehenden Konfliktregelungsangeboten im Regelfall auszugehen sein. Das Kriterium der elektronischen Erbringung ist im Übrigen auch dann erfüllt,

<sup>326</sup> A.a.O. (Fn. 303), S. 17.

<sup>327</sup> Vgl. die Definition in Art. 1 der Transparenzrichtlinie, a.a.O. (Fn. 272).

<sup>328</sup> Vgl. die Definition in Art. 1 der Transparenzrichtlinie, a.a.O. (Fn. 272).

wenn ein Access Provider in die Konfliktregelung einbezogen wird. Zwar war ursprünglich unklar, ob auch Access Provider, die ja keine Dienstleistung über das Netz erbringen, sondern selbst das Netz bilden, von der Definition erfasst werden<sup>329</sup>. Dies wurde jedoch mittlerweile durch Erwägungsgrund 18 eindeutig klargestellt. Das Kriterium des „*individuellen Abrufs*“ dient schließlich der Abgrenzung zu den Telekommunikationsdienstleistungen. Um solche handelt es sich bei den außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen eindeutig nicht, so dass sich auch in dieser Hinsicht keine Bedenken ergeben.

Auch die Konfliktregelungsangebote selbst werden damit in der Regel als Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der E-Commerce-Richtlinie anzusehen sein. Dass dies auch dann gilt, wenn es sich im Einzelfall um eine rechtsberatende Tätigkeit handelt, zeigen bereits die in Art. 1 Abs. 5 lit. d ECRL niedergelegten Ausnahmen für die Vertretung von Mandanten vor Gericht und für Notare oder andere Freiberufler, soweit diese hoheitlich tätig sind. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass, soweit keine dieser Ausnahmen vorliegt, von einem Dienst der Informationsgesellschaft auszugehen ist<sup>330</sup>.

### **b. Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips**

Unmittelbare Folge hieraus ist, dass auch die Anbieter außergerichtlicher Konfliktregelung den im zweiten Kapitel der E-Commerce-Richtlinie niedergelegten Grundsätzen unterliegen. Dem Herkunftslandprinzip des Art. 3 Abs. 1 u. 2 ECRL unterfallen sie allerdings nur, wenn keine der in Art. 3 Abs. 3 u. 4 ECRL enthaltenen Ausnahmeregelungen greifen. Art. 3 Abs. 3 ECRL verweist auf die im Anhang der Richtlinie genannten Bereiche. Die Konfliktregelung selbst wird in diesem Anhang nicht erwähnt. Auch ist nicht etwa die unter dem ersten Spiegelstrich genannte Ausnahme für das Urheberrecht und andere Schutzrechte einschlägig, nur weil es z.B. bei den „Notice and Take Down“-Verfahren auch um solche Rechte geht. Gegenstand der Dienstleistung ist in erster Linie die Konfliktregelung. Die Frage, worauf sich diese bezieht, kann dagegen nicht entscheidend sein.

<sup>329</sup> Zur ursprünglichen Problematik z.B. *Hoeren*, MMR 1999, 192 (194).

<sup>330</sup> Wie hier *Grunewald*, BB 2001, 1111 (1111f).

Art. 3 Abs. 4 ECRL erlaubt es den Mitgliedstaaten darüber hinaus, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit oder der Verbraucher im Einzelfall Maßnahmen zu ergreifen, soweit ein konkreter Dienst der Informationsgesellschaft diese Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung besteht und die Maßnahmen im angemessenen Verhältnis zu den genannten Schutzziele stehen. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten, abgesehen von dringlichen Fällen, das in Art. 3 Abs. 4 lit. b ECRL beschriebene Verfahren einhalten. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass das Angebot einer außergerichtlichen Konfliktregelung eine Gefahr für die genannten Schutzgüter darstellt. Grundsätzlich unterliegt damit auch die außergerichtliche Konfliktregelung dem Herkunftslandprinzip des Art. 3 Abs. 1 u. 2 ECRL. Die verschiedenen Anbieter müssen sich damit nur nach den Vorschriften des Mitgliedstaates richten, in dem sie niedergelassen sind. Die anderen Mitgliedstaaten dürfen diese Tätigkeit nicht beschränken.

In Hinblick auf das oben aufgeworfene Problem, ob das deutsche Rechtsberatungsgesetz auch dann Anwendung findet, wenn ein Nichtanwalt mit Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland Konfliktregelung in Deutschland anbietet, die als Rechtsberatung im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG zu qualifizieren ist, stellt sich jedoch die Frage, ob ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz eine Beeinträchtigung oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung in Deutschland darstellt. In diesem Fall könnte trotz der grundsätzlichen Geltung des Herkunftslandprinzips ausnahmsweise ein Eingreifen deutscher Behörden gem. Art. 3 Abs. 4 lit. a i) erster Spiegelstrich ECRL möglich sein, wenn dieses in einem angemessenen Verhältnis zum Schutzziel steht.

Auf der einen Seite lässt sich argumentieren, dass grundsätzlich jeder Gesetzesverstoß zumindest dann eine Beeinträchtigung für die öffentliche Ordnung in Deutschland bedeutet, wenn hierdurch gleichzeitig eine Straf- oder Ordnungswidrigkeit begangen wird. Diese Auslegung entspricht ungefähr der Auslegung der Gefahr für die öffentlichen Sicherheit in den

verschiedenen Polizeigesetzen der Bundesländer<sup>331</sup>. Auch die Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 TDG, der mit der Vorschrift des Art. 3 Abs. 4 lit. a i) erster Spiegelstrich ECRL fast wörtlich übereinstimmt, legt diesen Schluss nahe. Hier heißt es, dass im Hinblick auf § 4 Abs. 1 und Abs. 5 S. 1 Nr. 1 TDG die Anwendbarkeit des deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts durch das TDG nicht berührt werde<sup>332</sup>. Da die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ohne die nach dem Rechtsberatungsgesetz erforderliche Erlaubnis gem. Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBerG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, müsste man hiernach von einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung ausgehen, sobald tatsächlich eine Rechtsberatung stattgefunden hat. Bei einem bloßen Angebot läge dagegen eine Gefahr der Beeinträchtigung vor. In diesem Fall müsste es sich dann außerdem um eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr im Sinne des Art. 3 Abs. 4 lit. a ii) ECRL bzw. des § 4 Abs. 5 S. 1 TDG handeln. Da sich die Adjektive „ernsthaft“ und „schwerwiegend“ auf den Begriff der Gefahr und nicht auf den der Beeinträchtigung beziehen, käme es in erster Linie darauf an, wie drohend der zu erwartende Erfolgseintritt tatsächlich ist<sup>333</sup>. Die Schwere der Beeinträchtigung könnte dann, ähnlich wie im öffentlichen Recht, allenfalls für die Frage von Bedeutung sein, wie gegenwärtig die Gefahr sein muss<sup>334</sup>. Eine eingrenzende Auslegung wäre dann nur noch über das Kriterium der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Hinblick auf das Schutzziel möglich.

Bei der Auslegung der Begriffe „Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung“ bzw. der „ernsthaften und schwerwiegenden Gefahr einer Beeinträchtigung“ ist allerdings zu bedenken, dass Gemeinschaftsnormen immer so auszulegen sind, dass sie die größtmögliche Wirkung im Sinne des Gemeinschaftsrechts entfalten können („*effet utile*“)<sup>335</sup>. Angesichts der Tatsache, dass in Deutschland praktisch jeder Gesetzesverstoß als

<sup>331</sup> Zum Gefahrenbegriff im öffentlichen Recht vgl. nur *Friauf*, in: Schmidt-Abmann, 2. Abschnitt Rn. 45ff.

<sup>332</sup> A.a.O. (Fn. 303), S. 17.

<sup>333</sup> *Grunewald* scheint dagegen den Begriff der schwerwiegenden Gefahr als Eingrenzung für den Grad der Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung heranziehen zu wollen, vgl. BB 2001, 1111 (1112).

<sup>334</sup> Zum öffentlichen Recht vgl. *Friauf*, in: Schmidt-Abmann, 2. Abschnitt Rn. 51.

<sup>335</sup> *Lutter*, JZ 1992, 593 (603); *Oppermann*, § 7 Rn. 686; *Streinz*, § 8 Rn. 498.

Ordnungswidrigkeit geahndet wird, würde das Herkunftslandprinzip unvertretbar stark eingeschränkt, wenn man wirklich jeden Verstoß gegen sanktionierte Normen unter die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 4 lit. a i) erster Spiegelstrich bzw. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 TDG subsumieren wollte. Eine einschränkende Auslegung ist deshalb in jedem Fall erforderlich. Insbesondere kann für die Auslegung des Begriffs „Beeinträchtigung der Öffentlichen Ordnung“ nicht allein auf das deutsche Verständnis abgestellt werden. Das Gemeinschaftsrecht ist anerkanntermaßen autonom auszulegen, d.h. auf den Begriffsinhalt im nationalen Recht kann nicht ohne weiteres zurückgegriffen werden<sup>336</sup>. Es liegt deshalb nahe, bereits den Begriff „Beeinträchtigung der Öffentlichen Ordnung“ einschränkend auszulegen und hierfür nur besonders gravierende Rechtsverstöße ausreichen zu lassen. Zumindest muss aber eine entsprechende Einschränkung über das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs erfolgen. Soweit der Hinweis in der Begründung zu § 4 TDG, die Anwendbarkeit des deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts würden nicht berührt, dahingehend verstanden werden sollte, dass bei jedem Verstoß gegen sanktionierte Normen ein Eingreifen deutscher Behörden grundsätzlich möglich sei, ist dem nicht zu folgen. Denn auch § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 TDG, der ja auf der E-Commerce-Richtlinie beruht, muss letztlich gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden.

Will man die Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips nicht auf ein Minimum begrenzen, kann ein einfacher Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz noch nicht als eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung in Deutschland angesehen werden<sup>337</sup>. Eine Einschränkung des Herkunftslandprinzips kommt somit nicht in Betracht. Folglich kann ein Nichtanwalt mit Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland auch Konfliktregelung, die als Rechtsberatung im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG zu qualifizieren ist, zulässigerweise in Deutschland anbieten, soweit dieses Angebot in seinem Heimatstaat erlaubt ist. Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass dies natürlich nur für solche Dienste der Informationsge-

<sup>336</sup> *Lutter*, JZ 1992, 593 (599); *Oppermann*, § 7 Rn. 682f; *Streinz*, § 8 Rn. 500.

<sup>337</sup> Im Ergebnis wie hier *Grunewald*, BB 2001, 1111 (1112).



sellschaft gilt, die ihre Niederlassung in einem Staat der Europäischen Union haben.

#### 4. Zusammenfassende Bewertung

Wie in der gesamten E-Commerce-Richtlinie spiegelt sich auch in den Vorschriften, die die außergerichtliche Konfliktregelung betreffen, der Versuch wider, einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen herzustellen. Zum einen soll durch Marktliberalisierung für die Dienste der Informationsgesellschaft ein wirklicher Binnenmarkt geschaffen und damit das Wachstum und die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft gefördert werden. Zum anderen geht es darum, durch die Sicherstellung eines angemessenen Verbraucherschutzniveaus im elektronischen Geschäftsverkehr das Vertrauen der Nutzer in das neue Medium zu gewinnen. Diese beiden Ziele lassen sich jedoch nicht immer einfach miteinander vereinbaren und werden in den fünf Regelungsbereichen der Richtlinie unterschiedlich gewichtet. Insgesamt scheint es jedoch so, als ob das Gleichgewicht etwas zugunsten der Förderung des E-Commerce verschoben ist. *Hoeren*<sup>338</sup> führt dies darauf zurück, dass die Richtlinie allein aus der Feder der für Fragen des Binnenmarktes zuständigen Generaldirektion XV stammt, wohingegen die Generaldirektion XXIV für Gesundheits- und Verbraucherschutz nicht beteiligt wurde.

Während die Vorschriften zu den Informations- und Transparenzpflichten (Abschnitt 1 und Art. 6 und 10 ECRL) sowie zum Abschluss von Verträgen (Abschnitt 3) eher auf den Verbraucher ausgerichtet sind, weisen die Regelungen zur kommerziellen Kommunikation (Abschnitt 2), zur Verantwortlichkeit der Vermittler und zur Rechtsdurchsetzung eine stärkere Marktorientierung auf. Auch die Implementierung des in Art. 3 Abs. 1 u. 2 ECRL enthaltenen Herkunftslandprinzips steht für eine marktfreundliche Ausrichtung<sup>339</sup>. Die Tendenz zu mehr Marktliberalisierung und Selbstregulierung zeigt sich aber vor allem in den Vorschriften, die die außergerichtliche Konfliktregelung betreffen. Dies ergibt sich schon daraus, dass es in diesem Bereich kaum zwingende Vorschriften gibt. Art. 17 Abs. 1 ECRL,

<sup>338</sup> MMR 1999, 192 (193).

<sup>339</sup> Ähnlich auch *Dickie*, S. 101f.

die einzige für die Mitgliedstaaten verbindliche Vorschrift, zielt auf den Abbau hinderlicher rechtlicher Vorschriften und nicht etwa auf den Aufbau rechtlicher Rahmenbedingungen. Die ursprünglich in Art. 17 Abs. 2 ECRL zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze für Verbraucherverfahren wurden auf eine unverbindliche Regelung zusammengestrichen. Ansonsten finden sich in den Vorschriften typische Instrumente der freiwilligen Selbstregulierung. Dies gilt vor allem für die in Art. 16 ECRL vorgesehenen Verhaltenskodizes. Die Schaffung neuer Verfahren und entsprechender Regeln wird völlig der privaten Initiative überlassen. Den Mitgliedstaaten kommt allenfalls die Aufgabe zu, diese privaten Initiativen zu fördern. Ähnliches gilt für die in Art. 13 u. 14 ECRL enthaltenen Haftungsregelungen, die zwar die Grundlage für private „Notice and Take Down“-Verfahren bilden können, die Schaffung solcher Verfahren aber den beteiligten Wirtschaftskreisen anheim stellen.

## II. Die Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG

Im Rahmen dieser Untersuchung von Bedeutung sind außerdem die oben im Zusammenhang mit dem EEJ-Net bereits angesprochenen Empfehlungen 98/257/EG „betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständig sind“<sup>340</sup> und 2001/310/EG „über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen“<sup>341</sup>. Diese Empfehlungen sind zwar nicht speziell auf den elektronischen Geschäftsverkehr, dafür aber auf bestimmte außergerichtliche Konfliktregelungsmechanismen ausgerichtet, die wiederum im elektronischen Geschäftsverkehr häufig zum Einsatz kommen können. In Erwägungsgrund 2 der Empfehlung 2001/310/EG wird die fortwährende Entstehung neuer Formen des Handels, insbesondere des elektronischen Handels, sogar ausdrücklich als einer der Gründe für den Erlass dieser Empfehlung genannt. Beide Empfehlungen können deshalb zumindest für einige der hier vorgestellten Mechanismen zur Anwendung kommen.

<sup>340</sup> A.a.O. (Fn. 121).

<sup>341</sup> A.a.O. (Fn. 122).

## 1. Die Empfehlung 98/257/EG

Die Empfehlung 98/257/EG steht im Zusammenhang mit verschiedenen Gemeinschaftsinitiativen im Bereich des Zugangs der Verbraucher zum Recht, die bis in die 80er Jahre zurückgehen<sup>342</sup>. Zugang der Verbraucher zum Recht meint dabei Zugang zur praktischen Ausübung der Rechte und nicht Zugang zum Recht im engeren Sinne, also zu den Gerichten<sup>343</sup>. Ein Ergebnis der verschiedenen Initiativen war die Mitteilung der Kommission „zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“<sup>344</sup>, die zwei Maßnahmen enthält: einen Vorschlag für die Einführung eines Formblatts für Verbraucherbeschwerden und die Empfehlung 98/257/EG. Die Wahrung gewisser Grundsätze im Rahmen der außergerichtlichen Konfliktregelung soll zur Erreichung eines höheren Verbraucherschutzniveaus und parallel dazu zur Vertrauensbildung beitragen. Die Verbraucher sollen bedenkenlos vollen Nutzen aus den Vorteilen eines außergerichtlichen Systems im eigenen Land oder in einem anderen Mitgliedstaat ziehen. Außerdem soll das Vertrauen unter den verschiedenen Konfliktregelungseinrichtungen gestärkt und diesen ermöglicht werden, ihre Dienste auch in einem anderen Mitgliedstaat anzubieten<sup>345</sup>. Ziel der Kommission ist es, die entsprechenden Stellen zu vernetzen, damit diese untereinander aktiver an der Beilegung konkreter Streitfälle mitwirken und der Verbraucher sich auch in grenzübergreifenden Fällen unmittelbar an die zuständige Stelle im eigenen Land wenden kann. Diesem Ziel ist die Kommission mit ihre Initiative zum oben vorgestellten EEJ-Net bereits einen Schritt näher gekommen.

Die Empfehlung gilt für alle bereits bestehenden oder noch zu schaffenden außergerichtlichen Instanzen, die unabhängig von ihrer Bezeichnung durch die aktive Intervention eines Dritten, der eine Lösung vorschlägt oder vorschreibt, zu einer Beilegung der Streitigkeit führen. Sie betrifft keine Verfahren, die auf den einfachen Versuch beschränkt sind, eine Annäherung

<sup>342</sup> Ein Überblick über die verschiedenen Initiativen findet sich in der Mitteilung der Kommission zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten vom 30.03.1998, KOM (1998) 198 endg.

<sup>343</sup> A.a.O. (Fn. 120).

<sup>344</sup> A.a.O. (Fn. 120).

<sup>345</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6 der Empfehlung 98/257/EG, a.a.O. (Fn. 121).

der Parteien zu erreichen, um sie zu überzeugen, eine einvernehmliche Lösung zu finden<sup>346</sup>. Die Empfehlung umfasst damit nur Schlichtungsverfahren im herkömmlichen Sinn. Mediationsverfahren sowie die hier vorgestellten neuen Konfliktregelungsformen, z.B. die automatisierten Verfahren, die Chargebacks, die „Notice and Take Down“-Verfahren und die DRM-Systeme, fallen dagegen nicht unter ihren Anwendungsbereich.

Die Empfehlung richtet sich an die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständigen Organe, an alle natürlichen und juristischen Personen, die für die Einrichtung und Arbeitsweise dieser Organe verantwortlich sind, sowie an die beteiligten Mitgliedstaaten. Sie enthält sieben Grundsätze, die von den entsprechenden Einrichtungen eingehalten werden sollten. Angesichts des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 EGV) beschränkt sich die Maßnahme ausdrücklich auf das zur Erreichung des genannten Ziels Erforderliche<sup>347</sup>. Die Grundsätze sind deshalb nur in einer Empfehlung enthalten. Folglich erfolgt ihre Einhaltung auf freiwilliger Basis (Art. 249 EGV). Sichergestellt werden soll sie durch die Erstellung einer Datenbank, in der die außergerichtlichen Einrichtungen zur Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten erfasst werden, die diese Garantien erfüllen<sup>348</sup>. Im einzelnen handelt es sich um die folgenden sieben Grundsätze:

### a. Grundsatz der Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit der jeweiligen Einrichtung soll eine unparteiische Entscheidung sicherstellen. Dies soll dadurch gewährleistet werden, dass die Entscheidungsträger die erforderliche Befähigung, Erfahrung und Fachkompetenz aufweisen, ihre Amtszeit ausreichend lang ist und nicht ohne triftigen Grund beendet werden kann. Wird die benannte Person von einem Berufsverband oder Unternehmen bestellt oder bezahlt, darf sie in den letzten drei Jahren vor Amtsantritt weder für ein diesem Berufsverband angehörendes Mitglied noch für das betreffende Unternehmen tätig gewesen sein. Mit Rücksicht auf bereits existierende, gut funktionierende Ombudsmannverfahren einiger Berufsverbände soll diese Voraussetzung allerdings

<sup>346</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9 der Empfehlung 98/257/EG, a.a.O. (Fn. 121).

<sup>347</sup> Erwägungsgrund 24 der Empfehlung 98/257/EG, a.a.O. (Fn. 121).

<sup>348</sup> Erwägungsgrund 23 der Empfehlung 98/257/EG, a.a.O. (Fn. 121).

zumindest in der ersten Zeit flexibel gehandhabt werden<sup>349</sup>. Bei Kollegialentscheidungen kann die Unabhängigkeit auch dadurch gewährleistet werden, dass Verbraucher und Gewerbetreibende paritätisch vertreten sind.

### **b. Grundsatz der Transparenz**

Die Verfahrenstransparenz soll insbesondere durch die Bereitstellung wichtiger Informationen in schriftlicher oder anderer geeigneter Form garantiert werden. Hierzu gehören vor allem Informationen zur Art der Streitfälle, zu Zuständigkeitsgrenzen, zu Verfahrensregeln, zur Verhandlungssprache, zu Verfahrenskosten und eventueller Kostenteilung nach Abschluss, zur Art der Regeln, auf denen die Entscheidungsfindung beruht, zu den Modalitäten der Entscheidungsfindung sowie zur rechtlichen Wirkung der Entscheidung und möglichen Sanktionen. Außerdem soll ein jährlicher Bericht über die ergangenen Entscheidungen veröffentlicht werden. Eine Pflicht zur Ausarbeitung formeller Verfahrensregeln oder zur Veröffentlichung aller Entscheidungen soll allerdings nicht bestehen<sup>350</sup>.

### **c. Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens**

Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens bedeutet, dass den Parteien das Recht zustehen muss, ihren jeweiligen Standpunkt vorzutragen und die Position der Gegenpartei zur Kenntnis zu nehmen. Er beinhaltet weder das Erfordernis, dass sich die Parteien in einer Art „Duell“ gegenüberstehen müssen, noch erfordert er mündliche Verhandlungen<sup>351</sup>. Er entspricht deshalb ungefähr dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

### **d. Grundsatz der Effizienz**

Die Effizienz des Verfahrens soll durch verschiedene Maßnahmen sichergestellt werden, unter anderem durch die Möglichkeit das Verfahren auch ohne Rechtsvertreter in Anspruch zu nehmen, durch Unentgeltlichkeit

<sup>349</sup> Vgl. hierzu das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

<sup>350</sup> Vgl. hierzu das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

<sup>351</sup> Vgl. hierzu wiederum das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

oder zumindest moderate Kosten<sup>352</sup>, durch rasche Verfahrensabwicklung, durch garantiert kurze Fristen<sup>353</sup> sowie durch die aktive Rolle der Entscheidungsträger bei der Beilegung des Konflikts<sup>354</sup>.

### **e. Grundsatz der Rechtmäßigkeit**

Eine Entscheidung der jeweiligen Konfliktregelungseinrichtung darf nicht zur Folge haben, dass der Verbraucher den Schutz verliert, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Mitgliedstaats, in dem die Einrichtung ihren Sitz hat, gewährt wird. Insbesondere darf sie nicht dazu führen, dass in grenzüberschreitenden Fällen die Vorschrift des Art. 5 EVÜ<sup>355</sup> leer läuft. Jede Entscheidung bedarf der Schriftform oder einer anderen geeigneten Form, muss begründet und den betroffenen Parteien unverzüglich mitgeteilt werden. Wie im „workshop on legal issues“ auf der Konferenz von Lissabon zum EEJ-Net<sup>356</sup> ausdrücklich festgestellt wurde, besagt der Grundsatz der Rechtmäßigkeit nichts über das in grenzüberschreitenden Fällen anzuwendende Recht aus. Die Einrichtung sei noch nicht einmal dazu verpflichtet, überhaupt nationales Recht anzuwenden, sondern könne ihre Entscheidung auf Verhaltenskodizes oder Billigkeitserwägungen stützen. Es falle nicht in die Zuständigkeit der außergerichtlichen Einrichtungen, umfassende Nachforschungen über ausländisches Recht anzustellen. Insgesamt dürfe die praktische Bedeutung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nicht überbewertet werden. In den meisten Verbraucherstreitigkeiten ginge es nämlich nicht in erster Linie um rechtliche, sondern viel häufiger um tatsächliche Fragen.

<sup>352</sup> Als Richtwert gibt das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220), vor, dass 10 % des Streitwerts nicht überschritten werden sollten.

<sup>353</sup> Der Richtwert des Diskussionspapiers der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220), liegt bei sechs Monaten für durchschnittliche Fälle und einem Jahr für schwierigere Fälle.

<sup>354</sup> Die Rolle des Entscheidungsträgers soll nach dem Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220), möglichst aktiver sein als die eines Richters im gerichtlichen Verfahren.

<sup>355</sup> Römer EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980, ABl. EG L 266 vom 9.10.1980, S. 1, konsolidierte Fassung, ABl. EG C 27 vom 26.01.1998, S. 34.

<sup>356</sup> A.a.O. (Fn. 220).

### **f. Grundsatz der Handlungsfreiheit**

Der Grundsatz der Handlungsfreiheit besagt, dass die Entscheidung der Konfliktregelungseinrichtung für die Parteien nur dann bindend sein kann, wenn diese vorab davon in Kenntnis gesetzt worden sind und die Entscheidung ausdrücklich angenommen haben. Hierdurch sollen insbesondere Schlichtungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden, die dem Verbraucher das Recht entziehen, das jeweils zuständige Gericht anzurufen.

### **g. Grundsatz der Vertretung**

Dem Verbraucher darf schließlich nicht das Recht vorenthalten werden, sich zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens durch einen Dritten vertreten zu lassen oder einen Dritten beizuziehen. Dabei muss es sich bei dem Dritten nicht um einen Rechtsanwalt handeln. Es können auch Freunde, Verwandte oder Verbraucherschützer auftreten<sup>357</sup>.

## **2. Die Empfehlung 2001/310/EG**

Nachdem ursprünglich nur für die außergerichtlichen Verfahren, bei denen ein Dritter aktiv interveniert und eine Lösung vorschlägt oder vorschreibt, gewisse Mindestgarantien festgesetzt wurden, stellte der Rat in seiner Entschließung vom 25. Mai „über ein gemeinschaftliches Netz einzelstaatlicher Einrichtungen für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“<sup>358</sup> fest, dass auch die Streitbelegungsverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der Empfehlung 98/257/EG fallen, eine nützliche Rolle für die Verbraucher spielen<sup>359</sup>. Deshalb forderte er die Kommission auf, auch für die Beurteilung dieser Verfahren gemeinsame Kriterien zu entwickeln, damit auch sie in das EEJ-Net aufgenommen werden können<sup>360</sup>. Dieser Aufforderung ist die Kommission mit der Empfehlung 2001/310/EG nachgekommen. Gemäß Erwägungsgrund 18 der Empfehlung sollen

<sup>357</sup> Vgl. hierzu das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

<sup>358</sup> ABl. EG C 155 vom 06.06.2000, S. 1.

<sup>359</sup> Nr. 7 der Entschließung, a.a.O. (Fn. 358).

<sup>360</sup> Nr. 11 (5) der Entschließung, a.a.O. (Fn. 358).

zukünftig auch die Verfahren, die den Grundsätzen der Empfehlung 2001/310/EG entsprechen, an das EEJ-Net angeschlossen werden.

Die Empfehlung 2001/310/EG gilt gemäß dem in Teil I festgelegten Anwendungsbereich für „unabhängige Einrichtungen, die Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten durchführen, bei denen – unabhängig von ihrer Bezeichnung – versucht wird, eine Streitigkeit dadurch zu beenden, dass die Parteien zusammengebracht und dazu veranlasst werden, im gegenseitigen Einvernehmen eine Lösung zu finden. Sie gilt nicht für Verbraucherbeschwerdeverfahren, die von Unternehmen betrieben werden und bei denen das Unternehmen unmittelbar mit dem Verbraucher verhandelt, oder für Verfahren, die von oder im Auftrag eines Unternehmens durchgeführt werden“.

Die Empfehlung betrifft damit in erster Linie Mediationsverfahren. Dagegen werden weder das oben erwähnte „Internal Complaints Handling“ noch die automatisierten Verfahren, die Chargebacks, das ICANN-Verfahren, die „Notice and Take Down“-Verfahren noch die DRM-Systeme erfasst.

Die Empfehlung enthält vier Grundsätze, denen die genannten Verfahren gerecht werden sollen:

### **a. Grundsatz der Unparteilichkeit**

Der Grundsatz der Unparteilichkeit entspricht im Wesentlichen dem der Unabhängigkeit in der Empfehlung 98/257/EG. Die Regelung ist allerdings weniger detailliert. Die Personen, die das Verfahren durchführen, sollen für eine bestimmte Zeit berufen und nicht ohne triftigen Grund ihres Amtes enthoben werden. Ein vermeintlicher oder tatsächlicher Interessenkonflikt zwischen diesen Personen und den Parteien soll ausgeschlossen und beide Parteien sollen vor Beginn des Verfahrens über die Unparteilichkeit und Kompetenz dieser Personen informiert werden.

### **b. Grundsatz der Transparenz**

Ähnlich wie in der Empfehlung 98/257/EG soll auch im Wege der Empfehlung 2001/310/EG die Transparenz der betroffenen Verfahren durch die Vorgabe bestimmter Informationspflichten sichergestellt werden. Hierzu gehören Informationen über einschlägige Kontaktadressen, den Zugang zum

Verfahren und dessen Funktionsweise, den Verfahrensablauf, die Art der erledigten Streitigkeiten, Einschränkungen hinsichtlich der Durchführbarkeit des Verfahrens, die Voraussetzungen, die die Parteien erfüllen müssen, sonstige Verfahrensvorschriften, die Kosten, den Zeitplan, anwendbare materielle Vorschriften, die Art des Beitrags, den dieses Verfahren zur Streitbeilegung leisten kann, sowie die Rechtswirkungen einer einvernehmlichen Lösung. Außerdem soll die vereinbarte Lösung auf einem dauerhaften Datenträger unter klarer Bezeichnung der Bedingungen und Gründe protokolliert werden. Schließlich wird gefordert, dass Angaben zur Erfolgsbilanz des Verfahrens öffentlich zugänglich sind, insbesondere zur Anzahl und Art der eingegangenen Beschwerden sowie Ausgang der Verfahren, zur Dauer des Verfahrens, zu Problemen, die häufig Anlass zu Beschwerden geben, und zum Grad der Einhaltung der einvernehmlichen Lösung, sofern bekannt. Die Regelungen zur Transparenz sind damit erheblich detaillierter als in der Empfehlung 98/257/EG.

### **c. Grundsatz der Effizienz**

Die Effizienz der Verfahren soll, wie bei der Empfehlung 98/257/EG auch, durch kurze Fristen und Kostenfreiheit bzw. moderate Kosten für den Verbraucher garantiert werden. Den zuständigen Einrichtungen wird deshalb aufgegeben, den Verfahrensgang ständig zu überwachen. Außerdem soll es möglich sein, die Verfahren ohne die Einschaltung von Prozessbevollmächtigten in Anspruch zu nehmen. Andererseits darf eine Partei aber nicht daran gehindert werden, einen Vertreter einzuschalten. Darüber hinaus wird ausdrücklich betont, dass die Verfahren auch auf elektronischem Weg leicht zugänglich sein sollten.

### **d. Grundsatz der Fairness**

Der Grundsatz der Fairness besagt schließlich, dass es den Parteien freistehen muss, sich an einem außergerichtlichen Verfahren zu beteiligen, sich vom Verfahren wieder zurückzuziehen und gegebenenfalls eine andere außergerichtliche Stelle anzurufen. Außerdem sollen die Parteien die Möglichkeit haben, ihren Standpunkt vorzutragen und sich zu den Argumenten, Angaben und Beweismitteln der Gegenpartei zu äußern. Letzteres begründet damit im Wesentlichen einen Anspruch auf rechtliches

Gehör. Die Parteien sollen darüber hinaus ermutigt werden, im Verfahren uneingeschränkt zusammenzuarbeiten. Schließlich sollen sie über die Rechtswirkungen einer einvernehmlichen Lösung sowie darüber informiert werden, dass es ihnen freisteht, die angeregte Lösung anzunehmen oder abzulehnen, dass die angeregte Lösung ungünstiger sein könnte als ein gerichtliches Urteil, dass sie das Recht haben, sich von einem unabhängigen Dritten beraten zu lassen und dass sie sich auch nach Abschluss des Verfahrens an eine andere außergerichtliche Einrichtung oder ein nationales Gericht wenden können.

### **3. Zusammenfassende Bewertung**

Die Empfehlung 98/257/EG stößt in Deutschland nicht auf viel Gegenliebe. Dies zeigt sich vor allem an der ablehnenden Haltung des Bundesrates gegenüber der Einführung eines einheitlichen außergerichtlichen Streit-schlichtungssystems in der EU, auf dessen Einführung die Empfehlung 98/257/EG letztendlich abzielt. Dass dieses Ziel angestrebt wird, ergibt sich unzweifelhaft aus den Erwägungsgründen der Empfehlung sowie aus den Ausführungen in der Mitteilung der Kommission „zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“<sup>361</sup>, deren Bestandteil die Empfehlung ist. In seiner Stellungnahme zu Art. 17 ECRL<sup>362</sup> betonte der Deutsche Bundesrat zwar, dass die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung grundsätzlich zu begrüßen sei. Er äußerte aber die Befürchtung, die Kommission wolle, wie es sich in der Empfehlung 98/257/EG und in anderen Richtlinien angedeutet habe, die Mitgliedstaaten verpflichten, ein gerichtsähnliches System der außergerichtlichen Streit-schlichtung und Beilegung zu schaffen. Hierfür bestehe jedoch keine Notwendigkeit. Ob ein solches System sinnvoll sei, hinge von den Besonderheiten des jeweiligen Gerichtssystems und Verfahrensrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten ab. Über dessen Einrichtung müssten deshalb die Mitgliedstaaten selbst entscheiden. Insbesondere in Deutschland könne schon viel durch die Anpassung der gerichtlichen Verfahren an die

<sup>361</sup> A.a.O. (Fn. 120).

<sup>362</sup> Beschluss des Bundesrates vom 19.03.1999 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, BR-Drcks. 29/99, S. 13ff.

Besonderheiten des E-Commerce getan werden. Schließlich sei auch bei unterschiedlichen Lösungen innerhalb der Gemeinschaft eine schnelle Zusammenarbeit der jeweiligen Institutionen über die Grenzen hinweg zu erreichen. Der nordrhein-westfälische Justizminister *Dieckmann*<sup>363</sup> erkennt in den Regelungsvorschlägen und Empfehlungen der Kommission insgesamt die Tendenz, die außergerichtliche Streitschlichtung unter staatliche Kontrolle zu stellen. Hierfür bestehe aber kein Bedürfnis. Außerdem würden viele der gut funktionierenden Streitschlichtungsstellen in Deutschland den Anforderungen der Empfehlung 98/257/EG nicht genügen. Hieran zeigt sich, dass die Einhaltung gewisser Mindestgarantien zum Teil gar nicht für nötig gehalten wird. Was die Empfehlung 2001/310/EG betrifft, gibt es, soweit ersichtlich, noch keine ähnlich negativen Stellungnahmen. Da diese Empfehlung aber in erster Linie den Kreis der erfassten Verfahren erweitert, inhaltlich dagegen weitgehend mit der Empfehlung 98/257/EG übereinstimmt, ist davon auszugehen, dass auch die neue Empfehlung eher kritisch beurteilt werden wird. Informationen zu Verfahren, die der Empfehlung 2001/310/EG gerecht werden, wurden zumindest bis Oktober 2002 von den zuständigen deutschen Stellen noch nicht an die Kommission übermittelt<sup>364</sup>. Es ist also nicht damit zu rechnen, dass in Deutschland freiwillig große Anstrengungen zur Verwirklichung der Mindestgrundsätze ergriffen werden.

Auch das von der Kommission vorgesehene Instrument der Einrichtung einer Datenbank, das die Einhaltung der Garantien sicherstellen soll, erscheint nicht besonders wirkungsvoll. Anders als die meisten anderen Staaten hat Deutschland nämlich, wie bereits erwähnt, eine recht unübersichtliche Vielzahl von außergerichtlichen Verfahren mitgeteilt. Die Informationen zu den 203 Verfahren finden sich auf insgesamt 150 Seiten<sup>365</sup>. Ob hierdurch die von der Kommission angestrebte Transparenz erreicht wird, ist doch sehr fraglich. Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel daran, ob alle der 203 mitgeteilten Verfahren auch tatsächlich die

<sup>363</sup> *Dieckmann*, ZG 2000, 1 (8).

<sup>364</sup> Vgl. [http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/2001-310/acce\\_just\\_2001-310\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/2001-310/acce_just_2001-310_en.html). Bisher hat lediglich Portugal ein außergerichtliches Verfahren an die Kommission mitgeteilt.

<sup>365</sup> A.a.O. (Fn. 364).

Einhaltung der sieben Mindestgarantien gewährleisten. So erfordern einige der in der Liste befindlichen Verfahren das persönliche Erscheinen der Beteiligten, was nach den obigen Ausführungen nicht mit dem Grundsatz der Vertretung in der Empfehlung 98/257/EG vereinbar ist<sup>366</sup>. Auch in Hinblick auf den Grundsatz der Unabhängigkeit ergeben sich Zweifel, wenn, wie z.B. bei der IHK Wuppertal-Solingen-Remscheid<sup>367</sup>, allein der Geschäftsführer der Kammer als Schlichter für Verbraucherbeschwerden vorgesehen ist. Dies scheint seit langem auch der Kommission und einigen Stellen in Deutschland bewusst geworden zu sein, geändert hat sich aber noch nichts<sup>368</sup>. Schließlich wurde in Deutschland zunächst auch kaum etwas für die Bekanntmachung der Empfehlungen und der mit ihnen im Zusammenhang stehenden Initiativen getan. Selbst die betroffenen Stellen waren schlecht informiert<sup>369</sup>.

Das Hauptproblem der Mindestgarantien liegt damit bereits in ihrer Ausgestaltung als Empfehlung im Sinne des Art. 249 EGV, d.h. in ihrer Unverbindlichkeit. Auch der Versuch, die Einhaltung der Garantien über die Erstellung einer speziellen Datenbank zu erreichen, in die nur die Einrichtungen aufgenommen werden, die die Garantien erfüllen, kann in Hinblick auf das oben zur Situation in Deutschland Gesagte nicht wirklich überzeugen. Was die Bedeutung der Empfehlungen für den elektronischen Geschäftsverkehr betrifft, greift ihr Anwendungsbereich im Übrigen zu kurz. An der obigen Darstellung der verschiedenen Konfliktregelungsme-

<sup>366</sup> Unter anderem die gemeindlichen Schiedsstellen in Sachsen (4.1.). Es wird sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vertretung natürlicher Personen durch Bevollmächtigte nicht zulässig ist. Ähnliches gilt für die Schlichtungsstelle für Verbraucherbeschwerden bei der Industrie- und Handelskammer Stade (4.3), a.a.O. (Fn. 364).

<sup>367</sup> Nr. 5.5 in der Liste, a.a.O. (Fn. 364).

<sup>368</sup> Auf Nachfrage bei der Kommission am 03.08.2000 teilte Frau *Giles Buckenham* von der GD für Gesundheits- und Verbraucherschutz mit, dass für die Notifikation der Stellen alleine die Mitgliedstaaten verantwortlich seien und diese bereits von der Kommission aufgefordert worden seien, ihre Mitteilung nochmals zu überprüfen. Der von ihr genannte Verantwortliche für Deutschland Herr *Henning Grub* vom Bundesministerium für Wirtschaft ließ wissen, dass er die Bedenken teile, für die Notifikation aber allein das Bundesministerium für Justiz zuständig sei. Bis Oktober 2002 wurde an der Liste jedoch noch nichts verändert.

<sup>369</sup> Telefonische Anfragen und Anfragen per Email bei einigen der mitgeteilten Stellen in Deutschland und bei den Europäischen Verbraucherinformationsstellen in Gronau und Kiel im Juli/August 2000 zeigten, dass diese damals über die Empfehlung nur sehr schlecht bis gar nicht informiert waren.

chanismen im elektronischen Geschäftsverkehr zeigt sich, dass sich hier neue Formen der Konfliktregelung herausgebildet haben, die auch im Zusammenhang mit Verbrauchergeschäften von Bedeutung sein können, die aber nicht zu den von den Empfehlungen erfassten Verfahren zählen. Dies gilt vor allem für die stark automatisierten Verfahren. Der Anwendungsbereich der Empfehlungen erscheint gegenüber neuen Mechanismen zu unflexibel. Letztendlich berühren sie auch nur die Einrichtungen, die sich dem EEJ-Net anschließen möchten. Alle übrigen Einrichtungen, die sich dem Netz nicht angeschlossen haben, können sich die Leitlinien zwar zum Vorbild nehmen, ein besonderer Anreiz hierfür besteht aber nicht. Die Empfehlungen bieten damit keinesfalls einen allgemeinen Rahmen für die außergerichtliche Konfliktregelung als solche, auch nicht für den Verbraucherbereich.

Auf die Frage, inwieweit die Einhaltung gewisser Mindestgarantien auch bei der außergerichtlichen Konfliktregelung sinnvoll ist und darauf, ob die oben vorgestellten Mechanismen solchen Kriterien gerecht werden, soll an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden. Diese Frage wird unten in Kapitel 6 sehr ausführlich behandelt.

### III. Sonstige Richtlinien

Auch in einigen anderen Richtlinien der EU, die im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr Bedeutung erlangen können, finden sich vereinzelt Regelungen zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Hierzu zählen vor allem die Fernabsatzrichtlinie<sup>370</sup> und die Überweisungsrichtlinie<sup>371</sup>. Auf diese soll der Vollständigkeit halber ebenfalls eingegangen werden. Schließlich enthält auch Erwägungsgrund 46 der Urheberrechtsrichtlinie<sup>372</sup> (UrhRL) einen Hinweis auf die weitere Entwicklung von

<sup>370</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz vom 20.05.1997, ABl. EG L 144 vom 04.06.1997, S. 19.

<sup>371</sup> Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Überweisungen vom 27.01.1997, ABl. EG L 43 vom 14.02.1997, S. 25. Näher zur Richtlinie und ihrer Umsetzung in Deutschland vgl. z.B. *Wilkens*, MDR 1999, 1236; *Klarm/Koch*, NJW 1999, 2776.

<sup>372</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.05.2001, ABl. EG L 167 vom 22.06.01, S. 10.

Schlichtungsinstanzen. Außerdem können einige der Regelungen dieser Richtlinie für die Beurteilung der DRM-Systeme von Bedeutung sein und sollen hier kurz angesprochen werden.

#### 1. Fernabsatzrichtlinie

Art. 11 Abs. 4 der Fernabsatzrichtlinie bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten zusätzlich „eine freiwillige Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie durch unabhängige Einrichtungen sowie die Inanspruchnahme solcher Einrichtungen zwecks Streitschlichtung“ vorsehen können. In Erwägungsgrund 21 findet sich außerdem ein entsprechender Verweis auf den Aktionsplan „für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt“<sup>373</sup>. Der unverbindliche Charakter dieser Bestimmung ergibt sich bereits aus der Formulierung „können zusätzlich“. Ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten ist damit nicht zwingend erforderlich. Entsprechend enthält z.B. auch das auf dieser Richtlinie beruhende deutsche Fernabsatzgesetz keinerlei Regelungen zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Auf die außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen im E-Commerce hat diese Vorschrift damit keine konkreten Auswirkungen.

#### 2. Überweisungsrichtlinie

Art. 10 der Überweisungsrichtlinie enthält dagegen eine konkrete Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „dafür Sorge zu tragen, dass angemessene und wirksame Beschwerde- und Abhilfeverfahren zur Beilegung etwaiger Streitigkeiten zwischen einem Auftraggeber und seinem Institut bzw. zwischen einem Begünstigten und seinem Institut vorhanden sind“. Im deutschen Überweisungsgesetz wurde diese Vorschrift durch die Einführung des § 29 AGBG (jetzt § 14 UKlaG) umgesetzt. Hiernach soll die Deutsche Bundesbank als Schlichtungsstelle für Streitigkeiten aus der Anwendung der §§ 675 a bis 676 g und 676 h S. 1 BGB zuständig sein. Über die Vorgaben der Richtlinie hinaus betrifft § 14 UKlaG also nicht nur grenzüberschreitende Überweisungen, sondern auch Überweisungen im Inland. Die nähere Ausgestaltung der Schlichtungsverfahren ist gem. § 14 Abs. 2 UKlaG vom

<sup>373</sup> A.a.O. (Fn. 40).

Bundesministerium der Justiz durch Rechtsverordnung zu regeln, wobei folgende Vorgaben einzuhalten sind: Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Einrichtung muss sichergestellt und die Verfahrensregeln müssen Interessierten zugänglich sein, die Beteiligten müssen Tatsachen und Bewertungen vorbringen können, und sie müssen rechtliches Gehör erhalten. Außerdem muss das Verfahren auf die Verwirklichung des Rechts ausgerichtet sein. Die vorherige Durchführung des Verfahrens ist nicht Voraussetzung für die spätere Inanspruchnahme der Gerichte. Vielmehr ist die Teilnahme fakultativ. Ziel des Art. 10 der Überweisungsrichtlinie sowie des § 14 UKlaG ist es damit, die Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der Verbraucher zu verbessern. Da auch Überweisungen heutzutage weitgehend elektronisch abgewickelt werden, wird die in § 14 UKlaG vorgesehene Streitschlichtung häufig Konflikte im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr betreffen. Die genannten Verfahrensbedingungen beziehen sich allerdings nur auf die bei der Deutschen Bundesbank einzurichtende Schlichtungsstelle.

### 3. Urheberrechtsrichtlinie

Die Urheberrechtsrichtlinie bezweckt neben der Harmonisierung von Teilen des Urheberrechts auch die EG-weite gemeinsame Ratifizierung des WIPO-Urheberrechtsvertrages<sup>374</sup> und des WIPO-Vertrages über Darbietungen und Tonträger<sup>375</sup>. In Erwägungsgrund 46 der Richtlinie wird die Einschaltung von Schlichtungsinstanzen für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Nutzern und Rechteinhabern als hilfreich bezeichnet. Konkrete Vorgaben werden jedoch nicht gemacht. Es heißt lediglich, „die Kommission sollte gemeinsam mit den Mitgliedstaaten im Rahmen des Kontaktausschusses eine Untersuchung über neue rechtliche Möglichkeiten durchführen, mit denen Streitigkeiten im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte beigelegt werden können“. Dagegen beinhaltet die Urheberrechtsrichtlinie in Hinblick auf die rechtliche Bewertung der DRM-Systeme in Art. 6 wichtige Regelungen. Diese Norm ist äußerst kompliziert und für

<sup>374</sup> World Copyright Treaty (WCT) vom 20.12.1996, WIPO Publication Number: 226, abzurufen unter <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo033en.htm>.

<sup>375</sup> World Performers and Producers Rights Treaty (WPPRT) vom 20.12.1996, WIPO Publication Number 227, abzurufen unter <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo034en.htm>.

das Urheberrecht nicht ganz unproblematisch<sup>376</sup>. Zur Umsetzung der Richtlinie in Deutschland hat die Bundesregierung im Juli 2002 den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft<sup>377</sup> (InfoG-RegE) vorgelegt, der auf einem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz<sup>378</sup> (InfoG-RefE) aufbaut. In diesem Zusammenhang ist mittlerweile eine intensive Diskussion entbrannt<sup>379</sup>. Dabei wird auch der rechtliche Rahmen für die DRM-Systeme kontrovers diskutiert. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den hierbei vorgetragenen Argumenten, die in erster Linie urheberrechtliche Problemstellungen betreffen, würde an dieser Stelle jedoch zu weit führen. Zum Thema der rechtlichen Einordnung der DRM-Systeme bzw. der Entwicklung des Urheberrechts zum Informationsrecht sind bereits eigene Dissertationen erschienen<sup>380</sup>. Im Folgenden soll deshalb lediglich der durch die Urheberrechtsrichtlinie und den InfoG-RegE vorgegebene rechtliche Rahmen in seinen Grundzügen dargestellt und auf einige Bedenken hingewiesen werden.

#### a. Art. 6 Abs. 1 UrhRL – Schutz technischer Maßnahmen

In Art. 6 Abs. 1 und 2 UrhRL heißt es, „die Mitgliedstaaten sehen einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen durch eine Person vor, der bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie dieses Ziel verfolgt“. Unabhängig von der etwas unglücklichen Formulierung dieser Vorschrift (wer ein bestimmtes Ziel verfolgt, dem muss das doch notwendigerweise auch bekannt sein!), ergibt sich aus dem Zusammenhang mit der Definition der „technischen

<sup>376</sup> So auch *Linnenborn*, K&R 2001, 394 (397).

<sup>377</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02.

<sup>378</sup> Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 18.03.2002, abzurufen unter [http://www.urheberrecht.org/topic/MultiMediaRiLi/RefEntw\\_InfoGes\\_18\\_3\\_02.pdf](http://www.urheberrecht.org/topic/MultiMediaRiLi/RefEntw_InfoGes_18_3_02.pdf).

<sup>379</sup> Zahlreiche Links zu Veranstaltungen, Stellungnahmen, Mailinglisten und sonstigen Dokumenten zu diesem Thema finden sich z.B. auf der Website des Münchner Instituts für Urheber- und Medienrecht unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi>; vgl. außerdem *Dreier*, ZUM 2002, 28; *Jaeger*, CR 2002, 309; *Reinbothe*, ZUM 2002, 28; *Zecher*, ZUM 2002, 52 u. 451.

<sup>380</sup> Z.B. *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht; *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht; *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht.



Maßnahmen“ in Art. 6 Abs. 3 S. 1 UrhRL, dass auch die DRM-Systeme zu solchen Maßnahmen zählen und damit einen entsprechenden Umgehungs-schutz genießen. Nach Art. 6 Abs. 3 UrhRL sind technische Maßnahmen „alle Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, Werke oder sonstige Schutzgegenstände betreffende Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, die nicht von der Person genehmigt worden sind, die Inhaber der Urheberrechte (...) ist“. Genau dieses Ziel verfolgen die DRM-Systeme. Sie genießen deshalb einen besonderen rechtlichen Schutz. Konkret ist es den Nutzern versagt, sich durch eigene technische Schutzvorkehrungen gegen den Einsatz von DRM-Systemen zu wehren<sup>381</sup>. Die technischen Systeme werden allerdings nur geschützt, wenn sie wirksam sind. Dies ist gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 UrhRL nur der Fall, „soweit die Nutzung eines geschützten Werkes oder eines sonstigen Schutzgegenstandes von den Rechteinhabern durch eine Zugangskontrolle oder einen Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung des Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes oder eines Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigung, die die Erreichung des Schutzziels sicherstellen, unter Kontrolle gehalten wird“. Das Kriterium der Wirksamkeit birgt jedoch ein Problem in sich. Es gibt wohl keine technischen Schutzvorrichtungen, die nicht von Hackern „geknackt“ werden könnten. Es wird deshalb eine ex ante/ex post-Betrachtung hinsichtlich der Wirksamkeit eines Schutzsystems und das Abstellen auf den Durchschnittsbenutzer vorgeschlagen<sup>382</sup>.

Aus der Definition des Wirksamkeitskriteriums ergibt sich außerdem, dass der Rechteinhaber nicht nur die Nutzung, sondern auch den Zugang zur Nutzung kontrollieren darf<sup>383</sup>. Im ursprünglichen Richtlinienentwurf<sup>384</sup> hieß

<sup>381</sup> Ähnliche Regelungen finden sich im Übrigen auch im DMCA (17 U.S.C.A. Sec. 1201 („anti-circumvention rules“)) und in den WIPO-Verträgen (Art. 11 WCT und Art. 18 WPPRT).

<sup>382</sup> Hoeren, MMR 2000, 515 (520); Kröger, CR 2001, 316 (322); Linnenborn, K&R 2001, 394 (397).

<sup>383</sup> So ausdrücklich Linnenborn, K&R 2001, 394 (397). In diesem Sinne wohl auch Helberger/u.a., S. 10f.

<sup>384</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 10.12.1997, KOM (1997) 628 endg., ABl. EG C 108 vom 07.04.1998, S. 6, in der geänderten Fassung vom 21.05.1999, KOM (1999) 250 endg., ABl. EG C 180 vom 25.06.1999, S. 6.

es sogar „nur dann als wirksam anzusehen, wenn der Zugang zu einem Werk (...) oder deren Nutzung (...)“ kontrolliert wird. Zwar hat der Rat den Ausdruck „Zugang zu“ im gemeinsamen Standpunkt gestrichen, weil Fragen der Zugangskontrolle zu geschützten Inhalten außerhalb des Bereichs des Urheberrechts lägen<sup>385</sup>. Das eigentliche Ziel, die Zugangskontrolle ganz auszuschließen, hat er hierdurch aber nicht erreicht<sup>386</sup>. Denn, wer den Zugang zur Nutzung kontrolliert, verfügt gleichzeitig über ein Kontrollinstrument zur Überwachung des Zugangs zum System als solchem<sup>387</sup>. Wie an den Beispielen in Kapitel 4 gezeigt wurde, können die DRM-Systeme sowohl den Zugang zum System als auch die Nutzung, also den Zugang zum Werk, kontrollieren. Deshalb muss man, selbst wenn man davon ausgeht, dass Art. 6 UrhRL nach der Umformulierung Zugangskontrollmechanismen nicht mehr erfasst, zumindest anerkennen, dass die Zugangskontrolle sich auch als Nutzungskontrolle auswirken kann und somit zumindest insoweit vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 UrhRL erfasst wird<sup>388</sup>. Hieraus könnten sich Konflikte mit der Richtlinie 98/84/EG über Zugangskontrolldienste<sup>389</sup> ergeben<sup>390</sup>.

Mit der Definition in Art. 6 Abs. 3 UrhRL soll außerdem hervorgehoben werden, dass Art. 6 Abs. 1 UrhRL vor der Umgehung aller technischer Maßnahmen schützt, die dazu bestimmt sind, vom Rechtsverkehr nicht genehmigte Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, und zwar unabhängig davon, ob die Person, die für die Umgehung verantwortlich ist, ein Begünstigter einer der Ausnahmen im Sinne des Art. 5 UrhRL ist<sup>391</sup>.

<sup>385</sup> Gemeinsamer Standpunkt EG Nr. 48/2000 vom 28.09.2000, ABl. EG C 344 vom 01.12.2000, S. 1, Begründung Nr. 45.

<sup>386</sup> So auch Helberger/u.a., S. 10f; Linnenborn, K&R 2001, 394 (398).

<sup>387</sup> Dusollier/Poullet/Buydens, S. 30f.

<sup>388</sup> So z.B. Wand, S. 108.

<sup>389</sup> Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20.11.1998, ABl. EG L 320 vom 28.11.1998, S. 54.

<sup>390</sup> Mit diesem Problem setzten sich vor allem auseinander Heide, 15 (3) Berkeley Tech. L. J. 993 (2000); Helberger/u.a., S. 11f; Linnenborn, K&R 2001, 394 (398f).

<sup>391</sup> So ausdrücklich der Gemeinsamer Standpunkt EG Nr. 48/2000, a.a.O. (Fn. 385), S. 19.

### **b. Art. 6 Abs. 4 UrhRL – Schutz vor technischen Maßnahmen**

Um die legitimen Interessen derjenigen, die durch eine im Urheberrecht vorgesehene Schrankenregelung begünstigt werden, zu schützen, hat der Rat einen neuen Art. 6 Abs. 4 in die Richtlinie eingefügt. Danach werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, „dass die Rechtsinhaber dem Begünstigten einer im nationalen Recht gem. Art. 5 Abs. 2 Buchstaben a, c, d oder e oder Abs. 3 Buchstaben a, b oder e (UrhRL) vorgesehenen Ausnahmen oder Beschränkungen die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung in dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung erforderlichem Maße zur Verfügung stellen“, soweit die Rechtsinhaber diesbezüglich nicht freiwillige Maßnahmen ergreifen. Auch für eine Ausnahme oder Beschränkung gem. Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b UrhRL (Privatkopierschranke) kann ein Mitgliedstaat solche Maßnahmen treffen. Die Maßnahmen genießen dann den gleichen Umgehungsschutz wie er in Art. 6 Abs. 1 UrhRL für die technischen Maßnahmen selbst festgelegt ist. In dem Machtgefüge zwischen Rechtsinhaber und Nutzer setzt der europäische Gesetzgeber also zunächst auf freiwillige Selbstbeschränkungen seitens der Rechtsinhaber im Umgang mit technischen Sicherungssystemen.

Ob hierdurch, wie *Hoeren*<sup>392</sup> meint, bereits ein Patt zwischen Rechtsinhabern und Nutzern im „battle of technical systems“ geschaffen ist, ist allerdings zu bezweifeln. Beim Einsatz von DRM-Systemen besteht vielmehr die Tendenz, das Kräfteverhältnis zwischen Rechtsinhabern und Nutzern zugunsten ersterer zu verschieben<sup>393</sup>. Dies zeigt sich schon rein äußerlich daran, dass das Verbot von Umgehungstools gem. Art. 6 Abs. 1 UrhRL ohne Einschränkungen gilt und in Abs. 2 sogar auf die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, den Verkauf, die Vermietung und die Werbung für Vorrichtungen, Erzeugnisse, Bestandteile und Dienstleistungen erstreckt wird, die eine Umgehung zum Ziel bzw. die abgesehen von der Umgehung nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck haben. Schutzmaßnahmen zu Gunsten der Nutzer sind dagegen nur zulässig, wenn die Rechtsinhaber die

<sup>392</sup> MMR 2000, 515 (521)

<sup>393</sup> So auch *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 29ff; *Kröger*, CR 2001, 316 (322); *Möschel/Bechtold*, MMR 1998, 571 (575); *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 177 (2000).

Nutzung im Rahmen der qualifizierten Schrankenregelungen nicht freiwillig zulassen und die Mitgliedstaaten deshalb entsprechende Maßnahmen ergreifen. Ein Selbsthilferecht der Nutzer besteht dagegen gerade nicht. Schließlich gilt die Schutzvorschrift des Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 UrhRL auch nur für die dort genannten Schranken. Voraussetzung ist außerdem, dass der Begünstigte „rechtmäßigen Zugang zu dem geschützten Werk oder Schutzgegenstand hat“. Im Offline-Umfeld kann in dem käuflichen Erwerb des Gegenstandes gleichzeitig der Erwerb des Zugangsrechts gesehen werden. Zwar gilt dies grundsätzlich auch online. Probleme treten aber auf, wenn dem Zugang zum Gegenstand eine Zugangskontrolle zum Dienst vorgeschaltet ist. Unklar ist in diesem Fall, was passiert, wenn der Rechtsinhaber den Zugang blockiert, obwohl die Nutzung der Ausnahme oder Schranke erlaubt bzw. staatlicherseits sichergestellt ist. Staatliche Maßnahmen zur Sicherstellung des Zugangs in den Fällen einer unzulässigen Blockierung sind nicht vorgesehen, was die Nutzung völlig verhindern kann<sup>394</sup>. Ebenso unklar ist, welche Maßnahmen ergriffen werden können, wenn DRM-Systeme datenschutzrechtliche Vorgaben oder sonstige zwingende gesetzliche Regeln missachten oder zumindest eine Gefahr für diese darstellen. In Erwägungsgrund 57 findet sich lediglich der Hinweis, dass die technischen Maßnahmen dem Schutz der Privatsphäre entsprechend den Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr<sup>395</sup> gerecht werden müssen. Schließlich haben vertragliche Vereinbarungen über die Zugänglichmachung von geschützten Inhalten auf Abruf gemäß Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 UrhRL Vorrang vor den Bestimmungen des Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 u. 2 UrhRL, d.h. wirksame technische Maßnahmen, die im Rahmen des interaktiven Zurverfügungstellens auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen angewandt werden, sind von der Durchsetzung der Schrankenregelungen ausgenommen. Damit steht die Zulassung der Schrankennutzung in diesem Bereich im Belieben des jeweiligen

<sup>394</sup> *Linnenborn*, K&R 2001, 394 (400); ähnlich *Helberger/u.a.*, S. 15.

<sup>395</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995, ABl. EG L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

Rechtsinhabers<sup>396</sup>. Ein Rechtsinhaber, der sein durch technische Maßnahmen geschütztes Werk online auf Abruf anbietet und dabei gleichzeitig mit dem Kunden – z.B. durch einen Online-Vertrag, den der Kunde mit einem Klick auf den „I agree“-Button bestätigt – vereinbart, dass dieser keine Nutzungen im Rahmen der Schrankenregelungen vornimmt, kann also nicht dazu gezwungen werden, diese Nutzung zuzulassen<sup>397</sup>.

### c. Umsetzung

Mit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft sollen im Wesentlichen zunächst nur die zwingenden, fristgebundenen Vorgaben der Richtlinie sowie die verbindlichen Vorgaben der beiden WIPO-Verträge umgesetzt werden<sup>398</sup>. Primäres Anliegen des InfoG-RegE ist es, diese Regelungen angesichts der äußerst knappen Umsetzungsfrist möglichst schnell – d.h. auch unbelastet von kontroversen, den Prozess möglicherweise verzögernden Diskussionen – umzusetzen. Vor diesem Hintergrund enthält der Entwurf z.B. auch keine Regelung zur Ausfüllung der Kannvorschrift der Richtlinie zur Durchsetzung der Privatkopierschranke bei Anwendung technischer Schutzmaßnahmen (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 UrhRL). Diese Frage soll erst nach erneuter Prüfung gesondert mit allen Betroffenen, den Ländern, der Rechtswissenschaft sowie der Rechtspraxis weiter intensiv und ohne Zeitdruck erörtert werden<sup>399</sup>.

Der Schutz technischer Maßnahmen soll in § 95 a Abs. 1 und 3 der neuen Fassung des Urhebergesetzes (UrhG-RegE) weitgehend übereinstimmend mit Art. 6 Abs. 1 und 2 UrhRL geregelt werden. Auch die in § 95 a Abs. 2 UrhG-RegE enthaltene Legaldefinition für den Begriff der „wirksamen technischen Maßnahmen“ lehnt sich eng an den Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 UrhRL an. In der Begründung zum InfoG-RegE heißt es hierzu, es sei bewusst darauf verzichtet worden, die Regelung – wie vereinzelt vorgeschlagen – „sprachlich zu verdichten“ oder zusätzliche Elemente aufzuneh-

<sup>396</sup> So ausdrücklich auch die Begründung zu Nr. 34 und 42 des InfoG-RegE (§ 95 b Abs. 3) vom 31.07.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 65, in der diese Konsequenz als eine zwingende Vorgabe der UrhRL bezeichnet wird.

<sup>397</sup> Zur Kritik an dieser Regelung vgl. *Helberger/u.a.*, S. 15.

<sup>398</sup> InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 1.

<sup>399</sup> Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 33.

men. Die möglichst präzise Übernahme der Richtlinie sei optimaler Ausgangspunkt für eine in diesem Bereich besonders wichtige einheitliche Anwendung und Auslegung in allen Mitgliedstaaten<sup>400</sup>. Außerdem wird in Hinblick auf das oben angesprochene Problem, wann eine technische Maßnahme als wirksam angesehen werden kann, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass technische Maßnahmen grundsätzlich auch dann wirksam sein können, wenn ihre Umgehung möglich ist. Andernfalls würde das Umgehungsverbot jeweils mit der Umgehung technischer Maßnahmen infolge der dadurch erwiesenen Unwirksamkeit obsolet<sup>401</sup>. Um den von der Richtlinie geforderten angemessenen Rechtsschutz für die technischen Maßnahmen zu gewährleisten, werden Verstöße gegen § 95 a UrhG-RegE in § 108 b und § 111 a UrhG-RegE strafrechtlich bzw. als Ordnungswidrigkeit sanktioniert. Daneben stehen dem jeweiligen Rechtsinhaber zivilrechtliche Ansprüche – etwa auf Schadensersatz oder auf Unterlassung – zu. Das grundsätzliche Erfordernis einer Strafbewehrung wurde im Rahmen der die Umsetzung vorbereitenden Diskussion in Deutschland ganz überwiegend befürwortet. Hierdurch soll eine Angleichung an die Regelungen erfolgen, die bereits im Zugangskontrolldiensteschutzgesetz<sup>402</sup> (ZKDSG) im Hinblick auf die Umgehung von Zugangskontrolldiensten, also für unmittelbar vergleichbare, teilweise sogar identischen Vorgänge, vorgesehen sind<sup>403</sup>. Der Entwurf nimmt jedoch diejenigen Verstöße von der Strafbarkeit aus, die ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch des Handelnden oder mit ihm persönlich verbundener Personen erfolgen bzw. sich auf einen derartigen Gebrauch beziehen. Da zivilrechtliche Ansprüche davon unabhängig sind und unberührt bleiben, führt das jedoch auch für diesen begrenzten Bereich nicht zu einem folgen- oder sanktionslosem Zustand<sup>404</sup>.

Was den Schutz vor technischen Maßnahmen betrifft, lässt der Richtliniengeber in Art. 6 Abs. 4 offen, was unter „freiwilligen Maßnahmen einschließ-

<sup>400</sup> Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 63.

<sup>401</sup> Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 62f.

<sup>402</sup> Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 19.03.2002, BGBl. 2002 I, S. 1090.

<sup>403</sup> Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 67f.

<sup>404</sup> Vgl. hierzu auch Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 68.

lich Vereinbarungen“ zu verstehen ist, und eröffnet den Mitgliedstaaten damit verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten. Ähnlich wie bei der E-Commerce-Richtlinie auch, sind die Mitgliedstaaten zunächst angehalten, die freiwilligen Maßnahmen einschließlich des Abschlusses und der Umsetzung von Vereinbarungen zwischen den Rechtsinhabern und anderen interessierten Parteien zu fördern<sup>405</sup>. Auch diese Förderungspflicht bleibt jedoch sehr vage. Ein konkreter zeitlicher Rahmen, innerhalb dessen ein Mitgliedstaat Schritte zur Sicherung der erlaubten Nutzung ergreifen muss, wird nicht vorgegeben<sup>406</sup>. Es ist lediglich von einer angemessenen Frist die Rede<sup>407</sup>. Im InfoG-RegE wird der in Art. 6 Abs. 4 UrhRL enthaltene Vorrang freiwilliger Maßnahmen der Rechtsinhaber dadurch umgesetzt, dass gem. § 137 j Abs. 1 UrhG-RegE die Vorschriften des § 95 b Abs. 2 und § 111 a UrhG-RegE erst ab dem dritten auf das Inkrafttreten dieses Gesetzes folgenden Kalendermonat Anwendung finden und somit die in den genannten Vorschriften vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung der qualifizierten Schranken gegenüber wirksamen technischen Maßnahmen im Sinne des § 95 a UrhG-RegE mit einer gewissen Verzögerung zur Verfügung stehen<sup>408</sup>.

Offen bleibt auch, welche „Mittel zur Nutzung“ die Rechtsinhaber bei Fehlen von freiwilligen Maßnahmen zur Verfügung stellen müssen. Jedenfalls müssen diese geeignet sein, die Nutzung auch tatsächlich zu ermöglichen<sup>409</sup>. Der Begriff „Mittel“ impliziert eine Beschränkung auf technische Umgehungsmittel, was durch Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 3 UrhRL bestätigt wird. Auf die hieraus resultierenden praktischen Schwierigkeiten weist vor allem *Linnenborn*<sup>410</sup> hin. Die Technik könne schwerlich zwischen berechtigter und unerlaubter Nutzung unterscheiden. Auch § 95 b UrhG-RegE, der die Durchsetzung von Schrankenbestimmungen beim Einsatz technischer Maßnahmen sicherstellen soll, enthält keine Vorgaben zur Art

<sup>405</sup> Vgl. Erwägungsgrund 51 der Richtlinie.

<sup>406</sup> So auch *Linnenborn*, K&R 2001, 394 (399).

<sup>407</sup> Erwägungsgrund 51 Satz 3 der Richtlinie.

<sup>408</sup> Vgl. hierzu auch Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 69.

<sup>409</sup> Vgl. Erwägungsgrund 51 Satz 3 der Richtlinie.

<sup>410</sup> K&R 2001, 394 (399).

und Weise oder Form, in der Verwender technischer Schutzmaßnahmen die Nutzung der jeweiligen Schranken zu gewähren haben. Auf diese Weise soll nach der Begründung zu § 95 b UrhG-RegE ein weiter Gestaltungsspielraum eröffnet werden, der unterschiedlichste Lösungen zulässt, um damit die Bestimmung vor dem Hintergrund eines sich wandelnden technischen Umfelds flexibel zu halten. Denkbar sei etwa, den Schrankenbegünstigten Schlüsselinformationen zum ein- oder mehrmaligen Überwinden der technischen Maßnahmen zur überlassen. Ferner könnten Verbänden von Schrankenbegünstigten Vervielfältigungsmöglichkeiten zur eigenständigen Verteilung an einzelne Berechtigte überlassen werden. Berechtigten könnte aber auch die Möglichkeit geboten werden, auf völlig unabhängigem Wege – etwa über einen Internetabruf – weitere Vervielfältigungsstücke in der jeweils benötigten Form zu erhalten<sup>411</sup>. Solche Maßnahmen hätten jedenfalls den Vorteil, dass sie durch die Begünstigten selbst wahrgenommen werden können und diese nicht darauf angewiesen wären, dass ein vorprogrammierter technischer Mechanismus die Nutzung als rechtmäßig anerkennt.

Die in Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 UrhRL enthaltene Verpflichtung, die Möglichkeit einer Schrankennutzung sicherzustellen, wird im InfoG-RegE in verschiedener Hinsicht umgesetzt. Zum einen begründet § 95 b Abs. 2 UrhG-RegE einen individuellen zivilrechtlichen Anspruch des einzelnen Begünstigten gegen den Rechtsinhaber, um die Mittel zur Inanspruchnahme der jeweiligen Schrankenvorschrift in dem zu ihrer Nutzung erforderlichen Maße zu erhalten. Die prozessuale Durchsetzung dieses Anspruchs soll außerdem durch die in § 95 d Abs. 2 UrhG-RegE geforderte Pflicht, die technischen Maßnahmen mit Namen oder Firma und zustellungsfähiger Anschrift des Verwenders zu kennzeichnen, sichergestellt werden. Dem Schrankenbegünstigten soll dagegen aus Gründen der Sicherung der Schutzsysteme kein Selbsthilferecht zur Umgehung der technischen Maßnahme gewährt werden<sup>412</sup>. Da jedoch die individuelle Durchsetzung für den einzelnen Begünstigten abgesehen vom allgemeinen Prozessrisiko stets mit erheblichem Aufwand verbunden bleibt und vielfach erst mit zeitlicher Verzögerung zu einer Entscheidung führt, die dann auch nur für den

<sup>411</sup> Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 64.

<sup>412</sup> Vgl. Begründung zum InfoG-RegE vom 16.08.2002, BR-Drcks. 684/02, Anlage 1, S. 64.

jeweiligen Einzelfall bindet, soll zur Durchsetzung der Verpflichtung aus § 95 b Abs. 1 UrhG-RegE auch eine Verbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz zulässig sein. Hierzu soll ein neuer § 2 a UKlaG geschaffen werden. Schließlich werden Verstöße gegen § 95 b Abs. 1 UrhG-RegE sowie gegen die Kennzeichnungspflicht des § 95 d Abs. 2 UrhG-RegE gem. § 112 a UrhG-RegE als Ordnungswidrigkeit geahndet. Strafrechtliche Sanktionen sind dagegen nicht vorgesehen.

Darüber hinaus sieht § 95 d Abs. 1 UrhG-RegE zum Schutz der Nutzer vor, dass Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahme zu kennzeichnen sind. Außerdem erklärt § 95 b Abs. 2 S. 2 UrhG-RegE Vereinbarungen zum Ausschluss der Verpflichtung, Nutzungen im Rahmen der Schranken zuzulassen, ausdrücklich für unwirksam. Dies gilt allerdings gem. § 95 b Abs. 3 UrhG-RegE nicht für technische Maßnahmen, die konkret im Rahmen des interaktiven Zurverfügungstellens auf Grundlage vertraglicher Vereinbarung angewandt werden. Wie bereits oben gezeigt, steht die Zulassung der Schrankennutzung im Belieben des Rechtsinhabers, wenn dieser das geschützte Werk online auf Abruf anbietet.

#### **d. Zusammenfassende Bewertung**

Auch die Regelungen der Urheberrechtsrichtlinie weisen sich damit als eher marktorientiert und wirtschaftsfreundlich aus. In dem Machtgefüge zwischen Rechtsinhaber und Nutzer setzt der europäische Gesetzgeber zunächst auf freiwillige Selbstbeschränkungen seitens der Rechtsinhaber im Umgang mit technischen Schutzsystemen. Ob sich hier aber zwei gleichwertige Partner gegenüber stehen, ist stark zu bezweifeln. Es besteht vielmehr der Eindruck, dass unter dem Gesichtspunkt der Bedrohung der Verwertungsrechte durch die technischen Möglichkeiten, die mit der Digitalisierung verbunden sind, den wirtschaftlichen Verwertungsinteressen gegenüber den berechtigten Interessen der Nutzer einseitig der Vorrang eingeräumt wird. Schutzmaßnahmen der Nutzer gegenüber den DRM-Systemen sind nur zulässig, wenn die Rechtsinhaber die Nutzung im Rahmen der in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 genannten Schranken nicht freiwillig zulassen. Für den Fall, dass das geschützte Werk online auf Abruf angeboten wird, ist die

Zulassung der Schrankennutzung sogar vollkommen in das Belieben des jeweiligen Rechtsinhabers gestellt. Dies ist wohl auch darauf zurückzuführen, dass anscheinend im Vorfeld der Erarbeitung der Urheberrechtsrichtlinie einzelne Lobbyisten unter der Hand mit Informationen versorgt wurden, während andere – insbesondere Verbraucherverbände oder Bibliotheken – vielfach draußen bleiben mussten<sup>413</sup>. Ähnliches gilt für die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie durch den InfG-RegE, der sich sehr eng an den Vorgaben der Richtlinie orientiert. Dabei erscheint die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen für die Umgehung technischer Maßnahmen besonders hart. Positiv zu sehen ist allerdings die in § 95 d Abs. 1 UrhG-RegE enthaltene Pflicht, die mit technischen Maßnahmen geschützten Werke deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen sowie die im InfoG-RegE (§ 2 a UKlaG) vorgesehene Möglichkeit einer Verbandsklage. Dies kann zu mehr Transparenz und einer besseren Kontrolle der DRM-Systeme beitragen. In Zukunft wird es jedenfalls erforderlich sein, im Umfeld der DRM-Systeme in besonderem Maße auf die Einhaltung der Schrankenbestimmungen im Bereich des Urheberrechts sowie die Beachtung von daten- und verbraucherrechtlichen Normen zu achten<sup>414</sup>.

### **C. OECD-Leitlinien für den Verbraucherschutz im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr**

Neben der Europäischen Union haben sich auch andere internationale Organisationen mit dem Thema der außergerichtlichen Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr befasst und in diesem Zusammenhang verschiedene Kongresse organisiert bzw. Diskussionsforen ins Leben gerufen<sup>415</sup>. Insbesondere die OECD hat sich in diesem Bereich sehr

<sup>413</sup> Vgl. hierzu auch *Hoeren*, MMR 2000, 515 (515).

<sup>414</sup> Ähnlich in Hinblick auf die DRM-Systeme im Allgemeinen auch *Möschel/Bechthold*, MMR 1998, 574 (575).

<sup>415</sup> Z.B. die von der OECD, HCOPIL und ICC gemeinsam organisierte Konferenz vom 11.-12. Dezember 2000, a.a.O. (Fn. 36). Das Thema wurde auch diskutiert auf der 22. „International

engagiert<sup>416</sup> und über die Problemdiskussion hinaus auch konkrete Leitlinien für den Verbraucherschutz im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr erlassen<sup>417</sup>. In den Leitlinien, die am 9. Dezember 1999 vom Rat der OECD angenommen wurden, sind unter Abschnitt VI. auch Regelungen zu Streitbeilegung und Abhilfe enthalten. Diese Regelungen ähneln dem von der EU verfolgten Konzept und sollen hier der Vollständigkeit halber kurz vorgestellt werden.

Abschnitt VI. B. der Leitlinien bestimmt, dass die Verbraucher „effektiven Zugang (...) zu fairen und zügigen alternativen Streitbeilegungs- und Abhilfeverfahren, die keine ungebührlichen Kosten oder Belastungen verursachen“, erhalten sollten. Außerdem sollen diese Mechanismen wirksam und transparent sein. Die Regelung betrifft sowohl unternehmensinterne Mechanismen als auch die Konfliktbeilegung durch Dritte. Unternehmen, Verbrauchervertreter und Regierungen werden aufgefordert, gemeinsam darauf hinzuarbeiten, entsprechende Selbstregulierungsmechanismen sowie andere Maßnahmen und Verfahren anzuwenden und zu entwickeln. Dabei sollen sie Informationstechnologien innovativ einsetzen und dazu nutzen, die Verbraucher besser aufzuklären und ihnen größere Wahlmöglichkeiten zu geben. Schließlich wird ausdrücklich festgestellt, dass es zusätzlicher Untersuchungen bedürfe, um die in Abschnitt VI dargelegten Ziele auf internationaler Ebene zu erreichen.

Auch die OECD-Leitlinien beziehen sich damit in erster Linie nur auf außergerichtliche Verfahren, die den Zugang der Verbraucher zum Recht auch im E-Commerce sicherstellen bzw. verbessern sollen. Zwar findet sich wiederholt die Aufforderung, Informationstechnologien innovativ einzusetzen und die Technologieentwicklung als Instrument zum Schutz und zur Stärkung der Position des Verbrauchers zu nutzen. Auf neue Formen der Konfliktregelung durch den Einsatz neuer Technologien wird jedoch nicht eingegangen.

Conference on Privacy and Personal Data Protection“ der OECD vom 28.-30. September 2000 in Venedig, vgl. hierzu *Carblanc* m.w.H. auf andere Initiativen.

<sup>416</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 415.

<sup>417</sup> Die Leitlinien sind abzurufen unter <http://www.oecd.org/pdf/M00000000/M00000364.pdf>.

Außerdem handelt es sich bei den Leitlinien um reines Softlaw. Sie stellen eine an Regierungen, Unternehmen, Verbraucher und deren Vertreter adressierte Empfehlung dar und sollen diesen bei der Überprüfung, Formulierung und Umsetzung von Maßnahmen Hilfe bieten. Zwingende Vorgaben enthalten sie nicht. Auch die OECD-Leitlinien beziehen sich damit nur auf einen Teil der hier untersuchten Mechanismen und haben darüber keine unmittelbaren Auswirkungen auf deren Wirksamkeit.

## D. Ergebnisse: Das Konzept bei der Regelung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass in Hinblick auf die außergerichtliche Konfliktregelung, soweit es sich nicht um Schiedsgerichtsbarkeit handelt, kaum rechtliche Rahmenbedingungen existieren. Die Entwicklung neuer außergerichtlicher Konfliktregelungsmechanismen wird in erster Linie dem privaten Sektor überlassen. Dabei verwahrt sich insbesondere die Wirtschaft gegen jegliche staatliche Einflussnahme in diesem Bereich. Die Regierungen kommen diesem Anliegen weitestgehend entgegen. Das Konzept bei der Regelung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ist durch äußerste regulatorische Zurückhaltung geprägt. Anders als in anderen Bereichen des elektronischen Geschäftsverkehrs, beschränken sich die Initiativen zur außergerichtlichen Konfliktregelung auf nationaler und internationaler Ebene auf unverbindliche Vorgaben oder Maßnahmen zum Abbau bestehender Hindernisse. So enthält z.B. die E-Commerce-Richtlinie detaillierte Vorschriften zu allgemeinen Informations- und Transparenzpflichten und zum Abschluss elektronischer Verträge, die vor allem dem Verbraucherschutz dienen sollen, während in Art. 16 u. 17 ECRL für die außergerichtliche Konfliktregelung allein auf typische Instrumente der Selbstregulierung zurückgegriffen wird. Ähnliches lässt sich auch bei anderen rechtlichen Initiativen feststellen, soweit diese Regelungen zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung enthalten. Der Schutz der Nutzer soll in erster Linie über Empfehlungen und freiwillige Selbstverpflichtungen erfolgen und durch die Beteiligten selbst sichergestellt werden. Insgesamt zeichnen sich die Regeln zur außergerichtlichen Streitbeilegung damit durch

eine besonders liberale und marktorientierte Grundeinstellung aus. Verbindliche verbraucherschützende Vorschriften finden sich nicht. Zwar enthalten die Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG Mindestanforderungen, denen außergerichtliche Verbraucherverfahren gerecht werden sollen. Sie sind allerdings unverbindlich und betreffen nur einen Teil der hier untersuchten Mechanismen. Unmittelbar gelten sie nur für die Einrichtungen, die sich dem EEJ-Net angeschlossen haben. Auch was die Regelung der DRM-Systeme angeht, setzt der europäische Gesetzgeber zunächst auf freiwillige Selbstbeschränkungen der Rechtsinhaber. Dagegen werden die technischen Systeme durch Art. 6 Abs. 1 UrhRL bereits jetzt vor Umgehungsmaßnahmen seitens der Nutzer geschützt. Allgemein stellt sich die Urheberrechtsrichtlinie in dieser Hinsicht als eine eher wirtschaftsorientierte Richtlinie dar. Die legitimen Interessen der Nutzer treten dagegen etwas in den Hintergrund.

Nach der gegenwärtigen Ausgestaltung der Vorschriften zur außergerichtlichen Konfliktregelung hängt deren weitere Entwicklung in erster Linie vom Umfang der privaten Initiativen und der Bereitschaft der nationalen Regierungen ab, diese zu fördern. Je nachdem, wie viel Bedeutung der außergerichtlichen Konfliktregelung zugemessen wird, kann das Engagement sehr unterschiedlich ausfallen. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei den Regelungen der E-Commerce-Richtlinie nicht um einen Auftrag zur Vollharmonisierung handelt, sondern lediglich das Erreichen eines bestimmten Zustandes angestrebt wird, wäre es auch möglich, dass die Mitgliedstaaten zusätzliche, über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehende Regelungen schaffen. Hierbei müssten lediglich die Vorgaben des Art. 17 Abs. 1 ECRL beachtet und dürfte die Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, nicht eingeschränkt werden. Gleiches gilt für die sonstigen rechtlichen Initiativen, die durchweg nur unverbindliche Empfehlungen enthalten. Schließlich lässt auch die Urheberrechtsrichtlinie den Mitgliedstaaten bei der Frage, wie sie die Verwirklichung der qualifizierten Schranken beim Einsatz technischer Maßnahmen sicherstellen wollen, einen weiten Spielraum.

Was Deutschland betrifft, könnte man angesichts der gerade wiederentdeckten Vorliebe des Gesetzgebers für die außergerichtliche Streitbeilegung davon ausgehen, dass dieser auch bei der Entwicklung spezieller Mecha-

nismen für den elektronischen Geschäftsverkehr erhebliches Engagement zeigen wird. Die Initiativen zur außergerichtlichen Streitbeilegung, die vor allem auch von einigen Bundesländern über den Bundesrat vorangetrieben wurden und erst jüngst zur Einführung des neuen § 15 a EGZPO geführt haben, zielen allerdings in erster Linie auf die Entlastung und die effizientere und bürgernähere Ausgestaltung der Justiz. Dies zeigt sich nicht nur an der Begründung zu § 15 a EGZPO<sup>418</sup>, sondern auch an der jüngsten Reform des Zivilprozesses, die über die Einführung außergerichtlicher Verfahren hinaus zur Qualitätsverbesserung und Effizienzsteigerung innerhalb der Ziviljustiz die Institutionalisierung des Schlichtungsgedankens im Zivilprozess durch die Einführung einer zwingenden Güteverhandlung in einem neuen § 278 ZPO vorsieht<sup>419</sup>. Wie oben gezeigt, liegt die Motivationslage im E-Commerce allerdings ganz anders. Es geht darum, neue Konfliktregelungstypen zu entwickeln, um den Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs besser gerecht werden zu können. Dabei soll den Problemen der herkömmlichen Verfahren begegnet und vor allem das Vertrauen der Anbieter und Nutzer in den elektronischen Geschäftsverkehr gestärkt werden. Ziel ist es, Konfliktregelungssysteme zu entwickeln, die auch bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten funktionieren. Gerade der Einführung eines außergerichtlichen Streitbeilegungssystems steht aber, wie bereits erwähnt, vor allem der Deutsche Bundesrat sehr kritisch gegenüber<sup>420</sup>. Auch das Interesse der Bundesregierung, sich am EEJ-Net zu beteiligen, ist bisher eher gering<sup>421</sup>. Hieraus ergibt sich, dass in Deutschland auch in Zukunft nicht mit überobligatorischen Maßnahmen zur Umsetzung der Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie oder sonstigen Vorgaben zur außergerichtlichen Konfliktregelung zu rechnen ist. Dies zeigt sich nicht zuletzt am EGG, das in Hinblick auf die außergerichtliche Streitbeilegung größtenteils keinen Umsetzungsbedarf sieht.

<sup>418</sup> Vgl. hierzu oben S. 14, Fn. 34.

<sup>419</sup> Zur Begründung vgl. den Gesetzentwurf zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 04.07.2000, BT-Drs. 14/3750. Zu noch weitergehenden Vorstellungen vgl. *Behrens*, RUP 1997, 73ff; *ders.*, DriZ 1997, 236ff; *Dieckmann*, ZG 2000, 1ff.

<sup>420</sup> S.o. S. 125.

<sup>421</sup> Vgl. hierzu oben S. 43.

Zu beachten ist jedoch, dass die Kommission vor allem bei der Schaffung der E-Commerce-Richtlinie auch dem Umstand Rechnung tragen wollte, dass „die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs erst in ihren Anfängen steht und nicht durch verfrüht festgelegte, unsachgerechte Regeln eingeschränkt werden darf“<sup>422</sup>. Entsprechend wird in Art. 21 Abs. 1 ECRL eine Überprüfung der Richtlinie vor dem 17. Juli 2003 und danach alle zwei Jahre vorgesehen. Dabei soll auch über eine Anpassung der Vorschriften in Hinblick auf den Verbraucherschutz nachgedacht werden. Art. 21 Abs. 2 ECRL bestimmt außerdem ausdrücklich, dass ein entsprechender Bericht zur Notwendigkeit einer Anpassung der Richtlinie, insbesondere auch die mögliche Einführung von „Notice and Take Down“-Verfahren, untersuchen soll. In Erwägungsgrund 65 findet sich darüber hinaus der Hinweis auf die Entschließung des Rates vom 19. Januar 1999 über die Verbraucherdimension der Informationsgesellschaft<sup>423</sup>. In dieser Entschließung fordert der Rat die Kommission auf, „zu gewährleisten, dass bei vorliegenden und künftigen politischen Vorschlägen der Kommission für die Informationsgesellschaft den Verbraucherinteressen in vollem Umfang Rechnung getragen wird“<sup>424</sup>. Schließlich hat die Kommission nunmehr ein Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht erarbeitet, das Aufschluss darüber geben soll, in welcher Weise sich die Kommission für die alternative Streitbeilegung einsetzen könnte und inwieweit beispielsweise ein Interesse daran besteht, auf Gemeinschaftsebene Regeln über alternative Streitbeilegung einzuführen<sup>425</sup>. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass die Zurückhaltung der Kommission in Hinblick auf die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen für außergerichtliche Konfliktregelungsmechanismen auch auf den bisher noch nicht sehr weitreichenden Erkenntnissen zu den neuen Mechanismen beruht und deren weitere Entwicklung nicht durch voreilige Regelungen gebremst werden soll. Dies sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob nicht in Zukunft zumindest für den Verbraucherbereich gewisse Grundregeln geschaffen werden.

<sup>422</sup> Begründung zum ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 19.

<sup>423</sup> A.a.O. (Fn. 311).

<sup>424</sup> Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 7 und 12 der Entschließung.

<sup>425</sup> A.a.O. (Fn. 9), Ziffer 3.1, Rn. 55.

## Kapitel 6

### Zentrale Bedenken

Bisher wurde dargelegt, dass in Hinblick auf die Verbesserung der Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr große Hoffnungen auf neue Mechanismen zur außergerichtlichen Konfliktregelung gesetzt werden. Von einigen ADR-Enthusiasten werden die regional ausgerichteten, staatlichen Gerichte in Hinblick auf den globalen E-Commerce sogar bereits als antiquierte Einrichtungen angesehen und die Zukunft allein in neuen Formen der kooperativen Konfliktbeilegung durch die Parteien selbst gesucht<sup>426</sup>. Jedenfalls gibt es kaum eine Initiative zum elektronischen Geschäftsverkehr, in der nicht auch das Thema der außergerichtlichen Konfliktregelung angesprochen wird. Für die verschiedenen Bereiche haben sich bereits unterschiedliche Formen der Streitbeilegung herausgebildet bzw. sind noch in der Entwicklung. Die Vorteile der außergerichtlichen Mechanismen liegen in erster Linie in deren Flexibilität, vor allem in Hinblick auf eine größere Verfahrensvielfalt, Formfreiheit und die Möglichkeit der Lösung vom strikten Gesetz. Außerdem verspricht man sich Kostenersparnisse und eine bessere Anpassung der Verfahren an die Geschwindigkeiten im Netz. Aufgrund der besonderen Funktionsweise der verschiedenen Mechanismen können sich darüber hinaus Vorteile bei der Durchsetzung der Konfliktregelungsergebnisse ergeben. Schließlich soll die Konfliktregelung im Netz selbst angesiedelt werden, um so sachnähere Entscheidungen zu ermöglichen, Reibungsverluste zu vermeiden und Kommunikationshindernisse zu beseitigen. Gleichzeitig gibt es kaum rechtliche Rahmenbedingungen oder konkrete rechtliche Vorgaben, an denen sich die einzelnen Mechanismen

<sup>426</sup> So vor allem *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54).



messen lassen müssten. In Deutschland konzentriert sich die gesetzgeberische Initiative zur außergerichtlichen Konfliktregelung auf die Einführung obligatorischer Vorverfahren mit dem Ziel der Richtersentlastung. Für den Bereich des E-Commerce werden dagegen konkrete Maßnahmen nicht für notwendig gehalten. Das Konzept der EU bei der Regelung bzw. Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung ist durch besondere regulatorische Zurückhaltung geprägt. Anders als in anderen Bereichen des E-Commerce gibt es keine verbindlichen Rahmenbedingungen. Im Gegenteil zielen die ergriffenen Maßnahmen eher auf die Beseitigung noch bestehender Hindernisse. Die einzigen detaillierten Regelungen sind in den Empfehlungen 98/257/EG und 2001/310/EG enthalten. Dabei handelt es sich aber, wie sich bereits aus der Ausgestaltung als Empfehlung ergibt, um unverbindliche Vorgaben. Insgesamt soll weitgehend auf die Selbstregulierung vertraut und der Schutz der Nutzer über Empfehlungen und freiwillige Selbstverpflichtungen durch die Beteiligten selbst sichergestellt werden.

Sowohl in Hinblick auf die Realisierbarkeit der genannten Vorteile und deren mögliche negative Auswirkungen als auch bezüglich der regulatorischen Zurückhaltung bestehen jedoch einige Bedenken. Es fragt sich, ob die vermeintlichen Vorteile der neuen Mechanismen einer kritischen Untersuchung standhalten und ob die außergerichtliche Konfliktregelung, zumindest in ihrer momentanen Form, wirklich zu einer Verbesserung des Zugangs zum Recht führen kann. Nur wenn sichergestellt wird, dass die Konfliktregelung tatsächlich für alle Beteiligten zu akzeptablen und fairen Ergebnissen führt, lässt sich auch das weitere Ziel, mehr Vertrauen in den elektronischen Geschäftsverkehr zu gewinnen, realisieren. Deshalb ist es zweifelhaft, ob die extreme staatliche Zurückhaltung angebracht ist. Ein Mindestrahmen an gesetzlichen Vorgaben bzw. eine entsprechende staatliche Koordinierung der verschiedenen Mechanismen könnte erforderlich sein, um die Effektivität der neuen Verfahren zu gewährleisten. Schließlich besteht auch die Gefahr, dass die chronisch schwächere Partei bei der außergerichtlichen Konfliktregelung benachteiligt wird. Sicherlich wäre es zu kurz gegriffen, allein darauf abzustellen, dass die außergerichtliche Konfliktregelung weitgehend freiwillig abläuft und durch staatliche Gerichte stets überprüfbar ist. Angesichts der Tatsache, dass es für viele Konflikte im elektronischen Geschäftsverkehr gerade sehr schwierig ist, gerichtlichen Rechtsschutz zu

erlangen, muss damit gerechnet werden, dass bestimmte Problemfälle gar nicht an die staatlichen Gerichte herangetragen werden. Neben der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Problemen und Gefahren der außergerichtlichen Konfliktregelung soll deshalb auch darauf eingegangen werden, inwieweit die Selbstregulierungsmechanismen im elektronischen Geschäftsverkehr dazu geeignet sind, diese Probleme zu lösen und eventuellen Gefahren zu begegnen. Allgemein stellt sich die Frage nach der Selbstregulierungsfähigkeit und der Akzeptanz der entsprechenden Ergebnisse. In diesem Kapitel soll deshalb zunächst auf einige zentrale Bedenken eingegangen werden. Das folgende Kapitel beschäftigt sich dann mit den Möglichkeiten der Selbstregulierung.

## **A. Verbesserung des Zugangs zum Recht? Grenzen und Risiken der außergerichtlichen Konfliktregelung**

Führt man sich die erwarteten Vorteile der außergerichtlichen Konfliktregelung vor Augen, regen sich Zweifel, ob sich diese wirklich in dem Maße auswirken können, wie allseits erhofft. Gerade die vielgepriesene Flexibilität und die Schnelligkeit der Mechanismen könnten sich auch als Fallstricke erweisen. Es besteht die Gefahr, dass der Rechtsuchende im Verfahrensgewirr den Überblick verliert und schützenswerte Interessen und Werte im Geschwindigkeitsrausch untergehen. Schneller ist nicht immer besser und vor allem nicht gerechter. Es fragt sich, wer am Ende von der Verfahrensbeschleunigung und der flexibleren Verfahrensgestaltung profitiert. Schließlich stehen sich bei der Konfliktregelung immer zwei Parteien mit meist entgegengesetzten Positionen gegenüber. Auch die oben aufgezeigten unterschiedlichen Motive und Interessen, die hinter der Entwicklung neuer Konfliktregelungsmechanismen stehen, können eine Rolle spielen. Es besteht die Gefahr, dass am Ende der Zugang zum Recht für eine Partei nicht verbessert, sondern erschwert wird. Auch in Hinblick auf die Kosten der Konfliktregelung und die tatsächlichen Möglichkeiten der Technik bleiben noch einige offene Fragen.

## I. Fallstricke der Flexibilität: Mangelnde Transparenz

### 1. Verfahrensvielfalt oder Verfahrensdschungel?

Eine Bestandsaufnahme der verschiedenen Konfliktregelungsangebote für den elektronischen Geschäftsverkehr belegt eine geradezu unübersichtliche Vielfalt von Einrichtungen, die zum Teil von ihrem Verfahren und ihrer Regelungsform ganz unterschiedlich ausgestaltet sind. Einige Einrichtungen sind auf bestimmte Sachgebiete begrenzt<sup>427</sup>, andere auf bestimmte Regionen<sup>428</sup>. Wieder andere bieten eine Konfliktregelung nur bei Streitigkeiten mit bestimmten Unternehmen an, die sich dem jeweiligen Streitbelegungs- und Gütesiegelsystem angeschlossen haben<sup>429</sup>. In letzter Zeit sind Anbieter von Gütesiegeln mit oder ohne integrierte Konfliktregelung geradezu aus dem Boden geschossen. Für den Rechtssuchenden ist es angesichts dieser unübersichtlichen Vielfalt schwierig zu erkennen, ob und welche Art der Konfliktregelung angeboten wird. Insgesamt fehlt es an Orientierungsmöglichkeiten. Auch bei der Transparenz der einzelnen Mechanismen selbst bestehen erhebliche Defizite. Für Außenstehende ist das Verfahren der Entscheidungsfindung oft nicht genau nachvollziehbar. Die Konfliktregelung erfolgt zum Teil strikt vertraulich, so dass Informationen über die Verfahrenspraxis kaum zu erhalten sind. Manche Mechanismen, wie z.B. die DRM-Systeme, laufen sogar völlig im Verborgenen ab. Mit den Worten von *Thornburg*: „One would have to read the code to understand the process. This is about as opaque as a system can get“<sup>430</sup>. Ob die in § 95 Abs. 1 UrhG-RegE enthaltene Pflicht der Rechtsinhaber, Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, deutlich sichtbar mit Angaben über die technischen Maßnahmen zu kennzeichnen, allein ausreichend ist, dieses Transparenzproblem zu lösen,

<sup>427</sup> Z.B. das ICANN-Verfahren, das wie gesehen nur bei der missbräuchlichen Nutzung eines Domain-Namens in Anspruch genommen werden kann.

<sup>428</sup> So ist z.B. das OnlineConfidence-Projekt zumindest bisher noch auf den europäischen Raum begrenzt, während BBBOnline den US-amerikanischen Bereich abdeckt. Eurochambres strebt allerdings an, das System durch Verhandlungen und gegenseitige Vereinbarungen mit Anbietern ähnlicher Systeme auch außerhalb Europas zur Verfügung zu stellen, vgl. <http://www.eurochambres.be/whatwedo/onlineConfidence.htm>.

<sup>429</sup> Dies trifft grundsätzlich auf alle Gütesiegelsysteme zu. Von den hier vorgestellten Mechanismen sind das z.B. das OnlineConfidence-Projekt und Trusted Shops.

<sup>430</sup> 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 211 (2000).

ist sehr fraglich. Zumindest der technisch nicht versierte „Normalverbraucher“ wird allein aufgrund dieser Angaben, die genaue Funktionsweise des Systems nicht nachvollziehen können.

Die Vielfalt der auf bestimmte Konfliktgegenstände spezialisierten Institutionen, deren uneinheitliche Zuständigkeiten sowie die mangelnde Transparenz führen zu einer Zersplitterung des Konfliktregelungsangebots insgesamt. Eine Zusammenarbeit der verschiedenen Einrichtungen oder zumindest eine Koordination findet so gut wie nie statt. Lediglich das EEJ-Net bemüht sich um eine Vernetzung der Verfahren. Hinzu kommt, dass die meisten Streitbelegungsangebote weiten Teilen der Bevölkerung oft unbekannt sind. Neben der fehlenden Transparenz kann auch der Einsatz von Technologien, mit denen der Nutzer nicht vertraut ist, diesen von der Inanspruchnahme eines Online-Konfliktregelungsangebots abhalten. Von einer Verbesserung des Zugangs zum Recht und einem Abbau von Zugangsbarrieren kann deshalb angesichts dieser Situation (noch) nicht die Rede sein.

Außerdem wird die Regelungsform durch den Gegenstand des Konflikts und die Wahl der angerufenen Institution oft faktisch festgelegt. Hierdurch besteht die Gefahr, dass die institutionellen Rahmenbedingungen die Konfliktlösung in der für den Einzelfall geeignetsten Regelungsform verhindern<sup>431</sup>. Die vielgepriesene Flexibilität geht dadurch verloren. Bei den Gütesiegelsystemen wird die Entscheidung über die Konfliktregelung z.B. bereits mit der Auswahl des Unternehmens, d.h. vor Entstehung des Konflikts getroffen und damit zu einem Zeitpunkt, in dem sich der Nutzer hierüber in den meisten Fällen noch gar nicht bewusst ist.

Die außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen im elektronischen Geschäftsverkehr sind also bisher nicht hinreichend transparent und bekannt. Es fehlt an einem einfachen Weg zu der gesamten Angebotspalette der außergerichtlichen Konfliktregelung, sowohl ihrer Institutionen als auch ihrer Regelungsformen. Allein die Möglichkeit, Informationen über die Konfliktregelung und schließlich die Konfliktregelung selbst per Mausklick abzurufen, ist noch nicht ausreichend, solange keine Koordinierung und

<sup>431</sup> Zu dieser Problematik in Hinblick auf die außergerichtliche Konfliktregelung im Offline-Bereich vgl. *Rennig*, in: Gottwald/u.a., 2.6., S. 3.

Systematisierung der verschiedenen Angebote erfolgt. Bedingt durch die Fülle abrufbarer Materialien droht die Informationsüberflutung. Wichtige Hinweise gehen in diesem stetig wachsenden Tornado unter. Die Suche nach den geeigneten Quellen droht im www zur „Suche nach der Nadel im Heuhaufen“ zu werden<sup>432</sup>. Jeder, der schon einmal versucht hat, über eine der zahlreichen Suchmaschinen im Internet eine konkrete Information zu erlangen, kennt dieses Problem. Dies gilt sicherlich auch für die Suche nach einer geeigneten Form der Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr.

## 2. Fehlende Orientierungsfunktion: „The shadow of the law“

In gerichtlichen Urteilen werden Verhaltensstandards und Präzedenzfälle erarbeitet, die nicht nur für die Parteien des konkreten Rechtsstreits, sondern auch darüber hinaus bedeutsam sind<sup>433</sup>. Ihnen wird deshalb eine doppelte Orientierungsfunktion zugestanden. Zum einen können sie ex ante das Verhalten Dritter in ähnlichen Fällen beeinflussen, die darum bemüht sind, sich rechtskonform zu verhalten. Zum anderen sind sie Maßstab für die gütliche Beilegung bereits entstandener Konflikte<sup>434</sup>. Auch die außergerichtliche Konfliktregelung erfolgt deshalb meist „in the shadow of the law“<sup>435</sup>, d.h. den Parteien, die sich um eine außergerichtliche Klärung ihres Konflikts bemühen, sind die gesetzlichen Vorschriften und deren Anwendung durch die Rechtsprechung durchaus bekannt. Die rechtlichen Vorgaben, die im Falle des Scheiterns einer außergerichtlichen Einigung eingreifen würden, geben den Parteien eine Leitlinie in Hinblick auf ihre Verhandlungspositionen. Das Problem bei Streitigkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr liegt dabei gerade darin, dass entsprechende Präzedenzfälle fehlen. Insbesondere in grenzübergreifenden Fällen bereitet die Feststellung der eigentlich einschlägigen rechtlichen Grundlagen häufig die größten Schwierigkeiten. Unmittelbare Folge hiervon ist nicht nur, dass den Parteien bei der außergerichtlichen Konfliktregelung im E-Commerce entsprechende

<sup>432</sup> Hoeren, NJW 2000, 188 (189).

<sup>433</sup> Adams, S. 79f; Schäfer, DriZ 1995, 461 (463f); G. Wagner, JZ 1998, 836 (837).

<sup>434</sup> G. Wagner, JZ 1998, 836 (837f).

<sup>435</sup> Dieser Begriff wurde geprägt von Mnookin/Kornhauser, 88 Yale Law Journal 950 (1978-1979).

Leitlinien fehlen, sondern vor allem auch, dass das Anrufen einer außergerichtlichen Konfliktregelungseinrichtung mit erheblichen Unsicherheiten in Hinblick auf das zu erwartende Ergebnis verbunden ist. Hinzu kommt, dass die Nutzer mangels vorhandener gerichtlicher Präzedenzfälle über ihre Rechte im Unklaren gelassen werden<sup>436</sup>.

Vor allem die oben vorgestellten privaten Konfliktregelungsangebote, wie z.B. Cybercourt, werben besonders mit der Vertraulichkeit ihrer Entscheidungen. Es gibt neben den genannten bereits zahlreiche ähnliche Verfahren, die jeweils nach einem eigenen System mit eigenen Grundsätzen arbeiten. Wird nun eine Vielzahl der im E-Commerce entstehenden Konflikte durch diese Einrichtungen gelöst, wird es auch in Zukunft für den Rechtssuchenden kaum Orientierungspunkte geben. Mangels einheitlicher Leitlinien für alle Mechanismen und fehlender Transparenz innerhalb der einzelnen Verfahren wird es jedenfalls für den betroffenen Nutzer kaum möglich sein, sich ein Bild über seine Rechte zu machen. Zwar kann sich innerhalb eines Konfliktregelungssystems eine bestimmte Praxis entwickeln, was insbesondere dann von Vorteil ist, wenn es sich um ein System mit ausreichender Flächenwirkung handelt. Dies führt aber nur zu einer besseren Orientierung, wenn die entsprechende Praxis durch eine systematische Veröffentlichung der Entscheidungen mit jeweiliger Begründung auch offengelegt wird. Vorbildlich in dieser Hinsicht ist das ICANN-Verfahren. Die meisten Entscheidungen sind über die ICANN-Website frei abrufbar<sup>437</sup>. Dabei werden sowohl das Vorbringen der Parteien als auch die von ihnen eingereichten Dokumente kurz beschrieben und die Entscheidungen recht ausführlich begründet. Für das OnlineConfidence-Projekt ist eine entsprechende Veröffentlichungspraxis, soweit ersichtlich, nicht vorgesehen. Der zum System gehörende European Code of Conduct for On-Line Commercial Relations enthält hierzu keinerlei Regelungen. Für das EEJ-Net wurde auf der Konferenz in Lissabon sogar ausdrücklich hervorgehoben, dass das in der Empfehlung 98/257/EG enthaltene Transparenzprinzip die teilnehmen-

<sup>436</sup> Wie hier auch Schneider, in: Hilty, S. 625 (658f); Thornburg, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 215 (2000), Fn. 288.

<sup>437</sup> <http://www.icann.org/udrp>. Nur ausnahmsweise kann das Panel anordnen, eine Entscheidung nicht zu veröffentlichen, wenn die Parteien hierfür hinreichend konkrete Gründe dартun.

den Einrichtungen nicht verpflichtet soll, ihre Entscheidungen zu veröffentlichen<sup>438</sup>. Es werden lediglich Minimalanforderungen an die Erstellung eines Jahresberichtes gestellt. Beim Einsatz von DRM-Systemen fehlt es schließlich an jeglicher Transparenz. Diese Systeme funktionieren voll automatisch und meist ohne Information des betroffenen Nutzers über die konkrete „Entscheidung“ des Systems. Dieser wird vielmehr vor vollendete Tatsachen gestellt. Allenfalls erfolgt eine „Erklärung“ im Voraus, indem der Nutzer entsprechend § 95 d Abs. 1 UrhG-RegE über die vom Hersteller vorgegebenen und vom jeweiligen System angewandten Regeln informiert wird. Hierbei kann es sich aber immer nur um abstrakte Vorgaben handeln, deren Anwendung durch das System im konkreten Einzelfall bleibt dagegen im Verborgenen.

## II. Fallstricke der Geschwindigkeit: Nachteilige Auswirkungen auf die weitere Rechtsdurchsetzung

### 1. Allgemeines

Auch der Anspruch der außergerichtlichen Konfliktregelung, schneller als die Gerichte zu arbeiten, gilt nicht uneingeschränkt. Ein Zeitgewinn ergibt sich nur dann, wenn der Konflikt außergerichtlich wirklich endgültig beigelegt wird. Im Fall des Scheiterns der Konfliktregelung kann ein außergerichtlicher Streitbeilegungsversuch dagegen zu erheblichen Verzögerungen führen. So gibt es Konflikte, die nicht für ein außergerichtliches Verfahren geeignet sind, z.B. wenn es den Parteien lediglich darum geht, einen Zahlungsaufschub zu erhalten, eine Partei sich im Grunde gar nicht einigen möchte, die Parteien einen Präzedenzfall setzen möchten oder wenn sie sich ums Prinzip streiten. In diesen Fällen kann es zu einer Verfahrensverschleppung kommen, die wiederum negative Auswirkungen für die weitere Rechtsdurchsetzung nach sich ziehen kann. Zwar sind die hier untersuchten Mechanismen im elektronischen Geschäftsverkehr zumindest für den Verbraucher nicht bindend. Eine gerichtliche Fortführung der Auseinandersetzung bzw. eine Überprüfung des Ergebnisses ist deshalb

<sup>438</sup> Vgl. hierzu das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

theoretisch jederzeit möglich. Allerdings kann die Inanspruchnahme der Gerichte nach einem außergerichtlichen Einigungsversuch aus anderen Gründen erschwert werden, z.B. treten einige positive Wirkungen der Rechtshängigkeit einer Klage, wie z.B. Haftungsverschärfungen, nicht ein. Außerdem können Beweisschwierigkeiten auftreten<sup>439</sup>.

### 2. Besonderheiten bei Mechanismen zum Schutz von Kennzeichen- und Urheberrechten

Eine enorme Verfahrensbeschleunigung lässt sich vor allem bei den außergerichtlichen Mechanismen feststellen, die der Verletzung von Kennzeichen- und Urheberrechten im Netz begegnen wollen. Diese Verfahren rechtfertigen sich weitgehend aus dem Bedürfnis, vermeintlichen Rechtsverletzungen möglichst schnell entgegenwirken zu müssen, um so die Aushöhlung bestehender Rechte zu verhindern. Die Verfahrensbeschleunigung ist aber in Hinblick auf die Frage des Zugangs zum Recht für die Gegner der Rechtsinhaber nicht unbedenklich. Zwar sind auch diese Mechanismen zunächst nicht bindend, d.h. der Gegner kann gegen das Ergebnis der Konfliktregelung gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen. Genau hierzu ist er aber auch gezwungen. Denn die neuen Mechanismen stellen ihn vor vollendete Tatsachen, gegen die er sich wehren muss, wenn er das Ergebnis nicht als endgültig akzeptieren will. Die außergerichtlichen Konfliktregelungsmethoden bewirken also eine Umkehr der prozessualen Ausgangslage zugunsten der Rechtsinhaber. Waren es ursprünglich diese, die eine vermeintliche Verletzung ihrer Rechte vor Gericht geltend machen und dabei die Risiken eines Gerichtsverfahrens abwägen mussten, trifft diese Last nun die vermeintlichen „Rechtsverletzer“. Für Letztere hat sich die prozessuale Ausgangslage und damit die Möglichkeit, Recht zu bekommen, also verschlechtert. Will sich der Betroffene gegen die verhängten Sanktionen wehren, ist für ihn die Rechtsdurchsetzung keinesfalls schneller und einfacher. Er ist vielmehr auf einen eventuell langwierige gerichtliche Rechtsverfolgung angewiesen.

Gerechtfertigt wird diese Funktionsweise der außergerichtlichen Mechanismen mit der besonderen Eilbedürftigkeit bei vermeintlichen Kennzeichen-

<sup>439</sup> S.o. S. 107.

bzw. Urheberrechtsverletzungen im Netz. Im Grunde sollen die Mechanismen also die Funktion einer einstweiligen Verfügung übernehmen<sup>440</sup>. Angesichts der globalen Ausrichtung und der Geschwindigkeit des Netzes wird das gerichtliche Eilverfahren nicht mehr als probate Waffe angesehen, um Rechtsverletzungen zu verhindern. Gerade der Vergleich der außergerichtlichen Mechanismen mit einem gerichtlichen Eilverfahren wirft allerdings Bedenken auf<sup>441</sup>. Denn einerseits sind die Anforderungen, die an ein Eingreifen gestellt werden, bei den außergerichtlichen Mechanismen erheblich niedriger als für den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Gleichzeitig gehen die Rechtsfolgen, die den Rechtsinhabern gewährt werden, aber weiter. Vor allem gehen sie über die Erfordernisse hinaus, die sich aus der besonderen Eilbedürftigkeit ergeben.

Für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es gem. §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO grundsätzlich erforderlich, dass der Anspruchsteller einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund glaubhaft macht. Zwar ist es bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen gem. § 25 UWG in vielen Fällen möglich, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, ohne dass die in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen vorliegen müssen, d.h. die Dringlichkeit oder Eilbedürftigkeit wird in Wettbewerbssachen vermutet<sup>442</sup>. Von der Pflicht der Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruch wird der Anspruchsteller dagegen nicht entbunden<sup>443</sup>. Bei den außergerichtlichen Mechanismen ist dies allerdings zum Teil anders. Lediglich im ICANN-Verfahren ist es erforderlich, dass der Anspruchsteller seinen Anspruch durch entsprechende Unterlagen belegt. Beim „Notice and Take Down“-Verfahren reicht es dagegen, dass die jeweils zuständige Person eine vermeintliche Rechtsverletzung gegenüber dem SP anzeigt. Belege müssen nicht beigebracht werden. Das DRM-System funktioniert schließlich gemäß der Programmierung des Verwenders vollkommen

<sup>440</sup> Diesen Vergleich zieht z.B. auch *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 191 (2000).

<sup>441</sup> Zu den Bedenken in Hinblick auf das US-amerikanische Recht vgl. *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 191f (2000).

<sup>442</sup> § 25 UWG deckt sämtliche wettbewerbsrechtlichen Unterlassensansprüche ab, also bei sinngemäßer Auslegung auch Ansprüche aus dem MarkenG und § 1004 BGB. Nicht anwendbar ist § 25 UWG dagegen auf Ansprüche wegen Verletzung eines Patent- oder Urheberrechts, vgl. hierzu *Baumbach/Hefermehl*, § 25 Rn. 5 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>443</sup> *Baumbach/Hefermehl*, § 25 UWG Rn. 9.

automatisch, ohne dass der Rechtsinhaber im konkreten Fall besondere Tatsachen vortragen müsste. Die Anforderungen für ein Eingreifen sind also meist erheblich niedriger als bei einer einstweiligen Verfügung.

Primäres Ziel eines Eilverfahrens ist es schließlich, Rechtsbeeinträchtigungen durch Zeitablauf bzw. durch rechtsmissbräuchliches Verhalten des Gegners während eines schwebenden Verfahrens zu verhindern. Kürzer ausgedrückt geht es darum, das geltend gemachte Recht zu sichern. Deshalb darf im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach allgemeiner Ansicht zumindest grundsätzlich die Hauptsache nicht vorweggenommen werden<sup>444</sup>. Zwar gibt es bei der so genannten Leistungsverfügung auch von diesem Grundsatz Ausnahmen. Allerdings werden in diesem Fall besonders hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt<sup>445</sup>. Die Rechtsfolgen der außergerichtlichen Mechanismen entsprechen dagegen in der Regel dem angestrebten Endziel: Eine Domain wird übertragen, eine vermeintlich rechtswidrige Seite gelöscht oder aus dem Netz genommen, die angeblich unberechtigte Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes wird unterbunden.

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist der Anspruchsteller außerdem weiterhin verpflichtet, seinen Anspruch im Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Eine Umkehr der prozessualen Ausgangslage, wie dies bei den außergerichtlichen Mechanismen der Fall ist, findet gerade nicht statt. Der Antragsteller muss gem. §§ 936, 926 ZPO nach einem entsprechenden Antrag des Gegners ein Hauptsacheverfahren einleiten bzw. in Wettbewerbsfällen den Antragsgegner mit einem Abschlusschreiben auffordern, binnen angemessener Frist durch eine Abschlusserklärung auf Rechtsbehelfe zu verzichten, damit der Antragsteller so gestellt ist, als hätte er einen Titel in der Hauptsache erwirkt<sup>446</sup>. Tut er dies nicht, wird die einstweilige Verfügung aufgehoben. Auch kann die einstweilige Verfügung keinesfalls, wie z.B. im ICANN-Verfahren, durch Zeitablauf „bestandskräftig“ werden.

<sup>444</sup> Vgl. statt vieler *Hartmann*, in: *Baumbach/u.a.*, ZPO, Grundz. § 916 Rn. 5; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 74 I, S. 996.

<sup>445</sup> *Hartmann*, in: *Baumbach/u.a.*, ZPO, Grundz. § 916 Rn. 6ff; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, § 940 Rn. 6.

<sup>446</sup> *Baumbach/Hefermehl*, § 25 UWG Rn. 100.

Die außergerichtlichen Mechanismen verschlechtern folglich für eine Partei die nach der Rechtsordnung vorgesehene prozessuale Ausgangslage und damit ihre Möglichkeit, Recht zu bekommen, ohne dass an die Erwirkung dieses Ergebnisses besonders hohe Anforderungen gestellt würden. Der von den Initiatoren der jeweiligen Verfahren vorgebrachte Grund für die Schaffung solcher Mechanismen, die besondere Eilbedürftigkeit, rechtfertigt die zum Teil sehr weitgehenden Rechtsfolgen nicht. Hierfür würde es ausreichen, entsprechend einem vorläufigen gerichtlichen Verfahren, zunächst eine Sicherung des vermeintlich gefährdeten Rechts zu gewährleisten, danach aber den Rechtsinhaber zu verpflichten, seine Rechte in einem Art Hauptverfahren endgültig darzulegen und zu beweisen, statt umgekehrt diese Verpflichtung dem Antragsgegner aufzuerlegen.

### III. Kostenersparnisse?

Als wesentlicher Vorteil der außergerichtlichen Konfliktregelung werden schließlich immer wieder die gegenüber gerichtlichen Verfahren verhältnismäßig niedrigen Kosten genannt. Manche Verfahren werden für den Verbraucher sogar kostenlos angeboten. Allerdings ist es zu kurz gegriffen, allein auf die Kosten des Verfahrens selbst abzustellen. Auslagen für die Sachverhaltsaufklärung oder für die Hinzuziehung von Anwälten sowie sonstige Ausgaben müssen die Parteien nämlich selbst tragen. Insbesondere die Mitwirkung von Anwälten kann die Gesamtkosten erheblich erhöhen, da diese für ihre Tätigkeit natürlich eine entsprechende Vergütung verlangen. Schließlich hat die obige Bestandsaufnahme der Konfliktregelungsangebote gezeigt, dass in zunehmendem Maße auch professionelle Anbieter hinzutreten, die die Dienstleistung „Konfliktbeilegung“ nur gegen entsprechende Vergütung anbieten. Einige dieser privaten Anbieter erheben ganz beträchtliche Gebühren<sup>447</sup>. Zum Teil werden für die Online-Verhandlung auch gewisse Zeitlimits gesetzt. Werden diese überschritten, wird jede

<sup>447</sup> Z.B. InternetNeutral, <http://www.internetneutral.com>. Bei den oben vorgestellten automatisierten Verfahren clickNsettle, SettleOnline und Cybersettle können, wie gesehen, ebenfalls erhebliche Kosten anfallen (vgl. oben S. 30). Schließlich ist auch beim Cybercourt-Schlichtungsverfahren mit hohen Gebühren zu rechnen, da Cybercourt nur im IT-Recht spezialisierte Anwälte einsetzen möchte.

zusätzliche Stunde extra berechnet<sup>448</sup>. Dies kann die Kosten je nach der Eigenart eines Falles erheblich erhöhen. In Deutschland beginnt die Anwaltschaft die außergerichtliche Konfliktregelung als neues lukratives Tätigkeitsfeld zu entdecken. So lautete z.B. eines der Leitthemen des 49. Deutschen Anwaltstages „Streitschlichtung – Anwaltssache“<sup>449</sup>. Diese Aussage hat sicherlich nicht nur für die herkömmliche Konfliktregelung, sondern auch für die Beilegung von Online-Streitigkeiten Gültigkeit. Eine zunehmende Beteiligung von Anwälten wird aber sicherlich nicht zur Kostengünstigkeit der außergerichtlichen Konfliktregelung beitragen.

Außerdem darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass anders als bei gerichtlichen Verfahren für die außergerichtliche Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr keine Prozesskostenhilfe gewährt wird. Dies kann den Zugang zum Recht für die schwächere Partei bei kostspieligen Verfahren erheblich beschränken. Außerdem bekommt die obsiegende Partei auch bei einem für sie positiven Ergebnis meist die eigenen Auslagen nicht von der Gegenpartei erstattet. Es besteht deshalb die Gefahr, dass ausgerechnet die bedürftigen Parteien auf den traditionellen Weg der gerichtlichen Auseinandersetzung angewiesen bleiben<sup>450</sup>.

### IV. Konfliktregelung im Netz? Grenzen der Technik

Schließlich ist es zumindest zweifelhaft, ob die Ansiedelung der Konfliktregelung im Netz sowie der Einsatz modernster Technologien einhalten können, was sich viele davon versprechen. So lassen sich z.B. bestimmte Schwierigkeiten bei der Beilegung von grenzüberschreitenden Konflikten allein hierdurch nicht überwinden. Es genügt nicht, den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, innerhalb von Sekundenschnelle über das Netz zu kommunizieren. Vielmehr müssen sie zu einer wirklichen Kommunikation auch in der Lage sein. Dabei stellen sich nicht nur Probleme in sprachlicher Hinsicht. In vielen Fällen geht es einer Partei z.B. auch darum, verstanden

<sup>448</sup> So verlangen z.B. InternetNeutral und Onlinerresolution, a.a.O. (Fn. 447), jeweils eine Grundgebühr für zwei Stunden Verhandlung. Danach fallen stündlich weitere Gebühren an.

<sup>449</sup> Vgl. hierzu Busse, AnwBl. 1997, 522 (524).

<sup>450</sup> So auch Prütting, JZ 1985, 261 (270); G. Wagner, JZ 1998, 836 (839f).

zu werden und ihre Geschichte erzählen zu dürfen<sup>451</sup>. Wie dieses Bedürfnis online im Rahmen der neuen Technologien umgesetzt werden kann, bleibt jedoch fraglich. Gerade die schwächere Partei wird oft Probleme haben, sich richtig auszudrücken und mit den neuen Technologien umzugehen. So haben sich z.B. *Katsh/Rifkin/Gaitenby*<sup>452</sup> in ihrer Untersuchung zur Online-Mediation bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit eBay-Internet-Auktionen mit dem Problem auseinandergesetzt, wie die Mediationssituation, insbesondere eine entsprechende Vertrauensbasis zwischen dem Mediator und den Parteien, online hergestellt werden kann. Dabei sehen sie vor allem in der Entwicklung entsprechender Software, die die Mediationssituation simulieren soll, eine Lösung. Allerdings handelt es sich hierbei um einen Blick in die Zukunft. Wie eine solche Software genau zu funktionieren hat, kann bisher nur anhand verschiedener bereits existierender Online-Konfliktregelungsangebote erahnt werden<sup>453</sup>. Soweit die Konfliktregelung über vollautomatische Systeme erfolgen soll, fragt sich außerdem, wie solche Systeme komplizierte Abwägungsfragen vornehmen und gerechte Lösungen im Einzelfall treffen können. Es sind also weitere Untersuchungen notwendig, um zu analysieren, ob und wie es möglich sein wird, bestimmte Konfliktregelungssituationen online umzusetzen. Insbesondere muss sichergestellt werden, dass eine zunehmende Technisierung der Konfliktregelung nicht zu Einheitslösungen führt und die Besonderheiten eines jeden Einzelfalls nicht unter den Tisch fallen.

Das entscheidende Problem bei der grenzüberschreitenden Konfliktregelung ist aber vor allem in der kulturellen Vielfalt der Netzteilnehmer zu sehen. Es muss deshalb geklärt werden, wie der unterschiedliche kulturelle, sprachliche und rechtliche Hintergrund der Parteien, der für die Wahrnehmung eines Konfliktes von erheblicher Bedeutung ist, erkannt und verstanden werden kann. Denn diese Unterschiede haben sich auch im Zeitalter des Internets (noch) nicht völlig aufgelöst. In diesem Zusammenhang können die neuen Technologien sicherlich eine entscheidende Rolle spielen. Wenn in Zukunft

<sup>451</sup> *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 206 (2000).

<sup>452</sup> 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705, 717ff (2000).

<sup>453</sup> *Katsh/Rifkin/Gaitenby*, 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705, 720ff (2000), nennen in diesem Zusammenhang beispielhaft die automatisierten Verfahren wie Cybersettle und clickNsettle sowie das ICANN-Verfahren.

die Entwicklung des Internets fortschreitet und sich die Fähigkeit, mit diesem Medium umzugehen, weiter entwickelt, ergeben sich unter Umständen neue Denkweisen, die die Art, wie man Konflikte empfindet und mit diesen umgeht, revolutionieren. Nach *Hart* ist entscheidend, ob es möglich sein wird „(to) design a completely new communication paradigm that enables us to understand one another’s perspectives, even though we live continents apart“<sup>454</sup>. Hierbei handelt es sich allerdings um Zukunftsmusik. Die wirklichen Zusammenhänge sowie die tatsächlichen Möglichkeiten, die sich im Rahmen dieser Entwicklung ergeben könnten, sind bisher nicht hinreichend durchschaut, worauf unten noch näher eingegangen wird<sup>455</sup>. Die entscheidende Frage, wie die neuen Formen der Kommunikation aussehen sollen, bleibt offen.

Auch fragt sich, ob sich Konflikte zwischen der Online- und der Offline-Welt allein dadurch verhindern lassen, dass die Konfliktregelung im Internet selbst angesiedelt wird. Schließlich bestehen sowohl bei Transaktionen als auch bei der Konfliktregelung im Internet weiterhin zahlreiche Berührungspunkte zur realen Welt. Die Netzteilnehmer befinden sich nicht im Netz, sondern an irgendeinem Ort der Erde: „You are never just in cyberspace; you never just go there. You are always both in real space and in cyberspace“<sup>456</sup>. Waren, die zwischen den Teilnehmern im Netz gehandelt werden, müssen, soweit es sich nicht um immaterielle Güter handelt, in der realen Welt hergestellt und ausgeliefert werden. Ist ein Produkt fehlerhaft oder gar gefährlich, wirkt sich dies nicht innerhalb des Netzes, sondern in der Offline-Welt aus. Auch die Ergebnisse der Konfliktregelung müssen, soweit es sich um Güter aus der realen Welt handelt, weiterhin offline vollstreckt werden. Die Sperrung eines Netzzugangs, das Herunternehmen einer Seite oder der Entzug einer Domain stellen in diesen Fällen keine wirksamen Sanktionen dar. Wie gesehen, können die Ergebnisse der außergerichtlichen Konfliktregelung meist auch nicht mit staatlicher Hilfe vollstreckt werden. Es fragt sich also, ob der Einsatz besonderer technischer Maßnahmen oder

<sup>454</sup> *Hart*, Part. II, I.

<sup>455</sup> Näher unten S. 228ff.

<sup>456</sup> *Lessig*, Code and other laws of cyberspace, S. 21.

aber die Einführung von Gütesiegeln hierfür wirklich einen Ausgleich bieten können. Auf dieses Problem wird unten in Kapitel 7 näher eingegangen.

Schließlich können sich auch bei außergerichtlichen Mechanismen kollisionsrechtliche Probleme ergeben. Beruht die Konfliktbeilegung nicht allein auf Billigkeitsgesichtspunkten, fragt sich, welche Regeln zu Grunde zu legen sind: Nationales Recht und wenn ja welches? Verhaltenskodizes und wenn ja welche? Netiquette<sup>457</sup> – gibt es die<sup>458</sup>? Wer entscheidet hierüber, die Parteien, die Konfliktregelungseinrichtungen, die Programmierer? Ein „ADR-IPR“ gibt es nicht. Kommissar *Vitorino* hat deshalb in seiner Abschlussrede auf der Konferenz von Lissabon zum EEJ-Net<sup>459</sup> gefordert, dass auch außergerichtliche Konfliktregelungseinrichtungen zum Schutz der Nutzer zwingendes Verbraucherrecht anwenden sollten, das auch ein nationales Gericht anwenden müsste. Folgt man diesem Vorschlag, würde das nationale IPR zumindest teilweise auch für die außergerichtliche Konfliktregelung gelten. Damit würde der außergerichtlichen Konfliktregelung allerdings einer ihrer vielgepriesenen Vorzüge genommen. Macht man es anders, baut man insbesondere keinerlei Schutzmechanismen ein, ergeben sich Bedenken in ganz anderer Hinsicht, auf die gleich noch einzugehen sein wird<sup>460</sup>.

Auch die außergerichtliche Konfliktregelung im Cyberspace stößt damit bezüglich des globalen Charakters des Netzes weiterhin an reale Grenzen.

## B. Minimale Fairnessanforderungen im Konfliktregelungsprozess

### I. Notwendigkeit minimaler Verfahrensgarantien im Konfliktregelungsprozess

Die außergerichtliche Konfliktregelung verdankt ihre Attraktivität nicht zuletzt dem Umstand, dass sie weniger formalisiert ist als das Prozedere vor

<sup>457</sup> Zur Netiquette im Allgemeinen *Jung*, GRUR Int. 1998, 841, (842f).

<sup>458</sup> Vgl. hierzu unten S. 203; außerdem *Hoeren*, NJW 1998, 2849 (2852).

<sup>459</sup> A.a.O. (Fn. 36).

<sup>460</sup> Siehe Abschnitt „Minimale Fairnessanforderungen im Konfliktregelungsprozess“.

staatlichen Gerichten. Alle der vorgestellten Mechanismen zeichnen sich durch ein gegenüber einem herkömmlichen Gerichtsprozess vereinfachtes Verfahren aus. Die Möglichkeit der Verfahrensvereinfachung ist gerade einer der erklärten Vorteile der außergerichtlichen Konfliktregelung. Hierdurch soll vor allem der Geschwindigkeit im Netz und dem Verhältnis von Kosten und Nutzen eines Konflikts besser Rechnung getragen werden. Außerdem sollen die Mechanismen gegenüber den speziellen Bedingungen im Netz besonders flexibel sein. Gewisse Verfahrensschritte, die als zu teuer, unverhältnismäßig oder unzweckmäßig erscheinen, sollen wegfallen. Im „Idealfall“ kann sogar auf jegliche Verfahrensschritte verzichtet werden und ein voll automatischer Mechanismus zum Einsatz kommen. Liest man die Anpreisungen der außergerichtlichen Mechanismen, gewinnt man den Eindruck, als ob die Vorgabe bestimmter Verfahrensschritte der Rechtsdurchsetzung im elektronischen Geschäftsverkehr aufgrund ihrer Unflexibilität schlechthin hinderlich entgegenstünde und im Übrigen völlig entbehrlich sei. Einzig zwingend einzuhaltendes Verfahrensprinzip wäre hiernach der Grundsatz der Effektivität. Auch der nordrhein-westfälische Justizminister *Dieckmann*<sup>461</sup> scheint der Einhaltung bestimmter verfahrensrechtlicher Garantien keine große Bedeutung beimessen zu wollen, solange die außergerichtlichen Mechanismen nur gut funktionieren. Es wird darüber hinaus die Gefahr gesehen, durch die Festlegung bestimmter Verfahrensgarantien könnten die zahlreichen Typen der außergerichtlichen Konfliktregelung in ein einheitliches Schema gepresst werden und hierdurch ihre Flexibilität einbüßen<sup>462</sup>. Dies würde dazu führen, dass der staatlichen Gerichtsbarkeit quasi ein privat betriebener Gerichtszweig zur Seite gestellt würde<sup>463</sup>. Man befürchtet also, dass durch die Implementierung zahlreicher Verfahrensgarantien die außergerichtliche Konfliktregelung ihrer Vorteile und damit ihrer besonderen Effektivität beraubt würde. Dies gilt in besonderem Maße für die automatisierten Verfahren. Die Schlagkraft dieser

<sup>461</sup> *Dieckmann*, ZG 2000, 1 (8).

<sup>462</sup> So ist wohl *K. Wagner*, in: Buchner/u.a., Einführung S. LIV, zu verstehen.

<sup>463</sup> *K. Wagner*, in: Buchner/u.a., Einführung S. LIV. Auch der Deutsche Bundesrat befürchtet, die Kommission wolle über die Empfehlung 98/257/EG ein gerichtsähnliches System der außergerichtlichen Streitentscheidung und -beilegung schaffen, vgl. hierzu den Beschluss vom 19.03.1999, BR-Drcks. 29/99, S. 14.



Mechanismen liegt gerade in dem durch die Verkürzung gewisser Verfahrensschritte gewonnenen Zeitvorsprung gegenüber den vermeintlichen „Cyber-Piraten“. Angesichts der Tatsache, dass bei den vollautomatisierten Mechanismen Verfahrensschritte derart verkürzt sind, dass man kaum mehr von einem Verfahren im eigentlichen Sinne sprechen kann, stellt sich auch die Frage, wie man in diese Mechanismen überhaupt verfahrensrechtliche Schutzmechanismen zu Gunsten der Parteien einbauen kann.

Zwar ist zuzugeben, dass es sicherlich weder sinnvoll noch möglich ist, die außergerichtlichen Mechanismen an sämtlichen Verfahrensgrundsätzen zu messen, die für ein gerichtliches Verfahren gelten. Auch kann es nicht darum gehen, alle Mechanismen in ein einheitliches Verfahrensschema zu pressen und für alle gleichermaßen die Einhaltung bestimmter Verfahrensschritte zu fordern. Trotz aller Euphorie über die Möglichkeiten der außergerichtlichen Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr muss allerdings die Frage gestellt werden, ob nicht die Schnelligkeit und die Effizienz der Mechanismen zu sehr in den Vordergrund gerückt und dabei das eigentliche Ziel der Konfliktregelung sowie schutzwürdige Interessen der Parteien aus den Augen verloren werden. Kann es richtig sein, innerhalb des Konfliktregelungsprozesses sämtliche Schutzmechanismen, die ein faires Verfahren garantieren und ein Mindestmaß an Waffengleichheit herstellen sollen, einfach wegzurationalisieren? Besteht die Gefahr, dass eine Partei bei der Konfliktregelung übervorteilt wird, online nicht mehr? Ist Konfliktregelungssoftware von vornherein objektiv und gerecht? Müssen nicht bei jeder Form der Konfliktregelung unabhängig davon, ob diese on- oder offline und mehr oder weniger automatisiert erfolgt, elementare Rechte der Parteien gewahrt werden? *Prütting* geht z.B. davon aus, dass zumindest die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der Neutralität und Unabhängigkeit des Entscheidenden für jede formalisierte Einschaltung eines Dritten in einem Konflikt zwischen zwei anderen schlechthin konstitutiv seien<sup>464</sup>. Auch andere Autoren setzen die Geltung gewisser Verfahrensgarantien im Rahmen der außergerichtlichen Konfliktregelung zum Teil wie selbstver-

<sup>464</sup> *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (69).

ständig voraus<sup>465</sup>. Schließlich wird auch im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht die Beachtung einiger Mindestverfahrensgarantien als essentiell bezeichnet<sup>466</sup>.

Für die Frage, ob minimale Verfahrensgarantien in jedem Konfliktregelungsprozess – automatisiert oder nicht – gelten müssen, ist zunächst auf das Ziel der Konfliktregelung abzustellen. *Ramm*<sup>467</sup> hat darauf hingewiesen, dass jede Form der Konfliktregelung, sei sie nun gerichtlich oder außergerichtlich, das Ziel habe, einen entstandenen Konflikt beizulegen und so die Störung oder Bedrohung des Friedens zu beseitigen. Letztlich gehe es um den Verzicht auf Selbsthilfe und Faustrecht. Die Konfliktregelung erfolgt deshalb auch im Interesse aller und nicht nur allein im Interesse der jeweiligen Parteien. Für den E-Commerce gilt nichts anderes. Es geht darum, den Handel in einem globalen Marktplatz wie dem Internet mit all seinen Besonderheiten zu ermöglichen und dessen Funktionsfähigkeit aufrecht zu erhalten. Deshalb muss es eine Form geben, Konflikte im Interesse aller Marktteilnehmer beizulegen und auszuschließen, dass nur das Recht der Stärkeren gilt. Für den elektronischen Geschäftsverkehr besteht dabei die Besonderheit, dass die Möglichkeiten der nationalen Staaten, für die Verbindlichkeit der Konfliktregelung zu sorgen, angesichts der Globalität des E-Commerce begrenzt sind. Das Fehlen staatlicher Zwangsgewalt hinter der Konfliktregelung soll weitgehend durch die besonderen Marktkräfte und Wettbewerbsverhältnisse im E-Commerce ausgeglichen werden<sup>468</sup>. Die außergerichtliche Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr ist deshalb in besonderem Maße von der Akzeptanz durch die Parteien abhängig. Für die Akzeptanz kommt es wiederum entscheidend auf den Konfliktregelungsprozess, wie er von den Parteien empfunden wird,

<sup>465</sup> Speziell für die außergerichtlichen Mechanismen im E-Commerce vgl. z.B. die Zusammenfassung der Ergebnisse des FTC Workshops vom 6.-7. Juni 2000, a.a.O. (Fn. 44), mit weiteren Hinweisen auf die einzelnen Beiträge in Endnote 74; außerdem *Grunewald*, BB 2001, 1111 (1113). Ähnlich für die außergerichtliche Konfliktregelung im Allgemeinen z.B. *Gottwald*, WM 1998, 1257 (1258); *Hegenbarth*, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, S. 257 (261); *Reich*, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, S. 219 (222); *G. Wagner*, JZ 1998, 836 (844f). Speziell zum Neutralitätserfordernis *Maunz*, S. 67ff.

<sup>466</sup> A.a.O. (Fn. 9) Ziff. 2.1.2, Rn. 33 und Ziff. 3.2.2., Rn. 172ff.

<sup>467</sup> ZRP 1989, 136 (138ff).

<sup>468</sup> Zu der Frage, ob diese Erwartung tatsächlich aufgehen wird, ausführlich unten S. 197ff (Kapitel 6).

sowie auf die Stellung der entscheidenden Instanz an, sei diese nun eine natürliche Person oder eine Konfliktregelungssoftware, hinter der ja auch immer nur ein Programmierer steht. Ergeben sich in Hinblick auf diese Punkte bereits Unregelmäßigkeiten, gerät die Akzeptanz des Ergebnisses und damit die Regelung des Konflikts als solche unmittelbar in Gefahr. Mindestvoraussetzung ist deshalb, dass die entscheidende Instanz als neutral empfunden wird und außerdem die Parteien die Möglichkeit haben, sich zum Streitstoff zu äußern. Liegen diese Grundvoraussetzungen nicht vor und berücksichtigt die Entscheidung – aus zeitlichen oder welchen Gründen auch immer – den Streitstoff und damit das eigentliche Problem nur einseitig, hat dies unmittelbare Auswirkungen auf die Sachdienlichkeit des Ergebnisses. Es besteht die Gefahr, dass das Verfahren eine Eigendynamik entwickelt, die Widerstände still stellt und statt Konsens lediglich nicht geäußerten Dissens produziert<sup>469</sup>. Ein Konflikt ist durch ein solches Ergebnis nicht wirklich beigelegt. Vielmehr hat sich derjenige durchgesetzt, in dessen Interesse die Konfliktregelung erfolgte. Das eigentliche Ziel der Konfliktregelung wird in diesem Fall verfehlt. Auf die Neutralität der entscheidenden Instanz und die Gewährung rechtlichen Gehörs kann deshalb auch bei der Konfliktregelung im E-Commerce nicht verzichtet werden.

Schließlich darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass ein justizförmiges Verfahren und entsprechend strenge Verfahrensvorschriften gerade auch dem Schutz der Parteien – insbesondere der schwächeren Seite – dienen und für eine prozessuale Waffengleichheit sorgen sollen<sup>470</sup>. Es ist zu befürchten, dass bei Fehlen entsprechender verfahrensrechtlicher Schutzmechanismen die ungleiche Verhandlungsmacht der Parteien in das Ergebnis eingeht und der gefundene Ausgleich weder den Interessen der Parteien noch der geltenden Rechtslage entspricht<sup>471</sup>. Ein Mechanismus kann gerade auch so ausgestaltet werden, dass die Verfahrensschritte, die für eine der Parteien eine unliebsame Hürde darstellen, ausgeschaltet werden. Zwar sind im

<sup>469</sup> Renk, in: Gottwald/u.a., 2.3.1, S. 4.

<sup>470</sup> Wollschläger, in: Blankenburg/Leipold/Wollschläger, S. 13 (45ff u. 48). Grundlegend zur Bedeutung der Waffengleichheit im Verfahren Luhmann, S. 102ff.

<sup>471</sup> Vgl. statt vieler Gottwald/Strempel, in: Gottwald/u.a., Einführung, S. 5; Renk, in: Gottwald/u.a., 2.3.1., S. 4.

Rahmen der Privatautonomie ungleiche Verhandlungspositionen, die sich auch auf das Ergebnis auswirken, nicht ungewöhnlich und solange die Grenzen zur Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit nicht überschritten werden, nicht zu beanstanden. Andererseits ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren bemüht war, durch zahlreiche Schutzvorschriften<sup>472</sup> die schwächere Partei, insbesondere die Verbraucher, gegenüber der strukturellen Übermacht des wirtschaftlich stärkeren Partners zu schützen. Da das Ergebnis der außergerichtlichen Konfliktregelung noch nicht einmal auf den gesetzlichen Vorschriften beruhen muss, sondern auch Billigkeitserwägungen oder sonstige Grundsätze Berücksichtigung finden können, ist es bedenklich, wenn im Rahmen eines außergerichtlichen Verfahrens das Ungleichgewicht zwischen den Parteien nicht ausgeglichen wird und so die materiellen Schutzvorschriften ausgehebelt werden können<sup>473</sup>. Wie Ramm<sup>474</sup> gezeigt hat, bedeutet eine Billigkeitsentscheidung anders als die Anwendung einer Norm eine besondere Machtausübung des Entscheidenden. Denn die Norm schränkt die Freiheit bereits vor dem Entstehen des Konflikts gleichheitlich ein, weshalb die Normanwendung als rationale Subsumtion hingenommen wird. Die Billigkeitsentscheidung beruht demgegenüber hauptsächlich auf den Überlegungen der entscheidenden Instanz und erfordert deren besondere Autorität. Sie greift deshalb, selbst wenn sie freiwillig akzeptiert wird, in erheblichem Maße in den Freiheitsbereich der Parteien ein. Der entscheidenden Instanz kommt bei der Konfliktregelung also eine zentrale Rolle zu. Allgemein lässt sich sagen, dass, je größer deren Machtvollkommenheit ist, je mehr sie sich von der Herrschaft der Normen lösen kann, es umso notwendiger ist, sie gewissen Auswahl- und Verfahrensgrundsätzen zu unterwerfen<sup>475</sup>. Gleiches gilt für die Möglichkeiten eines Programmierers, der ja frei darüber entscheidet, welche Handlungen durch die eingesetzte Software sanktioniert werden, welche Form der Sachverhaltsaufklärung betrieben wird und welche Reaktionsmöglichkeiten der

<sup>472</sup> Insbesondere durch die zahlreichen, aufgrund europarechtlicher Vorgaben entstandener Verbrauchergesetze, wie z.B. das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Haustürwiderrufgesetz, das Verbraucherkreditgesetz und das Fernabsatzgesetz, von denen einige im Zuge der Schuldrechtsreform nunmehr in das BGB integriert wurden.

<sup>473</sup> Hierzu eingehend Renk, in: Gottwald/u.a., 2.3.1, S. 4 ff.

<sup>474</sup> ZRP 1989, 136 (138f).

<sup>475</sup> Ramm, ZRP 1989, 136 (143); ähnlich Metz, in: Haddin/Hopt/Schimansky, S. 245 (249).

Gegenseite verbleiben. Es liegt deshalb nahe, die Grenzen der Privatautonomie im materiellen Recht um die Grenzen der Autonomie im Verfahren zu ergänzen und neben der Sicherstellung der Neutralität der entscheidenden Instanz und der Gewährung rechtlichen Gehörs auch für eine prozessuale Waffengleichheit zu sorgen<sup>476</sup>.

Dieses Ergebnis entspricht außerdem den oben erarbeiteten Motiven, die hinter der Schaffung neuer Konfliktregelungsmechanismen für den elektronischen Geschäftsverkehr stehen: die Gewinnung von „E-Confidence“ und die Verbesserung des Zugangs zum Recht. Führt die außergerichtliche Konfliktregelung nicht zu einem sachgerechten Interessenausgleich und wird zusätzlich bei manchen Konfliktregelungsmechanismen die Ausgangslage einer Partei für eine spätere gerichtliche Überprüfung erschwert, wird der Zugang zum Recht nicht verbessert, sondern im Gegenteil eingeschränkt. Hat eine Partei darüber hinaus das Gefühl, bei der Konfliktregelung ihren Standpunkt nicht wirklich vortragen zu dürfen, sieht sie in dem Entscheidenden nicht einen neutralen Dritten, sondern einen Vertreter der Gegenpartei, oder fühlt sie sich insgesamt nicht fair behandelt, bringt die außergerichtliche Konfliktregelung für sie keinen Vorteil und macht folglich keinen Sinn. Für diese Partei fehlt es weiterhin an einer fairen und effektiven Möglichkeit, ihre Rechte im Konfliktfall durchzusetzen. Ihr Vertrauen in den elektronischen Geschäftsverkehr wird deshalb keinesfalls gestärkt. Sie wird vielmehr weiterhin von einer Teilnahme am E-Commerce absehen<sup>477</sup>.

## II. Bedenken in Hinblick auf die vorgestellten Mechanismen

Damit außergerichtliche Mechanismen wirklich einen sinnvollen Beitrag zur Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr leisten und zumindest als Alternative zu den staatlichen Gerichten akzeptiert werden können, ist es also erforderlich, dass auch innerhalb des Konfliktregelungsprozesses

<sup>476</sup> So auch *Gottwald*, WM 1998, 1257 (1258), in Bezug auf die außergerichtlichen Verfahren im Offline-Bereich.

<sup>477</sup> Im Ergebnis wie hier Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, a.a.O. (Fn. 9), Ziffer 3.2.2.2, Rn. 83.

minimale Verfahrensgarantien eingehalten werden. Hierzu gehören nach den obigen Ausführungen in erster Linie die Gewährung rechtlichen Gehörs, die Neutralität des Entscheidungsträgers und die Sicherstellung prozessualer Waffengleichheit. Gerade was diese Voraussetzungen angeht, liegt bei den hier vorgestellten Mechanismen aber noch einiges im Argen, was im Folgenden an einigen Beispielen verdeutlicht werden soll. Außerdem soll in Hinblick auf das Erfordernis der prozessualen Waffengleichheit auf einige Bedenken gegen die Tendenz zu einer extremen Verfahrensverkürzung hingewiesen werden.

### 1. Rechtliches Gehör

Entsprechend dem oben Erarbeiteten muss sich auch der Umfang des zu gewährenden rechtlichen Gehörs an der Zielsetzung der Konfliktregelung, ein sachgerechtes Ergebnis zu finden, das von den Parteien akzeptiert werden kann, orientieren. Zur Erreichung dieses Ziels ist es erforderlich, jeder Partei die Möglichkeit zu geben, sich zu allen tatsächlichen Erwägungen, auf die das Ergebnis der Konfliktregelung gegründet werden soll, zu äußern. Die Parteien müssen also nicht nur eigene Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen dürfen, sondern auch das Recht haben, von den Angriffs- und Verteidigungsmitteln der Gegenseite zu erfahren und hierzu Stellung zu nehmen, soweit diese für das Ergebnis relevant sind. Wird diesem Erfordernis nicht genüge getan, besteht die Gefahr, dass sich die einseitige Sicht einer Partei im Ergebnis niederschlägt und einen sachgerechten Interessenausgleich verhindert. Die Gegenseite würde vom Ergebnis überrascht und könnte es damit schwerlich akzeptieren.

In Hinblick auf diese Voraussetzungen drängen sich Bedenken gegenüber den vollautomatisierten DRM-Systemen und den „Notice and Take Down“-Verfahren geradezu auf. Beim Einsatz von DRM-Systemen spürt die DRM-Software Verhaltensweisen auf, die sie als Verletzung des Lizenzvertrages einstuft und sanktioniert diese unmittelbar. Der Lizenznehmer wird nicht darüber informiert, dass ein Lizenzverstoß vermutet wird. Folglich wird ihm auch keine Möglichkeit gegeben, sich zu erklären und seine Sicht der Dinge zu schildern. Je nachdem, wie eindeutig der Lizenzvertrag formuliert ist, mag der Nutzer eine allgemeine Kenntnis davon haben, dass das System bei vertragswidrigem Verhalten das Recht hat, die entsprechende Sanktion zu

verhängen. Davon, dass dieser Fall tatsächlich eingetreten ist, das System also von seinem Recht Gebrauch gemacht hat, wird der Nutzer dagegen erst durch die Verhängung der Sanktion selbst in Kenntnis gesetzt.

Im Rahmen der „Notice and Take Down“-Verfahren sind die SPs verpflichtet, den Zugang zu den vermeintlich rechtswidrigen Inhalten unverzüglich zu sperren. Was unter dem Begriff „unverzüglich“ zu verstehen ist, wird dabei unterschiedlich beurteilt<sup>478</sup>. Die IFPI-Landesgruppen verlangen meist eine Sperrung innerhalb von 12 bis 24 Stunden. In der Praxis erfolgt die Sperrung oft sogar innerhalb von 30 Sekunden<sup>479</sup>. In den meisten Fällen wird die Information des betroffenen Seiteninhabers und dessen Stellungnahme innerhalb der Frist kaum möglich sein. Jedenfalls ist ein solches Vorgehen, soweit ersichtlich, in keiner der „Notice and Take Down“-Vereinbarungen vorgesehen. Auch hier wird der betroffene Seiteninhaber die Kenntnis von seinem vermeintlich rechtswidrigen Verhalten und den entsprechenden Maßnahmen in der Regel also erst mit dem Vollzug der Sanktion, der Sperrung der Seite, erhalten.

Auch was die anderen Verfahren angeht, ergeben sich, wenn auch weniger offensichtlich, einige Zweifel. Das ICANN-Verfahren ist z.B. darauf ausgerichtet, die Domain-Streitigkeit möglichst schnell zu entscheiden. Die Entscheidung des Panels soll in der Regel allein auf der Grundlage der Beschwerdeschrift und der Verteidigung des Respondent ergehen. Die Zustellung der Beschwerdeschrift an den Respondent sowie die Fristen für seine Stellungnahme werden in den Uniform-Rules ausführlich geregelt. Bezüglich weiterer Stellungnahmen der Parteien in Reaktion auf das jeweilige Vorbringen der Gegenpartei enthalten die Uniform-Rules dagegen kaum Regelungen. § 12 Uniform-Rules bestimmt lediglich, dass das Panel von den Parteien weitere Stellungnahmen oder Dokumente verlangen kann, wenn es dies für erforderlich hält. Außerdem soll den Parteien gem. § 10 b Uniform-Rules eine faire Möglichkeit gegeben werden, ihren Fall

<sup>478</sup> Freytag, CR 2000, 600 (608f), geht im Zusammenhang mit Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie, insbesondere unter Hinweis auf Erwägungsgrund 46, davon aus, dass der SP bei der Sperrung den Grundsatz der freien Meinungsäußerung und die hierzu auf einzelstaatlicher Ebene festgelegten Verfahren zu beachten habe. Es biete sich deshalb eine Auslegung des Begriffes „unverzüglich“ im Sinne von „ohne schuldhaftes Zögern“ an.

<sup>479</sup> Näher hierzu Bortloff, GRUR Int. 2000, 665 (666ff).

vorzutragen. Dies beinhaltet jedoch nicht notwendig auch das Recht, sich zum Vorbringen des Gegners zu äußern. Vielmehr reicht es, wenn einer Partei die Möglichkeit gegeben wird, ihre Ansichten einmal vorzutragen. Entscheidendes Anliegen der ICANN-Rules ist es, das Verfahren möglichst zügig durchzuführen. Den Parteien gesetzte Fristen sowie die 14-tägige Entscheidungsfrist für das Panel dürfen gem. §§ 10 c, 15 b Uniform-Rules nur in Ausnahmefällen verlängert werden. Bei diesen knapp bemessenen Fristen sind weitere Stellungnahmen der Parteien in der Tat kaum möglich. Das Recht der Parteien, sich zum Streitstand zu äußern, wird damit zu Gunsten eines möglichst schnellen Verfahrens eingeschränkt. Dies ist in Hinblick auf die Sachdienlichkeit des Ergebnisses nicht unbedenklich. Zwar gibt es auch im gerichtlichen Verfahren Fristen, nach deren Ablauf die Parteien mit weiterem Vorbringen ausgeschlossen werden können, was auch in Hinblick auf das Recht auf Gehör als zulässig angesehen wird. Sie haben jedoch, wie das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont hat, strengen Ausnahmecharakter<sup>480</sup>. Der Unterschied besteht darin, dass beim ICANN-Verfahren das Recht der Parteien, über die einmalige Stellungnahme hinaus weitere Punkte vorzutragen, von vornherein eingeschränkt wird.

Bei allen übrigen Verfahren, bei denen die Konfliktregelung zum Teil über Chatrooms oder Videokonferenzen erfolgen soll, können sich schließlich Probleme aufgrund technischer Schwierigkeiten ergeben<sup>481</sup>. Es ist z.B. möglich, dass eine Partei oder gar der Schlichter wegen technischer Probleme wie z.B. Computerabstürzen, Bildschirmdefekten oder Ähnlichem einen Teil der Verhandlung nicht mitbekommen. Auch ist sicherzustellen, dass die Parteien tatsächlich selbst und nicht für sie ein anderer an der Verhandlung teilnimmt. Hierbei handelt es sich um Sicherheitsprobleme, die lösbar sind. Sie müssen bei der Ausgestaltung der Verfahren aber hinreichend bedacht werden.

<sup>480</sup> BverfGE 60, 1 (6); 62, 249 (254); NJW 1984, 2203 jeweils m.w.N.

<sup>481</sup> Für das schiedsgerichtliche Verfahren weisen vor allem Niedermeier/Damm/Splittgerber, K&R 2000, 431 (434), auf diese Problematik hin.

## 2. Neutralität

Vertrauen die Parteien die Lösung ihres Konflikts einem Dritten an, gehen sie selbstverständlich davon aus, dass dieser ihnen neutral gegenüber steht. Diese Annahme ist überhaupt die Basis ihres Vertrauens in den Dritten und Grund für die Übertragung des Konflikts. Gleiches gilt, wenn sie sich bei Vertragsschluss bereit erklären, mögliche Vertragsverletzungen durch den Einsatz bestimmter Software ahnden zu lassen oder wenn sie dem Provider das Recht einräumen, ihre Seite bei rechtswidrigem Verhalten zu sperren. Auch hierbei erwarten sie, dass die Entscheidung über die Frage, ob ein Vertrags- bzw. Rechtsverstoß vorliegt, nach objektiven Kriterien erfolgt. Hinsichtlich des Umfangs der Neutralitätspflicht ist es deshalb auch im Rahmen der außergerichtlichen Konfliktregelung unerlässlich, dass der Entscheidungsträger keine persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen zu einer der Parteien unterhält oder sonst unter deren Einfluss steht. Außerdem darf er kein Eigeninteresse an der Entscheidung haben. Andernfalls geriete eine von sachlichen Gesichtspunkten geleitete Entscheidung von vornherein in Gefahr. Dagegen kann nicht jede Verhaltensweise des Dritten, die eine Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit gem. § 42 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würde, auch bei der außergerichtlichen Konfliktregelung als Indiz für mangelnde Neutralität des Dritten gewertet werden<sup>482</sup>. Hierdurch würden die sich aus der Flexibilität der außergerichtlichen Konfliktregelung ergebenden Vorteile sowie mögliche Handlungsspielräume des Dritten zu sehr eingeschränkt. Die folgende Kritik beschränkt sich deshalb auf die ersten beiden Gesichtspunkte.

Findet die Konfliktregelung „im Haus“, d.h. über eine eigens eingerichtete Beschwerdestelle in einem Unternehmen statt („internal complaints handling“), ist es offensichtlich, dass die dort tätigen Schlichter bzw. Vermittler als Angestellte des Unternehmens nicht unabhängig sind. Art. 11 a des von EuroCommerce entwickelten European Code of Conduct for On-Line Commercial Relations<sup>483</sup> sieht vor, dass der Verbraucher sich an eine solche interne Stelle wenden soll, bevor er eine Konfliktregelungs-

<sup>482</sup> Wie hier z.B. auch *Maunz*, S. 73f.

<sup>483</sup> A.a.O. (Fn. 93).

einrichtung außerhalb des Hauses in Anspruch nimmt. Auch die Guidelines der Electronic Commerce and Consumer Protection Group<sup>484</sup> enthalten eine ähnliche Regelung. Soweit es hierbei nur darum geht, dem Kunden eine erste Anlaufstelle für seine Beschwerden zu bieten und dem Unternehmen eine Möglichkeit, einen Fehler zu korrigieren, sind solche internen Beschwerdestellen nicht zu beanstanden. Wenn interne Mechanismen jedoch eine weitergehende Konfliktregelung durch einen Angestellten des Unternehmens vorsehen, kann dies in Hinblick auf dessen Stellung und auf die Bedeutung seiner Entscheidung irreführend sein.

Aber auch von Dritten betriebene Konfliktregelungsstellen können mittelbar von einem Unternehmen abhängig sein. Dies gilt insbesondere bei den oben vorgestellten Einrichtungen, die die Konfliktregelung als private Dienstleistung anbieten<sup>485</sup>. Denn diese sind davon abhängig, dass sie Aufträge erhalten. Während ein einzelner Verbraucher wahrscheinlich nur selten die Dienste einer außergerichtlichen Konfliktregelungsstelle in Anspruch nehmen wird, besteht bei Unternehmen eine größere Nachfrage. Die außergerichtlichen Konfliktregelungseinrichtungen müssen deshalb daran interessiert sein, von einem Unternehmen möglichst viele Kundenstreitigkeiten übertragen zu bekommen. *Niedermeyer/Damm/Splittgerber*<sup>486</sup> schlagen z.B. vor, dass ein Unternehmen das Cybercourt-Schlichtungsverfahren im Rahmen eines effektiven Customer Care Managements für sämtliche Kundenstreitigkeiten in Anspruch nehmen könnte. Private Gütesiegel, mit denen Unternehmen auf ihrer Homepage für ihre Seriosität werben, bieten Verbrauchern zum Teil die Möglichkeit, kostenlos gegen das betreffende Unternehmen ein außergerichtliches Verfahren einzuleiten. Die Kosten hierfür werden über den Jahresbeitrag, den das jeweilige Unternehmen an die Gütesiegelvergabestelle bezahlen muss, abgegolten<sup>487</sup>. Der Anbieter des Gütesiegels ist wiederum darauf angewiesen, auch in Zukunft Jahresbeiträge zu erhalten. Vor diesem Hintergrund ist es deshalb bedenklich, wenn in der Diskussion über

<sup>484</sup> A.a.O. (Fn. 50).

<sup>485</sup> Z.B. Cybercourt, clickNsettle, SettleOnline, Cybersettle sowie sämtliche private Gütesiegelanbieter.

<sup>486</sup> K&R 2000, 431 (437).

<sup>487</sup> So z.B. bei Squaretrade, <http://www.squaretrade.com>.

außergerichtliche Streitbeilegung im elektronischen Geschäftsverkehr von allen Seiten, insbesondere auch von den Verbraucherschützern, immer wieder gefordert wird, die außergerichtliche Konfliktregelung müsse für den Verbraucher möglichst kostengünstig bzw. kostenlos sein<sup>488</sup>. Dies gilt zumindest, soweit die Kosten von dem jeweils betroffenen Unternehmern getragen werden sollen. Hierdurch können nach dem Motto „wer zahlt, bestimmt die Regeln“ Abhängigkeiten geschaffen werden<sup>489</sup>. In diesem Zusammenhang scheint es außerdem problematisch, wenn – wie z.B. beim OnlineConfidence-Service – es dem Unternehmer überlassen bleiben soll, an welche außergerichtliche Stelle er den Kunden im Fall des Scheiterns einer internen Regelung verweist. Beim ICANN-Verfahren kann der Antragsteller ebenfalls frei wählen, an welchen der von ICANN akkreditierten Dispute Resolution Providern er seine Domain-Streitigkeit übergibt. Hierdurch kann ein Konkurrenzkampf zwischen den verschiedenen Providern entstehen. Da das Verfahren immer von der Seite eingeleitet wird, die eine Kennzeichenrechtsverletzung geltend macht, besteht die Gefahr, dass die verschiedenen Provider mit Blick auf weitere Aufträge tendenziell eher zugunsten der Kennzeichenrechtsinhaber entscheiden. Schließlich ist zu bedenken, dass, selbst wenn die Parteien, wie z.B. beim Cybercourt-Schlichtungsverfahren, die Schlichter selbst auswählen können, immer noch die Partei über einen Informationsvorteil verfügt, die häufig mit außergerichtlicher Streitschlichtung zu tun hat. Sie kennt gegebenenfalls frühere Entscheidungen und den Hintergrund der verschiedenen Schlichter, während einem einzelnen Verbraucher solche Informationen nicht zur Verfügung stehen. *Thornburg*<sup>490</sup> spricht hierbei allgemein vom „repeat player advantage“.

Beim „Notice and Take Down“-Verfahren ergibt sich die Gefahr der Befangenheit dagegen aus einem persönlichen Interesse des SPs. Der SP ist derjenige, der darüber entscheidet, wie er auf die Beschwerde des Urheber-

<sup>488</sup> Das Erfordernis der Kostenfreiheit bzw. Kostengünstigkeit wird z.B. in den Empfehlungen 98/257/EG u. 2001/310/EG durch den Grundsatz der Effizienz ausdrücklich festgeschrieben (s.o. S. 120 u. S. 123). Zu dieser Forderung vgl. außerdem die verschiedenen Beiträge zum FTC Workshop vom 6.-7. Juni 2000, Summary of the Public Workshop, S. 9f, a.a.O. (Fn. 44).

<sup>489</sup> Im Ergebnis wie hier z.B. *Yasunaga*, <http://www.ftc.gov/bcp/altidresolution/comments/postworkshopcomments/yasunaga.htm>.

<sup>490</sup> 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 196, 209f (2000).

rechtsinhabers reagiert. Er ist nicht verpflichtet, die streitige Seite zu schließen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Reagiert er aber nicht, macht er sich im Fall einer tatsächlichen Urheberrechtsverletzung dem Urheberrechtsinhaber gegenüber haftbar. Nimmt er die Seite sofort herunter, kommt ihm gem. Art. 13 und 14 ECRL bzw. §§ 10 und 11 TDG eine gesetzliche Haftungsprivilegierung zu Gute. In den USA ergibt sich das gleiche Ergebnis aus den Regelungen des DMCA<sup>491</sup>. Darüber hinaus wird diese Haftungsprivilegierung auch in den meisten privaten „Notice and Take Down“-Vereinbarungen festgelegt. Erfolgt die Sperrung dagegen zu Unrecht, ist der SP in den USA ebenfalls durch die Regelung des DMCA von jeglicher Haftung freigestellt<sup>492</sup>. In Europa ergibt sich die Haftungsübernahme durch den Rechtsinhaber aus den privaten „Notice and Take Down“-Vereinbarungen.

Was die vollkommen automatisierten Verfahren angeht, in denen die Konfliktregelung durch einen Computer bzw. durch ein Computerprogramm vorgenommen wird, scheint es zunächst absurd, überhaupt von der Neutralität des Entscheidungsfinders, der ja eine Maschine ist, zu sprechen. Von den Anbietern völlig automatisierter Konfliktregelung wird häufig damit geworben, dass eine Maschine, anders als ein Mensch, immer objektiv sei<sup>493</sup>. Allerdings muss, da es noch keine künstliche Intelligenz gibt, auch ein Computer zunächst von einer natürlichen Person programmiert werden. Je nachdem, nach welchen Kriterien diese Programmierung erfolgt, kann auch hierdurch mittelbar eine Art Parteilichkeit im weitesten Sinne herrühren, z.B. kann das Konfliktregelungsprogramm so ausgestaltet sein, dass grundsätzlich jeder, auch nur der geringste Verstoß einer Partei, geahndet wird, während Fehler der Gegenseite gar nicht oder nur bei groben Verstößen Beachtung finden.

### 3. Prozessuale Waffengleichheit

Neben der Gewährung rechtlichen Gehörs und der Sicherstellung der Neutralität der entscheidenden Instanz gibt es allerdings noch andere

<sup>491</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (g)(1) (DMCA Sec. 202).

<sup>492</sup> 17 U.S.C.A. Sec. 512 (g)(1) (DMCA Sec. 202).

<sup>493</sup> Vgl. z.B. <http://settleonline.com>.

Gesichtspunkte, die für die Frage der prozessualen Waffengleichheit von entscheidender Bedeutung sein und einer Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung um jeden Preis entgegenstehen können. Ein vereinfachter und verkürzter Konfliktregelungsprozess muss nicht immer für beide Parteien gleichermaßen von Vorteil sein<sup>494</sup>. Im Folgenden soll deshalb auf einige der mit der Beschleunigungs- und Rationalisierungswut einhergehenden Gefahren näher eingegangen werden.

Häufig wird es so sein, dass die stärkere Partei über für den Streit entscheidende Informationen verfügt oder sich diese verschaffen kann, während der schwächeren Seite die entsprechenden Informationen zur Feststellung oder Durchsetzung ihrer Rechte fehlen. Oder aber die Position der stärkeren Partei lässt sich relativ leicht darlegen und beweisen, die der schwächeren Seite dagegen nur durch eine umfangreiche Beweisführung. So ist beim Kauf von Verbrauchsgütern im Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer die Entstehung der Forderung meist unbestritten oder leicht beweisbar, während die Geltendmachung von Mängeln der Leistung häufig einen erhöhten prozessualen Aufwand verlangt<sup>495</sup>. Ein institutionalisierter Konfliktregelungsprozess dient unter anderem auch dem Ausgleich dieses Ungleichgewichts, was vom staatlichen Richter bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen zu berücksichtigen ist<sup>496</sup>. Zwar gilt im deutschen Zivilprozessrecht grundsätzlich der Verhandlungsgrundsatz, d.h. der Sachverhalt wird nicht etwa durch den Richter von Amts wegen ermittelt, sondern muss von den Parteien vorgetragen und notfalls bewiesen werden<sup>497</sup>. Die Parteien haben aber die Möglichkeit, ihre Positionen im Verfahren durch unterschiedliche Beweise (Zeugen, Urkunden, Sachverständigengutachten, Augenschein, Parteivernehmung) zu untermauern, wobei die Ablehnung eines Beweisantrags nur unter besonderen Voraussetzungen möglich ist<sup>498</sup>. Bestehende Ungleichgewichte werden zum Teil

<sup>494</sup> Hierzu auch *Sternlight*, 74 Wash. ULQ 637, 677ff (1996).

<sup>495</sup> *Wollschläger*, in: Blankenburg/Leipold/Wollschläger, S. 13 (48).

<sup>496</sup> *Wollschläger*, in: Blankenburg/Leipold/Wollschläger, S. 13 (48). Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit wird allgemein aus Art. 3 GG hergeleitet, vgl. *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Anm. XIV Rn. 392; *Geimer*, in: Schlosser, S. 113 (135).

<sup>497</sup> Vgl. hierzu nur *Thomas*, in: Thomas/Putzo, Einl. I Rn. 1ff.

<sup>498</sup> Zu den einzelnen Ablehnungsgründen vgl. z.B. *Thomas*, in: Thoma/Putzo, § 284 Rn. 4ff.

durch Beweiserleichterungen bzw. Vorschriften zur Beweislastumkehr ausgeglichen. Aus Gründen der Billigkeit und eines gerechten Interessenausgleichs hat die Rechtsprechung in den letzten Jahren zunehmend versucht, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 282 BGB a.F. (§ 280 Abs. 1 S 2 BGB n.F.) die Beweislast nach Gefahrenbereichen zu verteilen<sup>499</sup>. Für bestimmte Fallgruppen der unzumutbaren Beweisnot wurden im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung eigene Regeln zur Beweislastumkehr entwickelt<sup>500</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang verdienen z.B. die Regelungen zur Produzentenhaftung besondere Erwähnung<sup>501</sup>. In manchen Fällen kann eine Partei auch materiell-rechtliche Auskunftsansprüche im Wege der Stufenklage gem. § 254 ZPO geltend machen. Was die Kosten der Beweisführung betrifft, müssen diese zwar von den Parteien zunächst selbst getragen werden, im Falle des Obsiegens erfolgt jedoch eine Kostenerstattung. Für die auch finanziell schwache Partei besteht außerdem die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe. Entsprechende Schutzvorkehrungen sind dagegen so gut wie bei keinem der vorgestellten außergerichtlichen Mechanismen vorgesehen. Auch die materiell-rechtlichen Regelungen zur Beweislast oder zu möglichen Auskunftsansprüchen müssen bei der außergerichtlichen Konfliktregelung nicht zwingend berücksichtigt werden. Es besteht deshalb eine erhebliche Gefahr, dass sich die ungleichen Machtpositionen im Konfliktregelungsergebnis fortsetzen und einen sachgerechten Interessenausgleich verhindern.

Insbesondere im Zusammenhang mit Verbraucherstreitigkeiten über geringfügige Beträge wird immer wieder darauf hingewiesen, dass der Verfahrensaufwand, d.h. vor allem der Kosten- und Zeitaufwand, in

<sup>499</sup> Vgl. hierzu *Thomas*, in: Thomas/Putzo, vor § 284 Rn. 25ff; kritisch MünchKomm-Prütting, ZPO, § 286 Rn. 121ff.

<sup>500</sup> Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. nur *Zöller*, ZPO, vor § 284 Rn. 19ff.

<sup>501</sup> Wird bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, dass das Produkt fehlerhaft hergestellt war, so muss der Hersteller beweisen, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft, vgl. BGH NJW 1969, 269 (Hühnerpest); VersR 1970, 469 (Arbeitsbühne); VersR 1971, 80 (Kfz-Bremsen); NJW 1988, 52 (Weinkorken); NJW 89, 707 (Antibiotika in Futtermittel); NJW 1991, 1948 (Blutkonserven); NJW 1992, 560 (Kindertee). Gleiches gilt für die objektive Pflichtwidrigkeit, vgl. BGH NJW 1996, 2507; 1999, 1028. Auch für die Frage, ob ein Produktfehler im Verantwortungsbereich des Herstellers entstanden ist, kommt eine Beweislastumkehr in Betracht, wenn der Hersteller nicht gewisse Dokumentationspflichten erfüllt, vgl. BGH NJW 1988, 2611 (explodierte Mineralwasserflasche).

angemessenem Verhältnis zum Streitwert stehen müsse<sup>502</sup>. So hat z.B. Eurochambres im Zusammenhang mit der Entwicklung des OnlineConfidence-Projekts betont, dass sehr kleine Fälle möglichst schnell und ohne die Mitwirkung zahlreicher Personen gelöst werden müssten. Teure „face-to-face meetings“ seien zu vermeiden<sup>503</sup>. Auch im Zusammenhang mit dem EEJ-Net wird die Bedeutung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses eines Rechtsstreits immer wieder hervorgehoben<sup>504</sup>. Manche kommerziellen Konfliktregelungsanbieter setzen zum Teil bestimmte Zeitlimits für die Online-Verhandlung. Werden diese überschritten, wird jede zusätzliche Stunde extra berechnet<sup>505</sup>. Auch sind Verhandlungen, die nur über Email erfolgen und ohne umfangreiche Dokumentation des Sachverhalts auskommen, billiger<sup>506</sup>. Hierdurch wird die Möglichkeit der Sachverhaltsaufklärung und Beweisführung weitgehend auf die Beibringung bereits verfügbarer Dokumente begrenzt. Die Vernehmung von Zeugen, die Augenscheineinnahme oder gar die Anfertigung eines teuren Sachverständigenutachtens würden dagegen bereits einen „unverhältnismäßigen“ Verfahrensaufwand bedeuten. Dies gilt vor allem dann, wenn – wie häufig im E-Commerce – die Parteien räumlich weit voneinander getrennt sind. Wie bereits erwähnt, lassen sich aber gerade die Rechte der Verbraucher selten allein mit bestimmten Dokumenten darlegen. Die Beschränkung der Beweismittel trifft deshalb typischerweise eine Partei ungleich härter und führt statt zu einem Ausgleich der unterschiedlichen Machtverhältnisse zu deren Verstärkung.

Im ICANN-Verfahren sind die Möglichkeiten der Parteien, ihre Position darzulegen und den Sachverhalt aufzuklären, ebenfalls beschränkt.

<sup>502</sup> So z.B. der Kommentar zu den Guidelines der Electronic Commerce and Consumer Protection Group unter dem Punkt Dispute Resolution, a.a.O. (Fn. 50); ebenso verschiedene Beiträge zum FTC Workshop vom 6.-7. Juni 2000, vgl. Summary of the Public Workshop, S. 6ff, a.a.O. (Fn. 44).

<sup>503</sup> Vgl. die Pressemitteilung von Eurochambres vom 20.06.2000, a.a.O. (Fn. 106).

<sup>504</sup> Vgl. z.B. das Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 1; außerdem die Äußerungen im Zusammenhang mit dem Effizienzprinzip der Empfehlung 98/257/EG, hierzu das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

<sup>505</sup> So verlangt z.B. InternetNeutral, <http://www.internetneutral.com>, eine Grundgebühr für zwei Stunden Verhandlung. Danach fallen stündlich weitere Gebühren an.

<sup>506</sup> So z.B. bei InternetNeutral, <http://www.internetneutral.com>.

Grundsätzlich soll die Entscheidung des Panels allein auf den von den Parteien mit der Beschwerde- und Verteidigungsschrift eingereichten Unterlagen ergehen. Das Panel kann gem. § 12 der Uniform-Rules zwar theoretisch weitere Dokumente anfordern. Innerhalb der engen zeitlichen Grenzen von 14 Tagen für eine Entscheidung ist dies aber kaum möglich. Mündliche Verhandlungen, einschließlich Telefon-, Video- oder Webkonferenzen, werden gem. § 13 Uniform-Rules für den Normalfall ausdrücklich ausgeschlossen. Hierdurch wird dem Beschwerdeführer die Möglichkeit genommen, mehr über die Absichten oder die Nutzung der Domain durch den Respondent zu erfahren. Der Respondent wiederum bleibt bezüglich des Umfangs des geltend gemachten Kennzeichenrechts im Unklaren. Für die Fälle des „Cybersquatting“ bzw. „Domaingrabbing“, für die das Verfahren ursprünglich geschaffen wurde, mag diese Einschränkung keine großen Auswirkungen haben. Problematischer ist dies jedoch bereits dann, wenn sich der Beschwerdeführer nicht auf ein eingetragenes Kennzeichenrecht stützt, das er durch die Eintragungsdokumente leicht nachweisen kann, sondern lediglich auf ein Common Law Recht<sup>507</sup>.

Die hier angesprochene Problematik ist sicherlich nicht neu und besteht ganz allgemein bei allen außergerichtlichen Verfahren. Sie wird jedoch durch die Entwicklung der Konfliktregelung im E-Commerce, insbesondere die Tendenz zu reinen Online-Verfahren und zu einer Automatisierung der Verfahrensabläufe, noch erheblich verstärkt. Viele der vorgestellten Mechanismen gehen davon aus, dass der Sachverhalt für beide Parteien bereits feststeht. Dies gilt vor allem für automatisierte Verfahren wie clickNsettle, SettleOnline und Cybersettle. Für die Inanspruchnahme dieser Verfahren müssen die Parteien bereits sehr konkrete Vorstellungen über ihre Rechtspositionen haben. Verhandelt wird im Grunde nur noch über die Höhe des Ausgleichs. Fehlen den Parteien entscheidende Informationen, sind diese Verfahren für sie dagegen nutzlos. Die Europäische Kommission möchte im Rahmen des EEJ-Nets zur Überwindung von sprachlichen Problemen und zur Verbesserung der Kommunikation zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern das so genannte europäische Formblatt

<sup>507</sup> Diese Problematik sieht z.B. auch Thornburg, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 201 (2000).



verstärkt zum Einsatz bringen<sup>508</sup>. Dieses Formblatt ist in allen elf Amtssprachen der EU erhältlich und identisch. Da jeweils nur das zutreffende anzukreuzen ist, kann auch ein Formblatt in anderer Sprache unter Vergleich mit dem in eigener Sprache ausgefüllt werden. Dieses Formblatt soll unter anderem als Grundlage für die Einleitung eines außergerichtlichen Verfahrens dienen<sup>509</sup>. Auch hierzu ist allerdings wiederum erforderlich, dass der streitige Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist.

Bei den DRM-Systemen bestimmt die entsprechende Software schließlich vollkommen selbst, was sie ermittelt und was nicht. Wenn sich in der weiteren Entwicklung der Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr die Tendenz zu vollautomatisierten Mechanismen, bei denen der Computer die Position des Entscheidungsträgers einnimmt, fortsetzt, ist es möglich, dass in Zukunft die Konfliktregelung weitestgehend durch vorprogrammierte Systeme erfolgt. Diese stellen natürlich nur die Fragen und lassen nur die Antworten, Beweise und Vorbringen zu, die im Rahmen des Programms vorgesehen sind. Außergewöhnliche Sachverhalte scheiden aus, Besonderheiten werden nicht berücksichtigt. Komplizierte Abwägungen im Interesse einer gerechten Entscheidung können nicht vorgenommen werden. Welches Vorbringen zulässig ist, bestimmt letztlich allein der Programmierer.

Was die Möglichkeit betrifft, Machtungleichgewichte zwischen den Konfliktparteien auszugleichen, bestehen also in Hinblick auf die hier untersuchten Mechanismen erhebliche Bedenken. Durch die Beschränkung der Sachverhaltsaufklärung innerhalb eines Verfahrens werden gerade die Möglichkeiten der schwächeren Partei beschnitten. Dies gilt selbst dann, wenn die Beschränkungen theoretisch neutral sind und für beide Parteien gleichermaßen gelten. Denn die von vornherein schwächere Partei wird hierdurch ungleich härter getroffen. Darüber hinaus besteht natürlich auch eine gewisse Missbrauchsgefahr. Von privater Seite geschaffene außerge-

<sup>508</sup> Für nähere Einzelheiten zum Formblatt vgl. die Mitteilung der Kommission zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten, KOM (1998) 198 endg. Eine Evaluierung des Pilotprojekts „Verwendung des Europäischen Formblatts für Verbraucherbeschwerden“ findet sich unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just13\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just13_de.pdf).

<sup>509</sup> Vgl. das Arbeitsdokument der Kommission, SEC (2000) 405, a.a.O. (Fn. 40), S. 7.

richtliche Verfahren können hinsichtlich der zulässigen Sachverhaltsaufklärung und Beweiserbringung auch so ausgestaltet werden, dass bestimmte Verhaltensweisen von vornherein nicht aufgedeckt werden können.

Es stellt sich also die Frage, ob außergerichtliche Mechanismen, deren Hauptziel eine Verfahrensbeschleunigung und Verfahrensvereinfachung ist, zur Lösung bestimmter Konflikte überhaupt geeignet sind. Diese Frage kann sicherlich nicht pauschal für alle der hier untersuchten Mechanismen beantwortet werden. Je nachdem, um welche Konflikte und Rechte es geht, können die jeweiligen Anforderungen variieren. Je nach Schwerpunkt und Zielrichtung eines Mechanismus ist eine sorgfältige Abwägung zwischen Effizienzgesichtspunkten, einer angemessenen Sachverhaltsaufklärung und dem Schutz der Parteien zu treffen. Diese Abwägung darf sich jedenfalls nicht allein in einer wirtschaftlichen Kosten- Nutzenrechnung erschöpfen<sup>510</sup>. Für eine befriedigende Lösung muss auch anderen Faktoren Rechnung getragen werden, die sehr zeit- und kostenintensiv sein können. Denn die Beilegung eines Streits ist meist ein sehr komplexer Vorgang, besonders bei internationalen Rechtsbeziehungen<sup>511</sup>. Darüber hinaus betrifft die Konfliktregelung, wie gesehen, in erheblichem Maße öffentliche Interessen, insbesondere auch Verbraucherschutzgesichtspunkte. Die Frage, wie viel Sachverhaltsaufklärung und wie viele Verfahrensrechte man sich bei der Konfliktregelung leisten möchte, bedarf deshalb einer breiten öffentlichen Diskussion und kann nicht allein privaten Entscheidungsträgern und den jeweiligen Marktverhältnissen überlassen bleiben<sup>512</sup>. Dies gilt umso mehr, als materielle Schutzvorschriften im Rahmen von Billigkeitsentscheidungen außer acht gelassen werden können. Angesichts der Vielfalt der verschiedenen Mechanismen und ihrer ganz unterschiedlichen Zielgruppen kann an dieser Stelle keine detaillierte Abwägung für jeden Einzelfall vorgenommen werden. Es geht vielmehr darum, das Bewusstsein für die sich aus der Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren ergebenden Gefahren zu schärfen und diese Gefahren bei der Bewertung und auch der Entwicklung der außergerichtlichen Verfahren im Auge zu behalten. Dieses Bewusstsein

<sup>510</sup> So auch *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 203 (2000).

<sup>511</sup> Wie hier *M. Schneider*, in: Hilty, S. 625 (633).

<sup>512</sup> Vgl. hierzu ausführlich unten S. 217ff.

droht in der Euphorie über die Möglichkeiten der außergerichtlichen Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr unterzugehen. Wie gezeigt, lassen sich bei einigen der hier untersuchten Mechanismen bereits bedenkliche Tendenzen erkennen, die nicht unberücksichtigt bleiben sollten.

## C. Rechtsdurchsetzung im Ganzen und Auswirkungen auf das materielle Recht

Die fehlende Transparenz sowie die große Flexibilität der außergerichtlichen Streitbeilegung können sich schließlich auch in Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung im Ganzen negativ auswirken. Die zunehmende Verlagerung der Konfliktregelung von gerichtlichen in außergerichtliche Verfahren kann zum einen dazu führen, dass systematisch rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht aufgedeckt wird. Zum anderen gibt der Staat bis zu einem gewissen Grad die Kontrolle über die Entwicklung des materiellen Rechts ab. Über die außergerichtliche Konfliktregelung könnten sich so neue Regeln herausbilden oder bisherige Regeln modifiziert bzw. aufgeweicht werden.

### I. Verschleierung von systematisch rechtsmissbräuchlichem Verhalten

Wie an den oben erarbeiteten Motiven deutlich wird, soll die Schaffung außergerichtlicher Konfliktregelungsmechanismen auch dazu dienen, das Image der E-Commerce-Unternehmen zu verbessern bzw. nicht durch „schwarze Schafe“ verderben zu lassen, um so das Vertrauen der Nutzer zu gewinnen. Dabei kann die Nichtöffentlichkeit eines außergerichtlichen Mechanismus es einer Partei ermöglichen, in Einzelfällen Fehler einzugesuchen, Kulanz zu üben und von zweifelhaftem rechtlichem Vorgehen Abstand zu nehmen, ohne aber ihr Geschäftsgebaren in der Öffentlichkeit grundsätzlich ändern zu müssen<sup>513</sup>. Berücksichtigt man, dass eine Streitigkeit zwischen den Parteien und deren Ausgang, z.B. wenn es um Fragen der

<sup>513</sup> Auf diese Problematik weisen z.B. auch hin *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (71); *ders.*, JZ 1985, 261 (271) m.w.N.; *Reich*, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, S. 219 (221f).

Produktsicherheit geht, keinesfalls allein die Parteien angeht, sondern auch im öffentlichen Interesse steht, ist dies bedenklich. Auf das generelle öffentliche Interesse an einer fairen und effektiven Konfliktregelung wurde bereits oben hingewiesen. Die Ausrichtung der Konfliktregelung auf den Einzelfall und die mangelnde Publizität kann deshalb dazu führen, dass systematisch rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht aufgedeckt wird. Denn die fehlende Transparenz der Verfahren führt nicht nur zu einer unzureichenden Orientierungsmöglichkeit des einzelnen Nutzers, sondern auch zu einer mangelnden Kontrolle durch die Öffentlichkeit. Den zuständigen staatlichen Stellen gehen so entscheidende Informationen über die Verbrauchersicherheit verloren<sup>514</sup>. Bei einer Ausweitung der außergerichtlichen Konfliktregelung kann hierdurch die Rechtsdurchsetzung im Ganzen verhindert werden. Aufgrund der großen Anonymität im Netz ist diese Gefahr im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs besonders groß.

Bedenken ergeben sich insbesondere bei den Mechanismen, die allein auf die Konfliktregelung im Einzelfall beschränkt sind, wie z.B. die einzelnen privaten Schieds- und Schlichtungsverfahren. Bei anderen Konfliktregelungstypen erscheint dagegen eine gewisse Kontrolle zumindest möglich. So können z.B. die Banken beim Chargeback-Verfahren den Unternehmen mit zu häufigen Chargebacks die Verträge insgesamt kündigen. Auch bei Trusted Shops ist es dem Versicherer möglich, Unternehmen, die wiederholt den „Versicherungsschutz“ in Anspruch nehmen, auszuschließen. Beim OnlineConfidence-Service kann schließlich über die zentrale Systemsoftware und die Verknüpfung mit dem Eurochambres-Logo aufgedeckt werden, welche Unternehmen häufiger Ziel von Kundenbeschwerden sind, auch wenn sie sich bei der Konfliktregelung selbst jeweils kulant zeigen. Im Rahmen des EEJ-Nets können die Clearingstellen eine ähnliche Kontrollfunktion übernehmen. Die Kontrolle ist jedoch nur innerhalb eines Systems möglich, nicht dagegen systemübergreifend. Außerdem ist es erforderlich, dass das System selbst hinreichend transparent arbeitet und die Systembetreiber für eine ausreichende Publizität sorgen. Gerade diesbezüglich bestehen aber noch einige Defizite. Jedenfalls hat soweit ersichtlich keiner der Anbieter eine entsprechende Veröffentlichungspraxis angekündigt. Was

<sup>514</sup> Zu dieser Problematik auch *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 210f (2000).

das EEJ-Net betrifft, sollen zwar die Clearingstellen als einzige Anlaufstelle im jeweiligen Mitgliedstaat Informationen über die Menge und Art der eingehenden Reklamationen sammeln und die Politik entsprechend unterrichten<sup>515</sup>. Die teilnehmenden Einrichtungen sind allerdings ihrerseits nicht verpflichtet, ihre Entscheidungen zu veröffentlichen oder die Clearingstelle mit konkreten Informationen über einzelne Unternehmen zu versorgen. Sie müssen lediglich einen Jahresbericht erstellen, an den allerdings keine hohen Anforderungen gestellt werden<sup>516</sup>.

## II. Veränderung und Aufweichung des materiellen Rechts

Bei den meisten der oben vorgestellten außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen müssen die Ergebnisse der Konfliktregelung nicht zwingend auf den jeweiligen gesetzlichen Vorgaben beruhen, sondern können sich auch auf Billigkeitserwägungen im Einzelfall, Industriestandards, Verhaltenskodizes, Netiquette oder sonstige durch vertragliche Vereinbarung im Voraus geschaffenen Regelungen stützen. Dies ist gerade einer der erklärten Vorteile der außergerichtlichen Streitbeilegung. Hierdurch können sich eigene Regeln für den E-Commerce entwickeln, die von denen, die für den Offline-Bereich in gleich gelagerten Fällen gelten, abweichen. Soweit die Auslegung und Weiterentwicklung der für den E-Commerce geltenden Vorschriften in weitem Maße den außergerichtlichen Einrichtungen überlassen bleibt, die, wie gerade erörtert, nicht immer hinreichend transparent arbeiten, besteht die Gefahr, dass die Entwicklung dieser Regeln einer ausreichenden öffentlichen Diskussion entzogen wird. Zwar besteht im Bereich des materiellen Rechts weitgehend Privatautonomie, d.h. die Parteien können vertraglich ihre eigenen Regeln schaffen, die auch ein staatliches Gericht zu beachten hat. Allerdings muss das Gericht vertragliche Vereinbarungen unberücksichtigt lassen, wenn sie gegen zwingendes Recht verstoßen. Hierdurch übt der Staat eine gewisse Kontrolle über die Anwendung des materiellen Rechts selbst aus. Diese Kontrolle

<sup>515</sup> Siehe oben S. 42.

<sup>516</sup> Dies wurde auf der Konferenz zum EEJ-Net vom 5.-6. Mai in Lissabon ausdrücklich betont, vgl. hierzu das Diskussionspapier der EEJ-Net-Arbeitsgruppe für Rechtsfragen, a.a.O. (Fn. 220).

verliert er, wenn private Entscheidungsträger aufgrund privater Verfahren tätig werden. Denn das private System kann es einer Partei ermöglichen, zwingendes Recht zu umgehen. Wenn in Zukunft wirklich eine Vielzahl der E-Commerce-Streitigkeiten im Rahmen eines solchen Systems geregelt würden, bliebe die Weiterentwicklung und Kontrolle der Verhaltensstandards im E-Commerce in erster Linie den privaten Konfliktregelungseinrichtungen überlassen. Soweit diese Streitigkeiten nicht an die staatlichen Gerichte gelangen, z.B. weil die Parteien über ihre wahren Rechte im Unklaren gelassen werden, resignieren oder einen aufwendigen gerichtlichen Prozess scheuen, und gleichzeitig die Konfliktregelungseinrichtungen nicht an das materielle Recht gebunden sind, ersetzen die Verhaltensstandards die ansonsten geltenden rechtlichen Vorschriften. *Thornburg* bemerkt hierzu: „The trend in internet dispute resolution to move disputes out of the courts into private processes is changing not only the litigant’s own process rights but also the substantive law“<sup>517</sup>. Auch bei den hier untersuchten Mechanismen lassen sich solche Tendenzen erkennen.

### 1. Das „ICANN Common Law“

Die Entwicklung eigener, vom nationalen Recht und internationalen Verträgen abweichender Regeln lässt sich besonders eindrucksvoll anhand des ICANN-Domain-Prozesses verfolgen. Entscheidungsgrundlage für alle Domain-Streitigkeiten ist die Uniform-Policy, die von der ICANN selbst, also einer privaten Organisation, entwickelt wurde. Bei der Ausarbeitung der Policy haben zwar verschiedene Interessengruppen mitgewirkt, dabei wurde jedoch kritisiert, dass öffentliche Interessen nicht genug Berücksichtigung gefunden hätten<sup>518</sup>. In Hinblick auf die Frage, ob eine Domain-Registrierung im Sinne der ICANN-Uniform-Policy als missbräuchlich zu bewerten ist, wurden in kürzester Zeit weit über tausend Fälle an die von der ICANN akkreditierten Provider herangetragen. Angesichts der Vielfalt bereits entschiedener Verfahren haben die Panels begonnen, sich auf vorherige Entscheidungen anderer Panels zu berufen. Auch wenn sie sich

<sup>517</sup> *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 217 (2000).

<sup>518</sup> Vgl. hierzu insbesondere *Froomkin*, 14 (2) Berkeley Tech. L. J. 617, 629 (1999); *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 213 (2000).

daneben punktuell auf nationales Recht beziehen, entsteht hierdurch doch eine Art von „ICANN Common Law“, das ein eigenes, vom nationalen Recht und internationalen Verträgen abweichendes Rechtsgebilde darstellt<sup>519</sup>. Falls der Beschwerdegegner tatsächlich Klage einreicht, um das Ergebnis der ICANN-Entscheidung zu verhindern, kann es also zu der Situation kommen, dass das angerufene Gericht den Fall auf der Grundlage von nationalem Recht entscheidet, das von der Uniform Policy abweicht. Schließlich sind die Panels in verschiedenen Verfahren auch über die Voraussetzungen der Uniform-Policy hinausgegangen und haben sie auf diese Weise fortentwickelt. Besonders deutlich ist dies vor allem in Hinblick auf das Erfordernis, dass der missbräuchlich registrierte Domain-Name mit einem Kennzeichenrecht identisch sein muss. So hat bereits im Fall „The British Broadcasting Corporation v. Jaime Renteria“<sup>520</sup> das dort entscheidende Panel angedeutet, dass § 4 a (i) Uniform-Policy lediglich allgemein von Kennzeichenrechten spreche und damit nicht ausdrücklich auf eingetragene Kennzeichenrechte begrenzt sei. Folglich könnten auch nicht eingetragene Kennzeichen (unregistered trademarks) unter den Anwendungsbereich der Uniform-Policy fallen. In diesem Fall sei allerdings eventuell eine Anpassung der bestehenden Prinzipien erforderlich. Die Frage war im entschiedenen Fall jedoch nicht entscheidungserheblich. Andere Entscheidungen stützten sich später aber auf diese Aussage, ohne auf das angesprochene Erfordernis einer Anpassung der Prinzipien einzugehen, und ordneten die Übertragung von Domain-Namen an, die missbräuchlich gegenüber einem gesetzlich nicht geschützten Kennzeichen waren<sup>521</sup>. In den Entscheidungen „Bennett Coleman & Co Ltd. v. Steven Lalwani“ und „Bennett Coleman & Co Ltd. v. Long Distance Telephone Company“<sup>522</sup> machte sich das Panel nicht einmal die Mühe festzustellen, ob der Beschwerdeführer über ein eingetragenes Kennzeichen verfügte oder nicht. Es erachtete es für ausreichend, dass der Beschwerdeführer jedenfalls

<sup>519</sup> Wie hier *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 213 (2000).

<sup>520</sup> WIPO D 2000-0050, vom 23.03.2000. Diese sowie alle der im Folgenden genannten Entscheidungen können über die ICANN-Website, a.a.O. (Fn. 437), abgerufen werden.

<sup>521</sup> Z.B. „SeekAmerica Networks Inc. v. Tariq Masood and Solo Signs“, WIPO D 2000-0131, vom 13.04.2000; „MatchNet plc. v. MAC Trading“, WIPO D 2000-0205, vom 11.05.2000.

<sup>522</sup> WIPO D 2000-0014 und 2000-0015, vom 11.03.2000.

einen sehr bedeutenden Ruf habe. Seine Zeitungen seien etabliert und hätten eine weite Verbreitung erfahren. Dieser durch die tatsächliche Nutzung des Namens entstandene Ruf sei damit der springende Punkt der Beschwerde und nicht die Tatsache der Kennzeichenregistrierung<sup>523</sup>.

Auch wurde die Übertragung von Domain-Namen in Fällen angeordnet, in denen der Domain-Name in keiner Weise genutzt wurde, obwohl die Uniform Policy eine missbräuchliche Registrierung und Nutzung vorschreibt<sup>524</sup>. Die Panels machen es sich außerdem bei der Begründung der Bösgläubigkeit, vor allem wenn der Beschwerdegegner nicht antwortet, zum Teil recht einfach<sup>525</sup>. Darüber hinaus hat sich gezeigt, dass es bei den im Rahmen des ICANN-Verfahrens entschiedenen Fällen längst nicht mehr nur um die Bekämpfung des „Cybersquatting“ geht. Neben Fragen des Kennzeichenrechts können die Entscheidungen der Panels auch so sensible Bereiche wie die Meinungsfreiheit betreffen. Dies wird besonders an den zahlreichen Entscheidungen zu den so genannten „Xsucks“-Domains deutlich<sup>526</sup>. In diesen Fällen musste darüber entschieden werden, ob die Registrierung eines Domain-Namens, der aus einer bekannten Marke mit dem Zusatz „sucks“ oder mit anderen despektierlichen Zusätzen besteht, missbräuchlich ist. Die meist von WIPO-Panels entschiedenen Fälle gehen bisher, soweit ersichtlich, ausschließlich zu Lasten derjenigen, die die „Xsucks“-Domains registriert haben<sup>527</sup>. Die Panels sehen sich deshalb dem Vorwurf ausgesetzt, parteiisch zu sein und die Meinungsfreiheit zu Gunsten der kommerziellen Interessen der Kennzeicheninhaber zu sehr in den

<sup>523</sup> Vgl. die Begründung der Entscheidung unter Punkt B 1 u. 4.

<sup>524</sup> Vgl. hierzu *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 214 (2000) m.w.N.

<sup>525</sup> Vgl. z.B. „SeekAmerica Networks Inc. v. Tariq Masood and Solo Signs“, WIPO D 2000-0131, vom 13.04.2000.

<sup>526</sup> Einer der ersten Fälle war „Wal-Mart Stores, Inc. v. Walsucks an Walmarket Puerto Rico“, WIPO D 2000-0477 vom 20.07.2000 („walmartcanadasucks.com“, „walmartcanadasucks.com“ etc.). Weitere Entscheidungen sind z.B. „Diageo plc v. John Zuccarini, Individually and t/a Cupcake Patrol“, WIPO D 2000-0996 vom 22.10.2000 („guinnessbeersucks.com“, „guinness-really-sucks.com“ etc.); außerdem mehrere Entscheidungen gegen das britische Unternehmen Purge I.T., z.B. „Dixons Group PLC v. Purge I.T. and Purge I.T. Ltd“, WIPO D 2000-0584 vom 13.08.2000 („dixonssucks.com“), „Freeserve PLC v. Purge I.T. and Purge I.T. Ltd“, WIPO D 2000-0585 vom 13.08.2000 („freeservesucks“), „National Westminster Bank PLC v. Purge I.T. and Purge Ltd“, WIPO D 2000-0636 vom 13.08.2000 („natwestsucks.com“).

<sup>527</sup> So alle der oben zitierten Entscheidungen, vgl. Fn. 526.

Hintergrund zu drängen<sup>528</sup>. Dabei sind die Entscheidungen in Hinblick auf ihre Begründung und die Auseinandersetzung mit Fragen der Meinungsfreiheit sehr unterschiedlich. So ist z.B. die Begründung im Fall „Dixons Group PLC v. Purge I.T. and Purge I.T. Ltd.“<sup>529</sup> recht knapp ausgefallen. Insbesondere in Hinblick auf die Frage, ob der Domain-Name „Dixonssucks“ der Marke „Dixons“ verwechselnd ähnlich ist, scheint die Argumentation wenig überzeugend. Das Panel geht davon aus, dass der Begriff „Dixons“ im Domain-Namen einige Nutzer zu der Annahme verleiten könne, hinter dem Domain-Namen stünde das Unternehmen Dixons. Angesichts der Tatsache, dass ein Unternehmen sich wohl kaum selbst in derart negativer Weise betiteln würde, ist dies allerdings eher unwahrscheinlich. Im Fall „Wal-Mart Stores, Inc. v. Walsucks and Walmarket Puerto Rico“<sup>530</sup> hat sich das Panel dagegen bezüglich der Frage der Verwechslungsfähigkeit sehr ausführlich mit den so genannten „Sleekcraft factors“ auseinandergesetzt, die vom U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit im Fall „AMF Inc. v. Sleekcraft Boats“<sup>531</sup> entwickelt wurden. Die generelle Frage der Zulässigkeit von „Xsucks“-Domains wurde also in weiten Teilen über das ICANN-Verfahren geklärt. Ohne an dieser Stelle jede einzelne Entscheidung analysieren zu können, muss jedenfalls die Frage gestellt werden, inwieweit es richtig sein kann, die Klärung des Verhältnisses von Kennzeichenrechten und Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit den „Xsucks“-Domains oder in ähnlichen Fällen zu weiten Teilen einem privaten Verfahren zu überlassen, dass in erster Linie dafür entwickelt wurde, dem „Cybersquatting“ einen Riegel vorzuschieben. Bedenkt man, dass das ICANN-Verfahren vor allem eine Verfahrensverkürzung und -beschleunigung bezweckt, bestehen hinsichtlich der Geeignetheit zumindest Zweifel. Eine breitere öffentliche Diskussion wäre deshalb wünschenswert.

<sup>528</sup> Vgl. z.B. *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 214 (2000). Auch in der Presse finden sich kritische Stimmen, z.B. *Flynn*, <http://www.nytimes.com/library/tech/00/09/biztech/articles/04neco.html>; *Partridge*, zu finden über das Globetechnology Archiv, <http://globetechnology.com>; *Bonisteel*, <http://newsbytes.com/news/00/154332.html>.

<sup>529</sup> WIPO D 2000-0584 vom 13.08.2000.

<sup>530</sup> WIPO D 2000-0477 vom 20.07.2000.

<sup>531</sup> 599 F.2d 341, 9th Cir. 1979.

## 2. Aufweichung des Verbraucherschutzes

Auch bei den speziell auf Verbraucherstreitigkeiten ausgerichteten Konfliktbeilegungssystemen, die auf einem Verhaltenskodex bzw. entsprechenden Industriestandards basieren, besteht die Möglichkeit, auf die Entwicklung des Verbraucherrechts im E-Commerce Einfluss zu nehmen. In der Einführung der „Guidelines for Merchant-to-Consumer Transactions“ der Electronic Commerce and Consumer Protection Group heißt es hierzu, „It is the hope that this (the guidelines) will provide a base to develop consistent and predictable consumer protection law“<sup>532</sup>. Bezeichnenderweise versteckt sich hinter dieser Gruppe, anders als der Name vielleicht vermuten lässt, nicht etwa eine Verbraucherschutzvereinigung, sondern einflussreiche US-Konzerne<sup>533</sup>. Auch andere schlagen zur Lösung der kollisionsrechtlichen Probleme in grenzübergreifenden Streitigkeiten die Schaffung eines internationalen „Verbraucher Common Law“ für und über die außergerichtliche Konfliktregelung vor<sup>534</sup>. Dabei sollen die jeweiligen Verhaltenskodizes bzw. Industriestandards unabhängig von den verschiedenen nationalen Gesetzen verbindliche Leitlinien für alle Verbrauchergeschäfte im Netz vorgeben. Die Kontrolle über die Einhaltung dieser Standards sowie deren Auslegung und Weiterentwicklung soll über die privaten Konfliktregelungssysteme erfolgen. Für die durch die außergerichtliche Streitbeilegung abgedeckten Fälle wird hierdurch das nationale Verbraucherschutzrechts durch die jeweiligen Industriestandards modifiziert bzw. ersetzt.

Es fragt sich jedoch, ob die hieraus resultierenden Auswirkungen hinzunehmen sind. Dies gilt vor allem dann, wenn die entsprechenden Standards erheblich hinter dem staatlichen Verbraucherschutzrecht zurückbleiben. Denn hierdurch besteht die Gefahr, dass die Nutzer über ihre wahren Rechte getäuscht werden. Der Schutzzumfang der verschiedenen bereits existierenden Verhaltenskodizes ist recht unterschiedlich. Während der European

<sup>532</sup> A.a.O. (Fn. 50).

<sup>533</sup> Zur Gruppe gehören Network Solutions, America Online, AT&T, Dell, IBM, Microsoft und Time Warner Inc.

<sup>534</sup> Dieser Vorschlag wurde z.B. auf dem FTC Workshops vom 6.-7. Juni 2000 diskutiert, vgl. Summary of the Public Workshop, S. 5, a.a.O. (Fn. 44), mit weiteren Hinweisen auf die einzelnen Beiträge in Endnote 42.

Code of Conduct for On-Line Commercial Relations von EuroCommerce<sup>535</sup> weitgehend mit den Vorgaben des Europäischen Verbraucherschutzrechts, insbesondere der Fernabsatzrichtlinie und der E-Commerce-Richtlinie, übereinstimmt<sup>536</sup>, bleiben die Guidelines der Electronic Commerce and Consumer Protection Group<sup>537</sup> erheblich hinter diesen Standards zurück<sup>538</sup>. Wenn es aber den Unternehmen überlassen bleibt, welchem Streitbeilegungssystem mit entsprechendem Verhaltenskodex sie sich unterwerfen, besteht die Gefahr, dass sie sich die für sie günstigsten Systeme aussuchen. Dies kann insgesamt dazu führen, dass sich die Industriestandards auf dem gemeinsamem niedrigsten Nenner einpendeln, was auch als „race to the bottom“-Effekt bezeichnet wird<sup>539</sup>. Soweit zahlreiche Konflikte im E-Commerce nicht mehr an die staatlichen Gerichte herangetragen, sondern im Rahmen außergerichtlicher Systeme geregelt werden, könnte dies eine Erosion der nationalen Verbraucherschutzrechte im Bereich des E-Commerce nach sich ziehen, mit der Folge, dass der Verbraucher bei Geschäften im elektronischen Geschäftsverkehr weniger geschützt wäre als bei Geschäften im Offline-Bereich; ein Ergebnis, das nach den oben erarbeiteten Motiven gerade verhindert werden soll<sup>540</sup>.

Dabei ist auch zu bedenken, dass die Schaffung zahlreicher Schutz- und Ausgleichsvorschriften zugunsten der schwächeren Partei eine besondere

<sup>535</sup> A.a.O. (Fn. 93).

<sup>536</sup> Eine völlige Übereinstimmung kann sinnvollerweise auch nicht verlangt werden.

EuroCommerce behauptet sogar, dass die in ihrem Code of Conduct festgelegten Standards ein höheres Serviceniveau für Verbraucher beinhalten als durch das Verbraucherrecht in den meisten EU-Staaten vorgeschrieben, vgl. den Pressebericht vom 20.06.2000, a.a.O. (Fn. 111). Angesichts der weitgehenden Übereinstimmungen mit den gesetzlichen Vorgaben ist dies allerdings zu bezweifeln.

<sup>537</sup> A.a.O. (Fn. 50).

<sup>538</sup> Z.B. soll ein Unternehmen nach den Vorgaben der Guidelines die Verbraucher lediglich im Voraus über seine Rückgabe- und Widerrufsbedingungen informieren. Das Unternehmen soll jedoch nicht verpflichtet sein, dem Verbraucher überhaupt ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht einzuräumen, wie im Kommentar zu den Guidelines ausdrücklich betont wird. Nach Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie steht dem Verbraucher dagegen zwingend ein Widerrufsrecht von mindestens sieben Tagen zu. Außerdem heißt es in den Guidelines regelmäßig nur „the Merchant should“ während der EuroCommerce-Verhaltenskodex von „must“ spricht. Diese Problematik spricht z.B. auch *Oaks* an, <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,36811,00.html>.

<sup>539</sup> Vgl. zu diesem Effekt näher unten S. 222f.

<sup>540</sup> Dies gilt vor allem für das Ziel, mehr „E-Confidence“ zu gewinnen, s.o. S. 16.

Errungenschaft der letzten Jahrzehnte darstellt. Vor allem im Zuge der Harmonisierung des europäischen Verbraucherrechts sind zahlreiche Gesetze entstanden<sup>541</sup>, die dem Gedanken Rechnung tragen, dass die notorisch schwächere, weil individualisierte Vertragspartei vor dem Gestaltungsspielraum wirtschaftlich stärkerer Vertragspartner geschützt werden muss<sup>542</sup>. Der Vollzug des europäischen Verbraucherrechts erfolgt nach einer Untersuchung der Europäischen Kommission nach zwei verschiedenen Systemen, die je nach Mitgliedstaat variieren: „Ein ‚staatliches‘ System, in dem die Behörden mit Hilfe von Mechanismen des öffentlichen Rechts (Untersuchungsbefugnisse, Geldstrafen, behördliche Genehmigungen, Klagen usw.) den Vollzug der Rechtsnormen sicherstellen, und ein ‚privates‘ System, in dem der Vollzug privaten Akteuren (...) obliegt, die sich Mechanismen des Privatrechts (gerichtliche Verfahren (...)) bedienen“<sup>543</sup>. In dem Bericht wird festgestellt, dass in Deutschland so wie in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten die Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts in erster Linie auf Grundlage des „privaten Systems“ erfolgt und auch in den übrigen Mitgliedstaaten kein „reinrassiges staatliches System“ existiert. Hieran zeigt sich, dass sich die Effizienz der Rechtsvorschriften über Verbraucherschutz an der Möglichkeit der Verbraucher, die Durchsetzung ihrer Rechte einzuklagen, messen lassen muss<sup>544</sup>. Wird nun die Rechtsdurchsetzung im elektronischen Geschäftsverkehr, wie von vielen Initiativen angestrebt, zu großen Teilen der außergerichtlichen Konfliktregelung überlassen, die wiederum nicht zwingend an diese gesetzlichen Normen gebunden ist, besteht die Gefahr, dass die zum Schutz der Verbraucher erlassenen Vorschriften für weite Bereiche des wirtschaftlichen Lebens ausgehebelt werden und somit ihre Wirksamkeit insgesamt

<sup>541</sup> Z.B. das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, das Haustürwiderrufgesetz, das Verbraucherkreditgesetz, das Produkthaftungsgesetz, das Fernabsatzgesetz. Einige dieser Gesetze sind im Zuge der Schuldrechtsreform nunmehr in das BGB integriert worden.

<sup>542</sup> *Renk*, in: Gottwald/u.a., 2.3.1, S. 5.

<sup>543</sup> Arbeitspapier der Kommission „der Vollzug des Europäischen Verbraucherrechts“, S. 14, [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/enfo/enfo01\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/enfo/enfo01_de.pdf).

<sup>544</sup> Zu dieser Schlussfolgerung kommt auch die Kommission in ihrem Arbeitspapier „der Vollzug des Europäischen Verbraucherrechts“, a.a.O. (Fn. 543), S. 1 u. 14f.

einbüßen<sup>545</sup>. Dies ist bedenklich und kann seitens der Regierungen und der EU nicht einfach hingenommen werden. Denn die Verbesserung des Verbraucherschutzes bzw. die Gewährung eines hohen Verbraucherschutzniveaus gehören gem. Art. 3 Abs. 1 lit. t, Art. 153 EGV zu den Zielen der Gemeinschaft. Außerdem hat der Rat in seiner Entschließung über die Verbraucherdimension der Informationsgesellschaft<sup>546</sup>, auf die auch Erwägungsgrund 65 der ECRL ausdrücklich verweist, die Kommission aufgefordert, „zu gewährleisten, dass bei vorliegenden und künftigen politischen Vorschlägen der Kommission für die Informationsgesellschaft den Verbraucherinteressen in vollem Umfang Rechnung getragen wird“<sup>547</sup>.

### 3. DRM-Systeme: „Code as Code“

Was die DRM-Systeme angeht, ist festzustellen, dass diese zum Teil weit über ihr eigentliches Ziel, den Piraterieschutz, hinausgehen. Oft sind die Tools so eingestellt, dass jedwede der Industrie unliebsame Nutzung unmöglich gemacht wird, selbst wenn die Nutzung – etwa aufgrund einer gesetzlichen Lizenz – zulässig sein sollte<sup>548</sup>. Wie andere Rechte steht aber auch das Urheberrecht dem jeweiligen Inhaber nicht unbeschränkt zu. Deshalb enthalten so gut wie alle nationalen Urhebergesetze Regelungen zu den Schranken des Urheberrechts, die ihren Ursprung zu großen Teilen auch in internationalen Übereinkommen<sup>549</sup> haben. Hierdurch soll ein Gleichgewicht geschaffen werden zwischen dem Interesse des Urhebers, für den ein ausreichender Anreiz bestehen muss, Werke überhaupt zu schaffen, und dem öffentlichen Interesse an einer möglichst weiten Verbreitung des Werkes zum Nutzen aller<sup>550</sup>. Der Einsatz von DRM-Systemen gibt den Urhebern nun die Möglichkeit, diese gesetzlich festgelegten Schranken zu

<sup>545</sup> Im Ergebnis wie hier *Prütting*, JZ 1985, 261 (271); *ders.*, in: Breidenbach/Henssler, S. 57 (72); *Reich*, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, S. 219 (221f); *Renk*, in: Gottwald/u.a., 2.3.1., S. 4f, für die herkömmlichen ADR-Verfahren.

<sup>546</sup> A.a.O. (Fn. 311).

<sup>547</sup> Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 7 und Nr. 1 2. der Entschließung.

<sup>548</sup> So auch *Hoeren*, MMR 2000, 515 (520).

<sup>549</sup> Z.B. Berner Übereinkommen zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, Pariser Fassung vom 24.07.1971, BGBl. 1973 II, S. 1071.

<sup>550</sup> Vgl. hierzu eingehend *Guibault*, in: Hugenholtz (2000), S. 125ff; *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 3ff.

umgehen, indem das System auch solche Verhaltensweisen sanktioniert, die nach den gesetzlichen Regelungen zulässig wären. Dabei können entsprechende Abweichungen von den gesetzlichen Schranken zunächst über einen Lizenzvertrag – gegebenenfalls sogar als „shrink-wrap“- oder „Online“-Lizenz (auch „mouse-click“-, „click-thought“-, „click-wrap“- oder „web-wrap“-Lizenz)<sup>551</sup> vereinbart und später bei vertragswidrigem Verhalten des Kunden durch das DRM-System sanktioniert werden. Der Einsatz des DRM-Systems kann ebenfalls bereits im Voraus durch allgemeine Geschäftsbedingungen festgeschrieben werden. Die Techniker haben auf diese Weise die Möglichkeit, sich ihr eigenes Urheberrecht zu schaffen – „Code as Code“, der Programmiercode als Kodifikation<sup>552</sup>.

Dabei stellt sich allerdings ganz allgemein die Frage, ob vertragliche Regelungen, die das Verhältnis zwischen Urheberrechten und dessen Schranken zu Lasten einer Vertragspartei ändern, überhaupt zulässig sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn es sich bei den Schrankenregelungen um dispositives Recht handelt<sup>553</sup>. Zwar besteht dieses Problem nicht erst seit der Entstehung des elektronischen Geschäftsverkehrs. Es erlangt im digitalen Umfeld aber eine besondere Brisanz. Während es bisher eher unüblich war, dass ein einzelner Nutzer beim Erwerb eines urheberrechtlich geschützten Werkes eine Lizenzvereinbarung abschließen musste, scheinen solche Lizenzen im elektronischen Umfeld zur Regel zu werden<sup>554</sup>. Technische Mechanismen wie die DRM-Systeme können solche Vereinbarungen ohne weiteres durchsetzen, ohne dass eine öffentliche Diskussion oder gar eine gerichtliche Klärung erforderlich wäre. Angesichts der Tatsache, dass die Aufrechterhaltung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen Urheberrechten und deren Schranken in letzter Konsequenz auch dazu dient,

<sup>551</sup> „Shrink-wrap“-Lizenzen werden meist beim Erwerb von Software vereinbart. Bevor man die erworbene Software auf seinem Rechner nutzen kann, erscheinen Lizenzbedingungen, denen man durch einen „click“ auf ein entsprechendes Feld zustimmen muss. Online-Lizenzen funktionieren ähnlich. Hier muss man vor der Nutzung eines bestimmten Dienstes bzw. vor dem Herunterladen eines Programms zunächst durch Anklicken des „I agree“- oder „I accept“-Buttons die Lizenzbedingungen des Anbieters annehmen. Eingehend zum Ganzen *Trompenaars*, in: Hugenholtz (2000), S. 267ff.

<sup>552</sup> Sehr ausführlich hierzu *Lessig*, Code and other laws of cyberspace, S. 3 ff; vgl. außerdem *Hoeren*, MMR 2000, 515 (520).

<sup>553</sup> *Guibault*, in: Hugenholtz (2000), S. 126; *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 19.

<sup>554</sup> *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 18.

negative Auswirkungen auf die Erfindungstätigkeit innerhalb einer Gesellschaft zu verhindern und die urheberrechtlichen Schranken deshalb eine Schlüsselrolle beim Ausgleich zwischen den Interessen des Rechtsinhabers und den Interessen der Allgemeinheit spielen, sollten diese Möglichkeiten der Technik nicht unterschätzt werden. Es ist deshalb problematisch, wenn die Zulassung der urheberrechtlichen Schranken gem. Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 UrhRL/§ 95 b UrhG-RegE gerade bei der im elektronischen Geschäftsverkehr häufig vorkommenden interaktiven Zurverfügungstellung des geschützten Werkes in das Belieben des Rechtsinhabers gestellt und auch hinsichtlich der übrigen Nutzungsarten zunächst auf freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber vertraut wird. Bedenkt man, dass die Schrankenregelungen nicht nur Grenzen des Urheberrechts selbst regeln, sondern auch fundamentale Rechte des Einzelnen und wesentliche öffentliche Interessen im Auge haben, erscheint diese Situation unbefriedigend. So können z.B. die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Informationsfreiheit und der Schutz der Privatsphäre durch urheberrechtliche Regeln betroffen werden. Deshalb sollen z.B. die Schrankenregelungen, die die private Nutzung eines Werkes betreffen, auch die Privatsphäre der Nutzer schützen, während die Schrankenregelungen im Bereich der öffentlichen Bildungseinrichtungen und wissenschaftlichen Forschung dem Schutz der Informations- und Forschungsfreiheit dienen<sup>555</sup>. Die Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall eine Schranke eingehalten werden muss oder durch vertragliche Vereinbarung abdingbar ist, kann nicht alleine den betroffenen Vertragsparteien überlassen bleiben. Denn sie betrifft nicht nur die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander, sondern in erheblichem Maße auch öffentliche Interessen. *Guibault*<sup>556</sup> hat deshalb auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen, die von den gesetzlichen Vorgaben abweichen, für jede einzelne Schranke anhand der hinter ihr stehenden Motive genau zu untersuchen. Denn einige Schranken bestünden aufgrund von fundamentalen Rechtsprinzipien, andere aufgrund öffentlicher Interessen und wieder andere aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten bzw. wegen Markt-

<sup>555</sup> Vgl. zum Ganzen *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 13.

<sup>556</sup> *Guibault*, in: Hugenholtz (2000), S. 125 (126ff).

versagens. Dies müsse bei der Beurteilung, ob es sich um eine dispositive oder zwingende Regelung handle, unbedingt berücksichtigt werden<sup>557</sup>. Es ist deshalb sehr bedenklich, wenn über den flächendeckenden Einsatz von DRM-Systemen Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Schrankenregelungen abweichen, durchgesetzt werden können, ohne dass es zu einer entsprechenden Kontrolle durch die Gerichte kommt. Hierdurch wird eine breite öffentliche Diskussion zu dieser, in erheblichem Maße auch öffentliche Interessen betreffenden Frage verhindert. Die fehlende Öffentlichkeit und mangelnde Transparenz der DRM-Systeme ermöglicht vielmehr eine weitgehend unbemerkte Umgehung der Schrankenregelungen, was letztendlich zu einer Aufweichung des urheberrechtlichen Schrankensystems führen kann. Auch die gesetzlichen Regelungen, vor allem die neue Urheberrechtsrichtlinie und das InfoG-RegE, schieben dem keinen Riegel vor. Vielmehr ermöglichen es die bestehenden Regelungen, über die technischen Schutzmaßnahmen den Kreis der Schrankenregelungen zu verkleinern<sup>558</sup>. Dies gilt nicht nur für die interaktive Zurverfügungstellung geschützter Werke. Angesichts der geringen Transparenz der DRM-Systeme muss bezweifelt werden, ob es genügen kann, zunächst auf freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber zu vertrauen und die Nutzer darauf zu verweisen, die Rechtsinhaber notfalls auf die Zulassung der Schrankennutzung zu verklagen. Die in § 95 d UrhG-RegE enthaltenen Kennzeichnungspflichten und die Zulassung einer Verbandsklage für die Durchsetzung der Verpflichtungen aus § 95 b UrhG-RegE weisen zwar in die richtige Richtung, sind allein aber nicht ausreichend.

## D. Ergebnisse

Was die Entwicklung der außergerichtlichen Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr angeht, bestehen also erhebliche Bedenken in Hinblick auf die tatsächliche Verbesserung des Zugangs zum Recht, die

<sup>557</sup> *Guibault*, in: Hugenholtz (2000), S. 125 (126ff). In diesem Sinne auch *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 19f.

<sup>558</sup> So auch *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 25ff; *Kröger*, CR 2001, 316 (323); *Linnenborn*, K&R 2001, 394 (401); *Wand*, S. 124 ff, vgl. außerdem oben S. 134ff.



Einhaltung minimaler Verfahrensgarantien sowie mögliche Auswirkungen auf das materielle Recht. Es muss davon ausgegangen werden, dass sich die Vorteile der neuen außergerichtlichen Mechanismen nicht in dem Maße verwirklichen lassen, wie dies von vielen erhofft wird. Darüber hinaus können viele der vermeintlichen Vorteile auch erhebliche Gefahren mit sich bringen. Die Vielzahl verschiedener Verfahren sowie deren große Flexibilität kann dazu führen, dass sich die Nutzer im Verfahrensdschungel letztlich überhaupt nicht mehr zurecht finden. Soweit die außergerichtlichen Mechanismen nicht hinreichend transparent arbeiten, können sie für den Rechtssuchenden auch keine ausreichende Orientierung bieten. Schließlich ergeben sich in Hinblick auf Zeit- und Kosteneinsparungsmöglichkeiten Grenzen, will man die Rechte der Parteien nicht vollkommen außer Acht lassen. Hinzu kommt, dass die Vorteile des Einsatzes neuer Technologien bei der Konfliktregelung zum Teil überschätzt werden. Kommunikationsprobleme, kulturelle Unterschiede sowie Konflikte zwischen der Online- und der Offline-Welt lassen sich nicht allein dadurch überwinden, dass die Konfliktregelung im Netz selbst angesiedelt wird. Außerdem wurde gezeigt, dass die Einhaltung minimaler Fairnessanforderungen für jeden Konfliktregelungsprozess schlechthin konstitutiv ist. Vor allem müssen die Neutralität der Entscheidungsträger, die Gewährung rechtlichen Gehörs und die prozessuale Waffengleichheit sichergestellt werden. Was die Einhaltung dieser Minimalanforderungen angeht, bestehen aber in Hinblick auf die untersuchten Mechanismen einige Bedenken. Schließlich kann der zunehmende Einsatz außergerichtlicher Konfliktregelungsmethoden auch zu einer Verschleierung systematisch rechtsmissbräuchlichen Verhaltens sowie zu einer Veränderung und Aufweichung des materiellen Rechts führen. Es besteht die Gefahr, dass sich die strukturell stärkere Partei über die außergerichtliche Konfliktregelung eigene, für sie günstige Regeln schafft und hierdurch elementare Schutzvorschriften zugunsten der schwächeren Partei oder der Allgemeinheit ausgehebelt werden.

## Kapitel 7

# Ausweg Selbstregulierung?

Zwar werden einige der hier aufgezeigten Bedenken in der Diskussion zu den außergerichtlichen Mechanismen angesprochen<sup>559</sup>. Es wird jedoch vielfach davon ausgegangen, dass die Selbstregulierungskräfte im E-Commerce in den meisten Fällen zu gerechten und akzeptablen Ergebnissen führen werden und sich diese Ergebnisse auch durchsetzen lassen. Der Rückgriff auf die Selbstregulierung soll flexible, auf die Besonderheiten des E-Commerce maßgeschneiderte Lösungen ermöglichen. Anders als in anderen Bereichen wird für die Konfliktregelung fast ausschließlich auf die Selbstregulierungskräfte im Netz gesetzt. Wie oben gesehen, pocht nicht nur die Wirtschaft auf eine möglichst weitgehende Selbstregulierung, sondern üben auch die Regierungen größte Zurückhaltung, was die Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingungen angeht. Die Initiativen zur außergerichtlichen Konfliktregelung auf nationaler und internationaler Ebene beschränken sich größtenteils auf unverbindliche Vorgaben oder Maßnahmen zum Abbau bestehender Hindernisse. Die Entwicklung geeigneter Konfliktregelungsmechanismen und deren Kontrolle wird ausdrücklich den Beteiligten selbst überlassen.

Entsprechend fehlt der Begriff „Selbstregulierung“ in kaum einer Initiative bzw. einem Aufsatz oder einer Arbeit, die sich mit der außergerichtlichen Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr beschäftigen. Dabei wird dieser sehr vielschichtige Begriff allerdings oft recht undifferenziert

---

<sup>559</sup> Dies gilt vor allem für die Frage der verfahrensrechtlichen Mindestgarantien bei Verbraucherstreitigkeiten, was sich bereits an der Empfehlung 98/257/EG zeigt. Die erwarteten Vor- und Nachteile wurden vor allem auf dem FTC Workshops vom 6.-7. Juni 2000 sehr ausführlich diskutiert, a.a.O. (Fn. 44). Vgl. außerdem die Ergebnisse der von OECD, HCOPIL und ICC organisierten Konferenz vom 11.- 12. Dezember 2000 in Den Haag, a.a.O. (Fn. 36).

gebraucht. Meist wird pauschal auf die Ungeeignetheit staatlicher Regulierung und traditioneller Verwaltungsformen für das Internet sowie die spezifischen Vorzüge der Selbstregulierung verwiesen. „Cyber-Enthusiasten“ verstehen unter Selbstregulierung wohl in erster Linie Marktliberalisierung, d.h. eine Form der Regulierung, die durch völlige Abwesenheit staatlicher Eingriffe auf nationaler oder internationaler Ebene gekennzeichnet ist<sup>560</sup>. Wie die Selbstregulierung genau funktionieren soll, bleibt jedoch oft unklar. Dabei gibt es durchaus unterschiedliche Selbstregulierungsprozesse. Diese sollen im Folgenden näher untersucht werden. In erster Linie geht es darum, inwieweit die außergerichtliche Konfliktregelung geeigneter Gegenstand der Selbstregulierung sein kann bzw. inwieweit die Beteiligten überhaupt zur Selbstregulierung fähig und die entsprechenden Resultate akzeptabel sind. Auch muss gefragt werden, wie sich die Ergebnisse der Konfliktregelung durchsetzen lassen. Zuvor ist es jedoch erforderlich, sich die verschiedenen Ansatzmöglichkeiten der Selbstregulierungsprozesse im Netz zu verdeutlichen. Nur so kann geklärt werden, ob die in die Selbstregulierung gesetzten Erwartungen für den Bereich der Konfliktregelung erfüllen werden. Denn es wird sich zeigen, dass die Resultate eines selbstregulierenden Prozesses wesentlich davon abhängen, wo diese im Netz ansetzen.

## A. Differenzierung zwischen den verschiedenen Netzebenen

Zunächst ist es erforderlich, sich die Struktur des Netzes und die Möglichkeiten der Konfliktregelung innerhalb des Netzes vor Augen zu führen. *Katsh/Rifkin/Gaitenby*<sup>561</sup> sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass nicht nur geklärt werden müsse, wie die außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen ausgestaltet und welche Wertvorstellungen dabei beachtet werden sollen, sondern auch, wo diese Mechanismen anzusiedeln seien. Dabei mutet die Frage, wo ein Konfliktregelungsmechanismus im

<sup>560</sup> Wie hier auch *Christiansen*, MMR 2000, 123 (123).

<sup>561</sup> 15 (3) *Ohio State J. on Dispute Resolution*, 705, 725 (2000).

Internet sein soll, auf den ersten Blick etwas merkwürdig an. Ist doch das Internet gerade durch seine Deterritorialität gekennzeichnet. Wirkliche Räume und Distanzen gibt es nicht, der Cyberspace ist ein virtueller Raum. Das Internet ist jedoch nicht ein einziges Netz, sondern es besteht aus vielen verschiedenen Netzen wie LANs, WANs, Intranets, Online-Diensten, physikalischen oder virtuellen Netzen usw., die sich zu einem offenen Meta-Netzwerk, dem eigentlichen Internet, verbinden. Die Konfliktregelung kann im Prinzip sowohl netzintern als auch auf der Meta-Ebene erfolgen<sup>562</sup>.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Cyberspace neuer „space“ einfach dadurch geschaffen werden kann, dass man – Hardwareressourcen vorausgesetzt – eine softwarebasierte Grenze errichtet und dadurch „space“ vom übrigen Cyberspace abtrennt<sup>563</sup>. Durch diese Abtrennung kann ein eigener Bereich mit jeweils eigenen Regeln geschaffen werden. Die Definition des Raumes und die dort geltenden Regeln werden durch den Netzbetreiber, den Provider, festgelegt. *Lessig* drückt dies auch so aus: „Cyberspace is not a place; it is many places. Its places don't have one nature; the places of cyberspace have many different „natures“. These natures are not given, they are made. They are set (in part at least) by the architectures that constitute these different spaces. These architectures are themselves not given; these architectures of code are set by the architects of cyberspace – code writers“<sup>564</sup>. Durch die Software können also Umfang und Form der innerhalb eines Netzes möglichen Handlungen festgelegt werden, was z.B. dazu führt, dass wir dieses Netz dann als Online-Libraries, Online-Casinos, Online-Malls, Online-Auktionen, Online-Museen usw. identifizieren können<sup>565</sup>. Diese Bestimmung erfolgt durch den jeweiligen Netzbetreiber bzw. durch die „code writers“, die Programmierer.

Konflikte können entsprechend entweder innerhalb eines bestimmten Netzes bzw. innerhalb eines bestimmten Raumes, der jeweils durch eine bestimmte Software definiert ist, oder aber netzübergreifend, also auf der Meta-Ebene,

<sup>562</sup> Vgl. zur Unterscheidung der beiden Ebenen im Allgemeinen *Christiansen*, MMR 2000, 123 (124), mit dem Hinweis, dass es sich eigentlich um eine simplifizierte Unterscheidung handelt.

<sup>563</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (124).

<sup>564</sup> *Lessig*, Code and other laws of cyberspace, S. 82.

<sup>565</sup> Hierzu auch *Katsh/Rifkin/Gaitenby*, 15 (3) *Ohio State J. on Dispute Resolution*, 705, 726 (2000).

entstehen. Auch die Entwicklung bestimmter Regeln und die Ansiedlung von Konfliktregelungsmechanismen kann wiederum auf beiden Ebenen erfolgen. Gleiches gilt für die Durchsetzung dieser Regeln bzw. der Konfliktbeilegungsergebnisse. Dabei ist es durchaus möglich, dass allgemeine netzübergreifende Regeln netzintern durchgesetzt werden, während umgekehrt die Durchsetzung netzinterner Regeln außerhalb des Netzes eher unwahrscheinlich ist. Als dritte Möglichkeit kommt außerdem in Betracht, dass die Regeln durch die Programmierer bereits in die Architektur des Netzes eingebaut werden. Die Regeln werden dann durch das Programm vorgegeben. Ihre Interpretation und Durchsetzung erfolgt automatisch durch die entsprechende Software und zwar je nach Programmierung netzintern oder netzübergreifend. Entsprechend sind auch je nachdem, auf welcher Ebene die Konfliktregelung angesiedelt ist, die Möglichkeiten und Resultate der Selbstregulierung unterschiedlich.

## B. Selbstregulierungsfähigkeit

Betrachtet man die oben vorgestellten Mechanismen, ergibt sich, dass diese je nach Mechanismus unterschiedlich ansetzen. Im Folgenden soll es nun darum gehen, bezogen auf die verschiedenen Ebenen zu untersuchen, auf welchen Selbstregulierungsprozessen die Konfliktregelung aufbauen kann. Dabei stellt sich jeweils die Frage, ob sich im Wege der Selbstregulierung gewisse Grundregeln für die Konfliktbeilegung im elektronischen Geschäftsverkehr herausbilden werden und ob die Einhaltung dieser Regeln sichergestellt werden kann. Darüber hinaus muss geklärt werden, ob hierdurch akzeptable Ergebnisse erzielt werden. Es wird sich zeigen, dass die Vorstellungen, wie die Selbstregulierung im Rahmen der außergerichtlichen Konfliktregelung funktionieren kann, zum Teil erheblich voneinander abweichen und außerdem je nach Ansatzpunkt mehr oder weniger erfolgsversprechend sind.

### I. Die Meta-Ebene: Verbraucher ADR

Die erste Gruppe der oben vorgestellten Konfliktregelungsmechanismen, also die eher nutzerorientierten, auf herkömmlichen Konfliktregelungsfor-

men aufbauenden Typen, sind auf der Meta-Ebene angesiedelt<sup>566</sup>. Sie sind nicht auf einzelne Netze begrenzt, sondern betreffen das Internet als globalen Marktplatz insgesamt. Dies gilt auch für die Konfliktregelungssysteme, die die Konfliktregelung mit einem Gütesiegel kombinieren. Denn die Gütesiegelsysteme stellen keine in sich abgeschlossenen Netze innerhalb des Internets dar und bieten keinen durch Software definierten Raum, in dem die Beteiligten innerhalb der durch die Software bestimmten Grenzen zueinander in Beziehung treten. Sie gelten auch nicht nur für einen abgeschlossenen Marktplatz, wie z.B. eine bestimmte Online-Mall. Vielmehr unterstellen sie die angeschlossenen Unternehmen bei Tätigkeiten im gesamten Internet bestimmten vorgegebenen Verhaltensregeln. Bei diesen Systemen bestehen deshalb über das Internet hinaus zahlreiche Berührungspunkte zur Offline-Welt.

In Hinblick auf die Frage, wie die Selbstregulierung in diesem Bereich funktionieren soll, finden sich in der Diskussion zur außergerichtlichen Konfliktregelung verschiedene Ansätze. Zum Teil wird auf die Netiquette und die klassischen Sanktionsmechanismen in der Internet-Gemeinde oder aber auf die *lex mercatoria* und die Erfahrungen mit der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit verwiesen. Andere Ansätze zielen eher darauf, dass es im E-Commerce überlebenswichtig ist, das Vertrauen der Nutzer zu gewinnen und einen guten Ruf aufzubauen. Beide Gesichtspunkte werden im Folgenden näher beleuchtet. Außerdem wird auf die Grenzen freiwilliger Regelbefolgung eingegangen.

### 1. Erfahrungen mit Netiquette, *lex mercatoria* und internationaler Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Vielfach wird im Zusammenhang mit der außergerichtlichen Konfliktregelung im E-Commerce davon ausgegangen, dass sich die Beteiligten die für sie geltenden Regeln am besten selbst geben können<sup>567</sup>. Die Regeln sollen von denjenigen formuliert werden, die am meisten vom Netz verstehen und

<sup>566</sup> Auch die DRM-Systeme können netzübergreifend eingesetzt werden. Allerdings sind diese Systeme in besonderem Maße durch den Einsatz neuer Technologien charakterisiert. Sie werden deshalb in einem eigenen Punkt (Technik statt Recht (S. 228ff)) behandelt.

<sup>567</sup> Besonders eindrücklich wird dies z.B. im „Global Action Plan for Electronic Commerce“, a.a.O. (Fn. 50), S. 6ff propagiert.

denen am meisten am Internet liegt<sup>568</sup>. Es wird angenommen, dass die Parteien in einem viel höherem Maße bereit sein werden, die Regeln, die sie sich selbst gegeben haben, auch einzuhalten. Dabei wird zum Teil auf die bisherigen Erfahrungen mit der Selbstregulierung in der Internet-Gemeinde verwiesen<sup>569</sup>, insbesondere auf die Entwicklung der Netiquette und die Sanktionierung von Verstößen gegen diese, z.B. das sog. „Mail-Bombing“<sup>570</sup>. Letzteres wird von den Netzteilnehmern im Kampf gegen unerwünschte Email-Werbung eingesetzt. Die Nutzer übersühten den Provider mit einer Flut elektronischer Schmähbrieft, was dazu führt, dass der Provider wegen Überlastung seinen Internet-Zugang nicht mehr nutzen kann. Häufig werden auch Vergleiche mit der *lex mercatoria*<sup>571</sup> sowie den positiven Erfahrungen mit der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit<sup>572</sup>, insbesondere der hohen Quote der freiwillig befolgten Schiedssprüche, angestellt<sup>573</sup>.

Ausgangspunkt ist dabei die Annahme, dass eine Gruppe von Marktteilnehmern Druck auf ihre Mitglieder ausüben kann, damit diese sich an bestimmte Regeln halten. Druckmittel ist dabei der drohende Ausschluss aus der Gruppe. Dies ist dann besonders wirkungsvoll, wenn der betroffene Teilnehmer für seine weitere wirtschaftliche Existenz auf die Gruppe angewiesen ist. Dabei können die Marktteilnehmer nicht nur ein Interesse daran haben, ihre Mitglieder zur Einhaltung bestimmter interner Regeln innerhalb der Gruppe zu bewegen, sondern auch zu regelgemäßem Verhalten gegenüber Dritten, um so negative externe Effekte zu verhindern, die auf die Gruppe als ganze zurückfallen könnten<sup>574</sup>. Die von der Gruppe

<sup>568</sup> Zu dieser These vgl. auch *Christiansen*, MMR 2000, 123 (124).

<sup>569</sup> Vgl. hierzu vor allem *Jung*, GRUR Int. 1998, 841 (845f); *ders.*, K&R 1999, 63 (67).

<sup>570</sup> Zum Mail-Bombing vgl. z.B. *Dickie*, S. 110; *Hoeren*, NJW 1998, 2849 (2853), allerdings mit einer eher kritischen Stellungnahme. Allgemein zu dieser Form der Selbstregulierung *Jung*, GRUR Int. 1998, 841 (845f).

<sup>571</sup> So z.B. *Burnstein*, 29 *Vanderbilt J. of Transnational L.* 75, 108ff (1996); *Johnson/Post*, 48 *Stanford L. Rev.* 1367, 1389 (1996).

<sup>572</sup> Z.B. *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54).

<sup>573</sup> Die Internationale Handelskammer schätzt die Quote auf 90-95 %. Zur Übertragung dieser Erfolge auf den E-Commerce vgl. *Jung*, K&R 1999, 63 (67f).

<sup>574</sup> Sehr ausführlich hierzu, allerdings auch in Bezug auf das Internet sehr kritisch, *Pichler*, S. 104 m.w.N.

vorgegebenen Regeln könne dabei sowohl allgemeine Verhaltensvorschriften als auch Vorgaben für die Lösung von Konflikten umfassen.

Diese Erfahrungen lassen sich jedoch nicht einfach auf die Konfliktregulierungsmöglichkeiten im E-Commerce übertragen. Ursache hierfür ist vor allem die veränderte Grundstruktur des Internets, das sich von einem ursprünglich hauptsächlich von Wissenschaftlern und „Cyber-Freaks“ genutzten Netz zu einem kommerziellen Netz entwickelt hat. Der Cyberspace hat sich in einen globalen Marktplatz verwandelt. Lediglich die Idee, die Angelegenheiten im Netz unter den Teilnehmern selbst zu regeln und staatliche Eingriffe möglichst zu vermeiden, wurde von den kommerziellen Nutzern des Internets übernommen<sup>575</sup>. Sie stößt angesichts der veränderten Struktur jedoch auf Grenzen. Denn bei den Teilnehmern im E-Commerce handelt es sich bezogen auf die Meta-Ebene nicht mehr um eine homogene Gruppe<sup>576</sup>. Eine solche Gemeinschaft mag in den Anfängen des Internets existiert haben. Mit der Kommerzialisierung des Netzes hat sich diese ursprünglich homogene Gruppe jedoch in Unternehmer und Verbraucher gespalten, wobei sich auch innerhalb dieser beiden Gruppen wiederum heterogene Strukturen in Hinblick auf den sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und moralischen Hintergrund der Teilnehmer finden<sup>577</sup>.

Entsprechend wird heute auch überwiegend anerkannt, dass es für den Bereich des E-Commerce keine allgemeingültigen Verhaltensregeln wie die Netiquette gibt<sup>578</sup>. Es fehlt bereits an einer gemeinsamen Grundlage für solche allgemeinen Benimmregeln. Die einzelnen Gruppen verfügen jeweils über eigene Verhaltensregeln, die je nach Gruppe ganz unterschiedlich definiert sind. Regeln, die für die gesamte Meta-Ebene Gültigkeit entfalten sollen, würden ein hohes Maß an Akzeptanz und Unterstützung durch eine mit ausreichenden Ressourcen ausgestattete Mehrheit erfordern, um zu einheitlichen Standards zu werden. Je mehr das Internet expandiert, umso schwieriger wird es jedoch sein, Konsens über substantielle Regeln zu

<sup>575</sup> Vgl. hierzu *Pichler*, S. 109ff; *Thornburg*, 34 *U.C. Davis L. Rev.* 151, 156 (2000).

<sup>576</sup> So z.B. *Christiansen*, MMR 2000, 123 (125); *Dickie*, S. 108 u. 110.

<sup>577</sup> *Pichler*, S. 110.

<sup>578</sup> Vgl. hierzu z.B. *Pichler*, S. 110; außerdem *Hoeren*, NJW 1998, 2849 (2852), der die Existenz der Netiquette im Allgemeinen anzweifelt.

erreichen<sup>579</sup>. Die klassischen Selbstschutzmechanismen, wie z.B. das „Mail-Bombing“, sind kaum dazu geeignet, das Verhalten betrügerischer Teilnehmer im E-Commerce zu beeinflussen. Die Betrüger können einfach im Netz untertauchen oder sich durch technische Schutzmaßnahmen absichern. Es mangelt vor allem auch an Transparenz. Am E-Commerce kann jeder teilnehmen, der über einen Computer und ein Modem verfügt<sup>580</sup>. Die Möglichkeiten für softwarebasierte Kontroll- und Sanktionsmechanismen sind erheblich eingeschränkt. Der entscheidende Gesichtspunkt ist, dass die Internet-Gemeinschaft prinzipiell jede Softwarebarriere umgehen kann, indem einfach neuer „space“ im Internet geschaffen wird, auf dem die Softwarebarrieren nicht arbeiten. Die Struktur des Internets und seine Offenheit machen den Widerstand gegen Regeln damit extrem leicht<sup>581</sup>. Die Reichweite der klassischen Selbstschutzmechanismen ist außerdem auf den Cyberspace begrenzt. Materielle Güter in der Offline-Welt können sie nicht erreichen<sup>582</sup>. Wie gesehen, besteht aber gerade bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Verbrauchern im E-Commerce ein besonders großer Bezug zum Offline-Bereich.

Auch der Vergleich mit der *lex mercatoria* und der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit führt nicht weiter. Grund ist auch hier die fehlende Homogenität der E-Commerce-Teilnehmer sowie die Anonymität im Netz<sup>583</sup>. Die bisher im internationalen Handel tätigen Unternehmen sind bekannt, haben sich am Markt gut positioniert und einen entsprechenden Ruf geschaffen. Außerdem sind sie darauf angewiesen, weiterhin Handel auf internationaler Ebene zu betreiben. Die Gruppe international operierender Unternehmen kann deshalb Druck auf ein einzelnes Mitglied ausüben. Genau an dieser internen Durchsetzungsmöglichkeit fehlt es aber im Bereich der Meta-Ebene des Internets. Die Realisierbarkeit dieses Systems hängt nämlich davon ab, dass die Vorteile der Gruppenzugehörigkeit die Kosten für die Einhaltung der von der Gruppe vorgegebenen Normen bzw. die

<sup>579</sup> Christiansen, MMR 2000, 123 (125).

<sup>580</sup> Pichler, S. 108.

<sup>581</sup> Christiansen, MMR 2000, 123 (125).

<sup>582</sup> Wie hier Pichler, S. 111f; vgl. außerdem Dickie, S. 110.

<sup>583</sup> Vgl. hierzu z.B. auch Dickie, S. 108.

Vorteile eines regelwidrigen Verhaltens übersteigen<sup>584</sup>. Im elektronischen Geschäftsverkehr bezogen auf die Meta-Ebene ist dies jedoch nicht der Fall. Dies liegt an der fehlenden Homogenität der E-Commerce-Gemeinschaft, insbesondere aber an der Autonomie derer, die am elektronischen Geschäftsverkehr teilnehmen wollen. Sie sind aufgrund der besonderen Struktur des Netzes nicht mehr in dem Maße von anderen Marktteilnehmern abhängig, wie dies in der Offline-Welt der Fall ist: „Online anyone with a laptop and a modem can open a storefront and have access to a global marketplace. The dependency on suppliers, distributors, trading partners, or entrance to physical trading places diminishes, and consequently the leverage of industry groups or trade associations does, too“<sup>585</sup>.

Auch die Entwicklung der oben vorgestellten Gütesiegelsysteme ändert an dieser Tatsache nichts. Zwar bilden die Unternehmen, die sich einem bestimmten Gütesiegelsystem unterworfen haben, eine Gruppe, von der sie bei Fehlverhalten durch Entzug des Siegels ausgeschlossen werden können. Der Verlust des Siegels geht jedoch nicht automatisch mit dem Verlust von Handelsmöglichkeiten einher.

Geschäfte werden nämlich nicht mit den anderen Teilnehmern des Systems getätigt, sondern mit außenstehenden Dritten. Zwar ist es gerade Ziel des Siegels, das Vertrauen Dritter zu erlangen und hierdurch den Handel mit diesen zu erleichtern. Dieser Gesichtspunkt betrifft jedoch nicht die Beziehungen der Gruppenmitglieder untereinander, sondern vielmehr das Erfordernis, ein gewisses Maß an Vertrauen als Grundlage für Handelsmöglichkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr aufzubauen. Auf diesen Gesichtspunkt wird im nächsten Abschnitt näher eingegangen.

## 2. Vertrauen und guter Ruf: „Multilateral Reputation Mechanisms“

### a. Funktionsweise und Probleme

Auf den ersten Blick vielversprechender ist der gerade angedeutete Ansatz, dass es in einem globalen Marktplatz wie dem Internet wirtschaftlich

<sup>584</sup> Bernstein, in: Newman, S. 108 (109).

<sup>585</sup> Pichler, S. 107 f.

gesehen besonders wichtig ist, das Vertrauen potentieller Kunden zu gewinnen und sich einen guten Ruf zu schaffen und zu erhalten. Dies bedeutet, dass viele Netzteilnehmer nicht nur daran interessiert sind, einmalig über das Netz Geschäfte zu tätigen, sondern darüber hinaus anhaltende Geschäftsbeziehungen aufbauen wollen. Dabei geht es nicht allein um die persönliche Erfahrung eines Kunden mit einem bestimmten Unternehmen. Entscheidend ist vielmehr der Ruf eines Unternehmens insgesamt. Denn damit ein Unternehmen sich freiwillig an bestimmte Regeln hält bzw. sich einer außergerichtlichen Konfliktregelung unterwirft und dabei auch für sich selbst negative Ergebnisse akzeptiert, muss der hieraus resultierende Langzeitnutzen den kurzfristigen Profit eines regelwidrigen Verhaltens übersteigen. Dieser Langzeitnutzen ist umso höher, wenn es nicht nur um die Bindung eines einzelnen Kunden, sondern um das Vertrauen einer Vielzahl möglicher Kunden geht. *Pichler*<sup>586</sup> spricht in diesem Zusammenhang von einem „multilateral reputation mechanism“.

Entscheidendes Kriterium für das Funktionieren solcher „multilateral reputation mechanisms“ ist allerdings ein ausreichender Informationsfluss<sup>587</sup>. Genau dieser Informationsfluss soll durch das Internet selbst ermöglicht werden. Denn dieses Medium erlaubt es, Informationen möglichst schnell und kostengünstig unter möglichst vielen Teilnehmern zu verbreiten. Das ist prinzipiell möglich, unter anderem dank Meinungsportalen wie Ciao, Dooyoo oder Vocatus. Von *Jeff Bezos*, dem Chef und Gründer des Online-Händlers Amazon, stammt der Ausspruch: „Wenn Sie einen unzufriedenen Kunden im Internet haben, erzählt er es nicht seinen sechs Freunden, sondern seinen 6000 Freunden“<sup>588</sup>.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die schnelle und kostengünstige Verbreitung von Informationen allein nicht automatisch zu einer besseren Aufklärung der Nutzer führt. Dabei stellt vor allem die Informationsflut im Internet ein entscheidendes Hindernis dar, was letztendlich zu erheblichen Effizienzverlusten führen kann. Ein Marktteilnehmer, der sich über einen anderen informieren möchte, muss sich statt einer Meinung pro Tag in

<sup>586</sup> S. 115.

<sup>587</sup> *Pichler*, S.115ff u. 122ff.

<sup>588</sup> Vgl. hierzu *Henkel*, FAZ vom 09.10.2000, Nr. 234, S. 28.

Zukunft derer 1000 anhören oder durchlesen<sup>589</sup>. Jeder, der schon einmal einen Begriff in eine der bekannten Suchmaschinen im Internet eingegeben und dann versucht hat herauszufinden, welcher der unzähligen Links der nützlichste sein könnte, kennt dieses Problem. Zudem bleibt die Schwierigkeit der Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit der Quelle, die eben keine Freunde, sondern Unbekannte sind<sup>590</sup>. So kann der Informationssuchende leicht durch widersprüchliche Informationen verwirrt werden. Schließlich ist es im Internet auch einfacher als je zuvor, falsche Informationen im Netz zu verbreiten. Der Nutzer muss sich also nicht mehr nur fragen, ob er seinem Vertragspartner trauen kann, sondern muss darüber hinaus auch seine Informationsquelle überprüfen. Dies stellt ihn vor ein „sekundäres Vertrauensproblem“<sup>591</sup>. Insgesamt mangelt es an ausreichender Transparenz. Es zeigt sich also, dass im Internet-Zeitalter zwar die Informationsverbreitung einfacher, schneller und kostengünstiger geworden ist, der Umgang mit der Informationsflut, insbesondere deren Verarbeitung, Organisation, Einschätzung, Analyse und Überprüfung sowie das Herausfiltern der wichtigen Tatsachen aus der Masse indes erheblich schwieriger und zeitaufwendiger.

### **b. Abhilfe durch Informationsmittler?**

Es fragt sich, ob dieses Informations- und Transparenzproblem durch die Schaffung der oben vorgestellten Gütesiegel- und Verifizierungssysteme gelöst werden kann. Diese sollen sozusagen als „Informationsmittler“<sup>592</sup> wirken, indem sie Unternehmen und Informationen über diese überprüfen und die Verlässlichkeit eines Unternehmens gegebenenfalls durch ein entsprechendes Logo bestätigen. Sie nehmen den Nutzern damit die eigene Informationsrecherche ab. Diese müssen sich jetzt nur noch auf das Gütesiegel verlassen.

Es kann nicht abgestritten werden, dass die Informationsmittler dem oben beschriebenen Problem zu einem gewissen Grad begegnen können. Vor

<sup>589</sup> So auch *Henkel*, FAZ vom 09.10.2000, Nr. 234, S. 28.

<sup>590</sup> *Henkel*, FAZ vom 09.10.2000, Nr. 234, S. 28.

<sup>591</sup> Zu diesem Effekt vgl. auch *Pichler*, S. 123.

<sup>592</sup> *Pichler*, S. 142ff, spricht in diesem Zusammenhang von „Information Intermediaries“.

allem ermöglicht die zentrale Sammlung von Informationen eine bessere Kontrolle. Auch der Druck, sich regelgemäß zu verhalten, an einer außergerichtlichen Konfliktregelung teilzunehmen und deren Ergebnisse zu akzeptieren, ist angesichts des drohenden Verlusts des Gütesiegels erheblich größer. Denn dieser Verlust ist für ein Unternehmen viel konkreter messbar als die abstrakte Vorstellung, durch regelwidriges Verhalten zukünftig einen guten Ruf aufs Spiel zu setzen.

Allerdings stoßen auch die Gütesiegelsysteme auf Grenzen. Eines der Hauptprobleme ist dabei wiederum die Masse der verschiedenen Gütesiegelanbieter und deren fehlende Bekanntheit. Dies führt zu dem oben bereits angesprochenen „sekundären Vertrauensproblem“. Ein Gütesiegel-system kann nur dann erfolgreich sein, wenn das Siegel hinreichend bekannt und verbreitet ist und entsprechendes Vertrauen genießt. Einem unbekanntem Siegel wird kein Nutzer vertrauen. Hinzu kommt, dass die verschiedenen Systeme unterschiedliche Standards und Prüfungsverfahren anwenden. Sie beruhen jeweils auf einem eigenen Verhaltenskodex. Außerdem weichen die Art der Kontrolle der Unternehmen sowie die angebotenen Konfliktregelungsverfahren zum Teil erheblich voneinander ab bzw. sind für den Nutzer nicht hinreichend transparent<sup>593</sup>. Schließlich sind auch die hinter den verschiedenen Siegeln stehenden Anbieter ganz unterschiedlicher Natur. So sind zum Beispiel die Anbieter von BBBOnline<sup>594</sup>, die Better Business Bureaus, sowie die des Which Webtrader Siegels<sup>595</sup>, Trust U.K., eher verbraucherorientiert, OnlineConfidence wird dagegen von Eurochambres also von einem Wirtschaftsverband angeboten. Schließlich gibt es auch rein private bzw. kommerzielle Anbieter wie z.B. Trusted Shops<sup>596</sup>. In diesem Zusammenhang stellt sich auch das oben aufgezeigte Problem der Unabhängigkeit der Gütesiegelanbieter<sup>597</sup>. Der Nutzer steht letztlich vor der Frage, welchem Siegel er trauen kann.

<sup>593</sup> Vgl. hierzu bereits oben S. 150ff.

<sup>594</sup> <http://www.BBBOnline.org>.

<sup>595</sup> <http://whichwebtrader.which.net/webtrader/index.html>.

<sup>596</sup> <http://www.trustedshops.de>.

<sup>597</sup> Vgl. oben S. 173.

Allgemein lässt sich festhalten, dass es in Hinblick auf die Informationsmittler vor allem an ausreichender Transparenz mangelt und so das oben geschilderte Informationsproblem lediglich auf eine andere Ebene verlagert wird<sup>598</sup>. Je mehr Siegel es gibt, umso größer ist die Gefahr der Verwässerung und je geringer ist die Chance, dass sich ein starkes Zeichen herausbilden wird. Auch die Selbstregulierung über „multilateral reputation mechanisms“ stößt angesichts dieser Informationsschwierigkeiten auf der Meta-Ebene damit an Grenzen.

### **c. Ungeignetheit bei systematisch betrügerischem Verhalten**

Hinzu kommt, dass selbst wenn der Informationsfluss bis zu einem gewissen Grad funktioniert und es einigen Unternehmen gelingt, einen guten Ruf aufzubauen, auch nur diese einen Ruf zu verlieren haben. Die „schwarzen Schafe“ unter den Online-Händlern werden sich hierdurch dagegen wenig beeindrucken lassen. Betrüger kümmern sich typischerweise nicht darum, sich einen guten Ruf zu schaffen und langjährige Kundenbeziehungen aufzubauen. Sie konzentrieren sich vielmehr darauf, mit einem Schlag so viele Einmalkunden zu hintergehen wie möglich. Der Grund, weshalb ein solches Projekt profitabel sein kann, auch wenn es nur auf kürzeste Zeit angelegt ist, liegt darin, dass die Investitionen, die erforderlich sind, um in den elektronischen Markt ein- bzw. aus- und wieder einzusteigen, vernachlässigbar sind. Die „multilateral reputation mechanisms“ können einen Händler nur dann wirkungsvoll von regelwidrigem Verhalten abhalten, wenn die Investition, die er für den Markteinstieg tätigen muss und die bei einem Ausschluss vom Markt wieder verloren gehen, so hoch sind, dass er – selbst wenn er vor dem Ausschluss einige Geschäfte tätigen kann – insgesamt einen Verlust erwirtschaftet<sup>599</sup>. Es müsste also möglich sein, Warnungen vor betrügerischem Verhalten im Netz so schnell zu verbreiten, dass der jeweilige Betrüger nicht ausreichend Profit machen kann. Dies ist allerdings sehr unwahrscheinlich. Zwar ermöglicht es das Internet, Informationen über das Verhalten eines Online-Händlers schneller als je zuvor zu verbreiten. Allerdings können auch die Online-Transaktionen mit

<sup>598</sup> Wie hier auch Pichler, S. 148.

<sup>599</sup> Pichler, S. 148.

Internet-Geschwindigkeit abgewickelt werden. Hinzu kommt, dass allein die Verbreitung der Information im Netz nicht ausreichend ist. Entscheidendes Problem wird es vielmehr sein, wie sichergestellt werden kann, dass die richtigen Informationen auch rechtzeitig an die betroffenen Personen gelangen.

### 3. Co-Regulierung: Freiwillige Regelbefolgung

Trotz alledem ist es nicht ausgeschlossen, dass einige Marktteilnehmer, insbesondere bereits im Offline-Bereich tätige, seriöse Unternehmen, die einen guten Ruf zu verlieren haben, sich freiwillig bestimmten Verhaltenskodizes unterwerfen und entsprechende Konfliktregelungsmechanismen entwickeln. Schließlich ist bei weitem nicht jeder, der am elektronischen Geschäftsverkehr teilnehmen will, ein Betrüger. Soweit solche Regeln und Mechanismen ohne den Anspruch auf Allgemeingültigkeit und die Möglichkeit einer zwingenden Durchsetzung geschaffen werden, bleibt die Frage, ob diese effektiv und gerecht sein werden. Angesichts der gerade beschriebenen besonderen Struktur des elektronischen Geschäftsverkehrs fehlt es diesbezüglich zumindest an entsprechenden Druckmitteln und einer ausreichenden Kontrollmöglichkeit. *Lueders*<sup>600</sup> weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die entsprechenden Regeln nicht einseitig durch die Wirtschaft vorgegeben, sondern im Wege der Co-Regulierung zwischen den betroffenen Interessenvertretern, insbesondere den Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden, entwickelt würden. Diese Form des „co-operative e-governance“ solle zur Erzielung gerechter Ergebnisse im Interesse aller Parteien beitragen. Schließlich verweist *Lueders* auch auf die langjährigen, positiven Erfahrungen im Bereich der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Auf den dort gesammelten Erfahrungen könne aufgebaut werden.

Auch dieser Vergleich ist jedoch zu kurz gegriffen. Anders als zwischen mehreren Handeltreibenden bestehen zwischen Unternehmen und Verbrauchern im Allgemeinen erhebliche Machtungleichgewichte<sup>601</sup>. Ob diese Machtungleichgewichte allein dadurch ausgeglichen werden können,

<sup>600</sup> A.a.O. (Fn. 54).

<sup>601</sup> Vgl. hierzu auch *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 218 (2000), Fn. 306.

dass die Regeln, wie von *Lueders*<sup>602</sup> vorgeschlagen, durch Co-Regulierung zwischen den Unternehmens- und Verbraucherverbänden geschaffen werden, ist eher fraglich. Den Verbraucherverbänden fehlt es an entsprechenden Mitteln und Schlagkraft. Außerdem ist die Gruppe der Verbraucher, wie oben bereits festgestellt, in sich zu wenig homogen. Schließlich ist auch fraglich, ob eine solche Co-Regulierung von den betroffenen Unternehmen überhaupt gewollt ist. Bei den meisten Verhaltenskodizes handelt es sich um Regeln, die sich die Unternehmen selbst gegeben haben, nicht dagegen um ausgehandelte Regeln<sup>603</sup>. Der Vizepräsident von EuroCommerce *Regaldo* hat in seiner Rede auf der Konferenz zum EEJ-Net in Lissabon z.B. darauf hingewiesen, dass die Wirtschaft eine Selbstregulierung im wirklichen Sinne anstrebe und sich keinen Regeln unterwerfen wolle, die sie nicht selbst geschaffen habe<sup>604</sup>. Nicht zu unterschätzen ist dabei auch der Gesichtspunkt, dass es eine Grenze für die Bereitschaft gibt, sich selbst zum Nutzen Dritter oder zur Vermeidung von Risiken Kosten aufzuerlegen<sup>605</sup>. Denn auch seriöse Unternehmen haben natürlich in erster Linie ihre eigenen Interessen vor Augen. Auch soweit es darum geht, die Schaffung außergerichtlicher Mechanismen als zusätzliche Möglichkeit der Konfliktregelung zu fördern, setzt dies also Garantien dafür voraus, dass angemessene Ergebnisse erzielt werden können. In Anbetracht der gesellschaftlichen Machtungleichgewichte und der damit verbundenen unterschiedlichen Durchsetzungschancen der verschiedenen Beteiligten sollten Konfliktregelungsmechanismen deshalb nicht einfach wildwüchsig entstehen. Vielmehr scheinen auch diesbezüglich gesetzliche Rahmenbedingungen erforderlich, um eine ausreichende Qualität der Konfliktregelung und die Beachtung sozialstaatlicher Gerechtigkeitsvorstellungen sicherzustellen<sup>606</sup>.

<sup>602</sup> A.a.O. (Fn. 54).

<sup>603</sup> Dies gilt z.B. für den „European Code of Conduct for On-Line Commercial Relations“ von EuroCommerce, a.a.O. (Fn. 93), und die „Guidelines for Merchant-to-Consumer Transactions“ der E-Commerce Group, a.a.O. (Fn. 50).

<sup>604</sup> A.a.O. (Fn. 54).

<sup>605</sup> Hierzu auch *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127).

<sup>606</sup> Wie hier *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190 (193).



#### 4. Ergebnis

Im Ergebnis erscheint die Vorstellung, dass sich auf der Meta-Ebene des Internets allein im Wege der Selbstregulierung ausreichende Verhaltensregeln als Grundlage für die Konfliktregelung sowie faire und effektive Konfliktregelungsmechanismen im Interesse aller Beteiligten entwickeln werden, illusorisch. Vergleiche mit den bisherigen Erfahrungen in der „Cyber-Gemeinde“ oder mit den Erfolgen der außergerichtlichen Konfliktregelung im Bereich des internationalen Handels führen nicht weiter. Ursache hierfür ist vor allem die heterogene Struktur der E-Commerce-Teilnehmer. Außerdem ist der elektronische Geschäftsverkehr durch weitreichende Autonomie und Anonymität der Nutzer gekennzeichnet. Die Informationsflut und die fehlende Transparenz im Netz führen dazu, dass nicht genug Informationen von ausreichender Qualität produziert werden bzw. dass bei der Suche und Übermittlung der entscheidenden Informationen zu große Reibungsverluste auftreten. Zwar werden vermehrt Anstrengungen unternommen, durch die Schaffung von Gütesiegelsystemen und Ähnlichem einige der Probleme in den Griff zu bekommen. Auch diese Ansätze stoßen jedoch aufgrund der Vielzahl verschiedener Angebote und mangels ausreichender Transparenz auf Grenzen. Es ist deshalb äußerst fraglich, ob sich auf der Meta-Ebene überhaupt allgemeingültige Grundregeln herausbilden werden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, erscheint es noch viel unwahrscheinlicher, dass die Privatwirtschaft in der Lage sein wird, die Einhaltung dieser Regeln zu kontrollieren und für ihre Durchsetzung zu sorgen.

Soweit gewisse Grundregeln in Form von Verhaltenskodizes sowie entsprechende Konfliktregelungsmechanismen ohne den Anspruch auf Allgemeingültigkeit und die Möglichkeit einer zwingenden Durchsetzung geschaffen und freiwillig von einzelnen Marktteilnehmern akzeptiert werden, bestehen angesichts fehlender Druck- und Kontrollmöglichkeiten Bedenken in Hinblick auf die Ausgewogenheit der erzielten Ergebnisse. Auch können die unterschiedlichen Interessen- und Machtstrukturen nicht unberücksichtigt bleiben, insbesondere nicht die Tatsache, dass es den meisten Teilnehmern im E-Commerce in erster Linie um die eigenen Profite geht. Die außergerichtliche Regelung von Verbraucherstreitigkeiten auf der Meta-Ebene des Internets kann deshalb allenfalls als eine zusätzliche

Alternative zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung anerkannt werden und das auch nur, soweit sichergestellt wird, dass elementare Rechte der Parteien sowie öffentliche Interessen in ausreichendem Maße gewahrt werden. Zu einer erheblichen Verbesserung des Zugangs zum Recht und damit zur Schaffung von mehr Vertrauen in den E-Commerce können sie angesichts der aufgezeigten Grenzen alleine sicherlich nicht beitragen. Wenn auch in Zukunft keine besseren Rahmenbedingungen für diese Mechanismen geschaffen werden, ist davon auszugehen, dass sich die in sie gesetzten Hoffnungen nicht erfüllen werden.

## II. Netzinterne Mechanismen, Provider als „units of governance“: „Notice and Take Down“, ICANN, eBay-Projekt

Die Ausgangslage ist jedoch grundlegend anders, wenn man die Konfliktregelung nicht auf der Meta-Ebene des Internets, sondern bei den einzelnen, in sich abgeschlossenen Netzen ansiedelt. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass derjenige, der im Cyberspace neuen „space“ schafft, der also ein neues Netz ins Leben ruft, dieses weitgehend beherrscht. Dies geschieht dadurch, dass er eine softwarebasierte Grenze errichtet und so „space“ vom übrigen Cyberspace abtrennt. Diese Abtrennung versetzt ihn in die Lage, den Zugang zu diesem Bereich und dessen Inhalten zu bestimmen und eigentümergeleich über Verwendung und Ausschließung (vgl. § 903 BGB) entscheiden zu können<sup>607</sup>. Hierdurch verfügt er über ein besonders effektives Mittel, um bestimmte Regeln durchzusetzen<sup>608</sup>. Die großen Online-Dienste repräsentieren solche abgetrennten Bereiche. Sie ermöglichen den Zugang meist nur nach Abschluss eines Vertrags, Zahlung eines Beitrags und durch proprietäre Software. Auch Web-Sites, die nur nach Namensregistrierung zugänglich sind, also nach Passieren einer Grenze, oder die sich gar nur durch Gebrauch von Marken oder multimedialen Symbolen von anderen abheben, bilden einen eigenen „space“<sup>609</sup>. Die jeweiligen Provider verfügen damit über ein besonders effektives Mittel, um

<sup>607</sup> Christiansen, MMR 2000, 123 (124).

<sup>608</sup> Johnson/Post, 48 Stanford L. Rev. 1367, 1388 (1996).

<sup>609</sup> Christiansen, MMR 2000, 123 (124).

bestimmte Regeln durchzusetzen. Bereits oben wurden beispielhaft die zahlreichen Online-Malls, Online-Auktionen usw. genannt.

Betrachtet man die hier vorgestellten Konfliktregelungsmechanismen, zeigt sich, dass vor allem die „Notice and Take Down“- und das ICANN-Verfahren ähnlich ansetzen. Bei den „Notice and Take Down“-Verfahren gibt der jeweilige SP dem Nutzer vor der Bereitstellung seines Services vertraglich vor, dass dieser bei der Nutzung der ihm zur Verfügung gestellten Seite nicht gegen Urheber- bzw. Kennzeichenrechte Dritter verstoßen dürfe. Hält sich der Nutzer nicht an diese Vereinbarung, hat es der SP in der Hand, die Seite zu schließen, d.h. den sich regelwidrig verhaltenden Teilnehmer aus dem von ihm betriebenen Netzbereich auszuschließen. Im ICANN-Verfahren geht es zwar nicht darum, wie sich die Teilnehmer innerhalb eines bestimmten Netzes zu verhalten haben, sondern vielmehr um die Frage, unter welchem Namen sie im Bereich der generischen TLDs auftreten können. Die Regelung dieser Frage erfolgt jedoch – in ähnlicher Weise wie oben beschrieben – über die Domain-Vergabestellen (Registrars). Diese verpflichten jeden Nutzer vor der Vergabe einer Domain, sich der ICANN-Uniform-Policy und den Uniform-Rules zu unterwerfen. Schließlich werden die Entscheidungen der Panels über die Vergabestellen vollstreckt.

Darüber hinaus ist es denkbar, dass von Dritten angebotene Konfliktregelungsmechanismen innerhalb eines bestimmten Netzes bereitgestellt und dabei die gerade beschriebenen Kontroll- und Ausschlussmöglichkeiten ausgenutzt werden. Der Unterschied zu den oben untersuchten Mechanismen liegt in diesem Fall allein darin, dass die Konfliktregelung nicht innerhalb der unbestimmten Masse aller Internet-Nutzer erfolgt, sondern nur zwischen den Teilnehmern des jeweiligen Netzes. Hierdurch wird die Gruppe der Betroffenen abgrenzbar. Je nach der Größe des Netzes können außerdem die Interessenstrukturen heterogener sein. *Katsh/Rifkin/Gaitenby*<sup>610</sup> sowie *Van den Heuvel*<sup>611</sup> verweisen in diesem Zusammenhang auf das von der University of Massachusetts durchgeführte

<sup>610</sup> 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705 (2000).

<sup>611</sup> S. 17f.

eBay-Pilotprojekt<sup>612</sup>. eBay ist einer der größten Anbieter für Internet-Auktionen. Das Projekt hat ergeben, dass die Nutzer von eBay in viel höherem Maße dazu bereit waren, an der ihnen angebotenen Online-Mediation teilzunehmen, als dies bei vergleichbaren Projekten mit Offline-Mediation der Fall war. Die Ursache hierfür lag nach Auffassung der Wissenschaftler nicht so sehr darin, dass die eBay-Nutzer in besonderem Maße an einer gütlichen Einigung interessiert waren, sondern vielmehr in deren Interesse, das eBay-Angebot auch weiterhin nutzen zu können. Besondere Bedeutung kommt dabei dem „feedback rating system“ zu. Nach jeder Transaktion können die Parteien über die jeweils andere ein so genanntes „feedback“ abgeben, das zukünftig vor einer Transaktion mit dem jeweiligen Teilnehmer durch alle eBay-Nutzer eingesehen werden kann. Es ist deshalb besonders wichtig, ein positives „feedback rating“ zu haben, um weiterhin aktiv an eBay-Auktionen teilzunehmen. In letzter Konsequenz besteht außerdem die Möglichkeit, dass die eBay-Anbieter einen Beteiligten ganz ausschließen. Die Teilnahme an einer außergerichtlichen Konfliktregelung kann deshalb beiden Parteien, Käufer und Verkäufer, nützlich sein, um das eigene „rating“ zu verbessern.

### 1. Regelsetzungs- und Regeldurchsetzungsmacht

Die Ansiedlung der Konfliktregelung auf der Ebene der einzelnen Netze bzw. bei den Netzwerk Providern hat zur Folge, dass zum einen die Gruppe von Teilnehmern in einem bestimmten Netz abgrenzbar wird und außerdem dem Provider besondere Kontrollmöglichkeiten zukommen. Nach der Vorstellung von *Post* werden sich deshalb im Internet im Sinne eines „elektronischen Föderalismus“ die einzelnen Network Access Provider und nicht die örtlich gebundenen Staaten zu den maßgeblichen „units of governance“ entwickeln: „Users in effect delegate the task of rule-making to them – confer sovereignty on them – and choose among them according to their own individual views of the constituent elements of an ordered

<sup>612</sup> Vgl. hierzu die Informationen auf der Website des Online Ombuds Office, <http://www.onlinedisputes.com>. Außerdem finden sich fünf Protokolle zur eBay-Mediation unter <http://www.disputes.net/cyberweek2000/ebay/ebayintro.htm>. Zusammenfassend *Katsh/Rifkin/Gaitenby*, 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705, 708 (2000).

society<sup>613</sup>. Die Mobilität, d.h. die Möglichkeit, ungehindert zwischen den einzelnen Netzwerk mit ihren jeweils eigenen Regeln zu wechseln, sei eine wirksame Garantie dafür, dass die sich hieraus entwickelnden Regeln – „the law of the Internet“ – auch gerecht seien.

Diese Überlegungen lassen sich auch auf die Konfliktregelung übertragen. *Katsh/Rifkin/Gaitenby*<sup>614</sup> gehen z.B. für das oben erwähnte eBay-Projekt davon aus, dass die Konfliktregelung unter den eBay-Mitgliedern „in the shadow of eBay law“ stattfinde. Nach *Van den Heuvel*<sup>615</sup> ist dieses „eBay law“ das „law of the Internet“, das *Post* meine. Dieses Recht entstehe durch die Entscheidung von eBay über die im eBay-System gültigen Regeln und die Entscheidung der Nutzer, sich der eBay-community anzuschließen. Als Zwangsmittel hinter dem „eBay law“ stünde letztlich die Möglichkeit, einen Teilnehmer aus der eBay-community auszuschließen<sup>616</sup>.

Netzintern können die oben geschilderten Probleme bei der Entwicklung und Durchsetzung bestimmter Regeln auf der Meta-Ebene damit jedenfalls teilweise ausgeglichen werden. Denn innerhalb eines Netzes ist es – zumindest wenn es sich um ein kleineres, eher spezialisiertes Netz handelt – grundsätzlich wahrscheinlicher, dass die Interessen der Teilnehmer homogen sind. Decken sich die Regeln des Netzes mit diesen Interessen, ist ein hoher Grad von Regelakzeptanz und -befolgung zu erwarten<sup>617</sup>. Entscheidend ist aber vor allem, dass die Möglichkeit besteht, Regeln dadurch verbindlich zu machen, dass sie unter Verifizierung der Identität vertraglich vereinbart werden<sup>618</sup>. Typischerweise kommt ein Vertrag zustande, weil dessen Abschluss vom Provider zur Bedingung für die Gewährung des Netzzugangs gemacht wird. Die Einhaltung der Regeln kann der Provider auf netzspezifische Weise durchsetzen, da er softwarebasierte Hindernisse oder Sanktionsmechanismen gegen Regelverstöße auf

<sup>613</sup> *Post*, 43 Wayne Law Rev. 155, 166f (1996).

<sup>614</sup> 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705, 728 (2000).

<sup>615</sup> S. 18.

<sup>616</sup> *Katsh/Rifkin/Gaitenby*, 15 (3) Ohio State J. on Dispute Resolution, 705, 731 (2000).

<sup>617</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (125).

<sup>618</sup> *Johnson*, <http://www.cli.org/DRJ/make.html>; *Johnson/Post*, 48 Stanford L. Rev. 1367, 1388 (1996).

technischer Ebene in das Netz implementieren kann<sup>619</sup>. Die Selbstregulierung erfolgt also nach dem oben beschriebenen Prinzip des Ausschlusses eines Teilnehmers von einer bestimmten Gruppe, falls dieser sich regelwidrig verhält<sup>620</sup>. Anders als auf der Meta-Ebene bestehen netzintern solche abgrenzbaren Gruppen und stellt der Ausschluss von der Gruppe für den Teilnehmer eine spürbare Sanktion dar. Die Menge der Regeladressaten ist anhand des „Log-in“-Vorgangs identifizierbar und abgrenzbar. Die Verwaltung bzw. Kontrolle der Teilnehmer kann durch den „Flaschenhals“ der Zugangsrestriktionen erfolgen, durch welche die Teilnehmer kanalisiert werden. Die Sanktion der Verweigerung des Netzzugangs ist in ihrem Effekt total<sup>621</sup>.

Aufgrund dieser besonderen Strukturen innerhalb der einzelnen Netze ist es deshalb grundsätzlich möglich, dass sich netzintern im Wege der Selbstregulierung bestimmte Grundregeln für die Konfliktregelung entwickeln und deren Einhaltung sowie die Einhaltung der Konfliktregelungsergebnisse auch durchgesetzt werden können.

## 2. Grenzen: faire Regeln und effektive Regeldurchsetzung

Die Tatsache, dass die besonderen netzinternen Strukturen die Regelsetzung und Regeldurchsetzung eher ermöglichen, bietet allerdings allein noch keine automatische Gewähr für die Entwicklung wirklich fairer Regeln im Interesse aller Beteiligten. Außerdem stößt auch die Regeldurchsetzungsmacht der Provider auf Grenzen.

### a. Fairness der Regeln

Die netzinterne Selbstregulierung beruht zu einem erheblichen Maße auf der besonderen Stellung der Provider. Die Interessen und die Einflussmöglichkeiten der Provider sind deshalb von entscheidender Bedeutung. Provider sind jedoch nicht neutral. Sie verfolgen Interessen, die sich nicht immer mit

<sup>619</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (125).

<sup>620</sup> Ein berühmtes Beispiel für einen derartigen Ausschluss bildet die virtuelle Verbannung von Mr. Bungle aus dem MUD LambdaMOO, hierzu *Jung*, GRUR Int. 1998, 841 (846 Fn. 93). Zum MUD LambdaMOO vgl. außerdem *J. Mnookin*, 2 (1) Journal of Computer-Mediated Communication (1996).

<sup>621</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (125).

denen der Netzteilnehmer decken. Am deutlichsten wird dies, wenn der Provider auf Kosten und Gewinnerzielung achten muss<sup>622</sup>. Anders als nationale Staaten sind sie auch nicht auf das Gemeinwohl verpflichtet. Die Wahrung von Interessen der Allgemeinheit sowie der Schutz von Minderheiten oder der sozial Schwächeren gehören nicht zu ihren Aufgaben. Gleichzeitig sind Provider aufgrund ihrer zentralen Stellung zu einem bemerkenswerten Grad in der Lage, die Regeln innerhalb ihres Netzes einseitig zu diktieren<sup>623</sup>. Der Provider bestimmt die Bedingungen für den Zugang zu dem „space“, den er eigentumsgleich beherrscht<sup>624</sup>. Verträge im Rahmen der Zugangsprozedur sind selten aushandelbar; der Teilnehmer erklärt lediglich seine Zustimmung per Mausklick. Der Provider kann jederzeit den Zugang sperren, gleich ob er dazu berechtigt ist oder nicht. Für die Frage der Selbstregulierung bedeutet dies, der Provider entscheidet, wie viel Selbstregulierung er zulassen will. Er kann Selbstregulierung erlauben, um sein Netz attraktiv zu gestalten. Jedoch muss er diesen Vorteil gegen Kostengesichtspunkte und andere Risiken (Strafbarkeit, Haftung, Image, Verlust von Geschäftschancen) abwägen<sup>625</sup>.

Es fragt sich, ob sich diese Bedenken allein durch die Überlegungen von *Post* in Hinblick auf den Wettbewerb der Provider untereinander ausräumen lassen. *Post*<sup>626</sup> geht davon aus, dass die Mobilität der Netzteilnehmer, d.h. die Möglichkeit, ungehindert zwischen den einzelnen Netzwerk mit ihren jeweils eigenen Regeln zu wechseln, eine wirksame Garantie dafür ist, dass sich faire Regeln entwickeln werden. Die Teilnehmer könnten zwischen den verschiedenen Providern entsprechend ihren eigenen Vorstellungen über die einzelnen Bestandteile einer geregelten Gesellschaft wählen. Auch *Christiansen*<sup>627</sup> verweist darauf, dass die Provider und Netze im Wettbewerb um Teilnehmer stehen, der – sobald das Internet substanzielle Bereiche unseres Lebens durchdringe – die Form eines regulatorischen Wettbewerbs

<sup>622</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (125).

<sup>623</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (125); ähnlich auch *Post*, Journal of Online Law (1995), art. 3, par 26.

<sup>624</sup> *Christiansen*, MMR 2000 123 (125).

<sup>625</sup> *Christiansen*, MMR 2000 123 (125).

<sup>626</sup> 43 Wayne Law Rev. 155, 167 (1996).

<sup>627</sup> MMR 2000, 123 (126).

annehmen könne. Dieses Modell lasse sich auf die Zukunft des Internets übertragen. Wenn Netze bzw. Provider beginnen würden, Regelsysteme zu formulieren, die für die Attraktivität aus Teilnehmersicht relevant seien und in ihrer Substanz erheblich über die Reglementierung von Online-Vergütung und dergleichen hinausgehe, würden die Teilnehmer „vote by click“<sup>628</sup>.

Voraussetzung hierfür ist allerdings ein funktionierender Wettbewerb. Es gibt jedoch durchaus viele mögliche Ursachen, weshalb ein Markt im Einzelfall nur unvollkommen funktioniert („market failure“). Das hat sich bereits in anderen Bereichen, in denen Selbstregulierung stattfindet, gezeigt<sup>629</sup>. Aus diesem Grund ist praktisch nie ein selbstregulierendes System in Reinkultur verwirklicht, sondern greift der Staat regulierend ein, um die Grundbedingungen für das effiziente Funktionieren des Marktes sicherzustellen und Fehler desselben auszugleichen. Insbesondere was die Wahrung von Verbraucherinteressen angeht, werden bestehenden Marktkräfte oft als allein nicht ausreichend angesehen, um wirtschaftlich sinnvolle Ergebnisse im Interesse aller Beteiligten zu erzielen<sup>630</sup>. Die Untersuchung der Voraussetzungen für einen funktionierenden regulatorischen Wettbewerb sowie möglicher Gründe für ein Marktversagen geht allerdings weit über das Thema der Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr hinaus und würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen<sup>631</sup>. Hierauf muss an dieser Stelle deshalb verzichtet werden. Im Folgenden soll lediglich auf einige Gesichtspunkte hingewiesen werden, die dagegen sprechen, im Bereich der netzinternen Konfliktregelung allein auf die Marktkräfte und den Wettbewerb der Provider untereinander zu setzen. Dabei kommen auch in diesem Zusammenhang wiederum einige der oben bereits erörterten Schwierigkeiten zum Tragen.

<sup>628</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127).

<sup>629</sup> Hierzu *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127), der beispielhaft den Bereich der Finanzdienstleistungen, der Berufsverbände und der technischen Normen nennt.

<sup>630</sup> So z.B. *Dickie*, S. 108 f; *Sternlight*, 74 Wash. ULQ 637, 686ff (1996); *Thornburg*, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 218 (2000).

<sup>631</sup> Ausführlich zu diesem Thema z.B. *Begg/Fischer/Dornbusch*, S. 248ff; *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127ff). Zur Regulierung in der EU *Sun/Pelkmans*, 33 (1) Journal of Common Market Studies 67 (1995).

### **aa. Marktbeherrschung: Fehlende Wahlmöglichkeiten**

Ein effizienter Wettbewerb unter den Providern ist natürlich nur möglich, wenn den Nutzern eine entsprechende Wahlmöglichkeit offen steht. Haben einige Provider dagegen für bestimmte Bereiche eine marktbeherrschende Stellung, können sie ihre faktische Rechtssetzungsmacht ausnutzen, ohne die Kräfte des Marktes fürchten zu müssen. Die Provider können z.B. untereinander Kartellabsprachen treffen. Es ist auch nicht auszuschließen, dass einige Provider auf bestimmten Gebieten eine Monopolstellung erlangen<sup>632</sup>. So mag es zu bestimmten Netzen, die in besonderem Maße spezialisiert sind, keine sinnvolle Alternative geben. Beim ICANN-Verfahren besteht z.B. die Besonderheit, dass ausnahmslos alle Vergabestellen (Registrars) für die generischen TLDs die Vergabe einer Domain davon abhängig machen, dass sich der jeweilige Nutzer der Uniform-Policy und den Uniform-Rules unterwirft. Der Nutzer hat also keine Wahl. Er kann allenfalls auf eine Country Code TLD ausweichen, was für einen international tätigen Nutzer ohne Bindung an einen bestimmten Staat aber keine wirkliche Alternative darstellt. Generell haben die Teilnehmer auch nicht die Wahl zwischen einzelnen Optionen, sondern müssen fertige Produktpakete akzeptieren. Es kann also sein, dass das Angebot eines bestimmten Netzes einem Nutzer sehr interessant erscheint, die Konfliktregelung aber unzureichend oder eindeutig zum Nachteil bestimmter Teilnehmer geregelt ist. Es bleibt dann nur die Wahl, in diesen sauren Apfel zu beißen oder aber auf die Teilnahme insgesamt zu verzichten. Auch kann ein Wechsel in ein anderes Netz mit Schwierigkeiten verbunden sein, z.B. können hierdurch Kosten entstehen und bereits gemachte Aufwendungen oder im bisherigen Netz geknüpfte Kontakte hinfällig werden. Auch können Techniken, Protokolle und proprietäre Software zu Marktmacht verhelfen<sup>633</sup>. Nicht allgemein zugängliche Technik kann die Anzahl möglicher Alternativen reduzieren und damit den Wettbewerb beeinträchtigen<sup>634</sup>.

<sup>632</sup> Vgl. hierzu auch *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127).

<sup>633</sup> *Bauer/Wilsey*, section 4.

<sup>634</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127).

### **bb. Unzureichende Produktion marktrelevanter Informationen und mangelnde Transparenz**

Auch das oben diskutierte Informationsproblem spielt eine entscheidende Rolle. Denn der Wettbewerb zwischen den Providern kann nur funktionieren, wenn ausreichend marktrelevante Informationen produziert werden und zur Verfügung stehen, auf denen die rationalen Entscheidungen der Beteiligten beruhen können<sup>635</sup>. Wie gesehen, ist die Verbreitung von Informationen im Internet zwar sehr einfach, die Produktion spezifischer Informationen von entsprechender Qualität stellt dagegen ein Problem dar. Auch in diesem Zusammenhang ist es schwierig, entsprechende Informationen über die verschiedenen Provider in Erfahrung zu bringen. Vor allem Verbraucher sind häufig nicht in der Lage, in ausreichendem Maße Informationen zu erlangen und diese auch entsprechend zu nutzen<sup>636</sup>. Außerdem sind die Strukturen innerhalb eines bestimmten Netzes für den Nutzer meist nicht hinreichend transparent. Was die Konfliktregelung angeht, werden in vielen Fällen noch nicht einmal konkrete Regeln ausformuliert sein, an denen sich der Nutzer orientieren könnte. Der Provider kann z.B. in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen eine bestimmte Art der Konfliktregelung vorgeben, ohne aber detaillierte Regeln oder den genauen Ablauf der Konfliktregelung zu spezifizieren. Spezielle Formen der Konfliktregelung können sich darüber hinaus in manchen Fällen auch erst aus den besonderen Strukturen innerhalb eines Netzes ergeben, die die Nutzer je nach Einzelfall dazu veranlassen, Konflikte untereinander in einer bestimmten Weise beizulegen.

### **cc. Externe Effekte**

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass es sich bei den verschiedenen Netzen nicht um völlig isolierte, in sich abgeschlossene Systeme handelt. Es bestehen vielmehr zahlreiche Berührungspunkte mit anderen Netzen. So können innerhalb größerer Netze wiederum kleinere Netze entstehen. Auch existiert die Online-Welt nicht völlig isoliert von der Offline-Welt. Die

<sup>635</sup> *Christiansen*, MMR 2000, 123 (128).

<sup>636</sup> Auf das Problem der Informationsdefizite bei Verbrauchern innerhalb des Wettbewerbs weist z.B. *Sternlight*, 74 Wash. ULQ 637, 689f (1996), hin.

Netzteilnehmer befinden sich nicht im Netz, sondern an irgend einem Ort der realen Welt. Waren, die zwischen den Teilnehmern in einem Netz gehandelt werden, müssen, soweit es sich nicht um immaterielle Güter handelt, in der realen Welt hergestellt und ausgeliefert werden. Ist ein Produkt fehlerhaft oder gar gefährlich, wirkt sich dies auch nicht innerhalb des Netzes, sondern in der Offline-Welt aus. Mit den Worten von *Lessig*: „Going in Cyberspace functions differently from going in real space. When you go somewhere in real space, you leave; when you go to cyberspace, you don't leave anywhere. You are never just in cyberspace; you never just go there. You are always both in real space and in cyberspace“<sup>637</sup>. Transaktionen im Internet verursachen deshalb notwendigerweise auch externe Effekte in der realen Welt oder in anderen Netzen. Die Kontrolle solcher externen Effekte über netzinterne Regulierungsmechanismen stellt ein Problem dar. Es fragt sich, ob negative Wirkungen außerhalb eines Netzes durch die Provider oder die Netzteilnehmer verhindert werden können. *Johnson*<sup>638</sup> schlägt als Lösung dieses Problems eine Zusammenarbeit der Provider untereinander vor. Diese müssten sich auf minimale Grundprinzipien einigen, die von allen akzeptiert werden können und für deren Durchsetzung gemeinsame Strategien zu entwickeln seien. Es bleibt allerdings die Frage, wie die Provider selbst zur Einhaltung dieser Minimalgrundsätze gebracht werden sollen. Ein Provider, dem es in erster Linie um die Attraktivität seines eigenen Netzes geht, wird nicht notwendigerweise auch Anreize haben, sich an solche Vereinbarungen zu halten und mögliche externen Effekte zu verhindern<sup>639</sup>.

#### **dd. Einfluss von Interessengruppen – Race to the bottom**

Schließlich ist zu bedenken, dass verschiedene Interessengruppen versuchen können, auf die Regelsetzung in ihrem Sinne Einfluss zu nehmen und so den Wettbewerb zu verfälschen. Gelingt dies gegen die Interessen aller anderen, bildet das resultierende Regelwerk nicht mehr den Konsens ab, der als Ideal die Grundlage für die Selbstregulierung bilden und die Maximierung des

<sup>637</sup> Lessig, Code and other laws of cyberspace, S. 21.

<sup>638</sup> A.a.O. (Fn. 618).

<sup>639</sup> Ähnlich auch *Christiansen*, MMR 2000, 123 (128).

Nutzens für jedermann bewirken soll<sup>640</sup>. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass im Wettbewerb der Netze untereinander bestimmte Nutzer für einen Provider attraktiver sein können als andere, z.B. weil sie besonders zahlungskräftig sind, weil ihre Teilnahme im Netz dieses wiederum für andere Nutzer attraktiv erscheinen lässt oder weil sie dem jeweiligen Provider besondere Vorteile versprechen. Außerdem sind Nutzer, die regelmäßig in einem Netz verkehren, im Vorteil. Sie sind zum einen für den jeweiligen Provider interessanter und können außerdem eher eine bewusste Wahl treffen. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass die sich in den einzelnen Netzen entwickelnden Regeln in einem höherem Maße die Interessen dieser „repeat player“ abbilden als die anderer Nutzer, die nur gelegentlich am Netz teilnehmen. Auf diese Problematik wurde bereits oben im Zusammenhang mit der Frage der Unabhängigkeit der Konfliktregelungsstellen näher eingegangen<sup>641</sup>.

Die Nutzer können außerdem ein Interesse daran haben, in ihrer Tätigkeit nicht unnötig durch zu viele Regeln eingeschränkt zu werden und sich möglichst frei entfalten zu können. Dies gilt vor allem für die potentiell stärkeren Teilnehmer. Ein Netz kann sich also auch dadurch interessant gestalten, indem es seinen Teilnehmern möglichst wenige Vorgaben macht. Folge hiervon kann ein so genanntes „race to the bottom“ in dem Sinne sein, dass die miteinander im Wettbewerb stehenden Netze zunehmend deregulieren, um sich selbst attraktiver am Markt darzustellen<sup>642</sup>.

#### **ee. Wahrung öffentlicher Interessen**

Aber selbst wenn der Wettbewerb wirklich effizient funktioniert, bietet dies allein noch keine Garantie für die Entstehung fairer Regeln im Interesse aller Beteiligten. Denn auch in einem effizient funktionierenden Wettbewerb werden Minderheiten sowie die chronisch Schwächeren nicht geschützt. Weder die Provider noch die Gruppe der Netzteilnehmer als solche treffen besondere Schutzpflichten diesen gegenüber. Der Wettbewerb richtet sich in erster Linie nach ökonomischen und nicht nach sozialen Gesichtspunkten.

<sup>640</sup> Vgl. hierzu *Ogus*, S. 55ff.

<sup>641</sup> Siehe oben S. 172ff.

<sup>642</sup> Vgl. hierzu *Sun/Pelkmans*, 33 (1) Journal of Common Market Studies 67, 83ff (1995).

Er sorgt nicht notwendigerweise auch für Verteilungsgerechtigkeit<sup>643</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Konfliktregelung in erheblichem Maße öffentliche Interessen betroffen sind. Wie oben gesehen, liegen Art und Umfang der Konfliktregelung auch im Allgemeininteresse, z.B. wenn es darum geht, rechtsmissbräuchliches Verhalten aufzudecken oder Gefahren für die Allgemeinheit abzuwenden<sup>644</sup>. Deshalb ist z.B. die Frage, welcher Aufwand für die Konfliktregelung betrieben werden soll, insbesondere die Abwägung zwischen deren Kosten und Nutzen, nicht einfach nur eine wirtschaftliche Rechnung, die allein durch die bestehenden Marktkräfte gelöst werden könnte<sup>645</sup>. Vielmehr ist es letztlich eine politische Entscheidung, wie viel die Konfliktregelung einer Gemeinschaft wert ist. Auch kann die Konfliktregelung, wie gezeigt, so sensible Bereiche wie den Verbraucherschutz<sup>646</sup>, den Datenschutz<sup>647</sup> die Meinungsfreiheit<sup>648</sup> und den Zugang der Allgemeinheit zu Erfindungen<sup>649</sup> berühren. Entscheidungen und notwendige Wertungen in Hinblick auf diese im öffentlichen Interesse stehenden Fragen können nicht allein den Providern als privaten Entscheidungsträgern und den jeweils herrschenden Marktverhältnissen überlassen bleiben. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass gerade bei diesen Fragen die oben angesprochenen externen Effekte besonders bedeutend sein werden.

### **b. Grenzen bei der Regeldurchsetzung**

Unabhängig davon, ob es sich bei den netzinternen entwickelten Regeln um faire Normen im Interesse aller handelt, lassen sich schließlich bezüglich der Fähigkeit des Providers, diese Regeln in letzter Konsequenz auch durchzusetzen und für die Einhaltung der Konfliktbeilegungsergebnisse zu sorgen, auch bei der netzinternen Konfliktregelung Grenzen erkennen.

<sup>643</sup> Begg/Fischer/Dornbusch, S. 248 u. 271f; Christiansen, MMR 2000, 123 (129).

<sup>644</sup> Zum Interesse der Allgemeinheit an der Konfliktregelung vgl. oben S. 165ff, speziell zur Frage der Aufdeckung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens außerdem S. 182ff.

<sup>645</sup> So auch Thornburg, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 203 (2000).

<sup>646</sup> Vgl hierzu oben S. 189ff.

<sup>647</sup> Z.B. beim Einsatz von DRM-Systemen, vgl. oben S. 193f.

<sup>648</sup> Z.B. in Hinblick auf die Zulässigkeit von so genannten „X-Sucks-Seiten“, vgl. oben S. 187.

<sup>649</sup> S.o. S. 192f.

Dabei spielt die Mobilität der Netzteilnehmer eine entscheidende Rolle. Die Sanktionsmöglichkeit des Providers besteht letztlich darin, den sich regelwidrig verhaltenden Nutzer von der Teilnahme am Netz auszuschließen. Diese Sanktion geht jedoch dann ins Leere, wenn der betroffene Nutzer nicht mehr an der weiteren Teilnahme am Netz interessiert ist bzw. dies noch nie war. Der Netzausschluss ist keine spürbare Sanktion, wenn die Vorteile des regelwidrigen Verhaltens die ursprünglich für die Teilnahme am Netz getätigten Investitionen übersteigen und/oder genügend andere Netze als Alternative zur Verfügung stehen. Die drohende Gefahr des Netzausschlusses bindet also im Grunde nur die „good guys“. Die „schwarzen Schafe“, die es von vornherein nicht wirklich auf eine Netzmitgliedschaft angelegt haben, können nach Einstreichen entsprechender Gewinne ab- und gegebenenfalls unter neuer Identität in anderen Netzen wieder auftauchen. Aber auch bei einem sich ursprünglich regelkonform verhaltenden Teilnehmer entscheidet dieser letztlich in jedem Einzelfall selbst, ob bzw. wann sich Regelverstöße für ihn lohnen. Es kann z.B. sein, dass ein Teilnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt feststellt, dass sich die Kosten für regelgemäßes Verhalten und den Aufbau eines guten Rufs innerhalb des Netzes nicht rechnen. Dies kann ihn dazu veranlassen, in einem letzten Coup möglichst viele Gewinne mitzunehmen und dann aus dem Netz auszuschneiden<sup>650</sup>.

Dem Provider bleibt nach dem Ausschluss nur noch die Möglichkeit, auf Grundlage des mit dem jeweiligen Teilnehmer bei dessen Eintritt geschlossenen Vertrags gegen diesen vorzugehen. Hierzu muss er dann aber wieder die Hilfe der nationalen Gerichte in der Offline-Welt in Anspruch nehmen. Je nachdem, inwieweit dieser Vertrag selbst über das Internet abgeschlossen wurde, inwieweit der Provider seinen Vertragspartner identifizieren kann und ob sich beide Parteien im gleichen Staat oder jeweils am anderen Ende der Welt aufhalten, stellen sich dann aber die eingangs geschilderten Probleme der Rechtsverfolgung vor staatlichen Gerichten, die überhaupt erst zur Entwicklung der außergerichtlichen Konfliktregelungsmechanismen im elektronischen Geschäftsverkehr geführt haben. Hier schließt sich also der Kreis. Hinzu kommt, dass der Provider, soweit nicht er, sondern die

<sup>650</sup> Vgl. zu diesem Effekt auch Pichler, S. 137.

Netzteilnehmer oder Dritte die unmittelbar Geschädigten sind, nicht notwendigerweise ein Interesse an der Rechtsverfolgung haben muss. Ein solches Interesse kann sich allenfalls daraus ergeben, dass er von den Dritten selbst haftbar gemacht werden kann oder aus dem allgemeinen Wunsch, die Attraktivität seines Netzes nicht zu gefährden. Beide Faktoren wirken jedoch nur begrenzt. Die eigene Haftung des Providers kann in vielen Fällen sowohl durch Gesetz<sup>651</sup> als auch vertraglich<sup>652</sup> begrenzt sein. Auf die Grenzen des Wettbewerbs unter den Providern wurde gerade hingewiesen.

Angesichts der Tatsache, dass es einem Provider in erster Linie um das Funktionieren und die Attraktivität seines eigenen Netzes geht, stellt sich außerdem das Problem, dass ihn das weitere Verhalten des ausgeschlossenen Teilnehmers nach dem Ausschluss nicht interessieren muss. Entsprechend hat z.B. *Bortloff*<sup>653</sup> für die „Notice and Take Down“-Verfahren auf deren Grenzen hingewiesen. Die IFPI habe festgestellt, dass zunächst im Rahmen einer „Notice and Take Down“-Vereinbarung vom Netz heruntergenommene Seiten innerhalb kürzester Zeit wieder auftauchen – dieses mal auf anderen Servern. In einigen Fällen erscheine dieselbe Seite innerhalb von wenigen Stunden auf einem anderen Server auf einem anderen Kontinent.

Es lässt sich also feststellen, dass auch die netzinterne Konfliktregelung unter Einschaltung der Provider in Hinblick auf die Regeldurchsetzung auf Grenzen stößt. Dies gilt vor allem, soweit es darum geht, systematisch rechtsmissbräuchlichem bzw. betrügerischem Verhalten zu begegnen. Druckmittel des Providers ist letztlich die Sperrung des Zugangs und damit der Ausschluss von der weiteren Teilnahme am Netz. Diese Waffe ist jedoch stumpf, wenn die Vorteile des regelwidrigen Verhaltens die Nachteile eines Ausschlusses übersteigen. Gegen die wirklich „schwarzen Schafe“ bleibt letztlich nur der Rückgriff auf die nationalen Gerichte in der realen Welt.

<sup>651</sup> Z.B. durch Art. 12 – 15 ECRL bzw. §§ 8 – 11 TDG.

<sup>652</sup> Z.B. durch entsprechende Haftungsklauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen.

<sup>653</sup> GRUR Int. 2000, 665 (666).

### 3. Ergebnis

Es wurde gezeigt, dass netzintern die Regelsetzungs- und Regeldurchsetzungsmöglichkeiten aufgrund der besonderen Strukturen der einzelnen Netze und der zentralen Stellung der Provider erheblich höher sind als auf der Meta-Ebene. Allerdings bringen diese Möglichkeiten auch gleichzeitig die Gefahr mit sich, dass die Provider die Regeln in ihrem Sinne diktieren oder Interessengruppen versuchen können, auf die Regelsetzung und die entsprechenden Konfliktbeilegungsergebnisse Einfluss zu nehmen. Hierdurch gerät die Fairness der Regeln und der Konfliktbeilegung in Gefahr. Allein die Tatsache, dass die Provider untereinander im Wettbewerb um Teilnehmer stehen und die Nutzer sich die Netze aussuchen können, die am ehesten ihren Vorstellungen entsprechen, bietet keine ausreichende Gewähr, dass sich nur die fairsten und besten Systeme im Interesse aller durchsetzen werden. Gründe für ein Marktversagen sind unter anderem die Gefahr der Bildung besonderer Macht- bzw. Monopolpositionen, ein unzureichender Informationsfluss und mangelnde Transparenz im Wettbewerb. Dies führt letztlich zu einer Begrenzung der Wahlmöglichkeiten. Auch die unterschiedlichen Interessen- und Machtverhältnisse unter den Nutzern können sich negativ auswirken. Hinzu kommt, dass das Interesse der Provider an der Begrenzung negativer externer Effekte gering ist. Die Konfliktbeilegung betrifft darüber hinaus in erheblichem Maße Fragen von öffentlichem Interesse, deren Beantwortung nicht allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen kann. Schließlich ist die Regeldurchsetzungsmacht der Provider auch nicht absolut, sondern auf die Möglichkeit begrenzt, regelwidriges Verhalten durch den Netzausschluss zu sanktionieren. Gegenüber „schwarzen Schafen“, die sich dadurch nicht abschrecken lassen, bleibt auch hier letztlich nur der Gang zu den nationalen Gerichten in der realen Welt. Dabei ist der Druck, den ein Provider ausüben kann, umso höher, je weniger Alternativen es zu seinem Netz gibt. Gleichzeitig ist der Provider in einem solchen Fall aber wiederum in besonderem Maße in der Lage, die Regeln einseitig zu diktieren, da er den Wettbewerb mit anderen Netzen in diesem Fall mangels Alternativen nicht fürchten muss.

Die außergerichtliche Konfliktregelung unter Einschaltung der Provider kann deshalb auch im E-Commerce die Gerichte nicht völlig ersetzen. Sie kann immer nur eine Alternative zur gerichtlichen Rechtsverfolgung sein



und ist letztlich von einem funktionierenden staatlichen Rechtssystem als letztem Druckmittel abhängig. Soweit im elektronischen Geschäftsverkehr aber tatsächlich zunehmend Konflikte alternativ über die Provider im Wege der außergerichtlichen Konfliktregelung beigelegt werden, muss sichergestellt sein, dass die Rechte der Parteien sowie öffentliche Interessen in ausreichendem Maße gewahrt bleiben. Nur so kann die außergerichtliche Konfliktregelung zu einer wirklich akzeptablen Alternative werden. Da die Selbstregulierungskräfte im Netz hierfür aber alleine nicht ausreichen, sind zusätzliche Maßnahmen des Gesetzgebers erforderlich.

### III. Technik statt Recht

Unabhängig von der Frage, auf welcher Ebene die Konfliktregelung ansetzen kann, hat die bisherige Untersuchung zu den verschiedenen Konfliktbeilegungsmechanismen gezeigt, dass Selbstregulierung im digitalen Umfeld viel mehr bedeutet als den Erlass von Verhaltenskodizes, die entweder netzübergreifend durch die betroffenen Unternehmen oder aber netzintern über die jeweiligen Provider geschaffen und durchgesetzt werden. Viele der besonders effektiven und innovativen Selbstregulierungsansätze bauen vielmehr in besonderem Maße auf spezielle technische Lösungen auf. *Thornburg* schreibt hierzu: „Some enthusiasts, in fact, look forward to the day when a computer code makes courts unnecessary (...): ‘What if there were a way (...) that does not rely on judicial intervention to interpret rights or the police power of the state to enforce them? A way in which laws, along with their enforcement, could be designed into the products of transaction themselves?’“<sup>654</sup>

Anknüpfend an die obigen Ausführungen zur Struktur des Internets und die Möglichkeit der Programmierer, als „Cyber-Architekten“ bestimmte Regeln und deren Durchsetzung in die Architektur des Netzes selbst zu implementieren, soll an dieser Stelle kurz auf die Möglichkeiten und Gefahren der Technik im Rahmen von selbstregulierenden Prozessen bei der Konfliktregelung eingegangen werden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Technik in diesem Bereich noch in den Anfängen steckt und es sich in vielerlei Hinsicht lediglich um Zukunftsmusik handelt. Entsprechend

<sup>654</sup> 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 157 (2000).

werden die regulatorischen Mechanismen in der Technik bisher unter dem Namen „lex informatica“<sup>655</sup> oder Regulierung durch Code oder Architektur<sup>656</sup> nur in Ansätzen diskutiert und sind keinesfalls hinreichend verstanden<sup>657</sup>. Diese Fragestellungen gehen allerdings über das Thema der Konfliktregelung und der Rechtsdurchsetzung im elektronischen Geschäftsverkehr hinaus. Sie beziehen sich weitgehend auf allgemeine Fragen der Regulierung und weisen auch zahlreiche verfassungsrechtliche Bezüge auf. Eine eingehende Beschäftigung mit diesem Thema würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb darauf, in allgemeiner Form einige Denkanstöße zu geben, insbesondere auch mit Blick auf die oben untersuchten DRM-Systeme, bei denen sich erste Ansätze erkennen lassen, wie eine Regulierung durch Code auch in Hinblick auf die Konfliktregelung zukünftig aussehen könnte.

Was die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverfolgung angeht, sind die neuen technischen Systeme extrem effektiv. Sie lassen regelwidriges Verhalten erst gar nicht zu bzw. sanktionieren es unmittelbar, ohne dass es dem Netzteilnehmer möglich wäre, sich dieser Sanktion zu entziehen. Soweit diese Systeme über das ganze Netz ohne Rücksicht auf nationale Grenzen eingesetzt werden, können sie außerdem eine Reihe schwieriger juristischer Fragestellungen obsolet machen. Vielleicht liegt die Antwort auf die Maschine ja wirklich in der Maschine<sup>658</sup>.

Die Untersuchung der für die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverfolgung zur Verfügung stehenden Mittel und der Effektivität dieser Mittel kann jedoch nicht von der Frage getrennt werden, welches Recht überhaupt durchgesetzt werden soll und welche Regeln bei der Rechtsdurchsetzung eingehalten werden müssen. Auch hierauf wurde bereits mehrfach hingewiesen. Die bisher durch die Technik gebotenen Lösungen beschränken sich allerdings in erster Linie auf die Mittel. Das Problem, welche Regeln überhaupt gelten – die vertraglich vereinbarten, die einer bestimmten nationalen Rechtsord-

<sup>655</sup> Dieser Begriff findet sich z.B. bei *Reidenberg*, 76 (3) Texas Law Rev. 553 (1998).

<sup>656</sup> Eine sehr ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage der Architektur des Cyberspace und dessen Regulierbarkeit durch Code findet sich bei *Lessig*, Code and other laws of cyberspace.

<sup>657</sup> Hierzu auch *Lutterbeck*, CR 2000, 52 (58).

<sup>658</sup> Zu dieser Frage auch *Hoeren*, NJW 1998, 2849 (2853).

nung, internationale Regeln, internetspezifische Regeln oder sonstige Normen – sowie die Frage, welche Rechtsverstöße geahndet werden sollen, bleiben offen. Offen bleibt auch, wer diese Probleme lösen soll – die Techniker, die nationalen Regierungen, internationale Organisationen, die Nutzer? Wie kann sichergestellt werden, dass die Rechtsdurchsetzung auch fair abläuft und nicht nur im Interesse derjenigen, die die technischen Verfahren einsetzen? Wie sollen technische Systeme komplizierte Abwägungen vornehmen und gerechte Entscheidungen im Einzelfall treffen? Wie soll gewährleistet werden, dass sich die oben erarbeiteten Bedenken nicht verwirklichen? Die bisher diskutierten Faktoren, die Abhängigkeiten in und von einer bestimmten Gruppe, die Notwendigkeit, Vertrauen und einen guten Ruf aufzubauen, Wettbewerbsdruck usw., die als Korrektiv dienen sollen, scheinen angesichts der Tatsache, dass die technischen Verfahren weitgehend selbstvollziehend und dazu meist auch noch im Verborgenen ablaufen, wenig vielversprechend. Es muss vielmehr geklärt werden, wo die technischen Verfahren selbst wiederum in der Rechtsordnung anzusiedeln sind. Die Technik als solche ist nur ein Faktum, das aus sich heraus keine Legitimität beanspruchen kann<sup>659</sup>.

Diese Fragen müssen dringend gestellt und beantwortet werden. Aufgrund der besonderen Effektivität der technischen Verfahren, insbesondere der Möglichkeit, regelwidriges Verhalten schlechthin unmöglich zu machen, kommt demjenigen, der über den Code verfügt, eine zentrale Machtposition zu. Wie sich oben bei der Untersuchung der DRM-Systeme gezeigt hat, berühren diese Systeme keinesfalls nur die Rechte der Parteien im konkreten Konfliktfall. Angesichts der weitreichenden Einsatzmöglichkeiten der DRM-Systeme werden vielmehr auch Fragen von erheblichem öffentlichen Interesse sowie in Hinblick auf fundamentale Rechte der Parteien aufgeworfen. Die DRM-Systeme bringen deshalb auch große Gefahren des Missbrauchs mit sich. *Lessig* schreibt hierzu: „From the economic perspective, it threatens to empower individual authors against the interest of the class; from the constitutional perspective, it threatens to bottle up speech regardless of its relation to matters of public import; and from the perspective of the (intellectual) commons, it fundamentally changes the

<sup>659</sup> *Hoeren*, NJW 1998, 2849 (2853).

nature of access (...) Trusted systems, therefore, are forms of privatized law.“<sup>660</sup>

Gerade was die DRM-Systeme angeht, besteht außerdem der Eindruck, dass im Internet-Zeitalter vor allem das Urheberrecht zunehmend zur Lösung ganz anderer gesellschaftlicher Problematiken herangezogen wird, als es intendiert war und bisher auch so genutzt wurde<sup>661</sup>. Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass es die Rechtsinhaber aufgrund der neuen technischen Möglichkeiten nicht mehr nur in der Hand haben, die Nutzung ihrer Werke zu kontrollieren, sondern dass sie darüber hinaus eine umfassende Zugangskontrolle ausüben können<sup>662</sup>. Es ist deshalb stark zu bezweifeln, ob es richtig sein kann, den Schutz der Technik und den Schutz vor der Technik über das Urheberrecht zu regeln. Dass es hierbei im Grunde um ganz andere als um urheberrechtliche Probleme geht, haben vor allem *Dusollier/Pouillet/Buydens*<sup>663</sup> dargelegt. Hinzu kommt, dass in urheberrechtlichen Fällen, häufig komplizierte Abwägungen und Wertungen erforderlich sind. Es fragt sich deshalb, wie ein technisches System solche Wertungen im Einzelfall vornehmen soll.

Hieraus ergibt sich, dass der Einsatz der Technik selbst neue rechtliche Fragen aufwirft bzw. es erforderlich macht, den Inhalt und den Umfang bestehender Normen mit Blick auf die neuen technischen Möglichkeiten zu überprüfen. Beispielhaft kann hier die bereits oben angedeutete Frage genannt werden, wie die urheberrechtlichen Schranken in Hinblick auf die DRM-Systeme ausgelegt werden sollen, insbesondere ob bzw. welche dieser

<sup>660</sup> *Lessig*, 113 Harv. L. Rev. 501, 527f (1999). (Anm.: Bei den Trusted Systems handelt es sich um einen besonderen Typ von DRM-Systemen).

<sup>661</sup> Zur wachsenden Bedeutung des Urheberrechts im Informationszeitalter eingehend *Lutterbeck*, CR 2000, 52 (58), der dieses Phänomen anhand verschiedener Fälle aufzeigt: „Das typische dieser Entscheidungen liegt also darin, dass jemand in einer Urheberposition die Verteilung und den Zugriff auf Informationen steuern kann. Er kann Zensur üben, um unliebsame Kritik zu verhindern. Er muss unter Umständen in Persönlichkeitsrechte eindringen, um den Verstoß überhaupt feststellen zu können. Er hat es in der Hand, die Neuigkeiten von Informationen kostenpflichtig zu machen. Dabei ist nur selten ein Schöpfer wie Goethe oder Einstein am Werk, sondern meist sind es große Medien- oder Softwarekonzerne, die fremdes Eigentum vermarkten“.

<sup>662</sup> Siehe oben S. 132.

<sup>663</sup> S. 29ff.

Schranken die DRM-Systeme berücksichtigen müssen<sup>664</sup>. Auch in Hinblick auf den Datenschutz könnte es in Zukunft erforderlich werden, bestehende Regelungen zu konkretisieren. Kann es z.B. zulässig sein, einen „Wurm“ durch das Netz zu schicken, d.h. ein Programm, das die Computer aller Netzteilnehmer ohne deren Wissen nach ganz bestimmten verbotenen Inhalten durchsucht und dann ohne Spuren zu hinterlassen an seinen Absender nichts anderes zurückmeldet als die Tatsache, dass diese Inhalte gefunden oder nicht gefunden wurden. Wie ist es, wenn der Wurm wirklich keine anderen Informationen als die gesuchten, rechtswidrigen erkennen und zurückmelden kann und auch ansonsten keinerlei Beeinträchtigungen für den Nutzer mit sich bringt? Die Klärung dieser elementaren Fragen erfordert eine breite öffentliche Diskussion. Sie kann angesichts der Bedeutung der betroffenen Rechte und den weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten sicherlich nicht den Programmierern bzw. deren privaten Auftraggebern überlassen bleiben.

Eine besonders wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang außerdem die Transparenz der Systeme. Erfolgt die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverfolgung weitgehend unbemerkt, verhindert dies die Möglichkeit einer öffentlichen Kontrolle und einer breiten Auseinandersetzung mit dem Thema. Ist nicht klar, welche Regeln durchgesetzt werden sollen und wie die Systeme funktionieren, ist es den Nutzern weder möglich, sich entsprechend zu verhalten, noch haben sie eine wirkliche Chance, sich gegen diese Form der Rechtsdurchsetzung zu wehren. Vor allem *Lessig*<sup>665</sup> hat in diesem Zusammenhang auch auf die Bedeutung des „Software-Codes“ hingewiesen. Wird der „Code“ für die Kontrollsysteme wie in der Regel verschlossen gehalten, sind die Widerstandsmöglichkeiten der Betroffenen extrem niedrig und damit die Kontrollmöglichkeiten und entsprechend die Machtfülle der Programmierer besonders hoch. Die technischen Systeme sind dann extrem effektiv. Sie sind effektiver als jegliche Form der Konfliktregelung und Rechtsdurchsetzung vor staatlichen Gerichten. Wird der Code dagegen offengelegt (Open-Source-Software<sup>666</sup>),

<sup>664</sup> Siehe oben S. 192ff.

<sup>665</sup> Code and other laws of cyberspace, S. 224.

<sup>666</sup> Zum Begriff der Open-Source-Software vgl. z.B. *Koch*, CR 2000, 273 (273f).

kann eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit erfolgen und die Machtfülle der Programmierer begrenzt werden. Gleichzeitig ist es leichter, sich der Regulierung zu entziehen, z.B. in dem man den Code außer Kraft setzt oder selbst technische Schutzvorkehrungen ergreift. Die technischen Systeme sind dann allerdings weniger effektiv. Es besteht also eine Wechselbeziehung zwischen Transparenz und Effektivität. Auf diese Zusammenhänge kann hier nicht vertieft eingegangen werden. Sie sollten bei der zukünftigen Diskussion zu den technischen Möglichkeiten im Rahmen der Konfliktregelung aber unbedingt berücksichtigt werden. Denn, wie *Lessig* dies formuliert hat: „If code is a lawmaker, then it should embrace the values of a particular kind of lawmaking. The core of the values is transparency. What a code regulation does should be at least as apparent as what a legal regulation does“<sup>667</sup>.

Zum Schluss sei noch auf Folgendes hingewiesen: Die technischen Schutzsysteme stehen noch am Anfang ihrer Entwicklung. Die möglichen Auswirkungen dieser Systeme auf die bestehende Rechtsordnung sind bisher kaum vorhersehbar. Auch die wissenschaftliche Diskussion befindet sich noch in den Anfängen. Umso unverständlicher ist es, dass die Technik über Art. 6 Abs. 1 UrhRL noch bevor sie überhaupt wirklich ausgereift ist und flächendeckend eingesetzt werden kann bereits unter rechtlichen Schutz gestellt wird<sup>668</sup>. Dies erscheint voreilig, insbesondere wenn man bedenkt, dass in anderen Bereichen Maßnahmen zum Schutz der Nutzer oder zur Sicherung öffentlicher Interessen häufig mit der Begründung abgelehnt werden, unausgereifte und übereilte Regelungen müssten verhindert werden. Ein schonender Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen lässt sich so sicherlich nicht erreichen.

Im Ergebnis erscheint es damit nicht ausgeschlossen, dass sich zukünftig im Rahmen der voranschreitenden technischen Entwicklung Möglichkeiten ergeben, gewisse Regeln und vor allem auch deren Durchsetzung in den technischen Mechanismen selbst zu verankern. Ungeklärt bleibt allerdings weiterhin, wie in diesem Fall die Fairness dieser Regeln, der Schutz der Nutzer und die Wahrung öffentlicher Interessen sichergestellt werden kann.

<sup>667</sup> *Lessig*, Code and other laws of cyberspace, S. 224.

<sup>668</sup> Wie hier auch *Dusollier/Poullet/Buydens*, S. 30.

Ziel muss es letztendlich sein, eine Herrschaft der Technik über das Recht zu verhindern<sup>669</sup>. Dies bietet Anlass genug für eine rechtspolitische Diskussion<sup>670</sup>.

## C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Es wurde gezeigt, dass die für den Bereich der außergerichtlichen Konfliktregelung im E-Commerce in die Selbstregulierung gesetzten Erwartungen nicht in dem Maße aufgehen werden, wie dies von Vielen erhofft wird. Wie in anderen Bereichen des elektronischen Geschäftsverkehrs wird es nicht ausreichend sein, allein auf die Selbstregulierungskräfte im Netz zu vertrauen. Vielmehr sind regulatorische Eingriffe erforderlich, um die Entwicklung wirklich fairer Regeln für die Konfliktbeilegung sowie die Erzielung akzeptabler Ergebnisse sicherzustellen. Dies gilt nicht nur für Ansätze, die sich auf die Meta-Ebene des Internets beziehen, sondern auch für solche Mechanismen, die netzintern über die Einschaltung der Provider funktionieren sollen, auch wenn Letztere, was die Regelsetzungs- und Regeldurchsetzungsmöglichkeiten betrifft, eher erfolgsversprechend erscheinen. Die außergerichtliche Streitbeilegung wird angesichts der aufgezeigten Grenzen und ihrer Abhängigkeit von der staatlichen Rechtsdurchsetzung als letztem Druckmittel die nationalen Gerichte auch im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs nicht ersetzen können. Sie kann allenfalls eine zusätzliche Möglichkeit zur Verbesserung des Zugangs zum Recht darstellen. Dies gilt allerdings nur, soweit sichergestellt werden kann, dass elementare Rechte der Parteien sowie öffentliche Interessen in ausreichendem Maße gewahrt bleiben. Der Einsatz neuer technischer Verfahren kann allein keine Lösung sein. Auch hier muss die Frage gestellt werden, wo diese Verfahren selbst wiederum in der Rechtsordnung

---

<sup>669</sup> Linnenborn, K&R 2001, 394 (402).

<sup>670</sup> Vgl. hierzu auch den Antrag der FDP-Fraktion zu den Vergütungsregelungen für private Vervielfältigungen im digitalen Umfeld vom 14.03.2001, BT-Drcks. 14/5577, S. 1ff. Die hier aufgezeigten Gefahren der technischen Schutzsysteme werden in diesem Antrag allerdings nicht hinreichend berücksichtigt.

anzusiedeln sind. Denn die Technik als solche kann aus sich heraus keine Legitimität beanspruchen.

## Kapitel 8

# Mögliche Lösungsansätze

### I. Notwendigkeit staatlicher Eingriffe

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die außergerichtliche Konfliktregelung weder ausreichend effektiv funktionieren noch zu akzeptablen Ergebnissen in Hinblick auf den Schutz der Parteien und die Wahrung öffentlicher Interessen führen kann, wenn ihre Entwicklung und Steuerung allein den Selbstregulierungskräften bzw. den technischen Möglichkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr überlassen bleibt. Soweit die außergerichtlichen Mechanismen in Zukunft tatsächlich vermehrt zur Regelung von Konflikten im E-Commerce eingesetzt werden und dabei wirklich einen Beitrag zur Verbesserung des Zugangs zum Recht im elektronischen Geschäftsverkehr leisten sollen, muss der Gesetzgeber auf nationaler und europäischer Ebene, wie das in anderen Bereichen des E-Commerce bereits der Fall ist, größere Initiative zeigen. Dies heißt weder, dass ein gerichtsähnliches System der außergerichtlichen Streitschlichtung und -beilegung geschaffen werden soll, noch dass alle Mechanismen auf Kosten ihrer Flexibilität in ein einheitliches Schema gepresst werden müssen, wie dies der deutsche Bundesrat befürchtet<sup>671</sup>. Es geht vielmehr darum, in die selbstregulierenden Prozesse korrigierend einzugreifen, um so die Funktionsfähigkeit, die Effektivität und die Fairness der außergerichtlichen Mechanismen sicherzustellen. Ein Blick auf andere Bereiche zeigt, dass Selbstregulierung so gut wie nie in Reinkultur stattfindet<sup>672</sup>. Dies gilt auch für den elektronischen Geschäftsverkehr. Durch einen regulierenden Rahmen soll gesichert werden, dass Selbstregulierung auch wirklich eine

---

<sup>671</sup> Vgl. den Beschluss des Bundesrates vom 19.03.1999, BR-Drcks. 29/99, S. 13f.

<sup>672</sup> Vgl. hierzu *Christiansen*, MMR 2000, 123 (127).

Leistung erbringt, die qualitativ nicht der unterlegen ist, die bisher durch den Staat erbracht wurde. Dazu gehört auch die Vorsorge dafür, dass die verschiedenen Möglichkeiten der Konfliktbewältigung so aufeinander abgestimmt sind, dass keine unvertretbaren Lücken entstehen oder dass der ohnehin faktisch ungleiche Zugang zum Recht durch eine neue Ungleichheit belastet wird. Außerdem muss verhindert werden, dass einzelne die Macht erhalten, die Chancen anderer Konfliktpartner zur Interessendurchsetzung zu beschneiden<sup>673</sup>. Die Regelungen zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung in der E-Commerce-Richtlinie sowie in anderen Richtlinien und Initiativen auf europäischer Ebene, die sich ausschließlich auf unverbindliche Vorgaben beschränken und durch ein weitreichendes Vertrauen in die Selbstregulierungskräfte im E-Commerce auszeichnen, sind deshalb nicht ausreichend. Gleiches gilt für die Umsetzung dieser Rechtsakte in Deutschland, bei der fast gänzlich darauf verzichtet wurde, die unverbindlichen Vorgaben zur Konfliktbeilegung aufzunehmen<sup>674</sup>. Ganz allgemein ist wenig verständlich, dass in Deutschland in letzter Zeit zwar vermehrt versucht wird, zur Entlastung der Gerichte außergerichtliche Vorverfahren zwingend vorzuschreiben, man sich aber gleichzeitig gegen jegliche Versuche seitens der EU, Minimalanforderungen für die außergerichtlichen Verfahren festzulegen, mit dem Argument wehrt, gerade der weitgehende Verzicht auf staatliche Reglementierungen sei Grundlage für eine erfolgreiche Arbeit der außergerichtlichen Einrichtungen<sup>675</sup>. Die Ausgangslage im elektronischen Geschäftsverkehr ist schlicht eine andere. Das Ziel ist nicht in erster Linie die Förderung der außergerichtlichen Konfliktregelung zur Entlastung der Gerichte. Vielmehr besteht im elektronischen Geschäftsverkehr ein praktisches Bedürfnis, neue Formen der Konfliktregelung zu entwickeln, um so den Besonderheiten im E-Commerce gerecht zu werden und die Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der Nutzer zu verbessern, auch wenn die staatlichen Gerichte nicht völlig ersetzt werden können. Dabei geht es nicht darum, von staatlicher Seite außergerichtliche

<sup>673</sup> So auch *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190 (193).

<sup>674</sup> S.o. S. 144. Eine Ausnahme stellt lediglich die Überweisungsrichtlinie dar. Hier wurde über die zum Teil ohnehin verbindlichen Vorgaben zur außergerichtlichen Konfliktregelung noch hinausgegangen, vgl. zur Überweisungsrichtlinie z.B. *Klamt/Koch*, NJW 1999, 2776 (2778f).

<sup>675</sup> Vgl. den Beschluss des Bundesrates vom 19.03.1999, BR-Drcks. 29/99, S. 14.

Verfahren zu schaffen. Es gibt für den E-Commerce vielmehr bereits eine Vielzahl außergerichtlicher Konfliktregelungsmechanismen bzw. es werden fortlaufend neue Mechanismen entwickelt, deren Funktionsfähigkeit und Fairness sichergestellt werden muss, um überhaupt eine Alternative zur gerichtlichen Konfliktregelung zu haben. Außerdem sind die Mechanismen in Hinblick auf die Wahrung elementarer Rechte der Parteien sowie öffentlicher Interessen nicht immer unbedenklich. Dieser Tatsache sollte man sich nicht verschließen und entsprechend reagieren.

## II. Das Problem: Vermeidung voreiliger, unausgereifter Regelungen

Andererseits darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die außergerichtliche Konfliktregelung im elektronischen Geschäftsverkehr noch am Anfang der Entwicklung befindet und dass es sich bei einigen der hier untersuchten Mechanismen um Pilotprojekte oder gar noch um Zukunftsmusik handelt. Gegen staatliche Eingriffe zum jetzigen Zeitpunkt wird deshalb auch von Stimmen, die der allgemeinen Selbstregulierungseuphorie kritischer gegenüberstehen, vorgebracht, dass die Zeit noch nicht reif sei, um über staatliche Rahmenbedingungen für die außergerichtliche Konfliktregelung im E-Commerce nachzudenken. Solche Versuche seien nichts als „educated guesswork“<sup>676</sup>. Zunächst solle abgewartet werden, wie sich die außergerichtlichen Mechanismen im Rahmen der Selbstregulierung entwickeln werden, um auf diesen Erfahrungen aufbauen zu können. Verfrühte und unausgereifte gesetzliche Regelungen werden vielfach nicht nur als ungeeignet und ineffektiv, sondern als kontraproduktiv und schädlich eingeschätzt<sup>677</sup>. Dass es vor allem der EU auch darum geht, voreilige Regelungen zu vermeiden, ergibt sich nicht zuletzt aus der Existenz des Art. 21 und Erwägungsgrund 65 ECRL, in denen zur Wahrung wichtiger Ziele der Gemeinschaft, insbesondere auch Verbraucherschutzinteressen, für die Zukunft weitere Maßnahmen ausdrücklich vorbehalten bleiben.

<sup>676</sup> *Van den Heuvel*, S. 25.

<sup>677</sup> So der Kommentar zum ECRL-Vorschlag vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., S. 19. Vgl. außerdem *Lueders*, a.a.O. (Fn. 54), sowie den „Global Action Plan for Electronic Commerce“, a.a.O. (Fn. 50), S. 6f.

Auch diese Haltung ist jedoch, soweit es darum geht, jegliche Eingriffe als verfrüht zu verwerfen, letztlich nicht überzeugend. Zwar ist zuzugeben, dass es nicht sinnvoll sein kann, Regeln für Mechanismen aufzustellen, die es noch gar nicht gibt bzw. von denen man noch nicht weiß, wie sie funktionieren werden. Die Entwicklung solcher Mechanismen könnte dadurch eingengt werden, dass aufgrund heute noch begrenzter Vorstellungen über die zukünftigen Möglichkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr zu enge Regelungen geschaffen werden. Auch Maßnahmen, die der außergerichtlichen Konfliktregelung zu mehr Wirksamkeit verhelfen sollen, z.B. die Schaffung einer eigenen Vollstreckungsmöglichkeit oder besondere Vorschriften zum Schutz technischer Mechanismen, lassen sich erst dann rechtfertigen, wenn die Fairness der Mechanismen, der Schutz der Nutzer und die Wahrung öffentlicher Interessen in ausreichendem Maße sichergestellt werden kann. Der Schutz technischer Maßnahmen durch Art. 6 Abs. 1 UrhRL erscheint deshalb voreilig.

Allerdings müssen, damit eine sinnvolle Entwicklung der außergerichtlichen Konfliktregelung überhaupt möglich ist, auch die Grundbedingungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht stimmen. Dies ist jedoch momentan nicht der Fall. Wesentliches Hindernis für eine erfolgreiche Weiterentwicklung der außergerichtlichen Konfliktregelung im E-Commerce sind die oben immer wieder hervorgehobenen Transparenz- und Informationsdefizite. Weder die Funktionsweise noch die Ergebnisse der außergerichtlichen Mechanismen sind ausreichend offen gelegt, noch besteht Klarheit über die ganze Bandbreite des Konfliktregelungsangebots. Viele Mechanismen sind schlicht nicht hinreichend bekannt. Dies führt einerseits dazu, dass sich die außergerichtliche Konfliktregelung im E-Commerce gar nicht in dem Maße entwickeln kann, wie dies vielleicht angestrebt bzw. erwünscht wird. Andererseits werden auch die mit der außergerichtlichen Konfliktregelung gemachten Erfahrungen nicht hinreichend publik. Unmittelbare Folge hiervon ist, dass nicht nur die Nutzer selbst ein Informationsproblem haben, sondern auch die politischen Entscheidungsträger. Es wird deshalb für sie nicht ohne weiteres möglich sein, die weitere Entwicklung der Konfliktregelung zu verfolgen. Selbst wenn sich die außergerichtlichen Mechanismen also fortentwickeln, wird es auch in Zukunft an ausreichenden Erfahrungswerten für deren Reglementierung fehlen. Hinzu kommt, dass es angesichts

der mangelnden Transparenz schwierig sein wird, zum richtigen Zeitpunkt entsprechend zu reagieren und Fehlentwicklungen entgegen zu steuern. Wie oben gesehen, sind einige der untersuchten Mechanismen in Hinblick auf den Schutz der Nutzer und die Wahrung öffentlicher Interessen nicht immer unbedenklich. Es besteht die Gefahr, dass die Regierungen in entscheidenden Fragen den Anschluss verpassen. *Thornburg* hat dies auch so ausgedrückt: „Certain standards, or technological choices will make it increasingly difficult to embed important values in the dispute resolution process“<sup>678</sup>. Gerade was die technischen Schutzsysteme angeht, ist es deshalb besonders wichtig, schon jetzt für deren ausreichende Transparenz zu sorgen. Das gilt umso mehr, da die technischen Mechanismen selbst bereits einen besonderen rechtlichen Schutz genießen. Dieser Schutz lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn sichergestellt ist, dass die technischen Systeme die berechtigten Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit nicht torpedieren.

### III. Die Lösung: Transparenz, Information, Koordination

Auf der einen Seite müssen also schon jetzt die Grundbedingungen dafür geschaffen werden, dass sich die außergerichtlichen Mechanismen überhaupt in akzeptabler Weise entwickeln und die Erarbeitung entsprechender Regeln zukünftig auf einer ausreichenden Erfahrungsgrundlage aufbauen können. Auf der anderen Seite sollen aber verfrühte, unausgereifte Regelungen vermieden werden. Die gesetzgeberischen Maßnahmen müssen sich deshalb zunächst auf die Punkte konzentrieren, die einer sinnvollen Entwicklung der außergerichtlichen Konfliktregelung von vornherein entgegenstehen, ohne dabei detaillierte Regelungen zur Ausgestaltung der verschiedenen Mechanismen vorzugeben. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass die entscheidenden Schwachpunkte vor allem im Bereich der Transparenz und der unzureichenden Produktion von Informationen liegen. Genau an dieser Stelle muss angesetzt werden.

Es erscheint deshalb sinnvoll, denjenigen, die außergerichtliche Konfliktregelung anbieten bzw. außergerichtliche Mechanismen im E-Commerce

<sup>678</sup> 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 220 (2000).

einsetzen, besondere Transparenz- und Informationspflichten aufzuerlegen und außerdem für eine ausreichende Koordination der verschiedenen Ansätze zu sorgen. Informations- und Transparenzpflichten sind für andere Bereiche des elektronischen Geschäftsverkehrs, z.B. für die kommerzielle Kommunikation oder den Abschluss von Verträgen, bereits festgeschrieben<sup>679</sup>. Zwar gelten diese Pflichten auch für die meisten Konfliktregelungsangebote selbst. Denn, wie oben erörtert, handelt es sich auch bei diesen um Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der E-Commerce-Richtlinie. Die allgemeinen Informationspflichten sind jedoch in Hinblick auf die Konfliktregelungsmechanismen nicht spezifisch genug.

Die Regelungen, die speziell die außergerichtliche Streitbeilegung betreffen, sind unzureichend. Zwar bemüht sich die Europäische Kommission vor allem in Bezug auf Verfahren, die der Verbesserung des Zugangs der Verbraucher zum Recht dienen, für eine bessere Information der Nutzer und mehr Transparenz zu sorgen. Die getroffenen Maßnahmen greifen jedoch zu kurz und sind nicht hinreichend konsequent. Es wird auch nur ein kleiner Teil der hier untersuchten Mechanismen erfasst.

Insbesondere die Empfehlungen 98/257/EG sowie 2001/310/EG enthalten zahlreiche Vorgaben zur Information der Nutzer und zur Transparenz der Verfahren. Die entscheidende Schwachstelle beider Initiativen liegt jedoch in ihrer Unverbindlichkeit. Wie gesehen, ist es gerade für den Bereich der Verbraucherverfahren, die auf der Meta-Ebene des Internets ansetzen, besonders schwierig, die freiwillige Einhaltung bestimmter Regeln zu gewährleisten. Auch die Einbindung der Empfehlungen in das EEJ-Net kann alleine keinen Ausgleich schaffen. Die Beteiligung am Netz ist wiederum freiwillig, und den Clearingstellen fehlt es an Eingriffsmöglichkeiten zur Informationsbeschaffung und Kontrolle. Hinzu kommt, dass ohnehin nur die Verfahren von den Clearingstellen überblickt werden können, die sich dem Netz angeschlossen haben. Andere Entwicklungen der außergerichtlichen

<sup>679</sup> Art. 5 ECRL statuiert allgemeine Informationspflichten für Diensteanbieter, Art. 6 ECRL enthält darüber hinaus spezielle Informationspflichten für die kommerzielle Kommunikation und Art. 10 ECRL für den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege. Weitere Informationspflichten in Hinblick auf den Abschluss von Verträgen im Fernabsatz sind außerdem in Art. 4 der Fernabsatzrichtlinie festgeschrieben.

Konfliktbeilegung, die sich außerhalb des Netzes vollziehen, bleiben dagegen unberührt.

Was die bessere Information der staatlichen Stellen angeht, finden sich außerdem in Art. 17 Abs. 3 ECRL erste Ansätze. Hiernach sollen die Einrichtungen zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten ermutigt werden, die Kommission über signifikante Entscheidungen, die sie hinsichtlich der Dienste der Informationsgesellschaft erlassen, zu unterrichten und ihr alle sonstigen Informationen über Praktiken und Gepflogenheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs zu übermitteln. Das entscheidende Manko besteht aber auch hier wieder darin, dass die Vorschrift entgegen ihrer ursprünglichen Fassung nunmehr völlig unverbindlich ausgestaltet ist und so den zuständigen Stellen kein wirklich effektives Mittel an die Hand gegeben wird, um die erforderlichen Informationen zu erhalten und für hinreichende Transparenz zu sorgen. Ähnliches gilt für Art. 16 Abs. 1 lit. b-d ECRL bezüglich der Verhaltenskodizes. Ansätze für eine zentrale Sammlung und Weitergabe von Informationen zeigen sich außerdem an der Existenz des Art. 19 Abs. 4 ECRL. Auch diesbezüglich fehlt es jedoch an wirklich konkreten Schritten. Im Übrigen sind auch die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie hauptsächlich auf die herkömmlichen Konfliktregelungsverfahren ausgerichtet. Dies wird z.B. daran deutlich, dass Art. 17 Abs. 3 ECRL sich an Einrichtungen zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten richtet und nicht allgemein den Einsatz von Konfliktregelungsmechanismen betrifft. Auch die in Art. 16 ECRL vorgesehenen Verhaltenskodizes dienen, was die Konfliktregelung angeht, in erster Linie als Entscheidungsgrundlage für die herkömmlichen Streitbeilegungsverfahren.

In Hinblick auf die Transparenz der DRM-Systeme enthält die Urheberrechtsrichtlinie keinerlei Vorgaben. Dagegen macht § 95 d Abs. 1 UrhG-RegE einen ersten Schritt in die richtige Richtung, indem er die Rechteinhaber verpflichtet, Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, deutlich sichtbar zu kennzeichnen. Ob der einzelne Nutzer tatsächlich in der Lage sein wird, aufgrund dieser Angaben die meist sehr komplizierte Funktionsweise der technischen Systeme nachzuvollziehen, bleibt jedoch fraglich. Es sind deshalb weitere Maßnahmen erforderlich, die eine flächendeckende Kontrolle sowie einen



Gesamtüberblick über die verschiedenen Schutzmechanismen ermöglichen. In diesem Zusammenhang können die im InfoG-RegE (§ 2 a UklG) vorgesehenen Verbandsklagen eine wichtige Funktion übernehmen. Da die DRM-Systeme, wie oben gezeigt, nicht nur urheberrechtliche Fragen betreffen, sondern weit darüber hinausgehen, ist es allerdings nicht ausreichend, die Kontrolle der Systeme allein über das Urheberrecht zu regeln. Vielmehr erscheinen eine umfassendere Herangehensweise und eine weiterreichende Koordination erforderlich.

Die bestehenden Vorschriften müssen deshalb ausgeweitet, ergänzt und konkretisiert werden. Dabei müssen die unterschiedlichen Zielrichtungen und Ansatzpunkte der außergerichtlichen Mechanismen unbedingt Berücksichtigung finden. Keinesfalls sollten pauschale Vorgaben für alle Konfliktregelungsformen gemacht werden. Vielmehr muss das für jeden Bereich jeweils erforderliche Maß an Transparenz gewährleistet und eine sinnvolle Information, Kontrolle und gegebenenfalls Koordination ermöglicht werden. Zu unterscheiden ist vor allem zwischen den Konfliktregelungsverfahren, die den Parteien von Dritten angeboten werden, und den Mechanismen, die von den Beteiligten selbst sozusagen als Selbstschutzmaßnahmen eingesetzt werden. Zu Letzteren zählen vor allem die DRM-Systeme und die „Notice and Take Down“-Verfahren. Angesichts der Vielfalt ganz unterschiedlicher Typen können hier nur einige Leitlinien skizziert werden:

Was die ausreichende Information der staatlichen Stellen und die Sicherstellung entsprechender Kontrollmöglichkeiten angeht, sollten in Hinblick auf die Konfliktregelungsverfahren, welche den Parteien von Dritten angeboten werden, die in Art. 17 Abs. 3 ECRL enthaltenen Vorgaben ausgeweitet werden. Insbesondere eine verbindliche Ausgestaltung dieser Regelung erscheint notwendig. Auch sollte eine entsprechende Mitteilungspflicht nicht auf signifikante Entscheidungen begrenzt bleiben, sondern auf eine Pflicht zur Veröffentlichung und Begründung aller Entscheidungen ausgedehnt werden. Nur so kann eine ausreichende Erfahrungsgrundlage aufgebaut und letztlich auch den oben genannten Bedenken in Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung im Ganzen und die möglichen Auswirkungen auf das materielle Recht begegnet werden.

Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, hieran eine Koordination der verschiedenen Angebote und eine entsprechende Information der Nutzer anzuknüpfen. Durch die Bündelung der Kontroll-, Koordinations- und Informationsaufgaben bei einer zentralen Stelle in jedem Mitgliedstaat lassen sich Reibungsverluste vermeiden. Außerdem muss für eine angemessene Aufbereitung der Informationen und eine ausreichende Publizität gesorgt werden. Es ist sicherlich nicht allein ausreichend, wie im Rahmen des EEJ-Nets geschehen, alle verfügbaren Verfahren in eine über das Internet abrufbare Datenbank zu stellen. Auch sollte es nicht genügen, in Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 ECRL die Aufsicht den allgemein zuständigen Landesbehörden zu übertragen und die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten sowie die allgemeine Unterrichtung von Nutzern und Diensteanbietern allein durch entsprechende innerorganisatorische Maßnahmen in den zuständigen Behörden oder durch entsprechende Beauftragung der Kammern zu bewältigen, wie dies in der Gesetzesbegründung zum EGG vorgesehen ist<sup>680</sup>. Angesichts der Unübersichtlichkeit und der fehlenden Bekanntheit der verschiedenen Konfliktregelungsmöglichkeiten ist es vielmehr erforderlich, eine zentrale, ausreichend spezialisierte Stelle vorzusehen und deren Aufgaben hinreichend bekannt zu machen. Dabei muss es sich nicht notwendig um eine staatliche Behörde handeln. Mit der Einrichtung der Clearingstellen wurde bereits ein Schritt in die richtige Richtung gemacht. Die Funktion und die Aufgaben dieser Stellen müssen aber ausgeweitet werden.

In Hinblick auf die DRM-Systeme ist in diesem Zusammenhang die Regelung des Art. 6 Abs. 4 UrhRL zu berücksichtigen. Hiernach sollen die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, falls die Rechtsinhaber nicht freiwillig dafür sorgen, dass die nach Art. 5 Abs. 2 lit. a, c, d, e, Abs. 3 lit. a, b, e UrhRL zulässigen Nutzungen auch im Rahmen technischer Schutzsysteme möglich bleiben. Es muss deshalb sichergestellt werden, dass die zuständigen staatlichen Stellen überhaupt über ausreichende Informationen verfügen, um entsprechend einzugreifen. Hierzu ist es erforderlich, dass die Rechtsinhaber ausdrücklich verpflichtet werden, die Entwicklung und den Einsatz der technischen Maßnahmen nicht nur gegenüber den Nutzern offen

<sup>680</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung zum EGG vom 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 13.

zu legen. Vielmehr sollten Informationen über die technischen Schutzmechanismen über eine zentrale Stelle gesammelt und aufgearbeitet werden, um eine ausreichende Kontrolle zu ermöglichen. Dieser Stelle müssen ausreichende Mittel an die Hand gegeben werden, um die erforderlichen Informationen zu erhalten. Angesichts der oben aufgezeigten Bedenken sollte die Informationspflicht und Kontrolle außerdem auf die Wahrung elementarer Rechte der Betroffenen und der Allgemeinheit erstreckt werden. Eine solche Transparenzpflicht rechtfertigt sich im Bereich der DRM-Systeme bereits aus der Tatsache, dass die technischen Schutzsysteme selbst rechtlichen Schutz genießen. In diesem Sinne schlagen auch *Dusollier/Pouillet/Buydens*<sup>681</sup> die Einrichtung eines „International Observatory“ vor, um dem Missbrauch technischer Schutzsysteme zu begegnen. Nur dieser Ansatz kann letztlich sicherstellen, dass beim Einsatz technischer Mechanismen elementare Rechte der Nutzer und der Allgemeinheit gewahrt bleiben.

Für die „Notice and Take Down“-Verfahren gilt Ähnliches. Art. 21 Abs. 2 ECRL sieht vor, die Richtlinie dahingehend zu überprüfen, ob auch bezüglich der „Notice and Take Down“-Verfahren zukünftig Regelungen in die Richtlinie aufgenommen werden sollten. Für eine solche Überprüfung müssen wiederum entsprechende Maßnahmen ergriffen werden, um die entscheidenden Stellen mit ausreichenden Informationen über die Praxis der „Notice and Take Down“-Verfahren zu versorgen. Dabei sollten auch die schützenswerten Interessen der Betroffenen nicht unberücksichtigt bleiben.

Was die bessere Information der Nutzer anbelangt, bietet es sich an, ähnlich wie in Art. 10 ECRL auch für die Anbieter außergerichtlicher Konfliktregelungsverfahren besondere Informationspflichten vorzuschreiben. Zu den bereitzustellenden Informationen sollten vor allem solche über die Art der Streitfälle, Zuständigkeitsgrenzen, Verfahrensregeln, Verhandlungssprache, Verfahrenskosten, Art der Regeln, auf denen die Entscheidungsfindung beruht, sowie zur rechtlichen Wirkung der Entscheidung und möglicher Sanktionen gehören. Außerdem sollten die ergangenen Entscheidungen begründet und veröffentlicht werden.

<sup>681</sup> *Dusollier/Pouillet/Buydens*, S. 27.

Bei den „Notice and Take Down“-Verfahren und den DRM-Systemen muss dagegen berücksichtigt werden, dass deren Einsatz meist bei Vertragsschluss zwischen dem Nutzer und dem SP bzw. dem Nutzer und dem jeweiligen Rechtsinhaber vereinbart wird. Regelmäßig wird dies über allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen. Deshalb muss sichergestellt werden, dass der Nutzer durch den Einsatz dieser Verfahren nicht überrascht und außerdem über deren Funktionsweise bereits bei Vertragsschluss ausreichend informiert wird. So sollte die in § 95 d Abs. 1 UrhG-RegE enthaltene Informationspflicht weit ausgelegt werden. Der Nutzer muss beim Einsatz von DRM-Systemen darüber in Kenntnis gesetzt werden, für welche Konflikte und in welchem Umfang diese Systeme eingesetzt werden, nach welchen Regeln das System funktioniert, ob es die Einhaltung vertraglicher oder gesetzlicher Regeln überwacht und welche Folgen der Einsatz des Systems hat. Bei den „Notice and Take Down“-Verfahren sollte offengelegt werden, welche Rechtsverletzungen geahndet werden, welche Konsequenzen ein Verstoß hat, wie der Betroffene auf eine Sperrung seiner Seite reagieren kann usw.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Maßnahmen, die in Hinblick auf Verfahren zur Verbesserung des Zugangs der Verbraucher zum Recht bereits ergriffen wurden, ausgeweitet werden müssen. Insbesondere müssen für alle Mechanismen verbindliche Transparenz- und Informationspflichten festgeschrieben werden, ähnlich wie dies für andere Bereiche des elektronischen Geschäftsverkehrs bereits der Fall ist. Die entsprechenden Informationen sollten bei einer zentralen Stelle, bei der es sich nicht notwendig um eine staatliche Behörde handeln muss, gebündelt werden. Nur so wird es den staatlichen Stellen möglich sein, einen Überblick über das ganze Spektrum der Konfliktregelungsformen zu erhalten und entsprechend zu reagieren. Vor allem aber muss auch den übrigen Konfliktregelungsformen, die nicht speziell auf die Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten ausgerichtet sind, mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden. Denn auch diese Mechanismen können erhebliche Auswirkungen auf die Rechte der Nutzer haben. Gerade in diesem Bereich sind die Konfliktregelungsmechanismen oft durch den Einsatz neuer Technologien besonders undurchsichtig, gleichzeitig aber extrem effektiv. Es wäre deshalb widersinnig, auf der einen Seite transparente aber unverbindliche Verbraucherverfahren zu entwickeln,

auf der anderen Seite jedoch für die zum Teil viel effektiver funktionierende automatisierten Mechanismen, die die Rechte der Nutzer in nicht unerheblichem Maße beschneiden können, auf ausreichende Transparenz zu verzichten und zusätzlich diese auch noch besonders vor einer Umgehung zu schützen. Hierdurch würde man sich dem bereits früher gegenüber außergerichtlichen Verbraucherverfahren geäußerten Vorwurf aussetzen, diese seien lediglich ein Marketing-Instrument der Anbieterseite<sup>682</sup>.

<sup>682</sup> Vgl. hierzu *Tonner*, in: Krämer/Micklitz/Tonner, S. 861 (872).

## Kapitel 9

# Zusammenfassung der Ergebnisse

(1) Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass für die Verbesserung der Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im elektronischen Geschäftsverkehr große Hoffnungen in neue Methoden der außergerichtlichen Konfliktregelung gesetzt werden. Dabei sind die Gründe für die Suche nach Alternativen zu den staatlichen Gerichtsverfahren im E-Commerce anders gelagert als im Offline-Bereich. Es geht in erster Linie darum, durch die Verbesserung des Zugangs zum Recht das Vertrauen der Nutzer in den elektronischen Geschäftsverkehr zu gewinnen und so dessen weitere Entwicklung zu fördern. Kollisionsrechtliche Probleme, die sich aus dem globalen Charakter des Netzes ergeben, sollen ausgeglichen und die Konfliktregelungsmechanismen dem elektronischen Medium und den Geschwindigkeiten im Netz angepasst werden. Ganz allgemein entspricht die Suche nach außergerichtlichen Konfliktregelungsmethoden dem im Netz vorherrschenden Trend zur Selbstregulierung.

(2) Es gibt bereits eine unübersichtliche Vielfalt ganz verschiedener Streitbeilegungsmechanismen, die sich allerdings von ihrer Zielrichtung und der Art ihrer Ausgestaltung zum Teil erheblich voneinander unterscheiden. Es lassen sich zwei Hauptgruppen ausmachen. Die erste Gruppe ist eher nutzerorientiert. Im Vordergrund steht der Wunsch nach einer Verbesserung des Zugangs zum Recht und der Schaffung von „E-Confidence“. Innerhalb dieser Gruppe gibt es sowohl einzelne Verfahren als auch ganze Konfliktregelungssysteme. In vielen Fällen handelt es sich um traditionelle Streitbeilegungsmethoden, die an die Besonderheiten des E-Commerce angepasst werden. Die zweite Gruppe ist dagegen vor allem darauf ausgerichtet, den neuen technischen Möglichkeiten gerecht zu werden und den sich hieraus ergebenden Gefahren für bestehende Schutzrechte zu begegnen. Es handelt

sich um Selbstschutzmaßnahmen der betroffenen Rechtsinhaber und Wirtschaftszweige. Bei diesen Mechanismen wird in stärkerem Maße auf neue Konfliktregelungsformen und technische Möglichkeiten zurückgegriffen. Schließlich besteht bei allen der in dieser Arbeit untersuchten Mechanismen eine Tendenz zur Automatisierung und erheblichen Verfahrensbeschleunigung.

(3) Für die außergerichtliche Konfliktregelung im E-Commerce gibt es bisher so gut wie keine verbindlichen Rahmenbedingungen. Auch neue rechtliche Initiativen zum elektronischen Geschäftsverkehr überlassen die Entwicklung und Kontrolle der außergerichtlichen Mechanismen in erster Linie dem privaten Sektor. Das Konzept bei der Regelung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ist insgesamt durch äußerste regulatorische Zurückhaltung geprägt. Die für Rechtsgeschäfte im elektronischen Geschäftsverkehr zentrale E-Commerce-Richtlinie greift, soweit es um die außergerichtliche Konfliktregelung geht, auf typische Instrumente der Selbstregulierung zurück, während sie für andere Bereiche detaillierte Vorgaben enthält. Die Urheberrechtsrichtlinie setzt in dem Machtgefüge zwischen Rechtsinhabern und Nutzern zunächst auf freiwillige Selbstbeschränkungen seitens der Rechtsinhaber. Insgesamt zeichnen sich die Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung als besonders marktfreundlich aus. Insbesondere in Hinblick auf die technischen Schutzsysteme besteht der Eindruck, als ob angesichts der Bedrohung bestehender Rechte im digitalen Zeitalter den wirtschaftlichen Interessen gegenüber dem Schutz der Nutzer und der Allgemeinheit einseitig der Vorrang eingeräumt wurde.

(4) Was die hier untersuchten Konfliktregelungsformen betrifft, bestehen allerdings zum Teil erhebliche Bedenken in Hinblick auf die Effektivität der verschiedenen Mechanismen sowie auf die Wahrung elementarer Rechte der Parteien. Die vermeintlichen Vorteile der außergerichtlichen Mechanismen halten einer kritischen Untersuchung nicht stand. Zumindest nach den gegenwärtigen Rahmenbedingungen kann die außergerichtliche Konfliktregelung nicht wirklich zu einer Verbesserung des Zugangs zum Recht beitragen. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass sowohl die einzelnen Konfliktregelungsmechanismen als auch das gesamte Konfliktregelungsangebot für die Nutzer nicht hinreichend transparent sind. Außerdem wurde gezeigt, dass jede Form der Konfliktregelung minimalen Fairnessanforde-

rungen in Hinblick auf den Konfliktregelungsprozess genügen muss. Die hier untersuchten Mechanismen werden diesen Anforderungen aber nicht immer gerecht. Bedenken bestehen vor allem bezüglich der Gewährung rechtlichen Gehörs, der Neutralität der Konfliktregelungseinrichtungen und der Sicherstellung prozessualer Waffengleichheit. Schließlich dürfen auch mögliche Auswirkungen auf die Rechtsdurchsetzung im Ganzen sowie auf die Entwicklung des materiellen Rechts nicht unberücksichtigt bleiben. Die außergerichtliche Konfliktregelung betrifft in erheblichem Maße öffentliche Interessen.

(5) Die Selbstregulierungskräfte im Netz sind allein nicht geeignet, diesen Bedenken zu begegnen. Soweit die Konfliktregelung auf der Meta-Ebene des Internets ansetzt, ist es äußerst unwahrscheinlich, dass sich ausreichende Verhaltensregeln als Grundlage für die Konfliktregelung sowie faire und effektive Konfliktregelungsmechanismen entwickeln werden, geschweige denn die Privatwirtschaft für die Durchsetzung solcher Regeln sorgen könnte. Hauptursache hierfür sind vor allem die heterogene Struktur der E-Commerce-Teilnehmer sowie die fehlende Transparenz und die unzureichende Produktion marktrelevanter Informationen, die letztlich ein reibungsloses Funktionieren der Selbstregulierungsmechanismen verhindern. Bei der netzinternen Konfliktregelung sind die Regelsetzungs- und Regeldurchsetzungsmöglichkeiten zwar erheblich höher, aber auch hier gibt es verschiedene Gründe für ein Marktversagen. Insbesondere bei systematisch rechtsmissbräuchlichem und betrügerischem Verhalten bleibt letztlich nur der Rückgriff auf den staatlichen Gerichtsweg. Die außergerichtlichen Mechanismen werden die nationalen Gerichtsverfahren deshalb auch im E-Commerce nicht ersetzen können. Anders als zum Teil behauptet sind die nationalen Gerichte im Internet-Zeitalter keinesfalls obsolet geworden.

(6) Soweit die außergerichtlichen Mechanismen als zusätzliche Möglichkeit neben die gerichtliche Rechtsdurchsetzung treten und für manche Fälle eine wirkliche Alternative darstellen sollen, muss sichergestellt werden, dass sie überhaupt effektiv und fair funktionieren können. In Hinblick auf die Effektivität der Verfahren, den Schutz der Nutzer und die Wahrung öffentlicher Interessen kann ebenfalls nicht allein auf die bestehenden Selbstregulierungskräfte im Netz vertraut werden. Auch in dieser Hinsicht gibt es verschiedene Gründe für ein Marktversagen. Schließlich bietet selbst

ein funktionierender Wettbewerb allein noch keine Garantie für eine wirklich faire Konfliktregelung. Denn der Wettbewerb richtet sich in erster Linie nach ökonomischen und nicht nach sozialen Gesichtspunkten. Was den zunehmenden Einsatz der Technik im Rahmen der Konfliktregelung angeht, muss die Frage gestellt werden, wo diese Verfahren selbst wiederum in der Rechtsordnung anzusiedeln sind. Denn die Technik als solche kann aus sich heraus keine Legitimität beanspruchen. Ziel muss es letztendlich sein, eine Herrschaft der Technik über das Recht zu verhindern.

(7) Damit die außergerichtliche Konfliktregelung zukünftig zu einer sinnvollen Alternative zu den gerichtlichen Verfahren werden und zu einer wirklichen Verbesserung des Zugangs zum Recht beitragen kann, muss der Gesetzgeber entsprechende Maßnahmen ergreifen. Die bisherigen Vorgaben zur außergerichtlichen Streitbeilegung sind keinesfalls ausreichend. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Entwicklung der außergerichtlichen Mechanismen noch in den Anfängen befindet und nicht durch voreilige und unausgereifte Regelungen gebremst werden soll. Es müssen deshalb zunächst die Grundbedingungen dafür geschaffen werden, dass sich überhaupt effektive und akzeptable Mechanismen entwickeln und außerdem die Erarbeitung entsprechender Regelungen zukünftig auf einer ausreichenden Erfahrungsgrundlage aufbauen kann. Verwirklichen lässt sich dies durch die Einführung besonderer Transparenz- und Informationspflichten. Diese sollen es den zuständigen staatlichen Stellen ermöglichen, die weitere Entwicklung der außergerichtlichen Mechanismen zu verfolgen und möglichen Fehlentwicklungen entgegenzusteuern. Außerdem soll so eine ausreichende Information der Nutzer sichergestellt werden. Dies muss für alle der hier untersuchten Mechanismen gleichermaßen gelten.

## LEBENS LAUF

### Persönliche Daten

Name:	Annette Elisabeth Zander
Geburtsdatum:	29. Oktober 1974
Geburtsort:	Freiburg im Breisgau
Nationalität:	Deutsch

### Schulbildung

09/1985 – 06/1994	Kreisgymnasium Kirchzarten (Abitur)
06/1991 – 12/1991	Beechwood Independent Schools, Ft. Mitchell, Ky

### Studium / Promotion

10/1994 – 06/1996	Jurastudium an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
09/1996 – 03/1997	Jurastudium an der Universität Barcelona
04/1997 – 08/1999	Jurastudium an der Universität zu Köln
17.08.1999	1. Juristische Staatsprüfung
03/2000 – 05/2003	Promotion an der Universität zu Köln

### Referendariat

12/2000 – 11/2002	Referendariat am Landgericht Köln (Zivilkammer, Staatsanwaltschaft, Deutscher Städtetag, Linklaters Oppenhoff & Rädler, Gerling Konzern, Köln/New York)
08.01.2003	2. Staatsexamen

### Aktuell

seit 06/2003	Rechtsanwaltskanzlei Hengeler Mueller, Frankfurt
--------------	--