

Blick nach Brüssel

Neue Strategie zur Öffnung der Roaming-Märkte und EuGH-Urteil zur Vereinbarkeit von Internetvertriebsverboten mit dem AEUV

I. Einleitung

Der Blick nach Brüssel widmet sich diesmal schwerpunktmäßig dem neusten Vorhaben der Europäischen Kommission zur Bekämpfung

hoher Roaming-Gebühren, das die Kommission als wesentlichen Beitrag zur Umsetzung ihrer „Digitalen Agenda“ ansieht. Der zweite Teil des Überblicks beschäftigt sich anlässlich eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 02.12.2010¹ mit der unionsrechtlichen Zulässigkeit von nationalen Internetvertriebsverboten. Diese Fragestellung wird mehr und mehr zum „Knackpunkt“ moderner Marktabschottung, wie dies früher einmal für produkt- und vertriebsbezogene nationale Anforderungen des grenzüberschreitenden Warenhan-

1. EuGH, MMR 2011 S. 160.

dels galt. Ausgangspunkt ist zunächst die Darstellung der Entscheidung des Gerichtshofes zur Vorlage eines ungarischen Gerichts bezüglich der Unionsrechtswidrigkeit eines Internetvertriebsverbotes von Kontaktlinsen. Anhand der sich daraus ergebenden Grundsätze soll anschließend ein Vergleich zwischen dem in Rede stehenden Internetvertriebsverbot und der bestehenden deutschen Regelung in § 4 Abs. 4 des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) dargestellt werden. Abschließend werfen wir einen Blick auf das kürzlich von der Kommission veröffentlichte Grünbuch zum Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken.

II. Strategiewechsel bei Bekämpfung hoher Roaming-Gebühren

Am 06.07.2011 veröffentlichte die EU-Kommission einen Vorschlag für eine neue Verordnung „über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union“². Nachdem bereits im letzten Jahr Gebührenobergrenzen für die Inanspruchnahme von „Data Roaming“ und neue Preisgrenzen für Anrufe aus fremden Mobilfunknetzen eingeführt wurden³, will die EU-Kommission nun mithilfe eines zweigleisigen Ansatzes erreichen, dass auf den Roaming-Märkten echter Wettbewerb entsteht.

1. Hintergrund

„Roaming“ bezeichnet die Inanspruchnahme eines fremden Mobilfunknetzes. Der klassische Fall betrifft dabei die Mobilfunknutzung im Ausland: Ein Netzbetreiber bietet seinem im Ausland befindlichen Kunden die Nutzung von Mobilfunkdiensten über das Netz eines dortigen Betreibers an („Endkundenmarkt“). Dazu schließt er mit dem jeweiligen Betreiber Nutzungsverträge („Vorleistungsmarkt“). Die für ihn am Vorleistungsmarkt anfallenden Kosten reicht der heimische Netzbetreiber an den Endkunden weiter. Je nach Art des Roamings – man unterscheidet zwischen „Data Roaming“ (Internet- und Teledienste), „Voice Roaming“ (Telefonate) und „SMS Roaming“ – fallen dabei unterschiedlich hohe Gebühren an. Seit jeher lagen diese Gebühren deutlich über den Preisen, die für die Mobilfunknutzung im Inland anfallen. Nach längerer Untersuchung der Roaming-Märkte durch die ERG⁴, stellte die VO 717/2007 vom 27.06.2007 einen ersten Schritt hin zu einer Regulierung der Roaming-Gebühren dar⁵. Kernpunkt der Verordnung war die Einführung von Entgeltobergrenzen sowohl im Vorleistungs- als auch im Endkundenmarkt. Mit der Schaffung eines „Eurotarifs“ (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a, Art. 4 VO 717/2007) sollte den widerstreitenden Interessen von Kunden und Betreibern begegnet werden: Vorleistungsentgelte von nicht mehr als 0,30 € und Endkundenentgelte von höchstens 0,49 € für abgehende und 0,24 € für eingehende Anrufe sollten einerseits den Betreibern eine ausreichende Gewinnspanne garantieren und andererseits die Kunden vor unerwartet hohen Rechnungen schützen. Diese Regelung betraf jedoch nur das „Voice Roaming“ – die Gefahr explodierender Kosten durch exzessives „Data Roaming“ war im Jahr 2007 noch nicht ins öffentliche Bewusstsein vorgedrungen. Mit der zunehmenden Verbreitung von Smartphones wuchs jedoch auch hier der Regulierungsbedarf. Am 01.07.2010 trat daher EU-weit eine erste Maßnahme zur Begrenzung der Kosten für „Data Roaming“ in Kraft. Mobilfunkbetreiber sind seitdem verpflichtet, „Data Roaming“-Dienste nach Erreichen einer Kostengrenze von 50 € einzustellen. Will der Kunde „Data Roaming“ auch nach Erreichen dieser Grenze in Anspruch nehmen, muss er ausdrücklich zustimmen. Die

Megabyte-Preise für Data Roaming blieben unangetastet, während Brüssel die Preisobergrenzen für SMS Roaming und Voice Roaming weiter senkte. So zahlt man im „Eurotarif“ derzeit nur noch 0,35 € für abgehende Gespräche.

2. Zielsetzung der überarbeiteten Roaming-Verordnung

Aus Sicht der Mobilfunkbetreiber hat die EU mit der Regulierung der Preise bereits ihr Ziel erreicht. Überraschend hohe Rechnungen – sog. „Billing Shocks“ – gehören bereits jetzt der Vergangenheit an; die gelegentliche Nutzung des Handys im Ausland ist erschwinglich geworden. Wohin also strebt die Kommission mit den nun am 06.07.2011 veröffentlichten Plänen zur Reformierung des Roaming-Marktes? Antworten enthält die „Digitale Agenda für 2015“, ein im Mai 2010 vorgestelltes Strategiepapier⁶. Darin erläutert die Kommission ihren Anspruch, Europa im Bereich digitaler Technologien umfassend zu modernisieren. Neben schnelleren Internetverbindungen und mehr Onlinesicherheit gehört die Schaffung eines digitalen Binnenmarktes zu den Kernpunkten der Agenda. Ab 2015 soll es nach Vorstellung der Kommission keinen nennenswerten Unterschied mehr machen, ob man Mobilfunkdienste im In- oder im Ausland in Anspruch nimmt. Bereits die erste Roaming-Verordnung 717/2007 enthielt als Erwägungsgrund „die Schaffung eines auf der Mobilität des Einzelnen beruhenden europäischen Sozial-, Bildungs- und Kulturraums“, der die Kommunikation zwischen den Menschen fördern solle, „damit ein wahres ‚Europa für Bürgerinnen und Bürger‘ entsteht“ (vgl. Erwägungsgrund 2, VO 717/2007). Auf dieses Ziel will der neue Verordnungsentwurf nun forciert hinwirken⁷.

3. Strategische Maßnahmen ergänzen Marktregulierung

Dabei steht die Förderung von Wettbewerb im Zentrum der Bestrebungen. Trotz sinkender Preise in den letzten Jahren stehen die Kosten, die einem Netzbetreiber durch Roaming entstehen, und das Entgelt, das der Kunde entrichtet, nach Ansicht der Kommission nach wie vor in einem auffälligen Missverhältnis. Dies lasse darauf schließen, dass trotz aller bislang getroffenen Regelungen noch kein echter Wettbewerb entstanden sei, so die Entwurfsbegründung (vgl. Erwägungsgrund 1, VO-Entwurf). Die bislang getroffenen regulatorischen Maßnahmen (insb. Preisobergrenzen) sollen daher durch strategische, wettbewerbsfördernde Maßnahmen ergänzt und schließlich ganz von diesen abgelöst werden.

Damit die Endverbraucher jedoch bereits in naher Zukunft weitere Verbesserungen spüren, werden zunächst die für Voice-Roaming und SMS-Roaming bestehenden Preisobergrenzen bis 2014 schrittweise weiter verschärft (vgl. Art. 6-9, 11, 12 VO-Entwurf). So darf für Voice-Roaming auf dem Vorleistungsmarkt ab dem 01.07.2014 nur noch 0,06 € pro Minute berechnet werden, Endkunden zahlen höchstens 0,24 €. Dies soll den Kunden niedrige Preise garantieren und den Mobilfunkbetreibern zugleich angemessene Gewinne ermöglichen. Eine aus dem Ausland verschickte SMS darf bereits ab Juli 2012 nicht mehr als 0,10 € kosten. Auch für Data-Roaming werden Preisgrenzen eingeführt; bis 2014 müssen die Megabyte-Preise schrittweise auf 0,50 € sinken. Zudem wird künftig genauer abgerechnet: Telefonate müssen mit 30/1-Taktung in Rechnung gestellt werden, Data-Roaming sogar nach Kilobyte. Parallel zu den neuen Preisobergrenzen werden die Wettbewerbsbedingungen grundlegend geändert. Bislang verkaufen die Mobilfunkanbieter ihre Roamingdienste im Paket mit den herkömmlichen Inlandsdiensten. Wettbewerb um die besseren Roamingkonditionen findet daher kaum statt – maßgeblich sind für den Vertragsabschluss aus Kundensicht zumeist die Inlandsdienste. Mit der neuen Verordnung soll sich dies ändern. Beim Abschluss eines Mobilfunkvertrages muss der Kunde ab Juli 2014 auf die Mög-

2. Vgl. http://ec.europa.eu/information_society/activities/roaming/docs/roaming_recast11.pdf [letzter Abruf: 20.07.2011].

3. Vgl. Schmittmann/Brock, AfP 2010 S. 455.

4. Vgl. zum detaillierten Überblick über die Untersuchungen Berger-Kögler, MMR 2007 S. 294 (295).

5. Verordnung (EG) Nr. 717/2007 vom 27.06.2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 2002/21/EG, AblEU 2007 Nr. L 171/32.

6. Vgl. Schmittmann/Brock, AfP 2010 S. 354 ff.

7. Vgl. dazu die unter http://ec.europa.eu/information_society/activities/roaming/index_en.htm eingestellten Dokumente [letzter Abruf: 20.07.2011].

lichkeit hingewiesen werden, unter Beibehaltung seiner Telefonnummer und seiner SIM-Karte einen Roaming-Vertrag mit einem anderen Anbieter zu schließen. Die technischen Voraussetzungen dafür müssen die Betreiber in den kommenden Jahren schaffen. Auch der Vorleistungsmarkt ist von den strategischen Maßnahmen betroffen. Hier sieht die Kommission bislang aufgrund unterschiedlicher Verhandlungspositionen und Eigentumsverhältnisse der Unternehmen in Bezug auf die Infrastrukturen große Ungleichgewichte, die freien Wettbewerb um Vorleistungszugang verhindern. Um dem entgegen zu wirken, werden Netzbetreiber künftig gesetzlich verpflichtet, zumutbaren Anträgen auf Vorleistungszugang zu entsprechen. Erweisen sich die wettbewerbsfördernden Maßnahmen als erfolgreich, sollen die Preisobergrenzen wegfallen. Im Vorleistungsmarkt ist dies gemäß dem Verordnungsentwurf frühestens Mitte 2018 möglich, im Endkundenmarkt bereits Mitte 2016. Bis dahin müssen die Marktpreise jedoch auf 75% der dann zulässigen Höchstpreise fallen, um langfristig niedrige Roaming-Gebühren zu gewährleisten (vgl. Art. 13 VO-Entwurf).

4. Wertung

Mit dem nun vorgestellten Ansatz könnte der Kommission hinsichtlich der Schaffung echten Wettbewerbs auf den Roaming-Märkten der entscheidende Schritt gelingen. Bedeutendstes Element der Reform ist die Möglichkeit, den Roaming-Anbieter getrennt vom Heimanbieter zu wählen. Angesichts der wachsenden Mobilität von Studenten, Arbeitnehmern und des wachsenden innereuropäischen Tourismus werden Roaming-Kunden für Mobilfunkanbieter zunehmend attraktiv. Der dadurch entstehende Wettbewerb könnte auf lange Sicht eine Angleichung der Roaming-Preise an Inlandsmobilfunkpreise bewirken. Fallende Preise werden auch dazu führen, dass Verbraucher Mobilfunkdienste im Ausland stärker als bislang in Anspruch nehmen – der Roaming-Markt wird bedeutend wachsen. Im Ergebnis ist die Verordnung daher auch aus Sicht der Mobilfunkanbieter zu begrüßen.

III. Internetvertriebsverbote auf dem Prüfstand – Vereinbarkeit mit Unionsrecht

1. Vorabentscheidungsverfahren in Sachen Ker-Optika bt

a) Hintergrund⁸

Der Entscheidung des EuGH, die als Vertiefung der Rechtsprechung zu Internetvertriebsverboten bezeichnet werden darf, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Dem Unternehmen Ker-Optika bt war durch das ÁNTS Dél-dunántúli Regionális Intézet (der Regionaldirektion Südtransdanubien des Staatlichen Dienstes für Gesundheitswesen und Amtsärztendienstes, im Folgenden: ÁNTSZ) durch behördliche Entscheidung der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet gegen Vorlage eines entsprechenden Rezeptes eines Augenarztes verboten worden. Die Untersagung beruhte auf einer Verordnung des ungarischen Gesundheitsministeriums, wonach Kontaktlinsen nur in einem Fachgeschäft vertrieben werden dürfen. Ferner sah die VO vor, dass beim Verkaufsvorgang die Beratungsleistung eines Optikers oder spezialisierten Augenarztes in Anspruch zu nehmen ist⁹. Die Behörde leitete daraus ein Internetvertriebsverbot her. Diese Entscheidung stützte es zudem auf den 18. Erwägungsgrund der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (im Folgenden: E-Commerce-Richtlinie¹⁰), wonach Dienste, die ihrer Art nach nicht „aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden“¹¹ können, nicht der Richtlinie unterfallen. Der Streitgegenständliche Internetdienst fiel damit

nach Ansicht der Behörde nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. In dem Verbot lag somit keine Beschränkung des elektronischen Geschäftsverkehrs. Nach einem erfolglosen Einspruch gegen die Entscheidung der Behörde klagte Ker-Optika bt von dem Baranya megyei bíróság (Bezirksgericht Baranya, Ungarn). Dieses hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung mit Unionsrecht, setzte das Verfahren aus und strengte ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH an.

Der EuGH stellte in der vorliegenden Entscheidung fest, dass ein Internetvertriebsverbot aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht gerechtfertigt und damit unionsrechtswidrig ist, wenn der Schutzzweck auch gerade durch das Medium Internet gewährleistet und erfüllt werden kann¹². Kernfragen des Vorlageverfahrens waren die Anwendbarkeit der E-Commerce-Richtlinie auf diesen Fall, sowie die Vereinbarkeit des Internetvertriebsverbotes mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 und 36 AEUV). Zur Beantwortung der ersten Frage unterteilte der Gerichtshof den Vertriebsvorgang in zwei Elemente: den eigentlichen Verkaufsvorgang (hier der Onlineabschluss des Vertrages) und die Lieferung des Produktes (hier die Kontaktlinsen). Anschließend stellte er fest, dass Letzteres nicht von der E-Commerce-Richtlinie umfasst ist. Die zweite Vorlagefrage wurde vom Gerichtshof dahingehend beantwortet, dass sowohl die Art. 34 und 36 AEUV, als auch die E-Commerce-Richtlinie „einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach Kontaktlinsen nur in Fachgeschäften für medizinische Hilfsmittel vertrieben werden dürfen“¹³.

b) Anwendbarkeit der E-Commerce-Richtlinie auf den Internetvertrieb von Kontaktlinsen¹⁴

Problematisch war hinsichtlich der Anwendbarkeit der Richtlinie, dass diese keine Tätigkeiten erfasst, die „ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können“¹⁵. Hierzu zählen insbesondere ärztliche Untersuchungen. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass es sich bei Kontaktlinsen um medizinische Hilfsmittel handelt, die körperliche Beeinträchtigungen – wie Entzündungen und Verletzungen der Augen – hervorrufen können. Damit könnte die Anordnung der ausschließlichen Veräußerung in Fachgeschäften grundsätzlich gerechtfertigt sein. Eine solche Untersuchung sei jedoch nicht vor jedem Kontaktlinsenkauf erforderlich. Ferner könne sie auch unabhängig von dem Kauf vorgenommen werden und sei daher nicht untrennbar mit dem Erwerb der Linsen verknüpft. Auch die regelmäßige Kontrolle der Kontaktlinsen könne unabhängig von deren Vertrieb erfolgen. Nach Auffassung des Gerichtshofes fällt damit der Verkauf von Kontaktlinsen über Fernkommunikationsmittel (das Internet) grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Dies gelte indes nicht für die Lieferung des erworbenen Produktes. Diese erfolgt unabhängig von dem eigentlichen elektronischen Verkaufsvorgang ebenso wie beim klassischen Versandhandel. Da die streitgegenständliche Regelung des ungarischen Gesundheitsministeriums und die darauf beruhende Untersagung jedoch den gesamten Vertriebsvorgang betreffe, sei die Vorschrift insgesamt unionsrechtlich anhand des Primärrechts (AEUV) zu begutachten.

c) Vereinbarkeit des Vertriebsverbotes mit der Warenverkehrsfreiheit

Die streitige Regelung zum Internetvertriebsverbot ist mit dem Primärrecht der Europäischen Union nicht vereinbar, wenn und soweit sie gegen den AEUV verstößt. Der Gerichtshof prüfte daher, ob die Maßnahme gegen die in Art. 34 AEUV verankerte Warenverkehrsfreiheit und damit gegen Primärrecht verstößt¹⁶.

8. Vgl. hierzu insgesamt: EuGH, MMR 2011 S. 160; Leupold, MMR 2011 S. 160, Anm. Rdn. 1 ff.

9. Leupold, MMR 2011 S. 160 (163).

10. 2000/31/EG.

11. Vgl. EuGH, MMR 2011 S. 160.

12. Vgl. hierzu insgesamt: EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 69 ff.

13. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 78.

14. Vgl. hierzu insgesamt: EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 23 ff.

15. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 33.

16. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 42 ff.; EuGH, EuZW 2004 S. 21 – Deutscher Apothekerverband.

aa) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung

Nach Art. 34 AEUV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Als Maßnahme gleicher Wirkung gilt nach der *Dassonville*-Rechtsprechung des EuGH „jede Handelsregelung (...), die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“¹⁷. Mit dieser weiten Definition beabsichtigte der Gerichtshof etwaige Umgehungsversuche zu verhindern und dehnte das Diskriminierungs- zu einem Beschränkungsverbot aus¹⁸. Hierunter fallen auch Maßnahmen, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Waren aus anderen Mitgliedstaaten erschweren oder verhindern und damit diese Erzeugnisse weniger günstig als solche aus dem Heimatstaat behandeln¹⁹. Nur wenn die fraglichen Maßnahmen alle Marktteilnehmer in gleicher Weise treffen und somit diskriminierungsfrei wirken, stellen sie nach der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH keine Maßnahmen gleicher Wirkung i.S. von Art. 34 AEUV dar²⁰.

Vorliegend wird durch das Internetvertriebsverbot ein Vertriebsweg geschlossen, den insbesondere Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten nutzen, die in Ungarn keine Niederlassung besitzen und daher ihre Waren lediglich über das Internet und den Versandhandel veräußern können. Damit ist die Regelung geeignet, den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse stärker zu behindern als für inländische²¹. Der Gerichtshof stellte – unter Berufung auf seine Rechtsprechung in der Sache „*Deutscher Apothekenverband*“ – fest, dass das vorliegende Vertriebsverbot für ausländische Wirtschaftsteilnehmer den Zugang zum ungarischen Markt auf sehr effiziente Art verhindert²². Im Apothekenverbandurteil hatte der Gerichtshof zwar anerkannt, dass ein Internetvertriebsverbot auch inländische Apotheker treffe, da ihnen der Onlineversand eine zusätzliche Verkaufsstrategie biete. Ihnen verbleibe jedoch immer noch der Verkauf über Ladenlokale²³. Für Apotheken ohne Sitz im jeweiligen Mitgliedstaat (im vorliegenden Fall das deutsche Hoheitsgebiet) sei der Vertrieb mittels Internet jedoch der einzige unmittelbare Zugang zum Markt, sodass das Verbot in- und ausländische Marktteilnehmer nicht in gleicher Weise beeinträchtigt. Diesen Grundsatz übertrug das Gericht auf den Vertrieb von Kontaktlinsen und erkannte daher im Internetvertriebsverbot eine Einschränkung der durch Art. 34 AEUV garantierten Warenverkehrsfreiheit.

bb) Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes

Als Rechtfertigung für die Einschränkung des Warenverkehrs prüfte der Gerichtshof den Schutz der Gesundheit. Nach Art. 36 AEUV können die Warenverkehrsfreiheit einschränkende Bestimmungen aus diesem Grunde gerechtfertigt sein. Dies ist im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen, deren Schwerpunkt auf der Erforderlichkeit der Regelung liegt²⁴. Bei der Beurteilung sei den Mitgliedstaaten jedoch ein eigener Spielraum einzuräumen, da das Schutzniveau in diesem äußerst wichtigen Bereich der öffentlichen Gesundheit unterschiedlich hoch sein kann²⁵. Der Gerichtshof stellte entsprechend der Ausführungen der ungarischen Regierung fest, dass das Tragen von Kontaktlinsen körperliche Untersuchungen

erfordern könne um Beeinträchtigungen der Augen zu verhindern. Dies könne das Erfordernis einer Ausgabe und Überprüfung der Linsen durch fachkundiges Personal und damit eine diesbezügliche Beschränkung rechtfertigen. Die Regelung sei damit zumindest geeignet, den Gesundheitsschutz zu verbessern. Allerdings könne der Schutz der Verbraucher auch durch den Warenverkehr weniger beeinträchtigende Mittel erreicht werden. Insofern bestünden Bedenken an der Erforderlichkeit der Regelung. So sei es möglich, Präventivuntersuchungen statt in Fachgeschäften auch von Augenärzten – unabhängig vom Vertrieb der Linsen durchführen zu lassen. Außerdem sehe die streitige Regelung gerade keine zwingende Verpflichtung zur vorherigen und regelmäßigen ärztlichen Untersuchung vor, sodass die Entscheidung bezüglich des Untersuchungsbedarfes beim Verbraucher verbleibe. Eine Beratungsleistung, wie sie in Fachgeschäften erfolge, könne ferner ebenso über interaktive Elemente auf der Onlineplattform erbracht werden. Es sei auch möglich, diese derart in den Verkaufsvorgang einzubinden, dass der Kunde sie zwingend zu beachten und zu verwenden habe. Zudem – so argumentierte der Gerichtshof – könne der jeweilige Mitgliedstaat die Marktteilnehmer verpflichten, dem Kunden gerade auch bei längerer Verwendung der Linsen individuelle Informationen und Ratschläge zum Gebrauch und zur Pflege zu geben. Diese könne der Verbraucher im Gegensatz zur Beratung im Fachgeschäft jederzeit und bequem von zu Hause aus in Anspruch nehmen, was einen Vorteil im Vergleich zur klassischen Beratung bedeute²⁶. Insgesamt seien vielfältige weniger einschneidende und damit mildere Regelungen denkbar, die den Gesundheitsschutz der Kontaktlinsenträger in gleicher Weise gewährleisten. Der Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit sei daher nicht gerechtfertigt, ein umfassendes Internetverbot mangels Erforderlichkeit nicht verhältnismäßig. Mithin verletze die Regelung den AEUV und sei damit unionsrechtswidrig.

d) Zusammenfassung

Die Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch ein Internetvertriebsverbot lässt sich nicht mit dem Gesundheitsschutz rechtfertigen, wenn eine Aufklärung und Information auch über das Internet möglich ist. Dies gilt gerade auch, wenn dem Verbraucher ohnehin eine gewisse Selbstbestimmung zugetraut und zugemutet wird, indem er selbst entscheiden kann, ob er regelmäßige ärztliche Kontrolluntersuchungen vornehmen lässt. Damit hat der Gerichtshof zugestanden, dass das Medium Internet für den Verbraucher nicht nur Gefahren birgt, sondern gerade auch ein verbessertes Schutzniveau gewährleisten kann²⁷. Der Vertrieb über das Internet hat für den Verbraucher viele Vorteile, wie den schnelleren Zugang zu Waren auch außerhalb herkömmlicher Öffnungszeiten. Da durch ein umfassendes Verbot dem Verbraucher diese Möglichkeit des Onlineshoppings genommen wird, ist eine dahingehende Regelung gerade nicht zielführend. Den vom Internetvertrieb ausgehenden Gefahren kann – wie sich gezeigt hat – durch andere gesetzliche Verpflichtungen der Anbieter begegnet werden. Diese Entwicklung ist sehr zu begrüßen, da die Vorteile, die die rasante Ausbreitung und Entwicklung des Internetvertriebs für den europäischen Binnenmarkt sowohl für Unternehmer als auch für Verbraucher hat, die Nachteile bei weitem überwiegen. Daher sollte das Hauptaugenmerk auf die Beseitigung der Gefahren und eine bessere Aufklärung der Verbraucher gelegt werden. Eine Behinderung der Entwicklungsmöglichkeiten neuer Märkte durch gesetzliche Verbote ist hingegen nicht verbraucherfreundlich, ihr ist folglich entgegenzuwirken. Dass in Europa die Zeichen für einen Übertritt des Binnenmarktes in das digitale Zeitalter gut stehen, hat bereits die Initiative zur neuen Binnenmarktakte gezeigt²⁸.

17. EuGH, GRUR Int 1974 S. 467 – *Dassonville*; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Stand 2010, Art. 34 AEUV Rdn. 8.

18. *Kotzur*, a.a.O. (Fn.17).

19. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 49 f.; EuGH, EuZW 2009 S. 173, Rdn. 34-37.

20. EuGH, NJW 1994 S. 121 – Strafverfahren gegen *Keck* u. *Mithouard*; siehe hierzu auch: *Kotzur*, a.a.O. (Fn. 17), Rdn. 20.

21. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 51; NJW 1994 S. 121; EuGH, EuZW 2009 S. 173, Rdn. 36.

22. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 54.

23. EuGH, EuZW 2004 S. 21, Rdn. 68 (74 f.).

24. *Kotzur*, a.a.O. (Fn. 17), Rdn. 8.

25. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 58.

26. EuGH, MMR 2011 S. 160, Rdn. 69 ff.; EuGH, EuZW 2004 S. 21, Rdn. 113.

27. *Leupold*, MMR 2011 S. 160 (163).

28. Vgl. *Schmittmann/Massini*, AfP 2011 S. 237 ff.

2. Das Internetverbot im Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) – ein vergleichbarer Fall?²⁹

Anlässlich der von *Leupold*³⁰ aufgeworfenen Frage der Vergleichbarkeit des Vertriebes von Kontaktlinsen und der Veranstaltung von Glücksspiel über das Internet fragt sich, ob die Grundsätze aus der besprochenen Entscheidung auf die Situation im Glücksspielrecht übertragbar sind. Diese ist – wie hier wiederholt berichtet – mangels Harmonisierung des Sektors durch eine Anerkennung staatlichen Regelungsspielraums gekennzeichnet, den der EuGH anerkennt³¹. Andererseits unterliegen auch einzelstaatliche Vertriebsverbote EU-ausländischer Onlineangebote der uneingeschränkten Rechtfertigungskontrolle durch den EuGH. Der Vergleich mit den Regelungen zum Glücksspielrecht bietet sich somit an, zumal auch hier der Gesundheitsschutz der Bürger zur Begründung eines staatlichen Verbotes herangezogen wird³². Der GlüStV enthält in seiner aktuellen Fassung in § 4 Abs. 4 ein Internetverbot für das Veranstalten und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet. Der EuGH sah in seinen Grundsatzurteilen in diesem Verbot ebenfalls eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, erklärte diese jedoch aus Gründen des Gesundheits-, des Verbraucherschutzes und der Suchtprävention für denkbar gerechtfertigt³³. Ob dies auch für die deutsche Regelung im Rahmen der Gesamtkonsistenzkontrolle³⁴ zutrifft, ist indessen auch mit *Carmen Media*³⁵ nicht entschieden.

Zunächst fällt auf, dass in beiden Fällen im betreffenden Hoheitsgebiet nicht ansässige Unternehmen weitaus stärker durch die Regelung beeinträchtigt werden. Zudem wird das Verbot in beiden Fällen auf denselben Rechtfertigungsgrund, nämlich den Gesundheitsschutz, gestützt. Es erscheint somit fraglich, weshalb hier eine andere Beurteilung – wie vom Gerichtshof angenommen – angebracht sein sollte. Ein sachlicher Grund ist dafür nicht ersichtlich. Wie *Leupold* ausführt, ist der drohende Verlust der Sehkraft durch eine unterbliebene Beratung und Untersuchung wohl zumindest als ebenso schwerwiegend einzustufen wie die Gefahren, die von einem pathologischen Spielverhalten ausgehen³⁶. Die Gesundheitsrisiken, die von einem Medikamentenvertrieb ausgehen, seien sogar erheblich schwerwiegender. Auch im GlüStV ist keine zwingende vorherige suchtpreventive Aufklärung des Spielenden vorgeschrieben. Damit wird dem Verbraucher das Spielen auf eigene Verantwortung gestattet. Es gibt jedoch auch im Bereich der Onlinespiele vielfältige Möglichkeiten den Spieler vor Spielbeginn aufzuklären, über diverse Funktionen suchtpreventiv zu informieren oder gar Beratungsstellen zu empfehlen. Damit kann gerade durch das Medium Internet eine Aufklärung gewährleistet werden, die vor Ort so gar nicht vorgesehen und effizient durchführbar ist. Auch besteht die Möglichkeit, die Informationen in den Spielverlauf zu integrieren oder gar Warnungen einzublenden, wenn der Spielende über einen längeren Zeitraum spielt. Damit ist es möglich, den Gesundheitsschutz auch über weniger einschneidende Maßnahmen zu gewährleisten. Eine gesetzliche Verpflichtung der Anbieter zur Aufklärung ist hier gegenüber einem umfassenden Internetverbot vorzuzugswürdig. Die von *Leupold* angeführten Argumente überzeugen. Der EuGH sollte die nächste Gelegenheit nutzen, seine Rechtsprechung zu Online-Vertriebsverboten zu vereinheitlichen und „aus einem Guss“ darzustellen. Ob der Entwurf der deutschen Bundesländer zum GlüStV 2012 dazu Anlass gibt, ist zweifelhaft. Die Kommission übermittelte den deutschen Wirtschaftsministerien am

18.07.2011 eine „detailed opinion“, wonach die begrenzte Zahl von Konzessionen für private in- und ausländische Wettbewerber zu den staatlichen Monopolgesellschaften im Sportwettenbereich, zu hohe Abgabeverpflichtungen, die Regelung für Online-Casino und Poker-Angebote sowie die Begrenzung der Spieleinsätze unionsrechtlichen Bedenken begegnen³⁷. Es ist nicht auszuschließen, dass am Ende des „Reparaturversuchs“ der deutschen Bundesländer ein GlüStV herauskommt, der § 4 Abs. 4 in der jetzigen Form eines absoluten Verbots nicht mehr enthält, denn eine gesamt konsistente Beschränkung einiger, aber nicht aller Online-Glücksspiele gleicht ebenso der Quadratur des Kreises wie ein absolutes Online-Vertriebsverbot.

IV. Ausblick: Kommission veröffentlicht Grünbuch³⁸

„Über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt“³⁹, so lautet der Titel des von der Kommission zur Diskussion gestellten Grünbuchs. Hiermit soll der Entwicklung der digitalen Technologien, des Internets und dem sich daraus ergebenden Potenzial Rechnung getragen werden. Das Grünbuch soll betroffenen Akteuren sowie den jeweiligen Interessengruppen „als Grundlage für eine Debatte darüber [dienen], ob und wie der Regulierungsrahmen angepasst werden muss, damit die europäische Industrie neue Geschäftsmodelle entwickeln kann, die Kunstschaffenden neue Vertriebswege finden und die europäischen Verbraucher in ganz Europa besseren Zugang zu Inhalten haben können“⁴⁰. Die Frist für Stellungnahmen läuft bis zum 18.11.2011.

Der nächste „Blick nach Brüssel“ wird sich vertieft mit der Bedeutung der von der Kommission aufgeworfenen Konsultationsfragen befassen. Es wird erkennbar, dass der bisher erreichte Standard der „analogen“ Regulierung und der auf Vertrieb von physischen Medienprodukten gerichteten Rechtsanwendung nicht mehr adäquat ist, den Marktbewegungen in Richtung Onlinehandel zu folgen. Die Kommission schlägt erkennbar ein neues Kapitel europäischen Binnenmarktrechts auf.

Rechtsanwalt Michael Schmittmann, Düsseldorf,
wissenschaftl. Mitarbeiterin Isabella Massini, Düsseldorf
und stud. iur. Andreas Leidinger⁴¹

37. Vgl. *Ashelm*, Lotto, Sportwetten und Online-Poker, Glücksspiel-Staatsvertrag scheidet vor EU-Kommission, F.A.Z.NET vom 18.07.2011 [letzter Abruf: 20.07.2011].

38. Vgl. hierzu insgesamt: KOM (2011) 427/3, Grünbuch über den Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt.

39. KOM (2011) 427/3.

40. Pressemitteilung: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/868&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [letzter Abruf: 19.07.2011].

41. Rechtsanwalt Michael Schmittmann ist Partner bei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Düsseldorf; Isabella Massini wissenschaftliche Mitarbeiterin bei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Düsseldorf, und stud. iur. Andreas Leidinger studiert Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln.

29. Vgl. hierzu insgesamt: *Leupold*, MMR 2011 S. 160.

30. Vgl. hierzu insgesamt: *Leupold*, MMR 2011 S. 160.

31. Vgl. zuletzt *Schmittmann/Brock*, AfP 2010 S. 155 (157 ff.).

32. So *Leupold*, MMR 2011 S. 160 (163).

33. So z.B. EuGH, EuZW 2010 S. 759.

34. EuGH, GRUR 2011 S. 175.

35. EuGH, GRUR 2011 S. 175.

36. *Leupold*, MMR 2011 S. 160 (165).