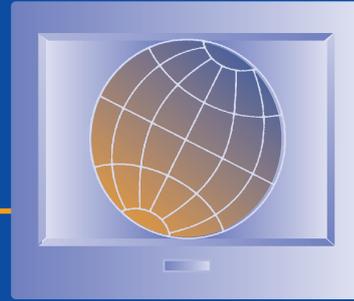


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

10  
K&R

- Editorial: Ein modernes, einheitliches Datenschutzrecht für Europas Bürger und Unternehmen · *Viviane Reding*
- 633 Rotlichtgerüchte: Haftet Google? · *Prof. Niko Härting*
- 635 Unmittelbare Anwendbarkeit der Cookie-Richtlinie – Mythos oder Wirklichkeit? · *Dr. Flemming Moos*
- 640 Rechtswahlfreiheit im Datenschutzrecht? · *Carlo Piltz*
- 645 Austrocknung der Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen? *Prof. Dr. Karl-E. Hain* und *Thomas Wierny*
- 653 Werbung für Glücksspiel im Fernsehen nach dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag *Prof. Roland Bornemann*
- 658 Über den Wolken... · *Markus Schröder*
- 660 Länderreport Brüssel/EU · *Robert Klotz*
- 664 BGH: Alles kann besser werden: Gewerbliches Ausmaß für Filesharing-Auskunftsanspruch nicht erforderlich mit Kommentar von *Dr. Reto Mantz*
- 673 BGH: GOOD NEWS: Zur Kennzeichnungspflicht von Veröffentlichungen mit dem Begriff „Anzeige“ mit Kommentar von *Dr. Roger Mann*
- 676 BGH: Keine unzumutbare Belästigung durch Anzeigenblätter mit Werbeprospekten mit Kommentar von *Dr. Dennis Voigt*
- 689 LG Berlin: Unterlassungsanspruch gegen TV-Ausstrahlung wegen unzureichender Einwilligung mit Kommentar von *Martin W. Huff*
- 694 LG Kiel: Werbung mit Olympia-Bezug wettbewerbsgemäß mit Kommentar von *Prof. Dr. Peter W. Heermann*

15. Jahrgang

Oktober 2012

Seiten 633–704

Deutscher Fachverlag GmbH · Frankfurt am Main

Prof. Roland Bornemann, München\*

## Werbung für Glücksspiel im Fernsehen nach dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag

*Am 1. 7. 2012 ist der Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag (Erster GlüÄndStV) zunächst in 14 Ländern der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) sind im Wesentlichen gleich geblieben. Die Mittel zu ihrer Erreichung haben sich geändert. Am deutlichsten wird dies durch die Abkehr von einem Staatsmonopol hin zu einem begrenzten Lizenzmodell. Auch die Werberestriktionen wurden neu geordnet und moderat gelockert. Insbesondere ist das Kompletzverbot der Werbung für Glücksspiel im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen (§ 5 Abs. 3 GlüStV a. F.) einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder Befreiungsmöglichkeit gewichen; gleichzeitig wurde der erläuternde Klammerzusatz für Werbung im Fernsehen „(§§ 7 und 8 Rundfunkstaatsvertrag)“ reduziert auf „(§ 7 des Rundfunkstaatsvertrages)“. Richtlinien, erlassen von einem Glücksspielkollegium der Länder, sollen „Art und Umfang“ der zugelassenen Werbung „konkretisieren“. Der folgende Beitrag beleuchtet die Konsequenzen für die Praxis.*

### I. Einleitung

Am 1. 1. 2008 löste der Glücksspielstaatsvertrag der Länder den verfassungswidrigen Lotteriestaatsvertrag<sup>1</sup> ab. Am 31. 12. 2011 trat er wieder außer Kraft, da die Ministerpräsidenten seine Fortgeltung nicht beschlossen hatten (§ 28 Abs. 1 S. 1 GlüStV). Gleichwohl galten seine wesentlichen Bestimmungen in den Ländern – mit Ausnahme Schleswig-Holsteins – aufgrund einer Vorschrift in den jeweiligen Ausführungsgesetzen als einfache landesgesetzliche Bestimmungen bis zum Inkrafttreten eines neuen Staatsvertrags weiter.<sup>2</sup> Am 15. 12. 2011 haben die Regierungschefs von 15 Ländern – mit Ausnahme Schleswig-Holsteins – den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag unterschrieben. Nach Ratifizierung durch die Landesparlamente ist er am 1. 7. 2012 in 14 Ländern in Kraft getreten.<sup>3</sup> In Nordrhein-Westfalen gelang die Ratifizierung wegen der außerplanmäßigen Landtagswahl im Mai 2012 nicht zeitgerecht. Angesichts der Beitrittsklausel in Art. 2 Abs. 2 a Erster GlüÄndStV ist aber ein späterer Beitritt ohne weiteres möglich. Das neue Kabinett in Schleswig-Holstein hat den Beitritt ebenfalls beschlossen.<sup>4</sup> Dort könnte sich der Weg als mühsamer erweisen, nachdem bereits Lizenzen auf Grundlage des liberaleren schleswig-holsteinischen Glücksspielgesetzes vergeben wurden.<sup>5</sup>

Der Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag enthält zwei Artikel und einen Anhang mit den in Art. 1 § 6 S. 2 genannten „Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht“. Art. 1 enthält die Neufassung des geänderten Glücksspielstaatsvertrags. Art. 2 ist überschrieben mit „Inkrafttreten, Außerkrafttreten, Neubekanntmachung“ und regelt neben dem Inkrafttreten (Abs. 1) die Verpflichtung der Staatskanzlei Sachsen-Anhalt, den Ländern die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden mitzuteilen (Abs. 2), den Beitritt weiterer Länder (Art. 2 a) und das Außerkrafttreten anderer Bestimmungen (Abs. 3 und 4).

### II. Anwendungsbereich und Ziele des Glücksspielstaatsvertrags

§ 1 GlüStV beschreibt die Ziele des Staatsvertrags. Gegenüber der Vorgängerfassung wurde die Vorschrift um einen programmatischen Satz 2 und eine zusätzliche Nr. 5 (Gefahrenvermeidung bei Sportwetten) im nunmehrigen Satz 1 erweitert; § 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV wurde im Blick auf den Wechsel vom Staatsmonopol zum beschränkten Lizenzmodell neu formuliert. Die sog. amtliche Begründung zum Staatsvertrag erläutert diesen Befund mit den Worten:

„Von einer vollständigen Neuregelung wird abgesehen, weil an den Zielen der Regulierung der Glücksspiele – mit einer neuen Akzentuierung – und den wichtigsten Instrumenten zu ihrer Durchsetzung grundsätzlich festgehalten werden soll.“<sup>6</sup>

Das wird bei der Interpretation aller Vorschriften des neu gefassten Glücksspielstaatsvertrags zu beachten sein.

Der Anwendungsbereich ist gem. § 2 GlüStV auf öffentliche Glücksspiele beschränkt. Privates Glücksspiel im Familienkreis oder in geschlossenen Gesellschaften erscheint zur Verfolgung der oben genannten Ziele grundsätzlich nicht regulierungsbedürftig. Eine Ausnahme gilt, wenn in Vereinen oder geschlossenen Gesellschaften gewohnheitsmäßig Glücksspiele veranstaltet werden (§ 3 Abs. 2 GlüStV, § 284 Abs. 2 StGB).

Im Übrigen fallen zufallsabhängige Spiele ohne nennenswerte Gewinnmöglichkeit oder ohne (nennenswerten) geldwerten Spieleinsatz als sog. Unterhaltungsspiele<sup>7</sup> nicht unter den Glücksspielbegriff (§ 3 Abs. 1 GlüStV). Bestimmen im Wesentlichen die Fähigkeiten oder Kenntnisse der Spieler den Spieldausgang, liegt ebenfalls kein Glücks-, sondern ein Geschicklichkeitsspiel vor. Gewinnspiele im Rundfunk, die die Grenzen des § 8 a RStV einhalten, nimmt § 2 Abs. 6 GlüStV ausdrücklich von der Geltung des Glücksspielstaatsvertrags aus.

Damit beansprucht der Glücksspielstaatsvertrag inzidenter Geltung für zufallsabhängige Gewinnspiele in an die Allgemeinheit gerichteten Telemedien, auf die im Übrigen § 8 a RStV entsprechend anwendbar ist (§ 58 Abs. 4 RStV).<sup>8</sup>

\* Der Autor ist Justiziar der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien und Honorarprofessor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276.

2 Vgl. VG München, 27. 6. 2012 – M 17 S 12.2760, S. 14.

3 Vgl. BayGVBl S. 318.

4 [http://www.schleswig-holstein.de/STK/DE/Service/Presse/PI/2012\\_neu/MP/120724\\_stk\\_mp\\_Kehrtwende\\_Gluecksspielrecht.html](http://www.schleswig-holstein.de/STK/DE/Service/Presse/PI/2012_neu/MP/120724_stk_mp_Kehrtwende_Gluecksspielrecht.html).

5 Sportwetten wurden lizenziert für NordwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG (Angebot Oddset), Polco Ltd. (Betfair-Gruppe), Personal Exchange International Ltd. (mybet Holding SE), Hillside New Media Ltd. (bet365), Bet-at-home.com Internet Ltd., Electraworks Kiel Ltd. (bwin) und Tipico Company Ltd. ([http://www.schleswig-holstein.de/IM/DE/Service/Gluecksspiel/Gluecksspiel\\_node.html](http://www.schleswig-holstein.de/IM/DE/Service/Gluecksspiel/Gluecksspiel_node.html)).

6 Bayer. Landtag, Drs. 16/11995, S. 17.

7 Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 284 Rn. 7.

8 Bayer. Landtag, Drs. 16/11995, S. 21 mit Rechtsprechungsnachweisen.

### III. Werbung für öffentliches Glücksspiel

#### 1. Der Werbebegriff

§ 5 GlüStV enthält Werberestriktionen und -verbote; er verwendet den Begriff „Werbung“ ohne ihn zu definieren.<sup>9</sup> § 3 GlüStV definiert Glücksspiele (Abs. 1), öffentliche Glücksspiele (Abs. 2), Lotterien (Abs. 3), den Veranstaltungsort (Abs. 4), Annahmestellen und Lottereeinnehmer (Abs. 5), gewerbliche Spielvermittlung (Abs. 6) und Spielhallen (Abs. 7); zum Werbebegriff sagen die Begriffsbestimmungen nichts. Nur bei der Werbung im Fernsehen findet sich im Klammerzusatz „(§ 7 des Rundfunkstaatsvertrags)“ ein weiterführender Hinweis. Im Übrigen bleibt der Interpret des § 5 GlüStV mit seiner Weisheit allein.

Der Deutsche Werberat hat im Februar 2012 Verhaltensregeln „über die kommerzielle Kommunikation für Glücksspiele“ aufgestellt.<sup>10</sup> Er hat sich dabei einer Begrifflichkeit bedient, die im europäischen Sekundärrecht gebräuchlich ist, und damit zugleich seine Interpretation des glücksspielrechtlichen Werbebegriffs bekannt gegeben.

Der Bundesgesetzgeber hat den europarechtlichen Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ zum Teil in neueren Gesetzen übernommen.<sup>11</sup> § 2 S. 1 Nr. 5 TMG beispielsweise definiert kommerzielle Kommunikation als „jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt“. Das stimmt wörtlich mit Art. 2 Buchst. f der sog. E-Commerce-Richtlinie<sup>12</sup> überein.

Die Definition der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation in Art. 1 Abs. 1 Buchst. h der AVMD-RL weicht in der Formulierung ab, ohne dass darin sachliche Unterschiede erkennbar würden: „Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen... Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung.“

Demgegenüber definiert Art. 2 Buchst. b der EG-Tabakwerberichtlinie Werbung als „jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“<sup>13</sup> und verzichtet auf die Beschränkung des Handelns im Geschäftsverkehr. Das entspricht der ratio legis. Für die Verwirklichung des Gesundheitsschutzes ist es irrelevant, ob eine den Tabakverkauf fördernde Äußerung im geschäftlichen Verkehr gemacht wird.

Anders als in der AVMD-RL wird Sponsoring in der Tabakwerberichtlinie nicht als Unterfall der kommerziellen Kommunikation verstanden, sondern in Art. 2 Buchst. c eigenständig definiert als „jede Art von öffentlichem oder privatem Beitrag zu einer Veranstaltung oder Aktivität oder jede Art von Unterstützung von Einzelpersonen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“. Schließlich werden Werbung vollständig und Sponsoring solcher Unternehmen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist, im Rundfunk untersagt (Art. 4 der EG-Tabakwerberichtlinie). Das Vorläufige

Tabakgesetz des Bundes setzt diese Vorgaben in § 21 a Abs. 2 und 5 für den Hörfunk und in § 21 b Abs. 2 und 4 für das Fernsehen in nationales Recht um.

Der Gesetzgeber hat in § 5 Abs. 1 GlüStV n. F. vorgegeben, dass „Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel... an den Zielen des § 1 auszurichten (ist)“. Das macht deutlich, dass sich die Interpretation des Werbebegriffs von den Zielen des § 1 GlüStV leiten lassen muss. Die generelle Zielsetzung der Suchtprävention ist dem Ziel des Gesundheitsschutzes durch das Vorläufige Tabakgesetz verwandt. Beide wurzeln im Ordnungsrecht. Das ist für den weiteren Gang der Untersuchung richtungweisend.

#### 2. Die Grundsätze der Glücksspielwerbung

Die amtliche Begründung bestätigt, dass in § 5 ein neuer Regelungsansatz gewählt worden ist. „An die Stelle detaillierter materieller Verbote in § 5 Abs. 1 und 2 tritt ein zielorientierter, prozedural ausgestalteter Ansatz.“<sup>14</sup> Wie durch die Aufgabe detaillierter materieller Verbote allerdings der Forderung nach größerer Differenzierung Rechnung getragen werden soll, was laut amtlicher Begründung bezweckt sei, bleibt unverständlich. Ursächlich für den neuen Ansatz sei auch die Erfahrung, dass eine Vielzahl teils divergierender gerichtlicher Entscheidungen ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit über die im konkreten Einzelfall zu beachtenden Anforderungen habe aufscheinen lassen. Durch die Streichung detaillierter materieller Verbote wird sich größere Rechtssicherheit und eine einheitlichere Rechtsprechungslinie allerdings kaum erreichen lassen. Vielmehr öffnet der neue Regelungsansatz bei objektiver Betrachtung das enge Korsett der bisherigen Werberestriktionen, das den staatlichen Monopolanbietern dem Vernehmen nach zunehmend die Luft abgeschnürt hatte. Insbesondere die Annahme der amtlichen Begründung, dass die verstärkte Werbung legaler Anbieter als Antwort auf aggressives Marketing illegaler Anbieter – wenn auch nur für einen vorübergehenden Zeitraum – von § 5 Abs. 1 GlüStV n. F. gedeckt sei, lässt aufhorchen. Zwar kann ein solches Verhalten dem Teilziel, „den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken“ (§ 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV), dienen. Es ist jedoch nicht zu erkennen, dass die Gesamtausweitung des Glücksspielmarkts das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung schaffen könnte (§ 1 S. 1 Nr. 1 GlüStV). Vielmehr gleicht das in der amtlichen Begründung verharmloste Wettrüsten legaler und illegaler Anbieter bei der Glücksspielwerbung dem Versuch, Feuer mit Öl zu löschen. Man kann sich deshalb des Eindrucks nicht

<sup>9</sup> Die amtliche Begründung zum ursprünglichen GlüStV nahm Bezug auf eine Definition des BGH zum wettbewerbsrechtlichen Werbebegriff: „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern“, Bayer. Landtag, Drs. 15/8486, S. 15.

<sup>10</sup> <http://www.werberat.de/content/Gluecksspiel.php>.

<sup>11</sup> Z. B. § 6 TMG; § 21 b Abs. 4 VorlTabakG.

<sup>12</sup> RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl EU Nr. L 178 S. 1.

<sup>13</sup> RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 5. 2003. Zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl EU Nr. 152, S. 16, 2004 Nr. L 67 S. 34.

<sup>14</sup> Bayer. Landtag, Drs. 16/11995, S. 26.

erwehren, dass einerseits ganz bewusst bisher bestehende Werberestriktionen nicht zuletzt für die staatlichen Glücksspielanbieter gelockert werden sollen, dass dies aber möglichst kaschiert wird, um einen Dammbbruch zu verhindern, der das beschränkte Lizenzmodell ins offene Meer der Gewerbefreiheit hinausschwemmen könnte.

Schließlich wird auf die Umsetzung durch die Werberichtlinien der Länder verwiesen, „die im Staatsvertrag in Art und Verfahren als normkonkretisierende, Behörden und Gerichte bindende Verwaltungsvorschrift ausgestaltet werden.“<sup>15</sup> Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Der bisherige § 5 Abs. 1 entspricht im Wesentlichen dem ersten Halbsatz des bisherigen § 5 Abs. 2 S. 1 GlüStV. Alle im bisherigen § 5 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 zweiter Halbsatz GlüStV enthaltenen Konkretisierungen sind entfallen. Geblieben als § 5 Abs. 2 S. 1 GlüStV ist der bisherige Satz 2, der sich mit dem Minderjährigenschutz befasst. Neu gefasst wurde der bisherige § 5 Abs. 2 S. 3, der auf allgemeine Irreführung konzentriert und von der Pflicht befreit wurde, Hinweise auf das Verbot der Teilnahme Minderjähriger und die vom Glücksspiel ausgehenden Suchtgefahren aufzunehmen.

### 3. Das Werbeverbot für unerlaubtes Glücksspiel

Öffentliche Glücksspiele sind erlaubnispflichtig (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV). Das Verbot für unerlaubte Glücksspiele zu werben (§ 5 Abs. 5 GlüStV n.F., vormals § 5 Abs. 4 GlüStV) ist durch § 284 Abs. 4 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht. Manche Ausführungsgesetze der Länder zum Glücksspielstaatsvertrag haben § 5 Abs. 5 GlüStV n.F. bußgeldbeehrt.<sup>16</sup> Soweit auch die Vorsatzform als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet ist, wirft das Fragen auf. Denn die Aussage: Wer eine Straftat begeht, handelt ordnungswidrig, ist angesichts der angeblichen Wesensverschiedenheit von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht<sup>17</sup> höchst problematisch.<sup>18</sup> Außerdem gehört die Gesetzgebungsmaterie Strafrecht, auf der auch das materielle Ordnungswidrigkeitenrecht beruht,<sup>19</sup> zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), sodass der Landesgesetzgeber durch eine bundesgesetzliche Kodifikation gesperrt ist. Für die Praxis entsteht auf der ersten Stufe deshalb kein Problem, weil die Bußgeldbehörde eine bei ihr anhängige Sache nach § 41 Abs. 1 OWiG an die Staatsanwaltschaft abzugeben hat, sobald „Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass die Tat eine Straftat ist.“ Wird allerdings eine Strafe nicht verhängt i. S. des § 21 Abs. 2 OWiG,<sup>20</sup> kann die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers für die Vorsatztat virulent werden. Die Bußgeldbehörde hat zwar keine Verwerfungskompetenz für ein formelles Gesetz, kann jedoch im Rahmen des Opportunitätsprinzips (§ 47 Abs. 1 OWiG) von einer Verfolgung absehen. Da § 284 Abs. 4 StGB nur für Vorsatztaten gilt (s. § 15 StGB), bestehen gegen eine Verfolgung und Ahndung fahrlässiger Werbung für unerlaubtes Glücksspiel nach den jeweiligen Landesgesetzen keine Bedenken.<sup>21</sup> Werbetreibender und damit Täter wird der jeweilige Glücksspielveranstalter oder -vermittler sein, der in erster Linie Verantwortung für die Werbeinhalte trägt.<sup>22</sup>

Zum Werbebegriff des § 284 Abs. 4 StGB gibt es Übereinstimmung in der Literatur, dass hierunter jede „mit den Mitteln der Propaganda betriebene Tätigkeit (...), mit der Teilnehmer an Glücksspielen gewonnen werden sollen“, gehört.<sup>23</sup>

### 4. Glücksspielwerbung im Fernsehen

#### a) Das Werbeverbot

§ 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV enthält ein generelles Verbot der Glücksspielwerbung im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen. Abgesehen vom reduzierten Klammerzusatz ist die Bestimmung wortidentisch mit § 5 Abs. 3 GlüStV a.F. Neu ist die Erlaubnismöglichkeit in Satz 2 der Bestimmung. Demnach können die Länder zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV Werbung für Lotterien und Sport- und Pferdewetten im Internet und im Fernsehen unter Beachtung der Grundsätze nach § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV erlauben. Werbung für Sportwetten im Fernsehen unmittelbar vor oder während der Live-Übertragung von Sportereignissen auf dieses Sportereignis bleibt nach § 5 Abs. 3 S. 3 GlüStV unzulässig.

Für die Erteilung der Erlaubnis ist gemäß § 9 a Abs. 2 Nr. 1 GlüStV das Land Nordrhein-Westfalen zuständig, dessen Landesparlament den Glücksspielstaatsvertrag bis zum 30. 6. 2012 noch nicht ratifiziert hatte. Die Willensbildung erfolgt jedoch im Glücksspielkollegium, das den zuständigen Behörden als Organ dient (§ 9 a Abs. 5 GlüStV); eine Konstruktion, die den zentralen Organen der Landesmedienanstalten (§ 35 Abs. 2 RStV) nachgebildet ist.<sup>24</sup>

#### b) Der Werbebegriff

Es ist in der Rechtswissenschaft geläufig, dass verschiedene Rechtsgebiete dieselben Begriffe mit unterschiedlichen Inhalten füllen. Dass indes verschiedene Vorschriften desselben Gesetzes denselben Begriff in unterschiedlicher Bedeutung verwenden, dürfte eher die Ausnahme sein. Es kommt jedoch vor.<sup>25</sup> Deshalb muss untersucht werden, ob § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV wegen des erläuternden Klammerzusatzes „(§ 7 des Rundfunkstaatsvertrags)“ einen abweichenden Werbebegriff verwendet.

Zunächst ist festzuhalten, dass § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV den rundfunkrechtlichen Werbebegriff definiert. Demnach ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder einem privaten Veranstalter oder einer natürlichen Person entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern.“ Dazu gehört nicht die – nach § 7 Abs. 7 S. 1 RStV verbotene – Schleichwer-

15 Bayer. Landtag, Drs. 16/11995, S. 26.

16 Z. B. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 des bayerischen AGGlüStV i. d. Fassung des Änderungsgesetzes vom 25. 6. 2012, GVBl. S. 270.

17 BVerfG, 16. 7. 1969 – 2 BvL 2/69, BVerfGE 27, 18, 33.

18 Bornemann, Ordnungswidrigkeiten in Rundfunk und Telemedien, 3. Aufl. 2012, S. 69.

19 Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, S. 5 f. (Rn. 6).

20 S. § 41 Abs. 2, § 43 OWiG.

21 Vgl. Bornemann (Fn. 18), S. 71, 177, 179 ff.

22 Vgl. BGH, 26. 1. 2006 – 1 ZR 121/03, ZUM-RD 2006, 269.

23 Lackner/Kühl (Fn. 7), § 284 Rn. 15; ähnlich Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 284 Rn. 24 i.V.m. § 129 Rn. 25; Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 284 Rn. 25 a; Temming, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 284 StGB, Rn. 14; Wohlers, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 3. Aufl. 2010, § 284 Rn. 25.

24 Bayer. Landtag, Drs. 16/11995, S. 28; zu dem rundfunkrechtlichen Konstrukt s. näher Bornemann/v. Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz, BayMG, Loseblattkommentar (Stand: April 2012), Art. 10 Rn. 53 ff.

25 Vgl. Bornemann, DVBl. 1986, 1129, 1130 zu den Arbeitsplatzbegriffen des Schwerbehindertengesetzes.

bung, die in § 2 Abs. 2 Nr. 8 RStV definiert wird, nicht das Sponsoring als finanzielle Unterstützung einer Rundfunk-sendung (§ 2 Abs. 2 Nr. 9 RStV) und auch nicht das Tele-shopping, das keine Werbung, sondern Fernabsatz von Waren und Dienstleistungen darstellt (§ 2 Abs. 2 Nr. 10 RStV), sowie schließlich nicht die in § 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV definierte Produktplatzierung, die allesamt Unterfälle der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation i. S. des Art. 1 Buchst. h der AVMD-RL darstellen. Es gehört erst recht die verbotene Werbung politischer, weltanschaulicher oder religiöser Art (§ 7 Abs. 9 S. 1 RStV) nicht zur Wirtschaftswerbung, die § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV definiert; ideelle Werbung ist nicht einmal kommerzielle Kommunikation!<sup>26</sup> Aber mit allen diesen Erscheinungsformen – außer dem Sponsoring – befasst sich § 7 RStV. Schon daraus erhellt, dass § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV keinesfalls nur „Werbung im rundfunkrechtlichen Sinn“ verbietet. Es bleibt vielmehr bei der Erkenntnis, dass das Glücksspielrecht einen eigenen Werbebegriff verwendet, der von der ordnungsrechtlichen Zielsetzung des Staatsvertrags her zu bestimmen und weit zu bemessen ist.

Demgegenüber ist das Rundfunkrecht vorrangig Rundfunkorganisationsrecht: Es enthält die positive gesetzliche Ordnung, welche die Rundfunkfreiheit ausgestaltet.<sup>27</sup> Dabei wird Werbung als (Haupt-)Bestandteil der Finanzierungsgrundlagen des (privaten) Rundfunks reguliert. Die Finanzierungsgrundlagen gehören – wie die technischen Übertragungsmöglichkeiten – zu den Essentialia der Rundfunkveranstaltung.<sup>28</sup> Der Rundfunkgesetzgeber kann zwar im Rahmen der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit konfliktierende Verfassungsgüter zum Ausgleich bringen, verfolgt aber vorrangig keine ordnungsrechtlichen Ziele zur Gewährleistung des Drittgüterschutzes. Das ist Aufgabe der sog. Schrankengesetze. Während das Schleichwerbeverbot Teil der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit ist, die Schleichwerbung aus dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit ausgrenzt,<sup>29</sup> beschränkt das suchtpreventive Fernsehwerbeverbot des § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV die Rundfunkfreiheit und muss sich als Schrankengesetz rechtfertigen.<sup>30</sup>

Im Ergebnis verwendet das Werbeverbot in § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV aufgrund seiner ordnungsrechtlichen Zielsetzung der Suchtprevention legitimerweise einen weiteren Werbebegriff als das Rundfunkrecht. Nicht generell verboten ist hingegen Sponsoring von Fernsehsendungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 9 RStV). Die gesetzlich verbotene Tathandlung ist Werben für Glücksspiel und nicht Sponsoring durch Unternehmen wie in § 8 Abs. 4 RStV oder § 21 a Abs. 5 und § 21 b Abs. 2 VorlTabakG. Soweit allerdings der durch § 8 Abs. 1 RStV vorgeschriebene Hinweis auf die Finanzierung durch den Sponsor so ausgestaltet wird, dass davon eine Anreizwirkung zur Glücksspielteilnahme ausgeht, kann der rundfunkrechtliche Sponsorhinweis glücksspielrechtlich verbotene Werbung sein. Das VG München fasst dies wie folgt zusammen: „Wie bisher ist in § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen verboten, wobei im Klammerzusatz nur mehr § 7 RStV genannt ist. Der bisher in der Klammer genannte § 8 RStV wurde ersatzlos gestrichen. Nach Ansicht des Gerichts dürfen somit Sponsorhinweise, die nach § 8 RStV zulässig sind, nicht (mehr) dem Werbeverbot für Glücksspiele nach § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV unterliegen, es sei denn, sie beschränken sich nicht auf eine Nennung des Namens oder der Firma des Sponsors, sondern wollen zum Glücksspiel motivieren und Anreize dafür setzen.“<sup>31</sup> Dem ist

zuzustimmen. Glücksspielrechtlich verbotene Werbung ist nach § 7 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 RStV i. V. m. Ziffer 2 Abs. 1 der Werberichtlinien der Landesmedienanstalten<sup>32</sup> rundfunkrechtlich unzulässig.<sup>33</sup>

### c) Die behördliche Erlaubnis

Vom Verbot des § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV kann die Glücksspielaufsichtsbehörde in Nordrhein-Westfalen mit Wirkung für alle Länder befreien (§ 9 a Abs. 2 Nr. 1 GlüStV). Als Organ bei dieser Entscheidung dient das Glücksspielkollegium aus 16 Mitgliedern, die von den obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder benannt werden (§ 5 Abs. 3 S. 2 und 4 i. V. mit § 9 a Abs. 5 und 6 GlüStV). Die Erlaubnis ist als Träger für glücksspielrechtliche Nebenbestimmungen gedacht, die sicherstellen sollen, dass die Werbung die gesetzlich in § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV kaum mehr vorstrukturierten Werbemodalitäten einhält. Der rechtliche Überbau dazu soll in Werberichtlinien verlagert werden, die das Glücksspielkollegium aufstellt (§ 5 Abs. 4 S. 4 GlüStV).<sup>34</sup>

Nach § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV können die Länder vom Verbot des Satzes 1 absehen und Werbung unter Beachtung der Grundsätze nach § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV gestatten. Von Bedeutung ist dabei, ob es sich um ein Ermessens-Kann oder (lediglich) um ein Ermächtigungs- oder Kompetenz-Kann<sup>35</sup> handelt. Während bei Ermessensentscheidungen ein relativ ungezwungener Umgang mit Nebenbestimmungen möglich ist, ist dieser bei gebundenen Entscheidungen durch § 36 Abs. 1 VwVfG stark eingeschränkt, und außer in den Fällen der ausdrücklichen Zulassung durch Rechtsvorschrift nur erlaubt um sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Dabei kann es jedoch nicht darum gehen, unbestimmte gesetzliche Voraussetzungen durch Nebenbestimmungen im Lizenzbescheid zu konkretisieren.

Auf den ersten Blick spricht die Konstruktion des § 5 Abs. 3 GlüStV mit seinem strikten Verbot in Satz 1 und der relativ offenen Befreiungsmöglichkeit in Satz 2 für die Einräumung eines behördlichen Ermessens. Mit der beabsichtigten Beschränkung der Werbeerlaubnis auf konzessionierte Glücksspielveranstalter übt die Glücksspielaufsicht dieses Ermessen sicherlich sachgerecht aus. Andererseits befremdet es, dass der Gesetzgeber überhaupt eine zweite Erlaubnispflicht für werbewillige konzessionierte Glücksspielanbieter vorgesehen und der Exekutive gegenüber konzessionierten Glücksspielveranstaltern ein Ermessen für die Befreiung vom Werbeverbot für erlaubtes Glücksspiel eingeräumt haben sollte. Denn Werbung für einen ausgeübten Beruf ist grundsätzlich vom Grundrecht

26 S. Bornemann (Fn. 18), S. 159 ff.

27 Vgl. Bornemann/Hepach, K&R 2004, 317, 318 m. w. N.

28 BVerfG, 22. 2. 1994 – 1 BvL 30/88, BVerfGE 90, 60, 93.

29 Im Ergebnis ebenso Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Die einzelnen Grundrechte, 1. Halbband, 2006, S. 1684; wohl auch Bethge, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 108.

30 Vgl. Ladeur, in: Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 7 RStV Rn. 7.

31 VG München, 13. 7. 2012 – M 17 S 12.2498, S. 16.

32 Vom 21. 6. 2010, Bayer. Staatsanzeiger Nr. 27.

33 VG München, 14. 6. 2012 – M 17 K 11.4067, S. 11.

34 Bayer. Landtag, Drs. 16/11995, S. 26.

35 S. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 40 Rn. 43; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 40 Rn. 21; Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand: 22. Erg.-Lfg. 2011, § 114 Rn. 16; Wolff, in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, 2. Aufl. 2006, § 114 Rn. 71.

der Berufsfreiheit umfasst.<sup>36</sup> Zwar belegt das Tabakwerbeverbot, dass auch Werbung für ein seinerseits nicht gesetzlich verbotenes Verhalten (Tabakverkauf) gerechtfertigt werden kann. Darauf hatte die amtliche Begründung zum ursprünglichen Glücksspielstaatsvertrag abgehoben.<sup>37</sup> Das dürfte jedoch nicht für ein Modell gelten, das Fernseh- und Internetwerbung als probates Mittel zur Lenkung der Spielerströme weg von illegalen und hin zu legalen Spielangeboten ansieht. Es spricht deshalb manches dafür, dass die wenigen konzessionierten Glücksspielveranstalter (vgl. § 10 a Abs. 3 GlüStV) einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Werbeerlaubnis besitzen. Das kann – vorbehaltlich der Klärung der Rechtsnatur der Werberichtlinie nach § 5 Abs. 4 GlüStV – nicht ohne Einfluss auf die Zulässigkeit einschränkender Nebenbestimmungen bleiben.

#### d) Die Werberichtlinie

Die amtliche Begründung meint zur Werberichtlinie: „Durch die weitgehende Ausdifferenzierung der zugelassenen Werbung nach den Absätzen 1 bis 3 wird dem verfassungsrechtlichen Erfordernis an den Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen. Die Pflicht zur Anhörung der beteiligten Kreise vor Erlass der Werberichtlinie umfasst auch Vertreter der Wissenschaft und hinsichtlich der Werbung im Rundfunk die Landesmedienanstalten. Damit wird durch ein rechtsstaatliches Verfahren eine Richtigkeitsgewähr im Hinblick auf die Bindungswirkung erzeugt.“ Gerade an der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, insbesondere bei der Erteilung der Erlaubnis durch eine Behörde für alle Länder, hat jedoch der Leipziger Verfassungsrechtler *Degenhart* Zweifel angemeldet.<sup>38</sup>

Auch wenn das Glücksspielkollegium vor Erlass der Richtlinie „hinsichtlich der Werbung im Rundfunk“ die Landesmedienanstalten anhört, bleibt es doch eine Richtlinie der staatlichen Exekutive. Verwaltungsvorschriften von Staatsbehörden sind keine „allgemeinen Gesetze“ i. S. des Art. 5 Abs. 2 GG. Sie können die Rundfunkfreiheit nicht wirksam beschränken. Tatsächlich soll die glücksspielrechtliche Werberichtlinie nur die werbungstreibenden Glücksspielveranstalter und nicht die Rundfunkveranstalter binden. Darauf haben sich dem Vernehmen nach die Landesmedienanstalten mit den Glücksspielreferenten im Vorfeld verständigt. Im Übrigen ist die Werberichtlinie nach § 5 Abs. 4 GlüStV nicht vergleichbar mit den Werberichtlinien der Landesmedienanstalten, die ihre rechtliche Grundlage in § 46 S. 1 RStV finden. Bei den rundfunkrechtlichen Richtlinien handelt es sich nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers um genuin rundfunkrechtliche Steuerungsinstrumente mit Rechtssatzcharakter und Außenwirkung; im Rahmen der gesetzlichen Bindung begründen sie Rechte und Pflichten für die privaten Rundfunkveranstalter. Das kann am Beispiel der Richtlinien nach § 29 S. 5 und § 33 RStV nachgewiesen werden.<sup>39</sup> Die gesetzlichen Bestimmungen im Jugendmedienschutzstaatsvertrag und im Rundfunkstaatsvertrag über den Erlass von (gemeinsamen) Richtlinien der Landesmedienanstalten stellen gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen dar.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die für übereinstimmende Satzungen der Landesmedienanstalten eine „vergleichsweise schmale verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage“<sup>40</sup> annimmt und für die Bayerische Landeszentrale für neue Medien als Satzungsgeber „keine erhöhte demokratische Legitimation“<sup>41</sup> anerkennt, kann gegen die Feststellung einer rundfunkrechtlichen Ermäch-

tigung zur Ausgestaltung (§ 33 S. 1 RStV), Durchführung (§ 15 Abs. 2 S. 1 JMStV, § 46 S. 1 RStV) und Konkretisierung (§ 53 S. 1 RStV) gesetzlicher Bestimmungen durch rechtssatzmäßige Richtlinien der Landesmedienanstalten nicht ins Feld geführt werden. Denn aus diesen Annahmen leitet die Rechtsprechung lediglich Beschränkungen des Umfangs der Satzungsbefugnis ab ohne die Regelungsbefugnis dem Grunde nach in Frage zu stellen.<sup>42</sup>

Demgegenüber dürfte es sich bei § 5 Abs. 4 GlüStV um eine Kompetenznorm handeln, die nicht zum Eingriff durch Richtlinien in subjektive Rechte der Glücksspielveranstalter ermächtigt, sondern im Wesentlichen die staatsvertragliche Festlegung der für die Aufstellung der Richtlinien zuständigen Stelle innerhalb der Staatsverwaltung und rudimentäre Verfahrensvorgaben enthält. So wird das Glücksspielkollegium verpflichtet, den „beteiligten Kreisen“ vor Erlass und Änderung der Richtlinie Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 5 Abs. 4 S. 3 GlüStV), und die Richtlinie zu veröffentlichen (§ 5 Abs. 4 S. 5 GlüStV). Inhaltlich soll sich die Richtlinie auf die vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Wirkung von Werbung auf jugendliche sowie problematische und pathologische Spieler „stützen“ (§ 5 Abs. 4 S. 2 GlüStV). Eine wirksame Beschränkung der Berufsausübung ist gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch die Werberichtlinie als Verwaltungsvorschrift nicht möglich.<sup>43</sup>

## IV. Ergebnis

Der Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag hat in Deutschland die Wende vom staatlichen Glücksspielmonopol zu einem beschränkten Lizenzmodell vollzogen. Das Bewerbungsverfahren für die Lizenzen wurde am 3. 8. 2012 durch eine europaweite Ausschreibung eröffnet.<sup>44</sup>

Mit dem Modellwechsel geht eine moderate Liberalisierung des Werberegimes einher. An die Stelle eines vollständigen Werbeverbots für erlaubte Glücksspiele im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen ist eine regulierte Öffnung der Werbemöglichkeiten im Fernsehen und im Internet – im Ergebnis wohl nur – für genehmigte Glücksspielveranstalter getreten. Damit soll eine Kanalisierung der Spielerströme zu den legalen Glücksspielangeboten erreicht werden. Insgesamt werden die vorrangigen Ziele der Suchprävention und Verhinderung der Ausweitung des Glücksspielangebots grundsätzlich weiterverfolgt.

Der glücksspielrechtliche Werbebegriff erfasst jegliche kommerzielle Kommunikation, die das Ziel verfolgt oder

36 Vgl. BVerfG, 8. 3. 2005 – 1 BvR 2561/03, BVerfGE 112, 255 = NJW 2005, 1483; BVerfG, 19. 12. 2008 – 1 BvR 1886/06, K&R 2008, 236, 237 f.

37 Bayer. Landtag, Drs. 15/8486, S. 11.

38 *Degenhart*, Poker um Glücksspiel, Handelsblatt v. 13. 12. 2011, S. 18.

39 *Bornemann*, ZUM 2012, 89, 91 f.

40 BayVGfH, 28. 10. 2009 – 7 N 09.1377, AfP 2010, 204, 207; mit Kritik von *Stettner*, Die Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte zum Bayerischen Medienrecht 2000–2010, BLM-e-book, Bd. 1, 2012, S. 66 ff. ([http://www.blm.de/de/pub/aktuelles/publikationen/blm\\_e\\_books/blm\\_e\\_book\\_1.cfm](http://www.blm.de/de/pub/aktuelles/publikationen/blm_e_books/blm_e_book_1.cfm)).

41 BVerwG, 11. 7. 2012 – 6 C 39.11, Rn. 31.

42 *Cornils*, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, BLM-Schriftenreihe, Bd. 100, 2011, leitet aus der Rechtsprechung des BVerfG weitergehende Gestaltungsfreiräume für die untergesetzliche Normsetzung im Rundfunkrecht ab.

43 Vgl. *Eppinger/Hillgruber*, Beck OK GG, Stand: 1. 7. 2012, Rn. 76; *Wieland*, in: Dreier, GG, Bd. I 1996, Art. 12 Rn. 95.

44 <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:253153-2012:TEXT:DE:HT ML>.

direkt oder indirekt bewirkt, dass die Teilnahme an Glücksspielen gefördert wird. Auf die Bezeichnung als Werbung in anderen Rechtsgebieten, z. B. im Rundfunkrecht, kommt es nicht an.

Abweichend von § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV können die Länder Ausnahmen vom medienbezogenen Werbeverbot für erlaubte Glücksspiele gestatten. Konzessionierte Glücksspielveranstalter haben einen Anspruch auf Erteilung einer Werbeerlaubnis. Insoweit sind Nebenbestimmungen im Erlaubnisbescheid enge Grenzen gesetzt. Die Richtlinienbefugnis in § 5 Abs. 4 GlüStV legt die Zuständigkeit des Glücksspielkollegiums für die Aufstellung der Richtlinie

fest, verpflichtet es zur Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Wirkung von Werbung auf jugendliche sowie problematische und pathologische Spieler und schreibt die Anhörung beteiligter Kreise sowie die Veröffentlichung der Richtlinie in allen Ländern vor. Die Richtlinie ist als Verwaltungsvorschrift weder ein allgemeines Gesetz, das die Rundfunkfreiheit beschränken könnte, noch geeignet, die Werbung umfassende Berufsfreiheit der konzessionierten Glücksspielveranstalter zu beschränken. Sie dürfte – entgegen der Annahme in der amtlichen Begründung – als norminterpretierende Verwaltungsrichtlinie zu qualifizieren sein.

RA Markus Schröder, LL.M., Köln\*

## Über den Wolken...

Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 19. 7. 2012 – C-112/11, K&R 2012, 590 f.

*Kürzlich hatte der EuGH sich in einem Verfahren gegen das Portal ebookers.com mit der Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 zu beschäftigen. Er erkannte dabei, dass das dort niedergelegte Opt-in-Erfordernis sich auch auf durch Dritte erbrachte Zusatzleistungen erstreckt. Das Urteil des EuGH stellt dabei den momentanen letzten Akt in einer Reihe von Entscheidungen dar, die die Preistransparenz bei Flugbuchungen im Internet zum Gegenstand hatten.*

### I. Der Hintergrund

Das Internet hat durch eine erhöhte Preistransparenz für den Verbraucher zu einem verstärkten Preisdruck bei den Anbietern geführt. Diese Situation führt dazu, dass die Unternehmen geneigt sind, die Grenzen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen auszuloten und dabei mitunter auch über das Ziel hinausschießen. Dies ist in vielen Bereichen der Fall,<sup>1</sup> doch besonders streitträchtig ist die Situation in der Touristik- und dabei wiederum insbesondere in der Flugbranche. So beschäftigten auch die Preisdarstellungen des zur Unister Holding GmbH gehörenden Portals fluege.de kürzlich die Gerichte.<sup>2</sup> Besondere Hoffnungen setzen dabei die Anbieter von Reiseversicherungen in die Internetportale.<sup>3</sup> Bezeichnenderweise hatten sowohl das Verfahren gegen ebookers.com, als auch das Verfahren gegen fluege.de Zusatzangebote in Form von Reiseversicherungen zum Gegenstand.

### II. Die Entscheidung

#### 1. Der Verfahrensgang

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. klagte vor dem LG Bonn gegen die ebookers.com Deutschland GmbH. Gegenstand dieses Verfahrens war eine Reiseversicherung, die bei einer Online-Buchung automatisch in der Übersicht über die einzelnen Buchungsposten aufgeführt und schließlich in den Gesamtpreis eingerechnet wurde. Die Reiseversicherung konnte anschließend von

den Kunden lediglich im Wege eines Opt-outs entfernt werden. Nach Ansicht der Klägerin verstieß dies gegen Art. 23 Abs. 1 S. 4 der VO (EG) 1008/2008,<sup>4</sup> die beim Abschluss fakultativer Zusatzkosten ein Opt-in verlangt. Das LG Bonn gab dem Antrag der Klägerin in vollem Umfang statt. Die Beklagte legte anschließend gegen diese Entscheidung Berufung beim OLG Köln ein. Nach Auffassung des erkennenden Senats sei jedoch weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte der Norm eindeutig zu entnehmen, ob das Opt-in-Erfordernis des Art. 23 Abs. 1 S. 4 auch Zusatzleistungen betreffe, die für Leistungen Dritter anfallen.<sup>5</sup>

#### 2. Die Entscheidungsgründe

Der EuGH hat nun diese Frage bejaht und entschieden, dass die Norm dahin auszulegen sei, dass sie im Zusammenhang mit Flugreisen stehende Kosten von Leistungen wie die in Rede stehende Reiserücktrittsversicherung erfasst, die von einer anderen Person als dem Luftverkehrsunternehmen erbracht wird und vom dem Vermittler dieser Rechte in einem Gesamtpreis gemeinsam mit dem Flugpreis von dem Kunden erhoben werden.<sup>6</sup>

In den Urteilsgründen konkretisiert der EuGH dies dahingehend, dass sich aus der Systematik und dem Wortlaut der

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

1 Zu wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten in der Energiebranche vgl. nur die aktuellen Verfahren OLG Karlsruhe, 9. 5. 2012 – 6 U 38/11, ZD 2012, 432 ff. (vgl. hierzu Schröder, ZD Fokus 9/2012, VIII) und OLG München, 12. 1. 2012 – 29 U 3926/11, K&R 2012, 299 ff. = ZD 2012, 330 f. m. Anm. Schröder.

2 BGH, 17. 8. 2011 – I ZR 168/10; OLG Dresden, 17. 8. 2010 – 14 U 551/10, WRP 2011, 129; LG Leipzig, 19. 3. 2010 – 02 HK O 1900/09, WRP 2010, 959 ff.

3 So bezeichnet der ebookers.com Vertragspartner Elvia Reiseversicherungen den E-Commerce als über dem übrigen Marktwachstum liegenden Bereich, s. Ullrich, VW 2005, 711.

4 Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 8. 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft.

5 OLG Köln, 2. 3. 2011 – 6 U 147/10 – BeckRS 2011, 23936.

6 EuGH, 19. 7. 2012 – C-112/11, K&R 2012, 59, Tenor des Gerichts.