

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

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.

Glücksspielregulierung ist nur dann unionsrechtskonform, wenn das nationale Schutzniveau tatsächlich den unionsrechtlichen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Kohärenz entspricht.⁶ Insbesondere darf eine die Dienstleistungsfreiheit einschränkende Regelung nicht durch eine gegenläufige Maßnahme konterkariert werden.⁷

Folglich ist es zwingend erforderlich, dass eine Glücksspielmonopolregulierung den Darlegungs- und Nachweisforderungen entspricht und sich die Mitgliedstaaten laufend vergewissern, dass restriktive, in die Dienstleistungsfreiheit eingreifende Regelungen auch tatsächlich dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Der Mitgliedstaat hat also die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen laufend zu ermitteln und folgerichtig zu beurteilen.⁸

Das nationale Gericht hat folglich ein mehrstufiges Prüfprogramm abzuwickeln. An erster Stelle steht die Festlegung eines nationalen Schutzniveaus, das insbesondere dynamisch auf Veränderungen hinsichtlich Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen reagieren kann und muss.⁹ Zweitens ist unter Berücksichtigung der vorgenannten Festlegungen eine Beurteilung der nationalen Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung der weiteren Anforderungen des EuGH an die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorzunehmen. Kernabwägungsinhalt ist stets die Vorgabe, dass Art. 56 AEUV Vorrang vor mitgliedstaatlichen Regelungen hat, soweit diese nicht tatsächlich kohärent und systematisch die Gelegenheiten zum Spiel verringern oder die mit Spielen möglicherweise verbundenen Suchtgefahren korrekt einschätzen und bekämpfen.¹⁰

III. Inkohärenz der nationalen Regulierung aufgrund der Glücksspielwerbung der Monopolträger

Doch gerade hier haben die Bundesländer als Verantwortliche für das Glücksspielrecht als Ländermaterie gerade keine ausreichende nationale Kohärenz geschaffen, weil die Regelungen und die Wirklichkeit hinsichtlich der Werbepaxis der Landeslotteriegesellschaften gerade nicht systematisch am Ziel der Suchtbekämpfung ausgerichtet sind.

Das BVerwG hat hier die Leitlinie aufgestellt, dass bei dem installierten deutschen Glücksspielmonopol zur Suchtbekämpfung die Werbung „maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum legalen Glücksspielangebot hinzulenken.“¹¹ Als unzulässiges Verhalten charakterisiert das BVerwG an gleicher Stelle jedwede Werbung, die einen Verbraucher dazu anregt sich aktiv am Spiel zu beteiligen. Dementsprechend sind zugkräftige Werbebotschaften, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen, unionsrechtswidrig.¹²

Auch das OVG Rheinland-Pfalz hat sich mit der Frage der offensiven bzw. suggestiven Werbung im Glücksspiel beschäftigt.¹³ Nach Ansicht des OVG Rheinland-Pfalz war eine Werbung, in der Glücksspiel als sozialadäquate oder sogar als positiv bewertete Unterhaltung dargestellt wird und die nicht nur auf eine Kanalisierung der ohnehin vorhandenen Spielleidenschaft hin zu staatlichen Wettangeboten angelegt ist, sondern zum Wetten anreizt und ermuntert, unzulässig.¹⁴ Kritisch war aus Sicht des OVG insbesondere diejenige Werbung, welche über den schlichten Hinweis auf das Vorhandensein des Glücksspielpro-

dukts hinausging, indem solche Werbung explizit mit hohen Jackpots warb.¹⁵ Generell attestierte das OVG Rheinland-Pfalz der zuständigen Aufsicht ein strukturelles Vollzugsdefizit in Anlehnung an die Entscheidung des BVerwG, da Werbemaßnahmen als unzulässig erachtet, aber nicht unterbunden wurden.

Die Leitlinie des BVerwG haben nachfolgend der Hessische VGH¹⁶ als auch das VG München¹⁷ weiter unter dem aktuell geltenden 1. GlüÄndStV ausgearbeitet.

1. Gesetzlich angelegte, rechtliche Inkohärenz durch die WerbeRL

Unabhängig von den richterlichen Vorgaben sind aber schon die gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich Glücksspielwerbung inkohärent. Aus Sicht des Glücksspielrechts ist einer der möglichen Ansatzpunkte bzgl. Werbung in § 5 GlüStV zu sehen. Die gesetzliche Leitlinie, dass Glücksspielwerbung an den Vorgaben des GlüStV auszurichten ist,¹⁸ sollte durch die WerbeRL konkretisiert werden.

Ursprünglich in Gestalt einer normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift erlassen, soll die WerbeRL einen Leitfaden für die Erlaubnisfähigkeit von Glücksspielwerbung bzw. auch einzelner Werbemaßnahmen darstellen. U.a. findet sich in § 4 Abs. 1 der WerbeRL eine enumerative Aufzählung, welche Werbeinhalte oder -aussagen zu unterlassen sind. Diese reichen vom Ansprechen Minderjähriger, der einseitigen Betonung des Nutzens des Glücksspielcharakters (z. B. Möglichkeit der Verbesserung der finanziellen Situation eines Spielteilnehmers) bis hin zum Verbot der Normalisierung von Glücksspiel.¹⁹

Allerdings mangelt es dieser Leitlinie an der europarechtlichen Orientierung, da es nach den Worten des VGH Hessen, nicht „strikt die vom EuGH und vom BVerwG herausgearbeiteten Kriterien, die bei einem Glücksspielmonopol einzuhalten sind“ berücksichtigt.²⁰ Als Beispiel dieser mangelnden Berücksichtigung verweist der VGH Hessen explizit auf die gemäß früherer Rechtsprechung unzulässige Imagewerbung der Monopolanbieter.²¹

2. Vorliegen richterlich festgestellter, tatsächlicher Inkohärenz

a) Entscheidung des Hessischen VGH

Auf Basis der Rechtsprechung des EuGH sowie des BVerwG kam der VGH Hessen nochmal auf die Werbung der Landeslotteriegesellschaften als Monopolträger zu-

6 EuGH, 30. 6. 2016 – C-464/15 – Admiral Casinos & Entertainment AG, Rn. 32 ff.; EuGH, 14. 6. 2017 – C-685/15 – Online Games Handels GmbH u. a., Rn. 53.

7 BVerwG, 26. 10. 2017 – 8 C 14.16, Rn. 38.

8 Koenig/Bovelet-Schober, ZFWG 2012, 164, 166; Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 10 a GlüStV Rn. 105.

9 EuGH, 30. 6. 2016 – C-464/15, Rn. 32 ff. – Admiral Casinos & Entertainment AG; EuGH, 14. 6. 2017 – C-685/15, Rn. 53 – Online Games Handels GmbH u. a.

10 EuGH, 30. 6. 2016 – C-464/15, Rn. 33 f. – Admiral Casinos & Entertainment AG.

11 BVerwG, 20. 6. 2013 – 8 C 10/12, Rn. 34.

12 BVerwG, 20. 6. 2013 – 8 C 10/12, Rn. 34.

13 OVG Rheinland-Pfalz, 10. 7. 2014 – 6 A 11312/13.

14 OVG Rheinland-Pfalz, 10. 7. 2014 – 6 A 11312/13, Rn. 24.

15 OVG Rheinland-Pfalz, 10. 7. 2014 – 6 A 11312/13, Rn. 32.

16 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16.

17 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915.

18 Bornemann, K&R 2012, 653, 654.

19 Schippel, ZFWG 2017, 371, 372.

20 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 22.

21 BVerwG, 24. 11. 2010 – 8 C 15.09, juris Rn. 51 f.

rück. Ausgehend von Sportwetten ist aus Sicht des VGH Hessen Werbung von Monopolträgern nur dann zulässig, wenn darauf verzichtet wird, die Wettbereitschaft zu fördern.²² Konkret dürften keine Spieler zum Spielen angeleitet, aufgefordert, verlockt oder ermuntert werden. Stattdessen sei Glücksspielwerbung auf die Information und Aufklärung über die Art und Weise des legalen Angebots zu beschränken.²³ Unter Verweis auf den EuGH seien insbesondere Werbebotschaften, die bedeutende Gewinne in Aussicht stellen, unzulässig und unionsrechtswidrig.²⁴ Insbesondere sei die Bewerbung von Glücksspiel als sozialadäquate Unterhaltung oder die Vermittlung eines positiven Images (durch die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch die erzielten Einnahmen) von Glücksspiel durch Monopolanbieter nicht gestattet.²⁵

b) Entscheidung des VG München

Das VG München kommt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung des VGH Hessen uneingeschränkt auf den Lotteriebereich anwendbar ist.

Besonders wichtig ist die Feststellung des VG München, dass aufgrund der Werbepaxis der Landeslotteriegesellschaften eine Inkohärenz gegeben ist, die dazu führt, dass das Lotteriemonopol in Teilen nicht anwendbar und verfassungs- und unionsrechtswidrig ist.²⁶ Insbesondere die Werberichtlinie zum GlüStV, die seit dem 1.2.2013 gilt, sei mit der Rechtsprechung des EuGH und BVerwG unvereinbar und belege die Unionsrechtswidrigkeit der nationalen Regulierung.²⁷ Vor allem aber rügt das VG München die Aufmachung und Werbung der Landeslotteriegesellschaften, welche trotz aufgestellter Leitlinien zur Glücksspielwerbung von Monopolträgern u. a. mit dem Slogan „Vom Lebenstraum zum Traumleben“ besonders hohe Gewinne in Aussicht stellt und damit Unentschlossene zum Mitspielen anregt.²⁸

3. Zwischenergebnis

Anhand der klaren Leitlinien europäischer und höchstverwaltungsrechtlicher Rechtsprechung kristallisiert sich der unverbrüchliche Grundsatz heraus, wonach Werbung maßvoll zu sein hat und allein Informationszwecken dienen darf, um den Verbraucher zum legalen Glücksspielangebot hinzulenken. Unzulässig ist dementsprechend Werbung, die einen Unbeteiligten durch zugkräftige auffordernde Botschaften anregt, aktiv am Spiel zu partizipieren. Im Übrigen gilt gerade im Bereich Werbung für die Landeslotteriegesellschaften, dass sich diese die Werbung, die unter den Dachmarken („LOTTO“ oder „EUROJACKPOT“) veröffentlicht wird, einander zurechnen müssen.²⁹ Hintergrund dieser gegenseitigen Zurechnung ist die landesgrenzenübergreifend abgestimmte und umgesetzte Werbung der Monopolgesellschaften. Das BVerwG attestiert hier ein allgemein „mitgetragenes, koordiniertes und planmäßiges Vorgehen für den Vertrieb der Angebote“, das auf der vertriebsfördernden Wirkung der Werbung aufbaut.

IV. Bewertung der Werbemaßnahmen der Landeslotteriegesellschaften

Im Einzelnen sind unter Berücksichtigung jüngerer Rechtsprechung folgende Werbemaßnahmen der Monopolträger anhand der unionsrechtlichen Anforderungen einer kohärenten Regulierung unzulässig. Generell zeigt die nachfolgende Darstellung ein strukturelles Umsetzungsdefizit

der Monopolregulierung auf,³⁰ gegen das die Glücksspielaufsichten zur mittelfristigen Umsatzsicherung der Landeslotteriegesellschaften nicht einschreiten:

1. Jackpot-Kampagnen

90 Mio. Euro, die Höchstgewinnsumme³¹ in der Gewinnklasse 1 der europaweit spielbaren Lotterie EUROJACKPOT, war zumindest im II. Quartal 2018 vielerorts der Traum zahlreicher Verbraucher.

Gerade hier liegt auch eine der Schwachstellen der Lotteriewerbung. Der VGH Hessen hat den Jackpot-Kampagnen vorgeworfen, dass die Anziehungskraft durch besonders hohe Gewinne gesteigert und Unentschlossene zum Mitspielen angeregt würden. Ferner erzeuge die zeitliche Befristung von seit längerem nicht geknackten Jackpots einen Entscheidungsdruck aufseiten noch unentschlossener Spieler.³² Dies wird u. a. durch Aufforderungen wie „Der Lotto-Jackpot wurde bei der letzten Ziehung nicht geknackt. Deshalb heute im Jackpot: ... Mio. Euro.“ noch verstärkt. Aber gerade darin liegt ein Verstoß gegen das maßvolle, zielgerichtete Werben, wenn besonders hohe Gewinne in Aussicht gestellt werden, gerade um Unentschlossene zum Mitspielen anzuregen.³³

Dabei ist das Medium über welches derartige Jackpot-Kampagnen transportiert werden unwichtig. Das VG München verwies hier als Beispiele für unionsrechtswidrige Werbung u. a. auf die Homepages von Landeslotteriegesellschaften für unzulässige Bannerwerbung.³⁴ Kritisch bemängelte das VG München zudem das Fehlen von Gewinnwahrscheinlichkeiten, Hinweisen zu Suchtgefahren und Hilfsmöglichkeiten im Rahmen solcher Werbung in sozialen Netzwerken.³⁵ Auch Werbebanner auf den Online-Auftritten von Tageszeitungen sind kritisch zu sehen (zumal die Höhe des Jackpots in einer größeren Schrift als die Schlagzeilen der Zeitung gewählt wurde).³⁶ Alleine die Wahl der Schriftgröße im Vergleich zu den Schlagzeilen führt wiederum dazu, dass Gewinnwünsche hervorgerufen werden, die ein Unentschlossener sonst nicht hätte.³⁷

2. Absolut unzulässige Image-Werbung

Beide Entscheidungen der jüngeren Rechtsprechung wiederholen die beständige Rechtsprechung zum Verbot der Image-Werbung seitens der Landeslotteriegesellschaften.

Die vom VGH Hessen aufgestellte Vorgabe hierzu zielt auch auf ein Verbot der Werbung mit der gemeinnützigen

22 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 15.

23 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 15.

24 EuGH, 8. 9. 2010 – C-316/07 u. a., Slg. 2010, I-8069, Rn. 103 – Stoß u. a.; EuGH, 30. 6. 2011 – C-212/08, Slg. 2011, I-5633, Rn. 71 – Zeturf Ltd./Premierministire; EuGH, 15. 9. 2011 – C-347/09, K&R 2011, 719 = Slg. 2011, I-8185, Rn. 68 f. – Dickinger.

25 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 16.

26 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 27.

27 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 35.

28 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 37.

29 BVerwG, 20. 6. 2013 – 8 C 17/12, Rn. 50 sowie BVerwG, 15. 6. 2016 – 8 C 5/16, Rn. 26.

30 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 20.

31 Teilnahmebedingungen LOTTO Bayern zum EUROJACKPOT, Ziffer 17 Abs. 14, S. 30 v. 125, abrufbar unter: https://www.lotto-bayern.de/imperia/md/content/pfe3/metanavi2010/20170904_63_internet-teilnahmebedingungen_2018.pdf, abgerufen am 26. 6. 2018.

32 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 23.

33 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 23.

34 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 39.

35 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 40.

36 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 41.

37 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 41.

Verwendung der erzielten Einnahmen ab.³⁸ Generell sei für den VGH Hessen damit weder eine sozialadäquate Unterhaltung,³⁹ ein positives Image noch eine Aufwertung zum „Spenden durch Spielen“ erlaubt. Die Erzielung von Einnahmen kann nur nützliche Nebenfolge sein, aber nicht der Zweck einer Regulierung.⁴⁰ Daher verbietet sich im Umkehrschluss auch eine Imagewerbung mit sozialen Aspekten des Glücksspiels. Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerwG.⁴¹

Folgende kritische Beispiele verdienen es aus der Rechtsprechung beider Gerichte erwähnt zu werden:

- Ein Hinweis auf der Homepage, dass sowohl Spieler als auch Nichtspieler von LOTTO profitieren, da jedes Los mit seinen am Gemeinwohl orientierten Abgaben dem Land helfe, die hohe Lebensqualität und ein soziales und solidarisches Miteinander zu erhalten. Dadurch wird Glücksspiele ein unerwünschtes positives Image verliehen.⁴²
- Der Slogan „Glück ist, wenn man seinen Mitmenschen helfen kann“.⁴³
- Die Aussage, dass das durch die Landeslotteriegesellschaft mitveranstaltete Glücksspiel „Glück für Land und Leute“ ist.⁴⁴

3. Weitere Anhaltspunkte unzulässiger Werbung

Daneben finden sich aber noch weitere kleine Punkte zu unionsrechtswidriger Werbung, die die Landeslotteriegesellschaften nutzen, um ihre Produkte zu bewerben.

a) Hörfunk

Besonders kritisch hat sich das VG München zu Hörfunkspots der Landeslotteriegesellschaften geäußert. Unter Verweis auf ein mögliches Traumleben werden durch die Landeslotteriegesellschaften bedingt durch das unbegrenzte Medium überwiegend unentschlossene Bürger angesprochen.⁴⁵

b) Newsletter

Vergleichbares findet sich auch in den Newslettern der Landeslotteriegesellschaften, in denen vielfach ein besseres Leben ohne den Zwang, den Lebensunterhalt durch Arbeit verdienen zu müssen, angesprochen wird. Auch dadurch werden trotz der Tatsache, dass die Newsletter aktiv bestellt werden müssen, Gewinnbegehrlichkeiten angeheizt. Besonders kritisch sieht das VG München in solchen Newslettern aber, dass sich die Monopolträger gar nicht mehr die Mühe machen, Hinweise zu Suchtgefahren und Hilfsmöglichkeiten unterzubringen.⁴⁶

c) Kundenmagazine

Ähnliches gilt für die Kundenmagazine der Landeslotteriegesellschaften. Besonders deren Vorderseiten, die im Vorbeigehen wahrgenommen werden können, vermögen damit erstmalig Spielanreize anzuregen und bei Spielern ein gesteigertes Bedürfnis nach Glücksspielen hervorzurufen.⁴⁷ Besonders negativ behaftet in der aktuellen Praxis ist dadurch das Kundenmagazin „glüxmagazin“, welches auf der Vorderseite den Doppel-Jackpot von 90 Mio. und 20 Mio. Euro im EUROJACKPOT zusammen mit einem Privatjet und aufreizend rot gekleideten Stewardessen abbildet.⁴⁸ In der späteren Ausgabe beschied sich dasselbe Kundenmagazin mit der Darstellung des Doppel-Jackpots

in Höhe von 90 Mio. und 23 Mio. Euro in einer Schriftgröße, die größer war als der Titel des Kundenmagazins.⁴⁹

d) Pressemitteilungen

Auch Pressemitteilungen der Landeslotteriegesellschaften sind in diesem Zusammenhang als unzulässig und unionsrechtswidrig angesehen worden. Hier wird vor allem darauf gesetzt, wie nunmehr glückliche Millionengewinner mit einem vergleichbar geringen Spieleinsatz einen Jackpot abräumen konnten.⁵⁰

e) Verstöße gegen Werbegenehmigungen

Das VG Düsseldorf⁵¹ urteilte in einem der ersten Fälle von durch die Bezirksregierung Düsseldorf zu vergebenen Internet-Werbeerlaubnissen. Streitgegenstand war unter anderem der in den Werbeerlaubnissen zu findende Passus, der „Werbung, die im Hinblick auf die Teilnahmemöglichkeiten an einem Glücksspiel Zeitdruck suggeriert“ als unzulässig verbot.⁵² Das VG Düsseldorf hat in diesem Zusammenhang eindeutig jedweden Countdown als unzulässig angesehen. Jedoch finden sich vereinzelt eben solche Countdowns in Zusammenhang mit Spielangeboten der Monopolträger,⁵³ obwohl diese verboten sind. Auch darin liegt ein inkohärentes Verhalten der Landeslotteriegesellschaften.

4. Monopolwidrige Ausdehnung auf moderne Medien- und Vertriebswege

Als inkohärent kann zudem unabhängig von den vorgenannten Verstößen die Ausdehnung der Monopolwerbung auf soziale Medien sein. Grundlegend für das Angebot ist in diesem Zusammenhang das Urteil des BVerfG zum Sportwettenmonopol.⁵⁴ Apps und soziale Medien sind im 21. Jahrhundert nicht mehr wegzudenken. Grund dafür ist in gewisser Weise auch das mit den sozialen Netzwerken und dem Web 2.0 in das Leben der Menschen eingezogene digitale Teilen von Gedanken, Erfahrungen, Bildern, etc.⁵⁵

Zum Internetvertrieb hat das BVerfG sich ausgesprochen kritisch geäußert, da somit jederzeit und von jedem Ort aus die Teilnahme am Glücksspiel möglich ist.⁵⁶ Soziale Medien und Webseiten sind aber im Wesentlichen Kommunikationsplattformen, über die Unternehmen und Verbraucher miteinander kommunizieren können. Teil dieser Kommunikation ist dann auch der notwendige Austausch von Willenserklärungen zum Abschluss von Verträgen.

38 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 29.

39 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 44.

40 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 29.

41 Insbesondere zitiert hier der VGH Hessen und das VG München das BVerwG, 24. 11. 2010 – 8 C 15.09, Rn. 52 f.

42 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 30.

43 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 46.

44 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 45.

45 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 37.

46 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 38.

47 VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 42.

48 LOTTO Niedersachsen, „glüxmagazin“, Ausgabe 22 v. 29. 5. 2018.

49 LOTTO Niedersachsen, „glüxmagazin“, Ausgabe 24 v. 12. 6. 2018.

50 VGH Hessen, 29. 5. 2017 – 8 B 2744/16, Rn. 27 f., VG München, 25. 7. 2017 – M 16 K 12.1915, Rn. 47.

51 VG Düsseldorf, 22. 1. 2016 – 3 K 2472/14.

52 VG Düsseldorf, 22. 1. 2016 – 3 K 2472/14, Rn. 15.

53 Bsp. LOTTO Bayern, vgl. <https://www.lotto-bayern.de/eurojackpot/normalschein>; abgerufen am 26. 6. 2018.

54 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01.

55 Müller-Riemenschneider, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, S. 623 f.

56 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01, Rn. 139.

Durch die neuen Glücksspiel-Apps⁵⁷ der Monopolanbieter sowie deren Auftritte in sozialen Medien (insbesondere Facebook, Instagram etc.) kommen jüngere Zielgruppen bzw. Verbraucher, die eher unentschlossen sind, in Kontakt mit Glücksspielangeboten. Sowohl hinsichtlich deren neuer Reichweite als auch hinsichtlich der konkreten Aufmachung handelt es sich eindeutig um Werbemaßnahmen, die mit dem Zweck der staatlichen Monopolstellung und damit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot nicht zu vereinbaren sind. Besonders gravierend ist insbesondere bei Facebook die Möglichkeit mittels eines Button Spielteilnehmer von der Werbung auf den Vertriebsweg umzuleiten.⁵⁸

Durch die exzessive Nutzung sozialer Netzwerke, die in dieser Form im Jahr 2006 bei der wegweisenden Entscheidung des BVerfG zum Sportwettenmonopol gar nicht möglich war, wird evident, dass im Jahr 2018 die Rechtswidrigkeit der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich um ein Vielfaches offensichtlicher ist als im Jahr 2006 bezogen auf das Sportwettenmonopol.

5. Zusammenfassung

Insgesamt ist nach den vorherigen Ausführungen festzuhalten, dass die Landeslotteriegesellschaften trotz fein herausgearbeiteter europarechtlicher Leitlinien und klarer verwaltungsrechtlicher Beispiele unzulässigen Handels im Bereich Werbung agieren, wie Sie möchten.

V. Inkohärenz durch Vollzugsdefizit gegenüber den Monopolträgern

Im Übrigen erweist sich die nationale Regulierung als inkohärent, weil trotz eindeutiger gesetzlicher Verstöße die Aufsichten der Bundesländer vielfach nicht gegen die eigenen Landeslotteriegesellschaften und deren unzulässige Angebote vorgehen. Dies soll am Beispiel der „Online Games“ aus Hessen verdeutlicht werden. Diese „Online-Games“ entsprechen in keiner Weise Lotterien, dabei werden diese als Online-Sofortlotterien beantragt und als solche – mit einer „veränderten“ Darstellungsform – vertrieben, obwohl sie Online-Casino-Games gleichkommen. Ebenso wie bei klassischen Online-Casinos wird dem Verbraucher durch seine aktive Einbindung und irreführende Formulierung der Spielanleitung suggeriert, das Ergebnis des Spiels durch ein geschicktes Vorgehen beeinflussen zu

können. So heißt es in der Anleitung zum Spiel Pharaos wortwörtlich: „Stoppen Sie die Walzen mit den Hieroglyphen so, dass drei Mal das gleiche Symbol zu sehen ist“.⁵⁹ Zudem findet sich auch hier die vom Fachbeirat kritische gesehene schnelle Wiederholung, da Verbraucher mit Formulierungen wie „Schade, kein Gewinn. Neue Runde, neues Glück!“ aktiv zur sofortigen erneuten Teilnahme aufgefordert werden.

Die Spielteilnehmer werden auf diese Weise nicht von der Teilnahme an echten Online-Casinospielen abgehalten, sondern vielmehr an echte Online-Casinospiele herangeführt. Allerdings ist dagegen bislang kein aufsichtsrechtliches Einschreiten bekannt geworden.

VI. Zusammenfassung

Die insgesamt aufgezeigten Verstöße gegen die Grundsätze einer kohärenten Regulierung durch die unionsrechtswidrige Werbung der Landeslotteriegesellschaften und des Deutschen Lotto- und Toto-Blocks sowie durch das Vollzugsdefizit gegenüber den Landeslotteriegesellschaften führen in der Folge dazu, dass der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit privater Wirtschaftsteilnehmer (vgl. Art. 56 AEUV) nicht zu rechtfertigen ist.

Wenn nun aber die spielanreizende Werbung der Landeslotteriegesellschaften sich rechtlich nicht rechtfertigen lässt und angesichts der immer weiter voranschreitenden globalen Vernetzung zudem anachronistisch wirkt, was dann? Wenn Henry Ford recht behält und „stirbt, wer nicht wirbt“, bleibt nur eine Lösung: die staatlichen Landeslotteriegesellschaften müssen sich so schnell wie möglich den tatsächlichen Marktverhältnissen anpassen dürfen. Das bedeutet aus rechtlicher Perspektive aber auch, dass der Lotteriemarkt für private Wirtschaftsteilnehmer geöffnet werden muss. Auf dieser Basis kann dann auch eine effektive und schlagkräftige Regulierung aller Marktteilnehmer auf einem Niveau gelingen.

57 Bsp.: LOTTO Bayern, vgl. <https://www.lotto-bayern.de/service/app>, abgerufen am 26. 6. 2018; WestLOTTO, vgl. <https://www.westlotto.de/service/westlotto-app/westlotto-app.html>, abgerufen am 26. 6. 2018.

58 Bsp.: LOTTO Niedersachsen nutzt den Button „Spielen“ unter [facebook.com/lottoniedersachsen](https://www.facebook.com/lottoniedersachsen); LOTTO Hessen nutzt den Button „Jetzt einkaufen“ unter [facebook.com/lottohessen](https://www.facebook.com/lottohessen).

59 LOTTO Hessen, vgl. <https://www.lotto-hessen.de/online-games/schatz-des-pharaos?gbn=5&csi=15>; abgerufen am 26. 6. 2018.

Länderreport Schweiz

Dr. Ursula Widmer, Bern*

I. Stand Revision Datenschutzgesetz Schweiz – zwei Etappen

Der Nationalrat hat im Juni die notwendigen Anpassungen des schweizerischen Datenschutzrechts zur Umsetzung der EU-RL 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich des Strafrechts beschlossen.

Diese Gesetzesvorlage beinhaltet einerseits das neue Bundesgesetz über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen (Schen-

gen-Datenschutzgesetz) und andererseits die Anpassung weiterer Gesetze im Bereich des Strafrechts, des Strafprozessrechts, des Strafvollzugs, der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und im Polizeiwesen.

1. Vorgeschichte

Der Bundesrat hatte dem Parlament im September 2017 eine Gesamtvorlage zur Totalrevision des Datenschutzrechts vorgelegt. Der Gesetzesentwurf des Bundesrates

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. XII.