

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

9
K&R

- Editorial: Lex Ebamazon – Regulierung des Online-Handels greift zu kurz · *Rüdiger Hitz*
- 533 Setzt die DSGVO das UWG Schachmatt?
Sebastian Laoutoumai und Adrian Hoppe
- 537 Hauptzweck und wesentliche Funktionalität der Bereitstellung audiovisueller Inhalte · *Dr. Michael R. Kogler*
- 544 Online-Archive im Lichte der EMRK · *Dr. Lars Kröner*
- 549 Berlin.com – Interessenabwägungen bei der Verletzung von Namensrechten durch Domainnamen · *Dr. Torsten Bettinger*
- 553 Kontinuität und Perspektive für die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks · *Prof. Dr. Wieland Bosman*
- 556 Zur Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Lotteriemonopols
Robert Schippel und Maximilian Kienzerle
- 560 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 562 EuGH: Cordoba: Veröffentlichung eines frei zugänglichen Fotos auf anderer Website nur mit Zustimmung des Urhebers
- 566 BVerfG: Rundfunkbeitrag mit Ausnahme von Zweitwohnungsbeitrag verfassungsgemäß
- 588 BGH: Riptide: Rechtsverletzer muss Abmahnkosten von Anschlussinhaber tragen
- 592 OLG München: Fack Ju Göhte 3: Sperranordnung gegen Access-Provider wegen Urheberrechtsverletzung mit Kommentar von *Sandra Brechtel* und *Hauke Hansen*

Beilage 1/2018

17. @kit-Kongress – 7. Forum „Kommunikation & Recht“

21. Jahrgang

September 2018

Seiten 533 – 604

Auch eine Verletzung schutzwürdiger Interessen der Namensträgerin ließe sich im vorliegenden Fall begründen. Wie der BGH in der Entscheidung „profitbricks.es“ festgestellt hat, kann nicht nur die Registrierung eines mit einem Namen identischen Domainnamen unter der in Deutschland üblichen Top-Level-Domain „.de“, sondern grundsätzlich auch die Registrierung eines Domainnamens unter einer ausländischen country code Top-Level-Domain oder unter einer generischen Top-Level-Domain durch einen im Ausland ansässigen Domaininhaber eine Verletzung schutzwürdiger Interessen des Namensträgers begründen.²⁷

Anders als bei der Registrierung eines mit einem Namen identischen Domainnamens durch einen Nichtberechtigten unter der in Deutschland üblichen Top-Level-Domain „.de“ folgt die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen des Namensträgers im Falle der Registrierung unter einer generischen Top-Level-Domain jedoch nicht bereits daraus, dass der Namensträger durch eine solche Registrierung an der Verwendung seines Namens als Domainname unter dieser Top-Level-Domain ausgeschlossen wird. Vielmehr erfordert der Anspruch auf Löschung des Domainnamens, dass der Namensträger konkret darlegt und gegebenenfalls nachweist, dass der Verkehr erwartet, dass der Namensträger nicht nur unter einem seinem Namen entsprechenden Domainnamen im Bereich der in Deutschland üblichen Top-Level-Domain „.de“, sondern auch unter der mit der betreffenden generischen Top-Level gebildeten Internetadresse aufgefunden werden kann.²⁸ Für Gebietskörperschaften hatte der BGH in Bezug auf die Domain solingen.info ein schutzwürdiges Interesse an der Verwendung ihres Namens nicht nur unter der Top-Level-Domain „.de“, sondern zusätzlich auch an dem mit der Top-Level-Domain „.info“ gebildeten Domainnamen anerkannt.

Im Falle der Registrierung des Domainnamens berlin.com erschaute eine solche Verkehrserwartung angesichts der herausragenden Bekanntheit der Namensträgerin und des Umstandes, dass auch mehrere andere deutsche Großstädte unter „.com“ Adressen entsprechende Informationsportale betreiben bzw. diese zur Weiterleitung auf solche Infor-

mationsportale unter ihren „.de“-Domains²⁹ nutzen, nicht fernzuliegen. Man darf daher vermuten, dass der Kläger einen Anspruch auf Löschung des Domainnamens berlin.com hätte durchsetzen können, wenn er zu einer solchen Verkehrserwartung hinreichend vorgetragen und sein konkretes Interesse an der Verwendung der Domain dargelegt hätte.

V. Fazit

Die Entscheidung des KG führt erneut vor Augen, wie schwierig die bei der Feststellung von Namensrechtsverletzungen erforderliche Abwägung der Interessen des Namensträgers und des Domaininhabers im Einzelfall sein kann. Das KG weicht mit seiner Entscheidung von den vom BGH entwickelten Grundsätzen der Interessenabwägung bei der Verwendung von Domainnamen, die mit dem Namen des Namensträgers identisch sind, ab. Es erscheint fraglich, ob die vom KG dafür angeführten Gründe eine solche Abweichung stützen. Sofern der BGH die Revision zulässt,³⁰ wird sich ihm die Gelegenheit bieten, die mittlerweile schon recht ausdifferenzierte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Namensschutz gegen die Registrierung und Benutzung von Domainnamen weiterzuentwickeln. Ferner könnte sich der BGH erstmals dazu äußern, wie sich die im Wege des Geotargeting mögliche territoriale Beschränkung der Rechtsfolgen auf die bei Kennzeichen- und Namensverletzungen im Internet erforderliche Abwägung der Interessen des ausländischen Domaininhabers und des inländischen Schutzrechtsinhabers auswirken.

27 BGH, 28.4.2016 – I ZR 82/14, K&R 2016, 514 = GRUR 2016, 810, Rn. 46 – Profitbricks.es; siehe dazu im Einzelnen *Bettinger*, in: *Bettinger* (Fn. 7), Rn. 656 ff.

28 BGH, 28.4.2016 – I ZR 82/14, K&R 2016, 514 = GRUR 2016, 810, Rn. 51 – Profitbricks.es.

29 Die Stadt Hamburg betreibt ein vergleichbares Informationsportal unter hamburg.com, die Städte München, Frankfurt a. M., Köln und Düsseldorf haben ihre Namen unter der TLD „.com“ registriert und nutzen diese zur Weiterleitung auf ihre unter den entsprechenden „.de“-Domains betriebenen Informationsportale.

30 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unter dem Aktenzeichen I ZR 94/18 beim BGH anhängig.

RA Prof. Dr. Wieland Bosman, Harxheim*

Kontinuität und Perspektive für die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Zugleich Kommentar zu BVerfG, Urteil vom 18. 7. 2018 – 1 BvR 1675/16, 1 BvR 745/17, 1 BvR 836/17, 1 BvR 981/17, K&R 2018, 566 ff. (in diesem Heft)

I. Hintergrund

1. Entscheidungskontext

Mit seinem Urteil vom 18. 7. 2018 hat das BVerfG über insgesamt vier Verfassungsbeschwerden gegen die im Jahr 2013 neu eingeführte Beitragsfinanzierung des öffentlich-

rechtlichen Rundfunks entschieden. Drei dieser gegen Entscheidungen des BVerwG gerichteten Verfassungsbeschwerden wandten sich gegen den Rundfunkbeitrag für Privatwohnungen, eine Verfassungsbeschwerde griff den Rundfunkbeitrag für Betriebsstätten und gewerblich

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

genutzte Kraftfahrzeuge an. Außer einer Beschwerde, die sich speziell gegen die Heranziehung zu einem Beitrag für eine selbst genutzte Zweitwohnung richtete, blieben die Verfassungsbeschwerden ohne Erfolg.

Vorausgegangen war ungeachtet einer teilweise kritischen Begleitung in der Literatur¹ eine bemerkenswert konsistente Rechtsprechung aller verwaltungsgerichtlichen Instanzen² sowie zweier Landesverfassungsgerichte.³ In zahlreichen Verfahren waren verfassungsrechtliche Aspekte geprüft und im Ergebnis unisono als unbegründet erachtet worden.⁴

2. Neuregelung der Abgabenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Rundfunkbeitragsstaatsvertrag

Entzündet hatten sich die Streitverfahren an einer gesetzlichen Neuordnung der Abgabenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den 15. Rundfunkänderungsstaatsvertrag. Zentraler Regelungsgegenstand ist ein in wesentlichen Teilen am 1. 1. 2013 in Kraft getretener neuer Rundfunkbeitragsstaatsvertrag (RBStV), der einen grundlegenden Wechsel der Modalitäten der Rundfunkfinanzierung in Deutschland bedeutete. Das Grundkonzept des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags beruht auf einer vollständigen Abkehr von der ursprünglich gerätebezogenen Rundfunkgebührenpflicht für das Bereithalten eines Rundfunkempfangsgeräts durch die Einführung eines geräteunabhängigen Beitrags, der lediglich an das Innehaben einer Wohnung, einer Betriebsstätte sowie ggf. eines nicht lediglich privat genutzten Kraftfahrzeugs anknüpft.

Dieser Wechsel des Abgabentatbestands war eine Reaktion auf die zunehmende Verfügbarkeit konvergenter, multifunktionaler Endgeräte als Folge der Digitalisierung von Inhalten und Verbreitungswegen. Insbesondere der Umstand, dass neuartige Gerätegenerationen wie internetfähige PCs, Tablets oder Smartphones multifunktional, d. h. zwar auch, aber nicht nur zur Rundfunknutzung, sondern typischerweise auch für Textverarbeitung, Tabellenkalkulation, E-Mail-Kommunikation, Internet-Recherchen, elektronische Steuererklärungen, Telefonie etc. verwendet werden, ließ eine gerätebezogene Abgabe zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als nicht mehr zukunftsfähig erscheinen.⁵

3. Beitragstatbestand

Im privaten Bereich ist seither unabhängig von ihrer Größe und Bewohnerzahl für jede Wohnung von deren Inhaber ein Rundfunkbeitrag zu entrichten. Inhaber einer Wohnung ist jede volljährige Person, die die Wohnung selbst bewohnt. Wird die Wohnung von mehreren Personen bewohnt, haften diese für den Rundfunkbeitrag gesamtschuldnerisch. Ist eine Person Inhaber mehrerer Wohnungen, war sie bisher für jede dieser Wohnungen beitragspflichtig.

Im nicht privaten Bereich, also insbesondere im gewerblichen, gemeinnützigen und öffentlichen Bereich, ist der Rundfunkbeitrag von dem Inhaber einer Betriebsstätte zu entrichten. Inhaber ist die natürliche oder juristische Person, die die Betriebsstätte im eigenen Namen nutzt oder in deren Namen die Betriebsstätte genutzt wird.

Die konkrete Beitragshöhe ist degressiv gestaffelt nach der Anzahl der Beschäftigten pro Betriebsstätte sowie der Anzahl der zugeordneten Kraftfahrzeuge.

4. Begünstigte und Einnahmesituation

Finanziert werden durch den Rundfunkbeitrag gem. § 9 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV) anteilig die ARD-Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio und Arte, daneben gem. § 10 RFinStV aber auch 14 Landesmedienanstalten, die, als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert, für Zulassung und Beaufsichtigung privater Rundfunkveranstalter zuständig sind.⁶

Die Höhe des Rundfunkbeitrags entsprach zum Zeitpunkt der Neuregelung 2013 mit 17,98 Euro zunächst der Höhe der letzten Rundfunkgebühr. Infolge der Neuregelung, die zu einer Verbreiterung der Abgabenbasis und gesteigerter Abgabengerechtigkeit führte, konnte der Rundfunkbeitrag ab April 2015 auf nunmehr 17,50 Euro gesenkt werden.

Der aktuelle Jahresbericht des Beitragsservice von ARD, ZDF und Deutschlandradio weist aus, dass dort im Jahr 2017 mehr als 45 Mio. Beitragskonten geführt wurden. Hieraus ergab sich ein Beitragsaufkommen in Höhe von rund 7,97 Milliarden Euro.⁷

II. Das Problem

Die neuen Beitragstatbestände des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags abstrahieren vollständig von dem früheren Gebührentatbestand des Bereithaltens eines Rundfunkempfangsgeräts und knüpfen nunmehr lediglich noch an das Innehaben immobilier (Wohnung/Betriebsstätte) oder mobiler (Kraftfahrzeug) Raumeinheiten an. Und dies unabhängig davon, ob in diesen Raumeinheiten tatsächlich Rundfunkempfang stattfindet. Damit entfernt sich der Anknüpfungspunkt für die Beitragspflicht zumindest begrifflich von dem früheren Rundfunk- bzw. Gerätebezug. Damit entstehen neue abgaben- und finanzverfassungsrechtliche Legitimationsanforderungen.

Einmal muss es sich bei dem Rundfunkbeitrag tatsächlich um einen Beitrag im Sinne einer Vorzugslast für einen individual- oder gruppennützigen Sondervorteil handeln. Anderenfalls handelte es sich um eine Steuer, für die den Ländern als Rundfunkgesetzgeber aber die Gesetzgebungskompetenz fehlt.

Zum anderen darf der Beitrag keine gleichheitswidrigen Typisierungsmerkmale aufweisen. Hier stand konkret die Frage im Raum, ob die Erhebung jeweils nur eines Rundfunkbeitrags für jede Wohnung unabhängig von ihrer Größe und der Anzahl der dort wohnenden Personen Einpersonenhaushalte gegenüber Mehrpersonenhaushalten

1 Vgl. etwa Böck, NVwZ 2014, 266 ff.; Degenhart, ZUM 2011, 193 ff.; ders., K&R Beihefte 1/2013 zu Heft 3, 1 ff.; Exner/Seifarth, NVwZ 2013, 1569 ff.; Gersdorf, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, § 1 RBeitrStV Rn. 2 ff.; Koriath/Koemm, DStR 2013, 833 ff.; hierzu Erwiderung Schneider, DStR 2014, 509 ff.

2 https://www.rundfunkbeitrag.de/presse_und_aktuelles/urteile/index_ger.html (Stand: 18. 7. 2018).

3 VerfGH, Rheinland-Pfalz, 13. 5. 2014 – VGHB 35/12; Bayerischer VerfGH, 15. 5. 2014 – Vf. 8-VII-12, Vf. 24-VII-12.

4 Lediglich in seiner Entscheidung BVerwG, 27. 9. 2017 – 6 C 32.16 hat das BVerwG Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einer pauschalen Beitragspflicht für Zimmer von Beherbergungsbetrieben geäußert. Der Fall wurde jedoch zunächst zur weiteren Sachverhaltsklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Diese besondere Fallkonstellation stand aktuell nicht zur Entscheidung durch das BVerwG an.

5 Bosman, K&R 2014, 784, 788.

6 Mittel aus dem Beitragsanteil der Landesmedienanstalten können gem. § 40 Abs. 1 S. 2 RStV aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung auch für landesrechtlich gebotene technische Infrastruktur und Projekte für neuartige Rundfunkübertragungstechniken verwendet werden. Weiterhin werden die Kosten der KEF und ihrer Geschäftsstelle gem. § 6 Abs. 1 RFinStV vorab aus dem Rundfunkbeitrag gedeckt.

7 https://www.rundfunkbeitrag.de/e175/e5774/Jahresbericht_2017.pdf (Stand: 18. 7. 2018).

gleichheitswidrig benachteiligt. Daneben wurde die Frage aufgeworfen, ob es nicht eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung darstelle, wenn für Zweitwohnungen ein Rundfunkbeitrag erhoben werde, obwohl deren Inhaber nicht in mehreren Wohnungen gleichzeitig Rundfunk konsumieren könnten.

Speziell im nicht privaten Bereich war die Frage zu klären, ob zusätzliche Beiträge für nicht ausschließlich privat genutzte Kraftfahrzeuge verlangt werden können und ob die degressiv gestaffelte Beitragserhebung nach der Anzahl der Beschäftigten einer Betriebsstätte verfassungskonform ist.

III. Die Entscheidung

Das BVerfG hat die angegriffenen Ausgangsentscheidungen des BVerwG und mittelbar damit die staatsvertraglichen Regelungen über die Pflicht zur Entrichtung des Rundfunkbeitrags für Erstwohnungs- und Betriebsstätteninhaber sowie für Inhaber nicht ausschließlich privat genutzter Kraftfahrzeuge als verfassungskonform angesehen. Verfassungswidrig ist allerdings die Heranziehung von Inhabern mehrerer selbst genutzter Wohnungen über den Beitrag für die Erstwohnung hinaus.

1. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder zum Erlass des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags hat das BVerfG bejaht, da es sich bei dem Rundfunkbeitrag tatsächlich um einen Beitrag im finanzverfassungsrechtlichen Sinne und nicht um eine Steuer handelt. Der Beitrag wird als Vorzugslast für die Möglichkeit der Nutzung öffentlich-rechtlichen Rundfunks erhoben. Dem steht nicht entgegen, dass dieser Beitrag von einer Vielzahl von Abgabepflichtigen gezahlt werden muss, da sich die Nutzungsmöglichkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote unabhängig von der Gesamtzahl Beitragspflichtiger bei jeder einzelnen Person individuell realisiert.

2. Mit der Anknüpfung der Beitragspflicht an die Inhaberschaft einer Wohnung ist der Kreis der Vorteilsempfänger nach Auffassung des BVerfG in verfassungsgemäßer Weise erfasst. Das Gericht unterlegt dies mit statistischen Belegen, wonach Rundfunk typischerweise in Wohnungen konsumiert werden kann und auch tatsächlich wird. Dies gilt unabhängig davon, ob im Einzelfall tatsächlich Rundfunkempfangsgeräte bereitgehalten werden oder ob sogar bewusst auf Rundfunkempfang verzichtet wird.

Der Rundfunkbeitrag für Erstwohnungsinhaber verstößt auch nicht gegen das aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gebot der Belastungsgleichheit. Die Anknüpfung der Beitragspflicht allein an die Raumeinheit Wohnung unabhängig davon, wie viele Personen dort wohnen und die hierdurch bedingte Entlastung von Mehrpersonenhaushalten führt zwar auch nach Auffassung des BVerfG zu Ungleichheiten. Diese beruhen jedoch auf Sachgründen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen noch genügen. Den Landesgesetzgebern wird insoweit ein weiter Gestaltungsspielraum zugebilligt, der nicht überschritten sei.

3. Überschritten worden ist dieser gesetzgeberische Gestaltungsspielraum allerdings durch die in § 2 Abs. 1 RBStV vorgesehene Beitragspflicht für „jede Wohnung“, also für alle selbstgenutzten Wohnungen eines Inhabers. Die Heranziehung von Inhabern mehrerer Wohnungen über den Beitrag für die Erstwohnung hinaus, verstößt gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit, da bereits durch die Zahlung für die Erstwohnung der beitragsstypische

Vorteil abgegolten sei. Inhaber mehrerer Wohnungen dürfen für den gleichen Vorteil nicht mehrfach herangezogen werden.

4. Als verfassungskonform wurde wiederum die Beitragspflicht für Betriebsstätten und für nicht ausschließlich privat genutzte Kraftfahrzeuge bestätigt. Die Möglichkeit des Rundfunkempfangs erzeugt auch hier einen Vorteil, der den Inhabern von Betriebsstätten und betrieblich genutzten Kraftfahrzeugen zurechenbar ist. Kein Gleichheitsverstoß wird zudem darin gesehen, dass es infolge degressiver Staffelung bei gleicher Beschäftigtenzahl zu unterschiedlichen Beitragsbelastungen kommen kann, je nachdem, auf wie viele Betriebsstätten sich die Beschäftigten verteilen.

Über diesen eigentlichen Entscheidungsgegenstand hinaus bestätigt das BVerfG erneut auch seine langjährige Rechtsprechung zur Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung⁸ und zu seinen Finanzierungsbedingungen.⁹ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk habe als Gegengewicht zu privaten Rundfunkanbietern ein Angebot hervorzubringen, das nicht ökonomischen Anreizen folgt, sondern inhaltliche Vielfalt – auch abseits von Standardformaten und massenattraktiven Programmen – erzeugt, wie sie über den freien Markt gerade nicht gewährleistet werden kann. Die öffentliche Finanzierung gewährleiste die hierfür erforderliche Unabhängigkeit.

Dieser bisherige Funktionsauftrag wird in der aktuellen Entscheidung im Hinblick auf moderne Entwicklungen der Kommunikationstechnologie nunmehr weiter fortgeschrieben. Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich sozialer Netzwerke neigten nicht nur zu Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen, sondern aus ökonomischer Rationalität durch gezielten Zuschnitt von Inhalten auf Neigungen und Interessen der Nutzer auch zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen. Angesichts dieser Entwicklung sei es Aufgabe des beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks, durch authentische und sorgfältig recherchierte Informationen, die Tatsachen und Meinungen auseinanderhalten und die Wirklichkeit nicht verzerrt darstellen, ein vielfältssicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden.

IV. Praxisfolgen

Die Entscheidung schafft, soweit den gesetzlichen Regelungen über den Rundfunkbeitrag Verfassungskonformität attestiert wurde, sowohl Rechtssicherheit für die Gesetzgebung als auch für Beitragspflichtige und Beitragsempfänger.

Soweit der Beitrag für selbstgenutzte Zweitwohnungen für verfassungswidrig erklärt wurde, hat das BVerfG selbst für die betroffenen Beitragszahler unmittelbar wirksame Praxisfolgen festgelegt. Zwar wurde den gesetzgebenden Ländern mit dem 30. 6. 2020 ein mehr als großzügiger Zeitrahmen für eine Korrektur des § 2 Abs. 1 RBStV gesetzt. Zwischenzeitlich belastet die verfassungswidrige Norm die Beitragspflichtigen jedoch nicht unzumutbar, da sie ab dem Tag der Verkündung des Urteils auf Antrag mit Wirkung für die Zukunft von der bislang über den Beitrag

⁸ Vgl. z. B. BVerfG, 4. 11. 1986 – 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, 158 f.; BVerfG, 24. 3. 1987 – 1 BvR 147, 478/86, BVerfGE 74, 297, 324 f.

⁹ BVerfG, 6. 10. 1992 – 1 BvR 1586/89 und 487/92, BVerfGE 87, 181; BVerfG, 22. 2. 1994 – 1 BvL 30/88, BVerfGE 90, 60; BVerfG, 11. 9. 2007 – 1 BvR 2270/05, 809, 830/06, BVerfGE 119, 181.

für die Erstwohnung hinausgehenden Beitragspflicht für weitere Wohnungen zu befreien sind. Sogar zeitlich rückwirkend kann ein solcher Antrag dann gestellt werden, wenn bereits Rechtsbehelfe anhängig sind, über die noch nicht abschließend entschieden wurde.

Die durch die Beitragsfreiheit selbstgenutzter Zweitwohnungen entstehenden Beitragsausfälle sind von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen des Ver-

fahrens zur Ermittlung und Überprüfung des Finanzbedarfs gem. §§ 1 ff. RFinStV geltend zu machen.

Schließlich dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Entscheidung als Appell verstehen, auch künftig und im Hinblick auf neue gewinngetriebene Kommunikationstechnologien vielleicht sogar verstärkt ihre Potentiale an Unabhängigkeit, Professionalität und Glaubwürdigkeit zu aktivieren und auszuspielen.

Robert Schippel, LL.M. und Maximilian Kienzerle, München*

Zur Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Lotteriemonopols

„Vom Lebenstraum zum Traumleben!“ oder „Ich hab’ jetzt so ein geiles Leben...!“ sind Slogans der Landeslotteriegesellschaften, die ein Monopol auf die Veranstaltung großer Lotterien haben. Entsprechend unionsrechtlicher Vorgaben darf ein nationales Monopol aber nur bestehen, wenn es strikt auf ein Ziel ausgerichtet ist. Das nationale Lotteriemonopol widerspricht mit seiner aggressiven Werbung jedoch dem in § 1 GlüStV festgelegten Ziel der Suchtbekämpfung.

I. Einleitung

„Wer nicht wirbt, der stirbt“, sagte Henry Ford über die Werbung. Konsequenterweise erklärte er als einer der ersten zu Beginn der industriellen Revolution den Marketing-Etat zu einem festen Bestandteil der Unternehmenskalkulation. Die Bedeutung von Werbung ist bis heute in allen Geschäftsfeldern unbestritten, auch im Glücksspielsektor. Indes ist gerade dieser Bereich regulatorisch bis heute in Deutschland maßgeblich davon geprägt, Glücksspielsucht zu verhindern und lediglich den natürlichen Spieltrieb in geordnete Bahnen zu lenken.¹ Vor allem mit dieser Begründung hat der Gesetzgeber im besonders lukrativen Lotteriebereich ein Staatsmonopol verankert.²

Während Staatsmonopole in Deutschland am Aussterben sind, nimmt die Bedeutung von Werbung immer weiter zu. Das haben auch die Landeslotteriegesellschaften als Monopolträger begriffen. Sie werben suggestiv und anreizend unter Nutzung aller medialen Wege. Gerade die Zunahme der Werbung seitens der staatlichen Monopolträger könnte jedoch deren Aussterben beschleunigen. Denn Staatsmonopole greifen in die Berufs- und Dienstleistungsfreiheit ein und sind damit rechtfertigungsbedürftig. Fiskalische Interessen rechtfertigen keinesfalls ein Staatsmonopol, jedenfalls nicht in unserer demokratisch geprägten Wirtschaftsordnung. Außerdem darf der Staat keine widersprüchliche Politik verfolgen, die vorgegebenen Ziele müssen auch tatsächlich verfolgt und erreicht werden.³ Dies offenbart als entscheidende Frage: wie lässt sich ein Staatsmonopol rechtfertigen, wenn vorgegebenes Ziel die Bekämpfung von Spielsucht ist, gerade diese aber durch suggestive Weise angeheizt wird?

Dabei muss die nationale Regelung laut der EuGH-Rechtsprechung immer dem Kohärenzgebot entsprechen, d. h. die Rechtfertigung der einzelstaatlichen Ausgestaltung einer

Regulierung muss kohärent und systematisch sein.⁴ Hierbei ist zu prüfen, ob die nationalen Rechtfertigungen eines Monopols nicht durch gegenläufige Maßnahmen oder Entscheidungen konterkariert werden, d. h. ob die tatsächliche Ausgestaltung nicht die Zielrichtung aushebelt.

Dieser Beitrag setzt sich mit den unionsrechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung auseinander (hierzu unter II.) und beleuchtet die Inkohärenz im Bereich der Glücksspielwerbung (unter III. und IV.). Im Übrigen stellt der Beitrag das gegenwärtige Vollzugsdefizit im Bereich der Glücksspielregulierung (vgl. V.) dar.

II. Unionsrechtliche Anforderungen an eine kohärente und systematische Glücksspielregulierung

Die Vorgabe des EuGH lautet, dass die nationalen Gerichte anhand der vom EuGH entwickelten Leitlinien eigenständig überprüfen müssen, ob alle Anforderungen an die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV gewahrt bleiben. Zwar ist es demnach grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, das nationale Schutzniveau in Bezug auf das Glücksspielangebot zu bestimmen. Die von einem Mitgliedstaat angewandten Maßnahmen müssen jedoch geeignet sein, die Verwirklichung der damit verfolgten Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeit beitragen. Dabei obliegt es den Mitgliedstaaten im Fall einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV alle Umstände darzulegen und nachzuweisen, anhand derer sich das Gericht vergewissern kann, dass die nationale Regelung (die nur einem bestimmten Zweck dienen darf) sämtlichen Anforderungen genügt.⁵ Eine

* Die Autoren bedanken sich für die vielfältige Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags bei Herrn Dr. Wulf Hambach und Herrn Dr. Bernd Berberich. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 Vgl. § 1 Nr. 1 und 2 GlüStV.

2 Vgl. § 10 Abs. 1, 2 und 6 GlüStV.

3 EuGH, 6. 3. 2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ZfWG 2007, 125, 130 Rn. 53.

4 EuGH, 6. 3. 2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ZfWG 2007, 125, 130 Rn. 53.

5 EuGH, 15. 9. 2011 – C-347/09, K&R 2011, 719 – Dickinger & Ömer, Rn. 54; vgl. auch EuGH, 12. 6. 2014 – C-156/13, K&R 2014, 579, Rn. 40 – Digibet und Albers; EuGH, 8. 9. 2010 – verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Markus Stoß u. a., Slg. 2010 I-08069, Rn. 71, 88, 97 f.