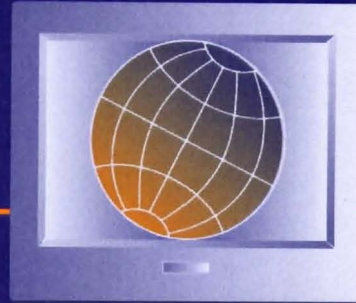


Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4
K&R

- Editorial: Zündfunke iPhone-Apps: Kollision von Presse und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet
Prof. Dr. Stephan Ory
- 217 Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung verfassungswidrig:
Nach der Entscheidung ist vor der Entscheidung
Prof. Dr. Nikolaus Forgó und Dr. Tina Krügel
- 220 Grenzüberschreitender E-Commerce zwischen Deutschland und der Schweiz am Beispiel der Preiswerbung im Internet
Dr. Martin Schirnbacher und Lukas Bühlmann
- 226 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2009 · *Dr. Sebastian Meyer*
- 234 Fotografierverbote, Eigentumsrecht und Panoramafreiheit
David Seiler
- 237 Kostenlose Online-Pokerschulen – „Werbung“ für unerlaubtes Glücksspiel? · *Dr. Wulf Hambach und Dr. Bernd Berberich*
- 242 Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – Träger mittelbarer Staatsverwaltung? · *Prof. Dr. Karl-E. Hain*
- 247 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Andreas Wiebe*
- 248 BVerfG: Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung verfassungswidrig
- 280 LG Köln: Anspruch auf Filesharing-Abmahnkosten mangels substantiierten Bestreitens mit Kommentar von *Dr. Felix Buchmann*

13. Jahrgang

April 2010

Seiten 217–288

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

d) Meinungs- und Pressefreiheit

Gegen das Fotografierverbot der teilweise dem Weltkulturerbe zugeordneten Liegenschaften der Stiftung spricht auch die Überlegung, dass solch eine Monopolisierung und Steuerung, um nicht zu sagen Zensur, des öffentlich verfügbaren Bildmaterials auch als Eingriff in die Meinungs- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 u. 2 GG angesehen werden kann und dass gerade an der Bild-Berichterstattung über solch kulturell bedeutsame Anlagen ein breites öffentliches Interesse der Allgemeinheit besteht.

Sich eine eigene Ansicht und damit (Bild-)Meinung von den Gärten und Parkanlagen bilden zu können, ist wesentlicher Bestandteil der Presse- und Meinungsfreiheit. Aus Sicht der Stiftung, die mit dem Fotoverbot Geld verdienen wollte, mag es verständlich sein, die Veröffentlichung und Vermarktung von Aufnahmen allgemein frei zugänglicher Gärten, Parkanlagen und Gebäude – wie im vorliegenden Fall – unter Erlaubnisvorbehalt zu stellen. Jedoch ist die Abbildungsfreiheit von der Kommunikationsfreiheit des Art. 5 GG gedeckt.³³ Ein gewerbliches Fotografier- und Filmverbot greift zudem unzulässig in die Berufsfreiheit der Fotografen und Kameralleute, des Bildportals Fotofinder,³⁴ des Videoverlages und der Fotografenagentur Ostkreuz ein.³⁵ Auch vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist dem Ergebnis des OLG Brandenburg – wenn auch mit anderer Begründung – zuzustimmen.

Auch das Eigentumsrecht gewährt keinen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten.

III. Praxisfolgen

Die Entscheidungen sind aufgrund der Sondersituation der öffentlichen Widmung durch Satzung und Gründungsakt der Stiftung nicht verallgemeinerungsfähig. Insbesondere gilt das Ergebnis der Fotografierfreiheit auch nach der hier

vertretenen Ansicht nicht, wenn der Eigentümer von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, sein Eigentum dem Blick der Öffentlichkeit zu entziehen oder nur auf vertraglicher Grundlage zu gestatten. Zudem bleibt die BGH-Entscheidung abzuwarten. Die Entscheidungen zeigen aber das richtige Ergebnis auf und haben grundlegende Bedeutung bei der Frage der Zulässigkeit von Sachfotografie im Verhältnis zu den Eigentumsrechten an den fotografierten Sachen.

Da die Entscheidungen noch nicht rechtskräftig sind, ist für Fotografen, Kameralleute und sonstige Bildvermarkter weiterhin Vorsicht bei der Lizenzierung angebracht. In zahlreichen Lizenzverträgen der Verwerter sind Klauseln enthalten, die eine Freistellung des Vermarkters respektive des Nutzers von etwaigen Ansprüchen Dritter vorsehen. Der Bildurheber soll also nicht nur für die Einräumung der bei ihm entstandenen urheberrechtlichen Nutzungsrechte, sondern auch für die Rechte am Motiv haften, was ihm Angesichts der noch nicht höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zumutbar ist. Wenn Fotografen und andere Rechteeinräumer bei der Rechteeinräumung – was ihnen zur Haftungsreduzierung zu raten ist – nur urheberrechtliche Nutzungsrechte an ihrem Werken nach § 31 Abs. 1 UrhG einräumen und nicht auch die Rechte am Motiv, liegt das Risiko beim Nutzer. Dies dürfte nach wie vor die Vermarktbarkeit bis zur endgültigen höchstrichterlichen Klärung der strittigen Rechtsfragen beeinträchtigen. Die Hoffnung, dass der Gesetzgeber diese Fragen im 3. Korb der Urheberrechtsnovellen schneller klärt, dürfte eher gering sein.

33 LG Köln, 13. 1. 2010 – 28 O 578/09, K&R 2010, 210 ff. – Bilderbuch Köln.

34 Auch die Tätigkeit einer Presseagentur fällt in den Schutzbereich der Pressefreiheit: BVerfG, 2. 5. 2006 – 1 BvR 507/01, NJW 2006, 2836.

35 AG München, 19. 8. 2009 – 161 C 3130/09, ZUM-RD 2010, 97.

RA Dr. Wulf Hambach und RA Dr. Bernd Berberich, München*

Kostenlose Online-Pokerschulen – „Werbung“ für unerlaubtes Glücksspiel?

Zugleich Kommentar zu VG München, Beschluss vom 7. 9. 2009 – M 22 S 09.3403

Pokern will gelernt sein. Daher erfreuen sich kostenlose Pokerschulen im Internet großer Beliebtheit. Der Beitrag erläutert, ob diese Angebote zugleich Werbung für eine gleichnamige Echtgeld-Seite sein können, wie dies das VG München in seinem Beschluss vom 7. 9. 2009 angenommen hat. In dem Zusammenhang setzt sich der Beitrag mit dem glücksspielrechtlichen Werbebegriff in der Online-Spiele-Welt auseinander.

I. Einleitung

Die verschiedensten Formen von „Poker“ – allen voran die Spielvariante Texas Hold'em – haben in den letzten Jahren in Deutschland einen deutlichen Aufschwung er-

fahren. In Fernsehshows treten bekannte Medien-Größen wie etwa Boris Becker oder Stefan Raab gegeneinander an. Regelmäßig werden richtige Pokerturniere live übertragen. Dabei werden die jeweils an die Spielteilnehmer ausgeteilten Karten dem Zuschauer mittels im Tisch verankerter Spezialkameras eingeblendet und taktische Erwägungen vom Kommentator erläutert. Diese Entwicklungen haben dazu beigetragen, dass „Poker“ in weiten Bevölkerungskreisen nicht mehr in erster Linie mit „Spaghetti-Western“, versteckten Revolvern und professionellen Falschspielern mit Spitzbart assoziiert wird. Vielmehr wird „Poker“ mittlerweile gerade aufgrund der erforder-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

lichen vielfältigen Fähigkeiten geschätzt. „Poker“ wird demzufolge immer mehr assoziiert mit Konzentrationsfähigkeit, Wahrscheinlichkeitsberechnungen und vor allem strategischem Geschick. Merkmale, die in der vielschichtigen Wirtschaftswelt von heute von großer Bedeutung sind.¹

Einige Internet-Anbieter haben sich die steigende Beliebtheit von „Poker“ zunutze gemacht und bieten im Internet sog. „kostenlose Pokerschulen“ an. Durch TV-Werbung deutschlandweit bekannt geworden sind z. B. die Gratisspielseiten www.PokerStars.de, www.EverestPoker.net oder auch www.PartyPoker.net. Auf diesen Plattformen werden die verschiedenen Pokerarten näher erläutert und Grundwissen verständlich erklärt. Daneben kann ein Programm heruntergeladen werden, mit dessen Hilfe ohne realen Geldeinsatz gegen andere Nutzer online Poker gespielt wird. Diese kostenlosen Pokerschulen sind manchen Ordnungsbehörden ein Dorn im Auge, so dass einigen deutschen Medienanbieter schon die Werbung für derartige Angebote untersagt wurde. Der Grund aus Behördensicht: Neben den betreffenden Online-Pokerschulen gäbe es auch Echtgeld-Pokerangebote im Internet, die den Gratisangeboten ähneln. Damit stellt sich die Frage, ob bei einer Werbung für kostenlose Pokerschulen nicht auch – jedenfalls mittelbar – eine Werbung für ähnlich aufgemachte Echtgeld-Pokeranbieter im Internet verbunden ist.

II. Fiktives Fallbeispiel

Zur besseren Veranschaulichung wird – angelehnt an die in der Einleitung genannten Gratisspielseiten – ein fiktives Fallbeispiel gebildet:

Die im Ausland ansässige Gesellschaft A betreibt eine unter www.xxx-poker.net abrufbare kostenlose Pokerschule. Es wird deutlich auf der Startseite darauf hingewiesen, dass der Einsatz von Echtgeld nicht gestattet ist und die Chips auf den Spielerkonten keinen realen Geldwert haben. Das dargestellte Logo enthält die Begrifflichkeit „xxx-poker.net“. Unmittelbar verbunden damit ist der deutlich lesbare Schriftzug „Gratis Pokerschule“. Außerdem erscheint auf der Startseite der Hinweis, dass die Rechte für den Inhalt der Website allein bei der Gesellschaft A liegen. Die Gesellschaft A verfolgt dabei das Ziel, durch das kostenlose Angebot ein „Nutzer-Portal“ zu schaffen und damit als Werbeplatz Einnahmen zu erzielen. Zu den Werbekunden zählen renommierte Firmen aus den verschiedensten Branchen. Die Attraktivität des Werbeplatzes entsteht dabei vor allem dadurch, dass die Nutzer im Vergleich zu anderen Informationsportalen auf dieser Website um ein Mehrfaches länger verweilen.

Die ebenfalls im Ausland ansässige Gesellschaft B betreibt ein davon zu unterscheidendes Angebot unter www.xxx-poker.com. Es wird insoweit die Möglichkeit eröffnet, mit Echtgeld online Poker zu spielen. Dabei handelt es sich um ein Angebot, welches von einem ausländischen Staat lizenziert ist und von diesem reguliert wird. Das auf der Website dargestellte Logo der Gesellschaft B enthält die Begrifflichkeit „xxx-poker.com“ und ähnelt im Schriftzug und in der Farbe dem Logo der Gesellschaft A. Auf der Startseite erscheint der Hinweis, dass die Gesellschaft B allein die Rechte für den Inhalt der Website innehat. Ziel der Gesellschaft B ist es, durch die Veranstaltung von entgeltlichem Online-Poker Einnahmen zu erzielen.

Zu den Vertragspartnern der Gesellschaft A zählt auch der private Teledienstleister C. Entsprechend des mit der Gesellschaft A geschlossenen Werbevertrages erfolgt die Werbung dergestalt, dass C auf seiner Website für das kostenlose Angebot der Gesellschaft A Speicherplatz bereit hält, indem eine entsprechende Verlinkung besteht. Dargestellt wird das Logo der Gesellschaft A („xxx-poker.net“) mit dem dazugehörigen Hinweis „Gratis Pokerschule“. Ein Hinweis oder gar ein Verlinkung zu einem entgeltlichen Pokerangebot findet sich weder auf der Website der Gesellschaft A noch auf der Website des Teledienstleisters C.

Die Behörde D ist nach dem Glücksspielstaatsvertrag (im folgenden: „GlüStV“) zur Glücksspielaufsicht berufen und wird auf die Verlinkung des Teledienstleisters C zum Angebot der Gesellschaft A aufmerksam.

III. Rechtssystematische Hintergründe für die Auslegung des Begriffs „Werbung“

Gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 GlüStV hat die zuständige Behörde die Aufgabe darauf hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Dabei soll vorliegend unterstellt werden, dass es sich bei allen Formen von „Poker“ um Glücksspiele handelt.² Zudem soll im vorliegenden Beitrag die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit der staatlichen Monopolstellung für die meisten Glücksspielbereiche nicht in Zweifel gezogen werden.³ Dies unterstellt, ist bei dem Angebot der Gesellschaft B von unerlaubtem Glücksspiel im Internet auszugehen, welches gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV verboten ist und für welches gemäß § 5 Abs. 4 GlüStV in Deutschland nicht geworben werden darf. Das Angebot der Gesellschaft A hingegen stellt schon kein Glücksspiel dar im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV. Insofern fehlt es bereits an der erforderlichen Entgeltlichkeit des Spielangebots.

Gleichwohl könnte in der Verlinkung des Teledienstleisters C mit dem Angebot einer kostenlosen Pokerschule eine Werbung für unerlaubtes Glücksspiel anzunehmen sein, wenn damit jedenfalls mittelbar auch für das entgeltliche Angebot der Gesellschaft B geworben würde. Dies könnte deshalb der Fall sein, weil das begriffliche Element „xxx-poker“ der Gesellschaften A und B identisch ist und das Logo sowie die farbliche Gestaltung der Websites sich ähneln. Ob eine entsprechende „mittelbare“ Werbung hier anzunehmen ist, hängt entscheidend vom Begriffsverständnis einer „Werbung“ im Sinne des GlüStV ab. Um den Boden für eine sachgerechte Auslegung zu bereiten, ist es angebracht, zunächst den systematischen Kontext des GlüStV näher zu beleuchten.

1 Ungeachtet dessen wird in Deutschland aus staatlicher Sicht ohne nähere Differenzierung generell „Poker“ – ohne überhaupt auf die zahlreichen anders lautenden wissenschaftlichen Studien einzugehen – als Glücksspiel abqualifiziert. Die aus Tradition rigide Haltung des Staates gegenüber Glücksspielen scheint insofern übertragen zu werden auf die Abgrenzungsfrage, ob ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel vorliegt. Vgl. dazu *Hambach/Hettich/Kruis*, MR-Int 2009, 41 ff.; *Holznapel*, MMR 2008, 439 ff.; *Kretschmer*, ZfWG 2007, 93 ff.

2 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 1.

3 Der EuGH wird insbesondere die Frage zu klären haben, ob das Ordnungssystem in Deutschland dem Erfordernis einer kohärenten Regelung gerecht wird. Angesichts der Tatsache, dass Spielautomaten, Spielbanken und Pferdewetten von Privaten betrieben werden dürfen, für „Poker“, Sportwetten und Lotto hingegen wegen der Suchtgefahr ein Staatsmonopol besteht, lässt jedenfalls erhebliche Zweifel aufkommen. Siehe dazu EuGH, 10. 3. 2009 – C-169/07 – „Hartlauer“ sowie das Vorlageverfahren „Carmen Media“, EuGH, Rs. C-46/08.

1. Systematische Einbettung in das Glücksspielrecht als „Querschnittsmaterie“

Der GlüStV ist einstweilen⁴ Teil des Glücksspielrechts. Signifikant für diese Rechtsmaterie ist, dass sie aus einer unübersichtlichen Gemengelage von Bundes- und Landesvorschriften besteht, welche aufeinander Bezug nehmen und sich wechselseitig beeinflussen.⁵ Eine wichtige und prägende Rolle spielen dabei die strafrechtlichen Regelungen §§ 284 bis 287 StGB, nach welchen sich derjenige strafbar macht, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet bzw. ein solches bewirbt.

Diese Vorschriften sind Ausdruck einer staatlichen Reglementierung des Glücksspiels, deren Wurzeln bis in das Römische Reich zurückreichen.⁶ Zu beachten ist dabei, dass der Gesetzgeber ausdrücklich auf das Vorliegen einer behördlichen Erlaubnis Bezug nimmt. Die strafrechtlichen Vorschriften sind insoweit streng „verwaltungsakzessorisch“, da die strafrechtliche Bewertung eines Sachverhalts entscheidend von behördlichem Handeln abhängig ist.⁷ Daraus folgt, dass strafrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht isoliert voneinander betrachtet werden können. Vielmehr ergänzen sich die verschiedenen Normkomplexe und bilden insoweit eine eigene – quer durch die verschiedenen Rechtsmaterien laufende – „Querschnittsmaterie“. ⁸ Die Besonderheit liegt insofern darin, dass die aus den verschiedenen Rechtsbereichen stammenden Vorschriften ein „eigenes Ganzes“ schaffen und entsprechend harmonisierend auszulegen sind. Davon wird auch der GlüStV als Teilbereich des Glücksspielrechts erfasst. Der Begriff der „Werbung“ im Sinne des GlüStV kann damit nicht ohne den konkreten Normkontext interpretiert werden.

2. Ausstrahlung auf die Auslegung des GlüStV

Der GlüStV wurde von den Bundesländern vor dem Hintergrund der soeben dargestellten weitreichenden staatlichen Monopolstellung geschlossen. Dies kommt vor allem in § 1 GlüStV deutlich zum Ausdruck, der die Ziele des Staatsvertrags wie Suchtbekämpfung und Kanalisierung des Spieltriebs festlegt. Demzufolge strahlt das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Reglementierung und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit auf das Verständnis des GlüStV und damit auch auf den Begriff der „Werbung“ im Sinne des GlüStV aus. Von zentraler Bedeutung ist dabei vorliegend § 5 GlüStV. In dieser Vorschrift ist der Umgang mit Werbung für Glücksspiele näher geregelt. Während in § 5 Abs. 1, 2 und 3 GlüStV die zulässige Reichweite von Werbung für „öffentliches Glücksspiel“ näher geregelt ist, besagt § 5 Abs. 4 GlüStV schlicht, dass die Werbung für unerlaubte Glücksspiele verboten ist. Für die hier aufgeworfene Fragestellung ist allein die Auslegung des § 5 Abs. 4 GlüStV von Bedeutung.⁹

a) Der spezifische Normenkontext des § 5 Abs. 4 GlüStV

Nach § 5 Abs. 4 GlüStV ist Werbung für unerlaubtes Glücksspiel verboten. Ziel der Regelung ist es, die insoweit bestehende staatliche Monopolstellung abzusichern, um den natürlichen Spieltrieb in der Bevölkerung zu kanalisieren. Dieses Verbot der Werbung für unerlaubte Glücksspiele flankiert dabei ordnungsrechtlich das strafrechtliche Werbeverbot der §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB.¹⁰ Insofern zeigt sich, wie eng gerade im Glücksspielrecht verschiedene Rechtsbereiche miteinander ver-

knüpft sind und sich wechselseitig ergänzen. Es wäre nicht logisch zu begründen, eine „Werbung“ für unerlaubtes Glücksspiel im Sinne des § 5 Abs. 4 GlüStV anzunehmen, eine „Werbung“ im Sinne des § 284 Abs. 4 StGB hinsichtlich derselben Handlung hingegen zu verneinen. Das Rechtsstaatsprinzip sowie der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung im Speziellen gebieten es, den Begriff der „Werbung“ insoweit deckungsgleich zu interpretieren.¹¹ Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, wenn dieser ausführt, dass das Verbot der Werbung für unerlaubte Glücksspiele in § 5 Abs. 4 GlüStV „der geltenden Rechtslage“ folgt.¹²

b) Begriff der „Werbung“ im Sinne der §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB

Bei der Auslegung des Begriffs „Werbung“ im Sinne des § 284 Abs. 4 StGB besteht weitgehende Einigkeit, dass dieser auf § 129 StGB zurückzuführen ist.¹³ Etwa Fischer formuliert insofern folgendermaßen:

„Werben ist eine ausdrückliche oder konkludente Äußerung gleich welcher Form, die von einer werbenden Zielrichtung des Täters selbst getragen ist, d. h. Existenz und Zweck der Vereinigung nach objektiver Auslegung aus der Sicht eines informierten Adressaten jedenfalls im Grundsatz befürwortet und eine (...) Aufforderung (...) enthält, die auf eine Aufrechterhaltung oder Stärkung des der Vereinigung innewohnenden Gefährdungspotentials abzielt.“¹⁴

Dies macht deutlich, dass es für die Begriffsbestimmung nicht auf die äußere Form ankommt („gleich welcher Form“). Entscheidend ist, ob nach objektiver Auslegung aus Sicht eines informierten Adressaten die getroffene Äußerung von einer „werbenden Zielrichtung getragen ist“. In dieselbe Richtung geht die Rechtsprechung des BGH im Wettbewerbsrecht: Werbung ist demnach „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern“.¹⁵

4 Ob der GlüStV auch mittelfristig weiter gelten wird, ist offen. Schleswig-Holstein hat angekündigt, den GlüStV aufzukündigen, vgl. den Beitrag von Schneider, „Zocken für den Landeshaushalt“ in der Süddeutschen Zeitung vom 16. 11. 2009 auf S. 7.

5 Um nur einige Teilbereiche zu nennen: §§ 284 ff. StGB; §§ 5 ff. RWG; §§ 762, 763 BGB; §§ 33 c ff. GewO sowie die verschiedenen Lotteriespielbank- und Sportwettengesetze der einzelnen Bundesländer.

6 Vgl. Dickersbach, WiVerw 1985, 23, 23.

7 Statt vieler vgl. Fischer, StGB – Kommentar 56. Aufl. 2009, § 284 Rn. 14.

8 Andere „Querschnittsmaterien“ sind etwa das Informationsrecht, das Internetrecht sowie das Kapitalmarktrecht.

9 Fraglich ist im Hinblick auf Werbung für zulässiges öffentliches Glücksspiel im Sinne des § 5 Abs. 1, 2 und 3 GlüStV, in welcher Form auf die Höhe des aktuellen Jackpots hingewiesen werden darf. Dazu OLG Brandenburg vom 18. 8. 2009 – 6 U 103/08 sowie Brugger, ZfWG 2009, 256 ff. Insbesondere das in § 5 Abs. 3 GlüStV geregelte generelle Verbot von Werbung im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen erscheint verfassungsrechtlich bedenklich. Indem sich der Staat aus diesen Medien weitgehend zurückzieht, überlässt er diesen Bereich faktisch ausländischen, nicht konzessionierten Anbietern. Wie insofern der Spieltrieb der deutschen Bevölkerung „kanalisiert“ werden soll, bleibt unklar.

10 Vgl. Hecker/Ruttig, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht – Kommentar, 2008, § 5 GlüStV Rn. 67.

11 Vgl. auch Liesching, MMR 2010, 59 ff.

12 Vgl. Bayer, LT-Drs. 15/4784, S. 15.

13 Statt vieler vgl. Fischer (Fn. 7), § 284 Rn. 24.

14 Vgl. Fischer (Fn. 7), § 129 Rn. 27.

15 Vgl. BGH vom 9. 6. 2005 – I ZR 179/92. Ob es angesichts der straf- und ordnungsrechtlichen Prägung des Glücksspielrechts wirklich sachgerecht erscheint, auf eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung des BGH Bezug zu nehmen, sei an dieser Stelle dahingestellt. Jedenfalls lässt sich auch

c) Auslegungsparameter aufgrund des spezifischen Normenkontextes

Aufgrund der oben dargestellten inhaltlichen Verknüpfung der Begrifflichkeit „Werbung“ im Sinne der §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB und im Sinne des § 5 Abs. 4 GlüStV ist einheitlich zu bestimmen, welche Parameter die Auslegung des Begriffs der „Werbung“ bestimmen. Als sehr weit gefasster Rechtsbegriff gilt das Gebot der verfassungskonformen Auslegung. Ansonsten würde der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) erheblich gefährdet. Nach diesem muss es dem Normadressaten – gerade im Strafrecht – möglich sein, sein Verhalten nach dem Wortlaut der Vorschrift ausrichten zu können. Bei schwierigen Auslegungsfragen ist deshalb zu Gunsten des Normadressaten zu entscheiden. Für den Begriff der „Werbung“ bedeutet dies, dass in Grenzfällen der Begriff nicht ausufernd weit verstanden werden kann.

Des Weiteren ist von Bedeutung, dass die oben dargestellte Definition des Begriffs der Werbung eine objektiv feststellbare „werbende Zielrichtung“ voraussetzt. Erforderlich ist demzufolge eine eindeutige objektive Manifestation des Willens, für etwas bestimmtes zu werben. Insofern ist der Begriff der „Werbung“ vergleichbar mit dem Begriff der „Zueignung“ im Sinne der Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB.¹⁶ Nach diesem ist erforderlich, dass der Wille des Täters, selbst wie ein Eigentümer über die Sache herrschen zu wollen, sich nach außen hin objektiv manifestieren muss. Für den Begriff der „Zueignung“ ist deshalb nach h. M. anerkannt, dass eine restriktive Auslegung erforderlich ist.¹⁷ Denn nicht jede Nachlässigkeit (wie etwa die bloße Nichtrückgabe eines ausgeliehenen Gegenstandes) kann bereits strafrechtlich relevant sein.

Gleiches muss daher auch für den Begriff der „Werbung“ gelten. Aufgrund der subjektiven Prägung beider Begrifflichkeiten spielt insoweit der In-dubio-pro-reo-Grundsatz (vgl. Art. 6 Abs. 2 MKR) eine entscheidende Rolle. Nur wenn aufgrund des Sachverhalts zweifelsfrei feststeht, dass eine „Zueignung“ bzw. „Werbung“ nach dem Willen des Handelnden stattgefunden hat, kann entsprechend sanktioniert werden. Ein „Für-Wahrscheinlich-Halten“ genügt gerade nicht, vielmehr müsste der Rechtsanwender aufgrund der objektiven Umstände sich von einer Zueignung bzw. Werbung überzeugen können. Nennenswerte Zweifel dürfen gerade nicht aufkommen. Aufgrund des spezifischen Normkontextes ist damit der Begriff der „Werbung“ eindeutig eng zu interpretieren. Andernfalls würden der Bestimmtheitsgrundsatz und der In-dubio-pro-reo-Grundsatz verletzt.

IV. Auslegung im fiktiven Fallbeispiel

Auf dieser Basis gilt es aus Sicht der Behörde D zu klären, ob sie wegen „Werbung“ für unerlaubtes Glücksspiel gemäß §§ 9 Abs. 1, 5 Abs. 4 GlüStV gegen den Teledienstanbieter C einzuschreiten hat. Dies wäre dann der Fall, wenn der Teledienstanbieter C das unter www.xxx-poker.com abrufbare Angebot der Gesellschaft B bewerben würde, indem er auf seiner Website einen Link für das unter www.xxx-poker.net abrufbare kostenlose Angebot der Gesellschaft A bereithält.

1. Auslegung unter Zugrundelegung eines „engen“ Begriffsverständnisses von Werbung

Nach den obigen Ergebnissen setzt der Begriff der „Werbung“ im Sinne der §§ 5 Abs. 4, 9 Abs. 1 GlüStV eine Überzeugung der Behörde dahingehend voraus, dass der

Teledienstanbieter C gerade das entgeltliche Poker-Angebot der Gesellschaft B unter www.xxx-poker.com bewerben will. Nennenswerte Zweifel dürfen nicht aufkommen.

Ein ausdrücklicher Wille ist jedenfalls nicht im unter II. dargestellten Sachverhalt manifestiert. Dies ergibt sich allein daraus, dass der Teledienstanbieter C auf das entgeltliche Angebot der Gesellschaft B in keiner Weise konkret verweist. Aber auch ein entsprechender konkludenter Wille kann nicht festgestellt werden. Wie festgestellt, müssten objektive Umstände eindeutig belegen, dass C das Angebot der Gesellschaft B bewerben will. Die insoweit erforderliche Überzeugungsbildung gelingt mangels hinreichender Tatsachengrundlage jedenfalls nicht. Diese Sichtweise wird belegt durch eine Stellungnahme des Ministeriums für Arbeit und Soziales von Baden-Württemberg vom 19. 6. 2008 mit folgendem Inhalt:

„In den bisher bekannten Fernsehwerbespots wird für Pokerschulen geworben, bei denen ohne Geldeinsatz nur zur Übung gepokert werden kann. Gegen diese Werbung kann glücksspielrechtlich nicht eingeschritten werden.“¹⁸

Es erscheint nicht plausibel, dass das Ministerium für Arbeit und Soziales von Baden-Württemberg öffentlich eine entsprechende werbende Zielrichtung verneint, gleichwohl aber aufgrund desselben Sachverhalts Behörden gegen Bürger ordnungs- bzw. strafrechtlich einschreiten.

2. Auslegung unter Zugrundelegung eines „weiten“ Begriffsverständnisses von Werbung

Teilweise wird allerdings die Ansicht vertreten, der Werbebegriff des GlüStV sei weit auszulegen. Erfasst würden auch Hinweise auf die bloße Möglichkeit zum Glücksspiel.¹⁹ Das VG München etwa vertritt insoweit die Auffassung, dass bei der Darstellung einer URL auf Stadion-Banden u. Ä. nicht der Inhalt der Website selbst beworben werde. Entscheidend sei allein der maßgebliche visuelle Eindruck auf den Betrachter. Wenn dieser mit der URL ein „Logo“ eines Glücksspielanbieters assoziiere, handele es sich um „Werbung“ für dieses Angebot.²⁰

Dabei ist der Argumentation des VG München insoweit zuzustimmen, als dass ein Hinweis auf die Möglichkeit zum Glücksspiel durchaus bereits als Werbung verstanden werden kann.²¹ „Weit“ verstanden werden kann der Begriff der „Werbung“ demzufolge im Hinblick auf die objektiv erforderlichen Anhaltspunkte. Denkbar ist, dass etwa allein die Verwendung einer bestimmten Farbe – beispielsweise „Magenta“ für die Deutsche Telekom AG – bereits als „Werbung“ verstanden werden kann. Dies ist in der wettbewerbsrechtlichen und markenrechtlichen Rechtsprechung auch anerkannt.²² Dass dem so ist, lässt sich gut auch in sog. „Imagekampagnen“ beobachten, in denen ein Produkt nicht unmittelbar beworben wird. Vielmehr wird eine positive Grundstimmung erzeugt und nur kurz ein bestimmtes Logo am Ende eingeblendet.

dieser Definition eindeutig das Erfordernis einer entsprechenden Zielrichtung entnehmen.

16 Näher zur Manifestationslehre vgl. *Fischer* (Fn. 7), § 246 Rn. 6 ff.

17 Vgl. *Fischer* (Fn. 7), § 246 Rn. 4.

18 Vgl. Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 14/2881 vom 19. 6. 2008 auf S. 5.

19 Zum Werbebegriff siehe auch *Hecker/Ruttig*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Fn. 10), § 5 GlüStV Rn. 17.

20 Vgl. VG München vom 7. 9. 2009 – M 22 S 09.3403 auf S. 19 ff. bezüglich „bwin“.

21 Etwa durch die Benennung eines Firmennamens auf einem Fußballtrikot.

22 Vgl. zur Verwendung der Farbe „Magenta“ etwa BGH, 4. 9. 2003 – I ZR 44/01, GRUR 2004, 154 ff.

Jedoch ändert diese Erkenntnis nichts daran, dass gleichwohl aus den Gesamtumständen eine entsprechende „werbende Zielrichtung“ des Handelnden hinreichend deutlich hervorgehen muss. Allein die bloße Abbildung eines Logos reicht demzufolge nicht stets aus, um hiervon auszugehen. Sonst wäre etwa auch bei einer bloßen Berichterstattung in den Nachrichten im Zweifel eine werbende Zielrichtung zu unterstellen. Maßgeblich bleibt somit auch bei einem „weiten“ Begriffsverständnis, dass eine „werbende Zielrichtung“ eindeutig feststellbar ist.

In dem unter II. dargestellten Beispiel ist dementsprechend zu untersuchen, ob beim Telediensteanbieter C ein Wille dahingehend feststellbar ist, dass das unter www.xxx-poker.com abrufbare entgeltliche Pokerspiel der Gesellschaft B beworben werden soll, wenn dieser einen Link zu der unter www.xxx-poker.net abrufbaren kostenlosen Pokerschule der Gesellschaft A bereithält.

a) Diversität der Gesellschaften

Wichtigster Anhaltspunkt für die Ermittlung einer „werbenden Zielrichtung“ ist zunächst, wie die Gesellschaften A und B zueinander stehen. Wenn diese völlig unabhängig voneinander bestehen, ist nicht ersichtlich, wieso ein Telediensteanbieter nicht allein für den eigenen Vertragspartner werben wolle, sondern für ein auf einer anderen Website geschaltetes entgeltliches Angebot einer völlig anderen Gesellschaft. Im unter II. dargestellten Sachverhalt bestehen die Gesellschaften A und B gerade völlig unabhängig voneinander. Eine Diversität der Gesellschaften spricht damit vorliegend eindeutig gegen eine entsprechende „werbende Zielrichtung“ des Telediensteanbieters C bezüglich des Angebots der Gesellschaft B.²³

b) Wirtschaftliche Eigenständigkeit des Angebots der Gesellschaft A

Gegen eine werbende Zielrichtung im Hinblick auf das entgeltliche Pokerangebot der Gesellschaft B spricht zudem, dass das davon zu unterscheidende Angebot der Gesellschaft A wirtschaftlich völlig selbständig ist. Indem die Gesellschaft A unter www.xxx-poker.net den Nutzern die Möglichkeit bietet, kostenlos ihre Pokerfähigkeiten zu trainieren, werden diese dazu veranlasst, längere Zeit die Website aufzurufen. Ziel solcher kostenloser „Portale“ im Internet ist es, regelmäßig Einnahmen durch Werbung zu generieren. Ein solches Angebot erscheint nachvollziehbar und zeitgemäß.²⁴ Die besondere Attraktivität des Angebots der Gesellschaft A für Werbepartner besteht darin, dass die Nutzer nicht nur Sekunden auf der Website verweilen, sondern laut Sachverhalt um ein Mehrfaches länger im Vergleich zu anderen Informationsportalen. Dadurch wird belegt, dass das Angebot der Gesellschaft A auch in tatsächlicher Hinsicht eigenständig ist und sich so auch für den Telediensteanbieter C darstellt.

c) Identität der Begrifflichkeit „xxx-poker“

Es könnte schließlich erwogen werden, allein wegen der Identität der Begrifflichkeit „xxx-poker“ eine entscheidende Prägung zu Lasten des Telediensteanbieters C anzunehmen.

Das VG München führt insoweit zur Begrifflichkeit „free-bwin.com“ Folgendes aus:

„Denn auf den Stadion-Banden u. a. kommt gerade nicht der Inhalt der Website ‚free-bwin.com‘ unmittelbar visuell zum Ausdruck, sondern allein der Schriftzug ‚free-bwin.com‘. Nur dieser Schriftzug ist der maßgebliche vi-

suelle Werbeindruck auf den Betrachter im Stadion oder den Betrachter der Interviewwände o. Ä. Der mit diesem Schriftzug transportierte werbliche Gehalt ist nicht die Werbung für eine kostenlose Pokerschule; genau das lässt sich dem Schriftzug als solchen nicht entnehmen. Vielmehr springt dem Beobachter ganz eindeutig der prägende Bestandteil dieses Schriftzugs ins Auge, nämlich das Logo ‚bwin‘ des Glücksspielanbieters ‚bwin‘.“²⁵

Insoweit verkennt das VG München, dass allein die Verwendung einer bestimmten Begrifflichkeit oder eines Logos für sich nicht ausreicht, um von einer „werbenden Zielrichtung“ in eine ganz bestimmte Richtung auszugehen. Übertragen auf das oben geschilderte Beispiel müsste die Behörde einen Gesetzesverstoß allein deshalb annehmen, weil derselbe Begriffsbestandteil „xxx-poker“ von den verschiedenen Anbietern verwendet würde. Eine solche, rein objektiv orientierte Auslegung wäre allerdings uferlos und würde den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht. Sonst müsste etwa die bloße Nennung der in der Einleitung genannten real existierenden Pokerschulen durch die Verfasser dieses Beitrags als „Werbung“ abqualifiziert werden.

Wie bereits oben festgestellt besteht der Begriff der „Werbung“ nicht allein aus objektiven, sondern gerade auch aus subjektiven Begriffsmerkmalen. Entscheidend ist somit nicht allein die Verwendung eines bestimmten Logos, sondern der konkrete Kontext, nach welchem es möglich sein muss, eine ganz bestimmte „werbende Zielrichtung“ des Verwenders zu belegen.

Zu denken wäre für den Fall des VG München etwa daran, dass ein Mitbewerber der „bwin“-Gruppe deren Farben bzw. ein vergleichbares Logo verwendet, um möglicherweise von der ähnlichen Gestaltungsweise und einem entsprechenden Wiedererkennungseffekt zu profitieren. Unabhängig von der wettbewerbs- und markenrechtlichen Bedenklichkeit eines solchen Verhaltens könnte jedenfalls keinesfalls daraus geschlossen werden, dass dieser Mitbewerber gerade das Angebot der „bwin“-Gruppe bewerben wolle. Das VG München verkennt insoweit, dass möglicherweise ähnliche Farben oder ein ähnliches Logo allein deshalb aufgegriffen werden, um im Geschäftsverkehr von der Ähnlichkeit zu profitieren. So liegt es auch im vorangestellten Beispielfall nahe, dass die unter www.xxx-poker.net abrufbare kostenlose Pokerschule bei der Verwendung des Begriffsbestandteils „xxx-poker“ von der Bekanntheit dieses Begriffs und seiner Darstellung einen eigenen Nutzen ziehen will. Dass damit auch der Wille verbunden sei, für das unter www.xxx-poker.com kostenpflichtige Angebot einer völlig anderen Gesellschaft werben zu wollen, lässt sich damit jedenfalls nicht belegen.

d) Diversität der Angebote auch erkennbar

Auch wenn verschiedene Gesellschaften existieren und diese dabei rechtlich sowie tatsächlich völlig unabhängig voneinander sind, könnte erwogen werden, ob allein auf-

23 Dem oben zitierten Beschluss des VG München lag ein anderer Sachverhalt zugrunde. Insoweit lagen gerade nicht zwei völlig unterschiedliche Gesellschaften vor. Vielmehr handelte es sich beim Betreiber der Internetseite „free-bwin.com“ laut Impressum um eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der bwin-AG.

24 Zu denken ist nur an private Fernsehsender, die ein weit gefächertes Angebot kostenlos anbieten und sich vorwiegend über Werbeeinnahmen finanzieren. Für das Internet ist dabei zu bedenken, dass der Anteil der Online-Werbung am Werbemarkt stetig ansteigt, so dass auch in diesem Marktsegment mit kräftigen Werbeeinnahmen gerechnet werden kann. Für 2010 wird – trotz der Wirtschaftskrise – insoweit ein Wachstum von 25 Prozent erwartet, vgl. den Artikel in der FAZ vom 22. 9. 2009 auf S. 17, „Online-Werbung wächst auch in der Krise“.

25 VG München, 7. 9. 2009 – M 22 S 09.3403.

grund einer entsprechenden Verwechslungsgefahr eine werbende Zielrichtung bezüglich beider Angebote zu bejahen wäre. Ein solcher Ansatz lässt sich jedoch nicht mit der subjektiven Prägung der dargestellten Definition des Begriffs „Werbung“ in Einklang bringen. Ungeachtet dessen lässt sich jedenfalls im unter II. dargestellten Sachverhalt überhaupt keine entsprechende Verwechslungsgefahr entnehmen. Sowohl auf der Website der Gesellschaft A sowie des Teledienstanbieters C wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Einsatz von Echtgeld nicht gestattet ist und die Chips auf den Spielerkonten keinen realen Geldwert haben. Darüber hinaus weist sogar das Logo der Gesellschaft A den deutlich lesbaren Zusatz auf, dass es sich um eine „Gratis Pokerschule“ handele. Falls überhaupt mit „xxx-poker“ die Assoziation verbunden wäre, dass es sich dabei um entgeltliches Pokerspiel handeln müsse, wird diese durch den unmittelbaren Zusatz „Gratis Pokerschule“ jedenfalls unmissverständlich entkräftet.²⁶

V. Fazit

Unter Zugrundelegung des Glücksspielrechtlichen Werbebegriffs liegt jedenfalls dann bei kostenlosen Online-

Pokerschulen keine illegale Werbung vor, wenn eine entsprechende werbende Zielrichtung für unerlaubtes Glücksspiel nach den Gesamtumständen nicht vorliegt. Für die Gratisspielseiten wie z. B. www.PokerStars.de, www.EverestPoker.net oder auch www.PartyPoker.net sollten deutsche Medienanbieter damit unbehelligt werden dürfen. Vorsicht geboten ist hingegen bei Anbietern, die eine offensichtliche Bewerbung ihrer Echtgeld-Seite z. B. durch den Einbau von Links oder Bannern sowie Durchführung deckungsgleicher Werbekampagnen auffallen. Es bleibt insgesamt zu wünschen, dass seitens der zuständigen Ordnungsbehörden ein entsprechendes Differenzierungsbedürfnis an den Tag gelegt wird. Nur wer „falsch“ spielt, ist zu bekämpfen, egal ob mit Spitzbart oder ohne.

26 So wurde auch die Werbung für ein Pferdewettenangebot im Internet als zulässig erachtet, sofern ein entsprechender Zusatz „Pferdewetten im Internet“ klarstellt, dass trotz eines gleichnamigen Sportwettenangebots nur ein zulässiges Pferdewettenangebot beworben werden soll. So wird die Sprecherin der Aufsichtsbehörde ADD zitiert, vgl. <http://www.sueddeutsche.de/j5138q/3215534/Vom-Netz-genommen.html>, Bericht unter www.sueddeutsche.de vom 8. 1. 2010.

Prof. Dr. Karl-E. Hain, Köln*

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – Träger mittelbarer Staatsverwaltung?

Organisationsrechtliche Bemerkungen aus Anlass des BGH-Urteils in der Strafsache *Emig*

Durch die Emig-Entscheidung des BGH wird das unter Medienrechtlern seit langem diskutierte Problem der (Nicht-)Zuordnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur mittelbaren Staatsverwaltung erneut virulent. In diesem Beitrag soll gezeigt werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Bestandteil der mittelbaren Staatsverwaltung eine konkurrierende Staatsaufgabe wahrnimmt, und dass die derzeit vielbeschworene „Staatsfreiheit“ des Rundfunks einer solchen Zuordnung nicht widerstreitet, sondern vielmehr im Rahmen des Organisationsmodells der mittelbaren Staatsverwaltung adäquat umgesetzt werden kann.

I. Einführung

In seiner Entscheidung über die Revision des ehemaligen Sportchefs des Hessischen Rundfunks *Jürgen Emig* hat der BGH den Angeklagten als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB qualifiziert.¹ In diesem Zusammenhang hat der BGH judiziert, es handele sich beim Hessischen Rundfunk um eine solche „sonstige Stelle“, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehme. Zudem rekurriert der BGH auf eine Kammerentscheidung des BVerfG, in deren Rahmen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „ungeachtet des Grundsatzes ihrer Staatsfreiheit“ als Träger mittelbarer Staatsverwaltung klassifiziert werden.²

Mit diesen Passagen der Urteilsbegründung hat der BGH rundfunkrechtlich sensibles Terrain betreten, wird doch im medienrechtlichen Schrifttum die Zuordnung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten³ zum Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung unter Berufung auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der sog. „Staatsfreiheit“ des Rundfunks überwiegend strikt abgelehnt.⁴ Kann also nicht sein, was wegen dieses Grundsatzes nicht sein darf? Oder sind die Anstalten – ohne Widerspruch zu der in den

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

1 BGH, 27. 11. 2009 – 2 StR 104/09, K&R 2010, 264, Rn. 25 ff.

2 BGH, 27. 11. 2009 – 2 StR 104/09, K&R 2010, 264, Rn. 34, unter Rekurs auf BVerfG, 15. 12. 2003 – 1 BvR 2378/03, NVwZ 2004, 472 (Nichtannahme-Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats). Gegenläufig i. Ü. der vom BGH nicht erwähnte Nichtannahme-Beschluss des BVerfG, 20. 7. 1988 – 1 BvR 155/85 u. a., AfP 1988, 235, 236 f., der in der Folge der vom BGH in Bezug genommenen Entscheidung des BVerwGE 70, 310, 316 f., zur Frage eines presserechtlichen Informationsanspruches gegen eine Rundfunkanstalt erging. Dass Nichtannahme-Beschlüsse nicht mit der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG ausgestattet sind – BVerfGE 92, 91, 107; *Heusch*, in: Umbach u. a., BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 31 Rn. 55, sei hier nur am Rande erwähnt.

3 Nachfolgend wird vereinfachend von den „(Rundfunk-)Anstalten“ gesprochen, auch wenn es sich beim Deutschlandradio (DR) um eine Körperschaft handelt (§ 1 Abs. 1 DR-StV). Der Sache nach gelten die nachfolgenden Überlegungen auch für das DR.

4 Vgl. nur *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, 4. Kap. Rn. 50 ff.; *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rn. 301 f.; *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 9 Rn. 17, 21.