

Oktober 2016

11. Jahrg.

71732

Seite 285-384

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

5

Robert Dübbers

285 „Not just another service“ – Der Brexit und das Glücksspiel

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Anja Jäger

286 EU-rechtskonforme Optionen zur Neuordnung der Regulierung der (digitalen) Glücksspielwirtschaft in Deutschland

Dr. Erik Duesberg und Dr. Markus Rübenstahl

292 Geldwäsche im Glücksspielsektor – Zur Strafbarkeit des Glücksspielveranstalters gemäß § 261 StGB

Claus Hambach, LL.M., und Dr. Bernd Berberich

299 Glücksspielstrafrecht – unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 284–287 StGB

PD Dr. Franz Hofmann, LL.M.

304 Private Enforcement im Wett- und Glücksspielrecht

Bastian Philipp Kläner

310 Zu aktuellen Rechtsfragen des Trennungsgebotes nach § 21 Abs. 2 GlüStV

Robert Schippel

315 Das deutsche Online-Glücksspielrecht nach dem GlüStV 2012

Sven Buth und Dr. Jens Kalke

322 Lotterie-Sparen – Ergebnisse der Evaluation eines Internet-sozialkonzeptes

Dr. Manfred Hecker

327 Gewinnspartotterien im Spiegel der Evaluationspflicht nach § 4 Abs. 5 Nr. 4 GlüStV

329 Anforderungen der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich des Glücksspielrechts

EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-464/15 – Admiral Casinos & Entertainment AG

332 Anmerkung von *Norbert Krewer*

Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch

Sonderbeilage 3/2016

Symposium Glücksspiel 2016 der Forschungsstelle Glücksspiel an der Universität Hohenheim – Tagungsdokumentation

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

PD Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), Bayreuth/München*

Private Enforcement im Wett- und Glücksspielrecht

Die Rechtsgrundlagen für die Haftung von Intermediären wie Werbemedien, Zahlungsdienstleistern oder Internetzugangsprovidern bei illegalen Glücksspielangeboten

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den Möglichkeiten privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung (private enforcement) im Wett- und Glücksspielrecht: Können dabei neben jenen, die unerlaubte Glücksspiele veranstalten oder vermitteln, auch Mittelspersonen wie namentlich Werbemedien, Zahlungsdienstleister oder Access-Provider zur Bekämpfung illegaler Glücksspielangebote eingespannt werden? Die dogmatischen Grundlagen liefert das Lauterkeitsrecht, neue Inspiration kommt aus der Rechtsprechung zur Störerhaftung im Urheberrecht. Überlagert wird das Ganze durch die Besonderheiten der glücksspielrechtlichen Verbotstatbestände.

I. Private Enforcement im Wett- und Glücksspielrecht

Obwohl die Rechtslage zur Legalität diverser Glücksspielangebote vor allem wegen der Diskussionen um die Unionsrechtskonformität einzelner Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags unübersichtlich bleibt, gilt dennoch: Nicht jedes Glücksspielangebot ist erlaubt. Entsprechend braucht es Regelungen, die Verstöße sanktionieren.¹ § 9 GlüStV ermächtigt die zuständigen Behörden zur Rechtsdurchsetzung. Sie dürfen insbesondere die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV) oder auch den am Zahlungsverkehr Beteiligten die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit Glücksspielen verbieten (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV). Verstöße gegen die materiell-rechtlichen Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags einschließlich der Verletzung der Strafnormen §§ 284, 287 StGB können aber auch über das Lauterkeitsrecht geahndet werden. Diese Bestimmungen stellen Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG dar.² Konsequenterweise haben gemäß § 8 Abs. 3 UWG Mitbewerber (lizenzierte Glücksspielveranstalter) und Verbände³ die Möglichkeit, im Wege privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung gegen Verstöße vorzugehen. Regelmäßig darf davon ausgegangen werden, dass in diesen Fällen die Interessen der Mitbewerber und Verbraucher spürbar beeinträchtigt sind.⁴ Passivlegitimiert sind dabei ohne weiteres jene, die selbst einen Verbotstatbestand erfüllen, also insbesondere unerlaubtes Glücksspiel veranstalten oder vermitteln (§ 4 Abs. 1 GlüStV). Es fragt sich aber, ob darüber hinaus auch Mittelspersonen, die verbotenes Glücksspiel fördern oder aber in der Lage wären, solches abzustellen bzw. einzudämmen, haftbar gemacht werden können. Anders formuliert: Können Unterlassungsansprüche beispielsweise auch gegen Werbemedien, Zahlungsdienstleister, Suchmaschinen, Host- oder Access-Provider etc., kurzum Vermittler bzw. Intermediäre,⁵ geltend gemacht werden? Derartige „neue Phantasie[n]“⁶ sind teils de lege lata im Glücksspielstaatsvertrag angelegt (§ 4 Abs. 1 S. 2, 3. Var. GlüStV), werden aber auch durch die Rechtsprechung zur Störerhaftung im Urheberrecht beflügelt. Unterlassungsansprüche können

dort nicht nur gegen denjenigen geltend gemacht werden, der beispielsweise ein urheberrechtlich geschütztes Werk selbst öffentlich zugänglich macht (§ 19a UrhG), sondern insbesondere auch gegenüber Host Providern, Linksetzern oder neuerdings Internetzugangsvermittlern. Dies beruht auf dem Bedürfnis, rechtsverletzende Tätigkeiten einzudämmen, obwohl gegen den eigentlichen Verletzer aus praktischen Gründen nicht vorgegangen werden kann. Auch im Glücksspielrecht sitzt der Veranstalter unerlaubter Glücksspiele häufig im Ausland und kann sich dadurch der Rechtsverfolgung (nicht nur durch die Glücksspielaufsichtsbehörden) praktisch nicht selten entziehen.⁷

Nach einer kurzen Übersicht über die Intermediärhaftung im Recht des Geistigen Eigentums (II.) wird die Haftung von Mittelspersonen im Lauterkeitsrecht eingeführt (III.). Den Schwerpunkt des Beitrags bilden darauf aufbauend Überlegungen für die lauterkeitsrechtliche Haftung speziell von Werbemedien, Zahlungsdienstleistern und Internetzugangsvermittlern im Glücksspielrecht (IV.). Ob jeweils ein illegales Glücksspielangebot (das dem deutschen Recht unterliegt) vorliegt,⁸ setzt der Beitrag voraus. Es geht um Rechtsdurchsetzung, nicht die Analyse der Verbotstatbestände selbst.

II. Intermediäre als Haftungsschuldner im Recht des Geistigen Eigentums

Betrachtet man die deutsche Störerhaftung (1.), sticht vor allem ins Auge, dass die europäische Intermediärhaftung eine Ausweitung der an der effektiven Rechtsdurchsetzung zu beteiligenden Personen mit sich bringt (2.).

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der 11. Jahresfachtagung Sportwetten & Glücksspielrecht am 15.6.2016 in Frankfurt/Main gehalten hat. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Vgl. Hecker, WRP 2012, 523, 529.

2 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 3a Rn. 1.245 und Rn. 1.332; Hettich, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 4 UWG Rn. 36 f.; BGH, 24.1.2013 – I ZR 171/10, WRP 2013, 515 Rn. 11 – Neuregelung des Glücksspielrechts in Schleswig-Holstein; BGH, 28.9.2011 – I ZR 92/09, WRP 2012, 201 Rn. 21 – Sportwetten im Internet II; OLG Hamburg, 11.8.2011 – 3 U 145/09, GRUR-RR 2012, 21, 25 – LOTTO guter Tipp; vgl. BGH, 1.4.2004 – I ZR 317/01, WRP 2004, 899, 901 f. – Schöner Wetten; allgemein kritisch Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a Rn. 25 und Rn. 85; Ohly, in: Festschrift Köhler, 2014, S. 507, 514 f.

3 Zu den Anforderungen an einen Verband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG OLG Hamburg, 11.8.2011 – 3 U 145/09, GRUR-RR 2012, 21, 22 f. – LOTTO guter Tipp; OLG Koblenz, 4.11.2009 – 9 U 889/09, WRP 2010, 148, 149 ff. – GOLDENE 7.

4 Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 3a Rn. 1.245.

5 Zum Begriff Ohly, ZUM 2015, 308.

6 Vgl. Ankündigungstext 11. Jahresfachtagung Sportwetten & Glücksspiel.

7 Wild, ZfWG 2013, 236, 237; Büssow/Schmeling, ZfWG 2010, 239, 250.

8 Vgl. Wild, ZfWG 2013, 236, 236 f.

1. Dogmatik der Störerhaftung

Die Störerhaftung im Recht des Geistigen Eigentums wurde von der Rechtsprechung entwickelt. Gleichsam gewohnheitsrechtlich verweist die ständige Rechtsprechung formelhaft darauf, dass „als Störer [...] bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden [kann], wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt. Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der Inanspruchgenommene die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die weder als Täter noch als Teilnehmer für die begangene Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen werden können, setzt die Haftung als Störer nach der Rechtsprechung [...] die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfungspflichten, voraus. Ob und inwieweit dem als Störer Inanspruchgenommenen eine Verhinderung der Verletzungshandlung des Dritten zuzumuten ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung seiner Funktion und Aufgabenstellung sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat.“⁹

Einem haftungsbegründenden kausalen Moment steht eine haftungsbegrenzende Zumutbarkeitsprüfung gegenüber. Praktisch interessiert vor allem, ob und in welchem Umfang entsprechende Prüf-, Schutz-, Verhaltens-, kurzum Verkehrspflichten bestehen.¹⁰ Wie aus vorstehender Definition entnommen werden kann, bedarf es letztlich einer Interessenabwägung. Hierzu existiert eine umfangreiche Kasuistik.¹¹ Abstrakt kommt es vor allem auf die Gefahrgeneignetheit bzw. umgekehrt die soziale Bedeutung des Geschäftsmodells des potenziellen Haftungsschuldners an (z. B. Infrastruktureinrichtungen im Internet). Ferner spielen technische Möglichkeiten wie automatisierte Filter etc. oder auch der Aktivitäts- bzw. Passivitätsgrad des Vermittlers eine Rolle.¹² Konkret wird beispielsweise von der DENIC ein Tätigwerden erst dann verlangt, wenn ein vollstreckbarer Titel des Rechtsinhabers gegen den unmittelbaren Rechtsverletzervorgelegt wird oder der Rechtsverstoß offenkundig ist.¹³ Plattformbetreiber wie YouTube oder eBay aber auch Suchmaschinen (mit Blick auf Linksammlungen) haben regelmäßig erst auf einen Hinweis hin zu reagieren.¹⁴ Dann müssen sie aber nicht nur das rechtsverletzende Werk bzw. Produktangebot entfernen, sondern auch „wirksam zur Vorbeugung gegen erneute Verletzungen beitragen“.¹⁵ Der Beklagte hat zu verhindern, dass es zu keinen „weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen“ (auch durch andere Nutzer) kommt.¹⁶ Bisweilen werden auch proaktive Maßnahmen verlangt – beispielsweise Belehrungs- oder Sicherungspflichten bei der Internetanschlussinhaberhaftung¹⁷ oder bei Geschäftsmodellen, die von vorneherein auf Rechtsverletzungen angelegt sind.¹⁸ Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zu den Haftungsprivilegierungen der E-Commerce Richtlinie (Art. 12 ff. RL 2000/31/EG) bzw. der §§ 7 ff. TMG besonders deutlich.¹⁹ Praktisch berücksichtigt die Rechtsprechung diese Vorgaben über die konkreten Anforderungen an die Prüf-, Schutz- und Verhaltenspflichten.²⁰

2. Ausweitung auf Basis des Unionsrechts

In der Literatur wird allerdings darauf hingewiesen, dass die unionsrechtlichen Vorgaben zur Störerhaftung in Art. 11 S. 3 Enforcement-RL (RL 2004/48/EG) bzw. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) über die deutsche Störerhaftung hinausgehen. Bezweifelt wird, ob sowohl das Kausalitätskriterium als auch der Gedanke, dass das Verhalten des Intermediärs die Gefahr einer Rechtsverletzung erhöht haben muss, er also wegen einer „Störung“ haftet, mit den einschlägigen Richtlinienvorgaben im Einklang steht.²¹ Tatsächlich rechtfertigt das Unionsrecht die Haftung von Mittelspersonen ökonomisch. Vermittler sollen ausweislich des Erwägungsgrunds 59 S. 2 der InfoSoc-RL „am besten in der Lage“ sein, „Verstößen ein Ende zu setzen“; sie sind „cheapest-cost-avoiders“.²² Die Inanspruchnahme ist letztlich nicht deliktisch wegen einer Pflichtverletzung begründet, sondern als Hilfeleistungspflicht ausgestaltet.²³

Entsprechend weitreichend ist die Rechtsprechung des EuGH. Anders als in der deutschen Literatur wurde namentlich ein Access-Provider als potenzieller Adressat von Sperrmaßnahmen gesehen.²⁴ Die betroffenen Grundrechte seien zwar abzuwägen („angemessenes Gleichgewicht“), wodurch sich der Verpflichtete aufgrund von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen von seiner Haftung „befreien“ kann.²⁵ Dies steht der „Anordnung“ einer Internetsperre bzw. in deutscher Terminologie einem Unterlassungsanspruch grundsätzlich aber nicht entgegen. Der BGH musste daran anknüpfend die Störerhaftung entsprechend weiter fassen. Im Grundsatz sind Internetsperren nach neuester Rechtsprechung daher möglich, freilich nur nach gründlicher Abwägung der betroffenen Interessen (Werden legale

9 BGH, 8.1.2014 – I ZR 169/12, WRP 2014, 851 Rn. 22 – BearShare (Urheberrecht); BGH, 5.2.2015 – I ZR 240/12, WRP 2015, 577 Rn. 49 – Kinderhochstühle im Internet II (Markenrecht); vgl. aber zum Patentrecht BGH, 17.9.2009 – Xa ZR 2/08, WRP 2009, 1394 Rn. 29 ff. – MP3-Player Import.

10 Vgl. Hofmann, ZUM 2014, 654, 658.

11 Übersicht bei J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 97 Rn. 160 ff.

12 Ohly, ZUM 2015, 308, 312.

13 BGH, 17.5.2001 – I ZR 251/99, WRP 2001, 1305, 1308 f. – ambiente.de; BGH, 27.10.2011 – I ZR 131/10, WRP 2012, 1118 Rn. 20 ff. – regierung-oberfranken.de.

14 BGH, 16.5.2013 – I ZR 216/11, WRP 2013, 1613 Rn. 35 ff. – Kinderhochstühle im Internet II; zu Suchmaschinen Czychowski/J. B. Nordemann, GRUR 2013, 986, 992.

15 EuGH, 12.7.2011 – C-324/09, WRP 2011, 1129 Rn. 131 – L'Oréal/eBay.

16 BGH, 12.7.2012 – I ZR 18/11, WRP 2013, 332 Rn. 32 – Alone in the Dark.

17 BGH, 12.5.2010 – I ZR 121/08, WRP 2010, 912 – Sommer unseres Lebens; kritisch Hofmann, ZUM 2014, 654, 658 ff.; vgl. nunmehr EuGH, Schlussantrag Generalanwalt, 16.3.2016 – C-484/14.

18 Vgl. BGH, 12.7.2012 – I ZR 18/11, WRP 2013, 332 Rn. 22 – Alone in the Dark.

19 Zu diesem Spannungsverhältnis Ohly, ZUM 2015, 308, 309 ff.; Leistner, ZUM 2012, 722, 723.

20 Vgl. BGH, 17.8.2011 – I ZR 57/09, WRP 2011, 1609 Rn. 22 ff. – Stiftparfüm.

21 Czychowski/J. B. Nordemann, GRUR 2013, 986, 989 f.; Hofmann, GRUR 2015, 123, 127 f.; s. a. EuGH, 12.7.2011 – C-324/09, WRP 2011, 1129 Rn. 127 – L'Oréal/eBay.

22 Ohly, ZUM 2015, 308, 309; Leistner, ZUM 2012, 722, 723.

23 J. B. Nordemann, ZUM 2014, 499; ders., GRUR 2011, 977, 979; Czychowski/J. B. Nordemann, GRUR 2013, 986, 988, 990; Husovec, 4 JI-PIPEC (2) 2013, 116, 117 f.; s. a. Ohly, ZUM 2015, 308, 313.

24 Zum bisherigen Meinungsstand Leistner/Grisse, GRUR 2015, 19 ff., 105 ff.

25 EuGH, 27.3.2014 – C-314/12, WRP 2014, 540 Rn. 42 ff., 53 – UPC Telekabel; Brinkel/Osthaus, CR 2015, 642, 645 („Enthftung“).

Inhalte mitgesperrt? Wie effektiv ist die Maßnahme? Etc.) und zudem nur subsidiär gegenüber Rechtsdurchsetzungsversuchen gegenüber dem direkten Verletzer sowie Host-Providern.²⁶ Der Access-Provider ist somit Störer „zweiter Kategorie“.²⁷ De lege lata wird eine solche am besten als Aufopferungshaftung charakterisierbare Einstandspflicht im Recht des Geistigen Eigentums also über ein erweitertes Verständnis der Störerhaftung gewährleistet.²⁸ Zumindest de lege ferenda erscheint aber eine derartig weitreichende Haftung nicht zuletzt wegen der Verteilung des Kostenrisikos (vgl. „chilling effect“) erst in Folge einer gerichtlichen Anordnung vorzugswürdig.²⁹

Mit der erläuterten Logik scheint im Grundsatz auch die Haftung von Zahlungsdienstleistern (insbesondere Acquirer-Banken) denkbar, wenn sie an Zahlungen im Zusammenhang mit rechtsverletzenden Handlungen mitwirken und soweit sie auf klare Rechtsverletzungen hingewiesen wurden.³⁰ Sie sind nach herkömmlichem Verständnis zwar schwer als pflichtwidrig handelnde „Störer“ zu begreifen.³¹ Ihr Geschäftsmodell ist sozial erwünscht und erhöht nicht die Gefahr von Rechtsverletzungen. Gleichzeitig könnten Rechtsverstöße im Rahmen kostenpflichtiger Angebote aber mittels ihrer „Gatekeeper-Position“ effektiv unterbunden werden, selbst wenn die Zuordnung der Zahlungsströme zu illegalen Angeboten Schwierigkeiten bereiten kann. Ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit (Art. 16 EU-Grundrechtecharta) wäre wohl hinzunehmen.

3. Praktisches Vorgehen

Da die Störerhaftung nur für Unterlassungs-, nicht für Schadensersatzansprüche gilt,³² sollte der Anspruchsteller den Schuldner zur Vermeidung von Kostenrisiken (§ 93 ZPO) zunächst abmahnen. Die Kosten der Abmahnung können erstattet werden, wenn diese berechtigt war (vgl. § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG). Eine Pflicht zum Tätigwerden besteht für Intermediäre vielfach aber erst dann, wenn sie auf ein rechtswidriges Angebot hingewiesen worden sind. Zuvor besteht konsequenterweise kein Unterlassungsanspruch. Der Hinweis erfolgt damit auf Kosten des Rechtsinhabers. Sofern beispielsweise der Host-Provider der Aufforderung nachkommt, fehlt es sowohl an Wiederholungs- als auch Erstbegehungsgefahr.³³

III. Die lauterkeitsrechtliche Haftung von Mittelpersonen

Ob die dargestellte Erweiterung der Störerhaftung im Lauterkeitsrecht ebenfalls Gültigkeit beansprucht, hängt maßgeblich von der dogmatischen Konstruktion der Haftung von Mittelpersonen im Lauterkeitsrecht ab. Für das Glücksspielrecht ist dies – wie später unter IV. zu sehen sein wird – von besonderem Interesse.

1. Von der Störerhaftung zur Haftung wegen Verkehrspflichten

Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage zur Intermediärhaftung im Lauterkeitsrecht zumindest im Ergebnis ähnlich. Die dogmatischen Grundlagen (und damit teils auch die Resultate) unterscheiden sich allerdings erheblich.³⁴ Bekanntlich begründete der BGH den dogmatischen Paradigmenwechsel von der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung zur Haftung wegen der Verletzung lauterkeitsrechtlicher

Verkehrspflichten in der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien“. Nach neuer Rechtsprechung haftet gemäß § 3 (Abs. 2) UWG derjenige als Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung, der gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt: „Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die ernsthafte Gefahr begründet, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen.“³⁵

Während der BGH die Generalklausel als Rechtsgrundlage heranzieht, wollen andere direkt am verletzten Tatbestand anknüpfen.³⁶ Einen Unterschied begründet dies mit Blick auf das Akzessorietäterfordernis. Muss der Dritte zugleich einen lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestand einschließlich des Erfordernisses einer geschäftlichen Handlung erfüllen oder genügt es, wenn nur gegen Wertungen des Wettbewerbsrechts verstoßen wird? Ersteres scheint die Bezugnahme des BGH auf Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB zu stützen.³⁷ Im Bürgerlichen Recht gilt in der Tat: Wer eine Gefahrenquelle schafft, muss einstehen, wenn sich die Gefahr realisiert bzw. zu realisieren droht.³⁸ Dann folgt die Haftung aber auch direkt aus § 823 Abs. 1 BGB. Für das Lauterkeitsrecht würde dies nun aber bedeuten, dass dann, wenn von Niemandem eine unlautere geschäftliche Handlung vorgenommen wird, also kein „Erfolg“ eintritt – etwa im Fall, dass der unmittelbar Handelnde nicht im geschäftlichen Verkehr agiert bzw. keinen Unlauterkeitstatbestand verwirklicht; oder: die Mittelperson erfüllt nicht den konkreten Unlauterkeitstatbestand – eine

26 BGH, 26.11.2015 – I ZR 174/14, WRP 2016, 341 – Störerhaftung des Access-Providers; BGH, 26.11.2015 – I ZR 3/14, MMR 2016, 188.

27 Hofmann, NJW 2016, 769, 771.

28 Leistner/Grisse, GRUR 2015, 19, 19 f. („richtlinienkonforme [...] Auslegung“); vgl. Hofmann, NJW 2016, 769, 771; weniger kritisch Spindler, GRUR 2016, 451, 452 f.

29 Hofmann, GRUR 2015, 123, 128 ff.

30 Vgl. Jaworski, Die Haftung von Kreditkartenunternehmen für Urheberrechtsverletzungen Dritter, 2016 (zu den Beteiligten S. 18 ff. und S. 139 ff.); J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann (Fn. 11), § 97 Rn. 174a; s. a. LG Berlin, 23.11.2004 – 27 O 836/04, ZUM-RD 2005, 148 f.; Podszun, GWR 2016, 211; für die USA Perfect 10 v. Visa Int. Service, 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007); Gucci America v. Frontline Processing, 721 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2010).

31 Vgl. Ahrens, WRP 2007, 1281, 1288.

32 BGH, 30.7.2015 – I ZR 104/14, WRP 2015, 1501 Rn. 40 – Posterlounge.

33 BGH, 17.8.2011 – I ZR 57/09, WRP 2011, 1609 Rn. 37 ff. – Stiftparfüm; zur Bestimmtheit eines „Sperrantrags“ BGH, 26.11.2015 – I ZR 174/14, WRP 2016, 341 Rn. 13 f. – Störerhaftung des Access-Providers; für England vgl. *Cartier v. British Sky* [2014] EWHC 3354 (Ch) Rn. 58, 72.

34 Mit Blick auf das hier nicht weiter zu vertiefende Relevanzkriterium einerseits Ohly, in: Festschrift Ahrens, 2016, S. 135, 144, andererseits Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 2.8.

35 BGH, 12.7.2007 – I ZR 18/04, WRP 2007, 1173 Rn. 36, 22 und der 2. Leitsatz – Jugendgefährdende Medien; BGH, 18.6.2014 – I ZR 242/12, WRP 2014, 1050 Rn. 21 – Geschäftsführerhaftung.

36 Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 8 Rn. 123; Döring, WRP 2007, 1131, 1136 f.; ausdrücklich anders BGH, 12.7.2007 – I ZR 18/04, WRP 2007, 1173 Rn. 16, 21 – Jugendgefährdende Medien; unklar BGH, 19.3.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326 Rn. 31, 34, 38 – Hotelbewertungsportal.

37 BGH, 12.7.2007 – I ZR 18/04, WRP 2007, 1173 Rn. 36 – Jugendgefährdende Medien.

38 v. Bar, JuS 1988, 169, 170; Raab, JuS 2002, 1041, 1042 f.; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 306, 312 314 ff.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts. Band II/2 13. Aufl. 1994, § 75 II 3, S. 364 ff., § 76 III 2, S. 405 f.; Ahrens, WRP 2007, 1281, 1286 f.; vgl. für Unterlassungsansprüche G. Schiemann, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, Vor § 823 Rn. 21 f.

Haftung wegen der Verletzung von Verkehrspflichten ausscheiden müsste. Indes: Im Fall Jugendgefährdende Medien argumentierte der BGH zwar mit der Verletzung solcher Pflichten („Rechtsgedanke“),³⁹ stützte den Unterlassungsanspruch dann aber direkt auf die Generalklausel. Ein strengen Akzessorietät bedarf es nicht. Auch wenn lauterkeitsrechtliche Interessen beispielsweise durch Private „verletzt“ werden, kann es nach herrschender Meinung zu einer Haftung kommen.⁴⁰ Die Haftung erfolgt daher letztlich nicht analog zum bürgerlich-rechtlichen Verkehrspflichtenkonzept, sondern aufgrund eines selbständigen Gefährdungstatbestandes wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten.⁴¹ Für deren Ermittlung bedarf es nicht der vollständigen Subsumtion des lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestands (namentlich des Vorliegens einer geschäftlichen Handlung des Vordermanns), sondern lediglich des Aufspürens von Interessen, die im Wettbewerbsrecht geschützt sind.

2. Unionsrechtliche Grundlagen der Haftung von Mittelpersonen

Ob Mittelpersonen wegen der Verletzung eines selbständigen Gefährdungstatbestandes haften, der sich lose auf die Verletzung wettbewerbsrechtlicher Interessen stützt oder aber wegen Rechtsverletzungen Dritter, zu deren Abstellung sie im Rahmen der Rechtsdurchsetzung (mit)eingespant werden, gewinnt vor dem unionsrechtlichen Hintergrund zusätzliche Brisanz. Die einen sehen die Haftung wegen der Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten als einen Fall der Verbrauchergeneralklausel in Art. 5 Abs. 2 UGP-RL (RL 2005/29/EG). Es gehe um eigenes Unrecht, nicht die Zurechnung fremden Unrechts.⁴² Die anderen verweisen auf Art. 11, 13 UGP-RL bzw. eine Analogie zu Art. 11 S. 3 Enforcement-RL.⁴³ Als überzeugendes Argument für letztere Ansicht dient die Systematik des Unionsrechts. Die Haftung von Mittelpersonen ist eine Frage der Rechtsdurchsetzung, nicht des materiellen Lauterkeitsrechts im engeren Sinne (s. a. u. IV. 3.). Soweit das Unionsrecht keine Vorgaben macht, ist eine Haftung freilich sowohl auf Basis eines selbständigen Gefährdungstatbestands als auch im Rahmen der Rechtsdurchsetzung – theoretisch sogar parallel – möglich.

IV. Lauterkeitsrechtliche Haftung von Intermediären im Glücksspielrecht

Mit diesem Vorverständnis kann nun untersucht werden, auf welche Grundlage die Haftung von Intermediären im Wett- und Glücksspielrecht gestützt werden kann. Im Rahmen der Passivlegitimation lassen sich entsprechend drei Fallgruppen unterscheiden: (1) In einer ersten Fallgruppe sind Fälle einzuordnen, in denen der Schuldner selbst gegen eine Marktverhaltensregelung verstößt. Wer beispielsweise ein unerlaubtes Glücksspiel veranstaltet oder vermittelt (§ 4 Abs. 1 S. 2, 1. und 2. Var. GlüStV), kann unter der Voraussetzung der Eignung des Verstoßes zur spürbaren Beeinträchtigung insbesondere von Mitbewerber- oder Verbraucherinteressen nach §§ 3 Abs. 1, 3a, 8 Abs. 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. (2) Intermediäre finden sich regelmäßig in einer zweiten Gruppe von Haftungsschuldnern. Kennzeichnend ist, dass diese Mittelpersonen die Rechtsverletzung nicht selbst begangen haben;⁴⁴ ihre Inanspruchnahme beruht klassischerwei-

se darauf, dass sie die Verletzung (erst) ermöglichten und ihr Verhalten gefahrerhöhend wirkt. Dies trifft beispielsweise auf Hostprovider zu, die Speicherplatz für verbotenes Glücksspiel zur Verfügung stellen, aber auch auf Betreiber virtueller Räume, in denen Werbeanzeigen geschaltet werden können. Wer fremde Anzeigen zugänglich macht, so lässt sich argumentieren, wirbt nicht selbst, gibt aber einem Dritten eine entsprechende Plattform. (3) In einer dritten Gruppe finden sich ebenfalls Mittelpersonen, denen allerdings mit Blick auf den Verbotstatbestand selbst keinerlei Vorwürfe gemacht werden können. Sie sind für die Rechtsverletzung weder kausal noch lässt sich eine Verkehrspflicht wegen der Eröffnung einer Gefahrenquelle rechtfertigen. Paradebeispiel sind Access-Provider. Sie können hinweggedacht werden, ohne dass die Rechtsverletzung des illegalen Glücksspielangebots entfällt. Ihre Tätigkeit ist neutral, ja vielmehr sozial erwünscht, so dass eine Inanspruchnahme nur aus einer Hilfeleistungspflicht gerechtfertigt werden kann (o. II. 2.). Darauf aufbauend kann speziell die Haftung von Werbemedien (1.), Zahlungsdienstleistern (2.) und Access-Providern (3.) eingeordnet werden.⁴⁵

1. Lauterkeitsrechtliche Haftung von Werbemedien

Unlauter handelt regelmäßig, wer gemäß § 5 Abs. 5 GlüStV für unerlaubtes Glücksspiel wirbt (s. a. § 284 Abs. 4 StGB) bzw. dessen Werbung nicht im Einklang mit den Vorgaben aus § 5 Abs. 1 bis 3 GlüStV steht. Dogmatisch folgt dies aus §§ 3 I, 3a UWG.⁴⁶ Man hat zu präzisieren: wer selbst wirbt.⁴⁷ Wenn auch vielfach nicht differenziert wird,⁴⁸ wird in diesem Sinne zumindest teils vertreten, dass beispielsweise Werbeplattformen wie Rundfunkveranstalter nicht als Wer-

39 BGH, 12.7.2007 – IZR 18/04, WRP 2007, 1173 Rn. 37 – Jugendgefährdende Medien.

40 Leistner, GRUR-Beil. 2010, 1, 3 f. („gelockerte Akzessorietät“), 18 f.; Bergmann/Goldmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 92; Ohly (Fn. 34), S. 135, 143 f.; vgl. aber ders., NJW 2016, 1417, 1419 (einschl. Fn. 28); praktisch relevant ist der Fall, dass Private „Piraterieware“ verkaufen, vgl. Spengler, Die Verbrauchergeneralklausel, 2016 (im Erscheinen), 5. Kap., A. III., S. 199; zur umgekehrten Konstellation (dem Hintermann fehlt es an einem haftungsbegründenden Merkmal) BGH, 12.3.2015, IZR 84/14, WRP 2015, 1085 – TV-Wartezimmer.

41 Vgl. Leistner, GRUR-Beil. 2010, 1, 3 f., 9, 20, 29.

42 BGH, 18.6.2014 – IZR 242/12, WRP 2014, 1050 Rn. 22 – Geschäftsführerhaftung; Köhler, WRP 2012, 22, 26; Köhler, GRUR 2008, 1, 3; Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 2.8; Spengler (Fn. 40), 5. Kap., A. III., S. 197 f.

43 Ohly (Fn. 34), S. 135, 142 ff.; ders., in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 8 Rn. 123d; ders., NJW 2016, 1417, 1418; Fritzsche, in: Münchener Kommentar UWG, 2. Aufl., 2014, § 8 Rn. 267; Hofmann, WRP 2015, 1331, 1332.

44 Zur Abgrenzung eigene/fremde Inhalte, die nicht abschließend geklärt ist, Ohly, NJW 2016, 1417 f.; s. a. Hofmann, WRP 2015, 1331 f.

45 Zur Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnisse Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 8 Rn. 139a; J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann (Fn. 11), § 97 Rn. 167; OLG München, 29.9.2011 – 29 U 1747/11, MMR 2012, 108, 109 f. (je für begrenzte Haftung wegen der Bedeutung von Suchmaschinen für die Nutzung des Internets); s. a. Steegmann, Die Haftung der Basisinfrastruktur bei rechtswidrigen Internetangeboten, 2010, S. 152 ff.

46 Bereits o. I.; die Werbe-RL konkretisiert Art und Umfang der gemäß § 5 Abs. 1 bis 3 GlüStV erlaubten Werbung, dazu Viniol/J. Hofmann, MMR 2013, 434; es handelt sich mangels Rechtsnormcharakter nicht um eine Marktverhaltensregelung, Hettich, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 4 UWG Rn. 6; s. a. § 1 Abs. 4 Werbe-RL.

47 Vgl. Ohly, NJW 2016, 1417 ff., 1418 f.

48 OLG Celle, 1.2.2007 – 13 U 195/06, ZUM 2007, 540; vgl. die Kommentierung von Hettich, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 4 UWG; Nagel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 1. Aufl. 2008, § 9 Rn. 49 f.; Fritzemeyer/Rinderle, CR 2003, 599, 601 ff.

bende anzusehen seien.⁴⁹ Tatsächlich kann zwischen dem Werbenden selbst und der Plattform, auf der die Werbeanzeige erscheint, unterschieden werden. Das Werbemedium einerseits (das keinen Einfluss auf die Gestaltung etc. der Anzeigen hat) und der Anzeigenschalter andererseits (derjenige, dem die Werbung nach dem äußeren Anschein zugerechnet wird) unterliegen, wie vorstehende Ausführungen zur Dogmatik der Intermediärhaftung im Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht zeigen, verschiedenen Haftungsregelungen. Unzweifelhaft ist dies für die Pressehaftung. Mit Blick auf die grundrechtlich geschützte Pressefreiheit haftet ein Presseunternehmen für die Veröffentlichung rechtswidriger Werbeanzeigen Dritter nach dem BGH nur, wenn es eine Prüfpflicht verletzt hat. „Um die Arbeit von Presseunternehmen nicht über Gebühr zu erschweren und die Verantwortlichen nicht zu überfordern“, besteht nur eine „eingeschränkte Prüfpflicht“, die sich „auf grobe und unschwer erkennbare Rechtsverstöße“ beschränkt.⁵⁰ Wird das Presseunternehmen aber auf eine von ihm verbreitete Werbung hingewiesen, deren Wettbewerbswidrigkeit sich ihm auf Grund der in der Abmahnung mitgeteilten oder sonst bekannt gewordenen Umstände unschwer erschließt, unterliegt es einer erhöhten Kontrollpflicht und kann für weitere derartige Verstöße wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten verantwortlich sein.⁵¹ Finden sich im Pressezeugnis hingegen keine nennenswerten meinungsbildenden Beiträge (etwa bei reinen Anzeigenblättern), kann sich das Presseunternehmen grundsätzlich nicht mit Erfolg auf eine nur eingeschränkte Haftung für rechtswidrige Werbeanzeigen Dritter berufen.⁵²

Entsprechend liegt auch eine Haftung des Betreibers von Bandenwerbung (für illegale Glücksspielangebote) in Fußballstadien (oder von Plakatwandvermietern) nahe.⁵³ Dogmatisch geht es richtigerweise auch hier um die Haftung wegen der Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten – die im Übrigen durchaus streng sein können. So kann man erwarten, dass bei einer Werbung für öffentliches Glücksspiel im Internet die Werbepattform nach der behördlichen Erlaubnis fragt (vgl. § 5 Abs. 3 GlüStV). Auch Werbung, die sich an Minderjährige richtet, ist evident rechtswidrig (§ 5 Abs. 2 S. 1 GlüStV) und damit für den Werbemittler leicht als unzulässig identifizierbar. Zumindest nach einer ersten Abmahnung (genauer: „haftungsbe gründende Erstinformation“) besteht aber in jedem Fall eine Handlungspflicht.⁵⁴ Da es durchaus erwünscht ist, Werbeflächen für (regelmäßig nicht zu beanstandende Werbung) zur Verfügung zu stellen und die Rechtswidrigkeit von Glücksspielwerbung vor allem jenseits der genannten Fälle nicht immer ohne weiteres klar ist, spricht freilich einiges dafür, die Haftung erst nach einem konkreten, substantiierten Hinweis⁵⁵ auf das Verbot anzunehmen. Dies gilt erst Recht für Internetdienstleister. Derjenige auf dessen Seiten fremde Werbung lediglich gespeichert wird, kann sich auf die Haftungsprivilegierungen der §§ 7 ff. TMG berufen. Ist die Rolle neutral bzw. lediglich rein technischer, automatischer und passiver Art, besteht eine Pflicht zum Eingreifen erst nach Kenntnis vom Rechtsverstoß.⁵⁶ Für fremde Inhalte muss der Intermediär anders als für eigene Inhalte nicht immer einstehen.⁵⁷ Bei Schaltung fremder Werbung haftet der Betreiber der Webseite daher zu Recht erst nach einem Hinweis auf die konkrete Rechtsverletzung.⁵⁸ Wie bereits gesagt, drängt sich die Rechtswid-

rigkeit von Glücksspielwerbung nicht zuletzt wegen zahlreicher Erlaubnisvorbehalte nicht auf. Gleiches gilt für die Haftung von Suchmaschinen für bezahlte Links.⁵⁹

Entscheidend ist, dass Werbemedien nur infolge der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten (regelmäßig in Gestalt von Prüfpflichten) haften, deren Umfang kasuistisch auszuhandeln ist (Fallgruppe 2). Dies ermöglicht die nötige Flexibilität als überzeugendes Korrektiv für behördliche Verhältnis- und Ermessenserwägungen u. a. bei der Störerauswahl.⁶⁰ Aus praktischer Sicht empfiehlt sich in jedem Fall zunächst ein aufklärender, möglichst konkret gefasster Hinweis auf die Rechtsverletzung. Reagiert der Betreiber des Werbemediums nicht, entsteht ein Unterlassungsanspruch; eine folgende Abmahnung ist berechtigt (§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG).

2. Lauterkeitsrechtliche Haftung von Zahlungsdienstleistern

Auch Zahlungsdienstleister sind unmittelbar Adressaten eines materiell-rechtlichen Verbots (§ 4 Abs. 1 S. 2., 3. Var. GlüStV). Nach § 4 Abs. 1 S. 2, 3. Var. GlüStV ist die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel verboten. Wickelt ein Finanzdienstleister Zahlungen ab, liegt ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 2, 3. Var. GlüStV vor. Stuft man dieses Verbot als Marktverhaltensregelung ein (o. I.), käme ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1, 3a UWG in Betracht. Dabei droht ein Widerspruch zu § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV. Demnach kann die Behörde Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten erst nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glücksspielangebote die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel untersagen. In den Erläuterungen zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag wird für eine Inanspruchnahme zudem vorausgesetzt, „dass der Veranstalter oder Vermittler des unerlaubten Glücksspielangebotes zuvor vergeblich – insbesondere wegen eines Auslandsbezuges – in Anspruch genommen wurde.“⁶¹ Die Haf-

49 Liesching/Bolay, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), GlüStVAnh. § 5 (Werbe-RL), § 2 Rn. 5 (allerdings mit Blick auf die Werbe-RL).

50 BGH, 5.2.2015 – I ZR 136/13, WRP 2015, 1098 Rn. 31 – TIP der Woche; Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 2.13.

51 OLG Köln, 3.2.2012 – 6 U 76/11, WRP 2012, 1127 Rn. 5 ff. – Schlank-Geheimnis.

52 BGH, 5.2.2015 – I ZR 136/13, WRP 2015, 1098 Rn. 37 – TIP der Woche (m. E. ist eine Haftung dennoch nur im Falle der Verletzung einer Verkehrspflicht – etwa bei einem unschwer erkennbaren Verstoß oder nach einem konkreten Hinweis auf die Rechtsverletzung – anzunehmen.).

53 OLG Hamburg, 8.4.2009 – 5 U 169/07 – Bandenwerbung; LG Hamburg, 7.9.2007 – 406 O 95/07, MMR 2008, 355 f. (Vorinstanz).

54 OLG Hamburg, 8.4.2009 – 5 U 169/07 – Bandenwerbung.

55 Vgl. BGH, 12.7.2007 – I ZR 18/04, WRP 2007, 1173 Rn. 42 – Jugendgefährdende Medien („klare Rechtsverletzung“).

56 Vgl. EuGH, 23.3.2010 – C-236/08 bis C-238/08, GRUR 2010, 445 Rn. 113 f., 120 und Rn. 56 – Google und Google France; Ohly, GRUR 2010, 776, 778 f., 784.

57 BGH, 19.3.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326 Rn. 40 ff., 33 ff. – Hotbewertungsportal; Ohly, NJW 2016, 1417 ff.; Kieser/Kleinemken, WRP 2012, 543, 544 ff.; vgl. zum Urheberrecht BGH, 5.11.2015 – I ZR 88/13, WRP 2016, 603 Rn. 15 ff. – Al Di Meola.

58 Vgl. LG Düsseldorf, 21.3.2012 – 2a O 323/11; Fritzsche, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 43), § 8 Rn. 277.

59 Czychowski/J. B. Nordemann, GRUR 2013, 986, 992; vgl. BGH, 18.6.2015 – I ZR 74/14, WRP 2016, 187 – Haftung für Hyperlink; dazu Ohly, NJW 2016, 1417 ff.

60 Dazu vgl. C. Hambach/Brenner, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 9 GlüStV Rn. 19 ff. und Rn. 25 ff.

61 Erläuterungen zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Stand: 7.12.2011, S. 32.

tung ist subsidiär – was im Übrigen durchaus überzeugt. Zahlungsdienstleister sind (wie Werbemedien) nur neutrale Vermittler. Zwar fördern bzw. ermöglichen sie illegales Glücksspiel mittelbar, direkt verantworten sie dieses jedoch nicht.

Entsprechend bieten sich für das Lauterkeitsrecht drei Lösungsmöglichkeiten an: (1) Man kann erstens die Subsidiaritätsvorschriften des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV als (verfassungsrechtlich gebotene)⁶² Konkretisierung des materiell-rechtlichen Verbots verstehen. In diese Richtung gehen die Erläuterungen zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, wonach „die Regelung in § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 [...] der Klarstellung und Konkretisierung von § 4 Abs. 1 S. 2 [dient]“.⁶³ § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV ist aber selbst keine Marktverhaltensregelung, sondern eine Ermächtigungsgrundlage für die öffentlich-rechtliche Glücksspielaufsicht. Die Umschreibung eines Verbots auf der einen Seite und dessen Durchsetzung auf der anderen Seite würden vermengt. (2) Die zweite Möglichkeit wäre, den öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsmechanismus als abschließend zu sehen. § 3a UWG wäre gesperrt.⁶⁴ Die öffentlich-rechtliche Einordnung von Zahlungsdienstleistern durch die Neufassung des § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2012 als Störer statt bisher als Nicht-Störer sollte jedoch die Haftung nicht eingrenzen, sondern festigen.⁶⁵ (3) Damit bleibt die dritte Lösung: Zahlungsdienstleister haften im Einklang mit den Regelungen zur zivilrechtlichen Haftung mittelbar Verantwortlicher nur im Falle der Verletzung von Verkehrspflichten etc. Solche entstehen aber für Intermediäre, die ein sozial erwünschtes Geschäftsmodell betreiben, erst nach einem konkreten Hinweis darauf, dass – bezogen auf das Glücksspielrecht – das ins Auge gefasste Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstitut an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubten Glücksspiel mitwirkt.⁶⁶ Da derartige Institute mit dem eigentlichem Verbotstatbestand des unerlaubten Glücksspiels nichts zu tun haben, sind sie wertungsmäßig zudem der Gruppe 3 von Haftungsschuldern zuzuschlagen. Überzeugend ist folglich ein Gleichlauf mit der Haftung von Access-Providern, die im Vergleich zu den Intermediären der Gruppe 2 noch stärker privilegiert sind (o. II. 2. und sogleich).⁶⁷ Eine solche Lösung fügt sich nahtlos in die privatrechtliche Dogmatik ein, ohne Sonderlösungen wie einer verfassungskonformen Einschränkung des § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV das Wort reden zu müssen.

3. Lauterkeitsrechtliche Haftung von Internetzugangsp Providern

Haften nun aber Access-Provider? In der Literatur wird tatsächlich vertreten, dass Piraterie-Seiten, auf denen auch Produkte angeboten werden, deren Vertrieb gegen § 4 Nr. 3 UWG verstößt, durch Access-Provider auf Basis einer lauterkeitsrechtlichen Haftung gesperrt werden könnten.⁶⁸ Die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung (wie auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit)⁶⁹ stand dem bislang u. a. wegen der neutralen Rolle der Zugangsprovider, der Haftungsprivilegierungen im TMG und grundrechtlicher Bedenken allerdings ablehnend gegenüber.⁷⁰ Mittlerweile hat der Bundesgerichtshof eine Inanspruchnahme von Access-Providern allerdings zumindest im Urheberrecht grundsätzlich für möglich erachtet (o. II. 2.). Die entscheidende Frage lautet daher: Ist die neue Rechtsprechung zum Urheberrecht auf das Wettbewerbsrecht übertragbar?⁷¹

Weder Internetzugangsp Providern noch Zahlungsdienstleister schaffen in ihrem Verantwortungsbereich allerdings eine „Gefahrenquelle“, die Grundlage für eine Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten sein könnte.⁷² Sie sind „Nicht-Störer“ und nach obiger Ein-

teilung Intermediäre der Gruppe 3. Hier kommt eine Verantwortlichkeit letztlich nur in Betracht, wenn man mit Hilfeleistungspflichten argumentiert, wie sie sich in den Vorschriften der europäischen Intermediärhaftung finden (o. II. 2.). Damit gewinnt der Streit um die Rechtsgrundlage für die Haftung von Mittelspersonen im Lauterkeitsrecht praktische Bedeutung (o. III. 2.). Stützt man mit hier vertretener Ansicht die Haftung von mittelbar Verantwortlichen nicht auf die lauterkeitsrechtliche Generalklausel, sondern sieht dies als Problem der Rechtsdurchsetzung, die wiederum ihre Grundlage in Art. 11 UGP-RL bzw. Art. 11 Enforcement-RL analog (der Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL ähnelt) findet, läge eine Übertragung der neuen Rechtsprechung zum Urheberrecht nahe. Die Haftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter beruht ja gerade auf einer Auslegung der Störerhaftung im Lichte von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL.

Für Sachverhalte im Glücksspielrecht gibt es jedoch zunächst ein weiteres Problem. Die Regelungen des GlüStV fallen nicht in den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie. Nach Art. 3 dieser Richtlinie bleiben mitgliedstaatliche Vorschriften in Bezug auf Sicherheitsaspekte unangetastet. Explizit verweist Erwägungsgrund 9 S. 2 der UGP-Richtlinie darauf, dass Vorschriften, die sich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auf Glücksspiele beziehen, von der Richtlinie unberührt bleiben. Die Bestimmungen des GlüStV, aber auch §§ 284, 287 StGB, sind Marktverhaltensregelungen in einem vom sekundären Unionsrecht nicht geregelten Bereich; soweit keine Verstöße gegen Primärrecht bestehen (z. B. Art. 56 AEUV), gilt ausschließlich nationales Recht.⁷³ Mangels unionsrechtlicher Überlagerung können daher die Wertungen aus Art. 11 UGP-RL bzw. Art. 11 S. 3 Enforcement-RL (und Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL) nicht *unmittelbar* herangezogen werden. Für eine Übertragung zumindest der Wertungen sprechen dennoch die bes-

62 Zu dieser Problematik *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 4 GlüStV Rn. 38, 44 ff. sowie *C. Hambach/Brenner*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 9 GlüStV Rn. 58 ff.

63 Erläuterungen zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Stand: 7.12.2011, S. 32.

64 Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza* (Fn. 2), § 3a Rn. 11; *ders.* (Fn. 2), S. 507, 514 f.

65 Vgl. *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 4 GlüStV Rn. 38 sowie *C. Hambach/Brenner*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 9 GlüStV Rn. 57.

66 Vgl. allgemein *Spengler* (Fn. 40), 5. Kap., A. III, S. 199 f.; *Ohly*, NJW 2016, 1417, 1419 f.

67 S. a. *Fritzemeyer/Rinderle*, CR 2003, 599, 604; *Spindler*, CR 2016, 79, 80.

68 *Ohly* (Fn. 34), S. 135, 146 f.

69 Sperranordnungen ablehnend (noch unter § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 GlüStV a. F.) VG Köln, 15.12.2011 – 6 K 5404/10, ZfWG 2012, 56; VG Düsseldorf, 29.11.2011, MMR 2012, 846; vgl. *C. Hambach/Brenner*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 2), § 9 GlüStV Rn. 2; *Oldag*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Fn. 48), § 9 GlüStV Rn. 39 ff.; *Ennuschat/Klestil*, ZfWG 2009, 389, 390 ff.

70 OLG Frankfurt, 22.1.2008 – 6 W 10/08, MMR 2008, 166 m. Anm. *Spindler* – Access-Provider; LG Frankfurt, 8.2.2008 – 3-12 O 171/07, MMR 2008, 344 – Sperrungsverfügung gegen Access-Provider; s. a. *Spindler/Volkmann*, K&R 2002, 398, 403 ff.

71 Auf das Markenrecht kann diese übertragen werden, *Hofmann*, GRUR 2015, 123, 125 f.; *ders.*, NJW 2016, 769, 771.

72 Zu diesem Erfordernis BGH, 12.7.2007 – I ZR 18/04, WRP 2007, 1173 Rn. 36 – Jugendgefährdende Medien; s. a. OLG Frankfurt, 22.1.2008 – 6 W 10/08, WRP 2008, 377 – Access-Provider.

73 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 2), § 3a Rn. 1.13, Rn. 1.245 und Rn. 1.332; BGH, 28.9.2011 – I ZR 92/09, WRP 2012, 201, Rn. 16 – Sportwetten im Internet II; BGH, 18.11.2010 – I ZR 168/07, WRP 2011, 213 Rn. 19 – Lotterien und Kasinospiele; allgemeine Bedenken für die Anwendbarkeit der UGP-Richtlinie auf Vermittler *Ohly* (Fn. 34), S. 135, 141, mit Verweis auf EuGH, 17.10.2013, C-391/12, WRP 2013, 1575 Rn. 36 ff. – RLvS Verlagsgesellschaft; vgl. *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1, 3 (Fn. 30).

seren Argumente. Schon aus Gründen der Einheitlichkeit empfiehlt sich eine derartige „weiche Harmonisierung“ (soft-harmonisation). Vor allem aber handelt es sich bei der Intermediärhaftung generell um ein Problem der Rechtsdurchsetzung. Das zeigt sich schon daran, dass die in Rede stehenden Fallgruppen dann von Relevanz sind, wenn Sanktionen gegen den direkten Verletzer nicht greifen.⁷⁴ Dann aber streiten systematische Überlegungen dafür, die Wertungen der unionsrechtlichen Durchsetzungsnormen heranzuziehen. Access-Provider sind folglich im Grundsatz wettbewerbsrechtlich haftbar. Sie können nach einem entsprechenden Hinweis⁷⁵ (wenn auch nur subsidiär) darauf in Anspruch genommen werden, den Zugang zu Internetseiten mit illegalen Glücksspielangeboten zumindest zu erschweren.⁷⁶ Auch wenn speziell für Kreditkartenunternehmen (namentlich Acquirer-Banken) eine höchst-richterliche Interessenabwägung noch aussteht, befürworten die Überlegungen aus den Urteilen zur Haftung von Access-Providern, dass auch diese in gleichem Maße herangezogen werden können.⁷⁷ Da es an einer unmittelbaren unionsrechtlichen Einbettung fehlt, müssten dabei allerdings die deutschen Grundrechte beobachtet werden.⁷⁸ Mit Blick auf das Glücksspielrecht sind im Übrigen Nutzerinteressen vor dem Hintergrund des § 285 StGB weniger schutzwürdig.⁷⁹ Da aus Verhältnismäßigkeitsgründen („zumutbare Prüfpflichten“) zudem nur eine subsidiäre Haftung in Betracht käme,⁸⁰ bestünde ein Gleichlauf mit der Auslegung von § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV.

Summary

Taking action against illegal gambling is difficult, particularly on the internet. This article demonstrates how intermediaries must contribute to remedy violations. Though they are not liable directly, the law provides means that e.g. access-providers have to impede access to illegal websites or advertisement platforms must take down an ad once they have learned that it is illegal. Another issue discussed is financial blocking from a private law perspective.

⁷⁴ Dazu o. I.

⁷⁵ Dazu vgl. OLG Jena, 2.11.2005 – 2 U 418/05, GRUR-RR 2006, 134, 136 – sportwetten.de; Hecker/Steegmann, WRP 2006, 1293, 1294 ff., 1297 f.

⁷⁶ Zu den Einzelheiten der Zumutbarkeitsprüfung BGH, 26.11.2015 – I ZR 174/14, WRP 2016, 341 Rn. 21 f., 27, 35 ff., 81 ff. – Störerhaftung des Access-Providers; kritisch zur verfahrensrechtlichen Ausgestaltung Hofmann, GRUR 2015, 123, 128 ff.

⁷⁷ Vgl. Steegmann (Fn. 45), S. 207 ff.; Jaworski (Fn. 30), S. 139 ff.

⁷⁸ Zur Anwendbarkeit deutscher und europäischer Grundrechte BGH, 26.11.2015 – I ZR 174/14, WRP 2016, 341 Rn. 31 ff. – Störerhaftung des Access-Providers.

⁷⁹ Zu datenschutzrechtlichen Bedenken Spindler, CR 2016, 79, 80; Koenig, ZfWG 2016, 2, 3 f., 6.

⁸⁰ BGH, 26.11.2015 – I ZR 174/14, WRP 2016, 341 Rn. 81 ff., 83 – Störerhaftung des Access-Providers.

Bastian Philipp Kläner, Bremen*

Zu aktuellen Rechtsfragen des Trennungsgebotes nach § 21 Abs. 2 GlüStV

I. Einleitung

Das mit dem neuen Glücksspielstaatsvertrag von 2012¹ in seiner heutigen Form eingeführte Trennungsgebot nach § 21 Abs. 2 GlüStV² entwickelte seit dem Inkrafttreten des neuen Länderabkommens eine umfassende praktische Relevanz, was sich auch in einer breiten Resonanz innerhalb der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung niederschlug. Mit Beschluss vom 16.3.2016³ hat das Oberverwaltungsgericht Bremen – wie zuvor zahlreiche andere Oberverwaltungsgerichte⁴ – in Anknüpfung an seine frühere Rechtsprechung⁵ die verfassungs- und unionsrechtliche Unbedenklichkeit des Trennungsgebotes festgestellt und die dahingehenden Rügen im Eilverfahren zurückgewiesen. In Ansehung des suchtpräventiven Charakters der Normierung des § 21 Abs. 2 GlüStV,⁶ der neueren Erkenntnisse im Bereich der Suchtforschung⁷ und der deutlichen Grundrechtsrelevanz des Trennungsgebotes stellen sich jedoch noch immer dringliche Fragen nach der Kohärenz, Konsistenz und Verhältnismäßigkeit dieser Normsetzung.

Diese offenen Fragen zum Trennungsgebot zeigen beinahe spiegelbildlich, als pars pro toto, die Misere der Liberalisierung des bis 2010 von einer staatlichen Monopolstellung geprägten Sportwettmarktes. Die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) bereits 2010⁸ und zuletzt erneut Anfang des Jahres 2016⁹ angemahnte Öffnung des Glücksspielmarktes für private Veranstalter und Vermittler von Sport-

wetten ist nach der zwangsweisen gerichtlichen Unterbrechung des zentralen Konzessionsvergabeverfahrens¹⁰ bis

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

¹ Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland i. e. S. des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland – Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Drucksache 18/146 der Bremischen Bürgerschaft vom 29.11.2011, im Folgenden GlüStV.

² § 21 Abs. 2 GlüStV: In einem Gebäude oder Gebäudekomplex, in dem sich eine Spielhalle oder eine Spielbank befindet, dürfen Sportwetten nicht vermittelt werden.

³ OVG Bremen, Beschl. v. 16.3.2016 – 2 B 237/15, ZfWG 2016, 248, m.w.N zu den verschiedenen Strömungen in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

⁴ Bayrischer VGH, Beschl. v. 25.6.2013 – 10 CS 13.145, ZfWG 2013, 338–342, sowie Beschl. v. 11.6.2014 – 10 CS 14.505 –, juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 18.3.2015 – 4 B 1173/14, ZfWG 2015, 241; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.4.2014 – 6 S 215/14, ZfWG 2014, 249–253.

⁵ OVG Bremen, Beschl. v. 4.2.2015 – 2 B 247/15 und 12.2.2015 – 2 B 329/14.

⁶ Z. B. Drucksache 18/329 der Bremischen Bürgerschaft, Gesetzesbegründung zur Ratifizierung des GlüStV.

⁷ Haß/Lang, Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland. Ergebnisse des Surveys 2015 und Trends. Forschungsbericht der BZgA. Köln: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, 2016.

⁸ EuGH, Urt. v. 8.9.2010, C-409/06, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07, C-410/07, C-46/08, ZfWG 2010, 332–343.

⁹ EuGH, Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14, ZfWG 2016, 115–125.

¹⁰ Hessischer VGH, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478–485.