



Der Entwurf einer Werberichtlinie vom 19.10.2012 weist im Vergleich zu den Vorentwürfen deutliche Verbesserungen auf. Diese tragen der Erkenntnis Rechnung, dass das vorrangige Ziel des Glücksspielstaatsvertrags, die Austrocknung des illegalen Markts durch die Hinleitung der Spieler zum legalen Glücksspiel, nur erreicht werden kann, wenn die legalen Glücksspielanbieter attraktiv werben können. Die Möglichkeiten hierzu haben sich nach dem neuen Entwurf verbessert, indem beispielsweise auf das Rabattverbot des früheren § 4 Abs. 1 Nr. 3 und die Einschränkung bestimmter Formen des Direktmarketings noch über die Grenzen des UWG hinaus (§ 8 des Vorentwurfs) verzichtet wird. Besonders ist zu begrüßen, dass das vormals in §§ 11 und 13 geregelte Verlinkungsverbot ebenso wie das Verbot von Pop-Ups und Hover-Ads nun gestrichen wurde.

Dessen ungeachtet ist das zentrale Problem des Entwurfs der Werberichtlinie bestehen geblieben. § 14 des neuen Entwurfs sieht weiterhin die Einrichtung einer Behörde vor, der jede einzelne Werbemaßnahme zur Prüfung vorzulegen ist. Zwar soll, zumindest nach dem Wortlaut der Vorschrift, alternativ auch die Erteilung einer Rahmenerlaubnis möglich sein. Hier lässt der Entwurf aber eindeutige Kriterien zur Erteilung einer solchen Rahmenerlaubnis völlig vermissen. Somit bleibt es unverändert bei der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 14 des Entwurfs der Werberichtlinie (**hierzu unter I.**).

Zudem enthält der Richtlinienentwurf noch immer unsachgemäße Beschränkungen der Rechte der Werbungtreibenden, beispielsweise neue Beschränkungen der Email- und SMS-Werbung in § 7, die im Vorentwurf nicht enthalten waren, oder übertriebene Hinweispflichten in § 13 (**hierzu unter II.1**).

Darüber hinaus fehlt es einigen Formulierungen des Richtlinienentwurfs an Klarheit und Eindeutigkeit. Sie lassen hierdurch schon jetzt auf umfangreiche Probleme bei der Anwendung und auf das Entstehen unnötiger gerichtlicher Streitigkeiten schließen (**hierzu unter II.2.**).

Im Einzelnen:

I. § 14 Entwurf der Werberichtlinie

1. Verfassungswidrigkeit

a) Allgemein

Die nunmehr in § 14 des Entwurfs geregelte Einrichtung einer Erlaubnisbehörde bleibt auch nach ihrer Überarbeitung im Entwurf vom 19.10.2012 verfassungswidrig.

Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG bestimmt ohne jegliche Einschränkung „Eine Zensur findet nicht statt.“ Schutzgegenstand des Zensurverbotes ist die freie Meinungsäußerung. Die Kundgabe einer Meinung bleibt auch dann Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG, wenn sie wirtschaftliche Vorteile bringen soll (BVerfGE 30, S.337, 352). Die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG umfasst damit auch die kommerzielle Werbung (Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 5, Rn.2 unter Verweis auf BVerfGE 71, S. 162, 175).

Zensur im Sinne von Art. 5 Abs.1 Satz 3 GG ist jede Art der Vorzensur. Dies umfasst nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.04.1972 (BVerfGE 33, S. 52, 72; NJW 1972, S. 1934, 1937) auch einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerks, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Genau dies aber sieht das absolute TV- und Internetwerbeverbot des § 5 GlüStV im Zusammenspiel mit der Möglichkeit der Erlaubniserteilung gemäß § 14 Werberichtlinie vor. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in der genannten Entscheidung weiter ausgeführt, dass schon die Existenz eines derartigen Kontroll- und Genehmigungsverfahrens das Geistesleben lähme. Das Zensurverbot soll die Gefahren einer solchen Präventivkontrolle bannen. Deswegen darf es, so das Bundesverfassungsgericht, keine Ausnahmen vom Zensurverbot geben, auch nicht durch allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG. Dies gilt auch hier.

Die in § 14 des Entwurfs der Werberichtlinie vorgesehene Prüfung von Werbemaßnahmen ist damit Zensur im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG und verfassungswidrig. Die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.04.1972 stellt eindeutig klar, dass hierfür unerheblich ist, ob eine Zensurmaßnahme direkt per Gesetz angeordnet oder aber als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet wird.

b) Zur Rahmenerlaubnis im Besonderen

Auch die laut § 14 Abs. 1 und 2 des Entwurfs eingeräumte Möglichkeit zur Erlangung einer Rahmenerlaubnis ändert nichts an der Verfassungswidrigkeit des vorgesehenen Erlaubnisverfahrens.

Zunächst bietet der Entwurf keine Rechtssicherheit, wann ein Anspruch auf die Erteilung einer Rahmenerlaubnis besteht. Nach dem Wortlaut des Entwurfs („Die Glücksspielaufsichtsbehörde kann von Einzelerlaubnissen absehen...“) bleibt die Entscheidung darüber, ob eine Rahmenerlaubnis erteilt wird oder aber weiterhin Einzelerlaubnisse erteilt werden, d.h. eine individuelle Zensur der einzelnen Werbemaßnahmen erfolgt, allein dem Ermessen der Aufsichtsbehörde überlassen. Hier müssen klare Bedingungen für die Erteilung einer Rahmenerlaubnis vorgelegt werden.

Vor Allem aber bleibt der Verstoß gegen das Zensurverbot bestehen. Sofern die Rahmenerlaubnis als Erlaubnis zur Durchführung eines der Erlaubnisbehörde vorzulegenden Werbekonzepts zu verstehen sein soll, wie dies in der Begründung zur Werberichtlinie nahegelegt wird, ändert dies nichts an der oben dargelegten Bewertung. An Stelle einer Erlaubnis einzelner Werbemaßnahmen würde hier die Erlaubnis für das Werbekonzept, d.h. für ein „Bündel“ einzelner Werbemaßnahmen erteilt. Diese müssten sämtlich dem Konzept entsprechen und dürften hiervon nicht abweichen. Einziger Unterschied zur Einzelerlaubnis wäre damit, dass sich die Erlaubnis nicht auf eine bestimmte Werbemaßnahme, sondern auf alle Werbemaßnahmen bezöge, die dem vorgelegten Konzept entsprechen. Alle sonstigen Werbemaßnahmen blieben verboten. Die oben dargestellte Zensur in Form eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt würde hierdurch beibehalten. Zensur im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG liegt bereits dann vor, wenn im Vorfeld der Meinungsäußerung bzw. Werbung eine Beschränkung besteht, eine bestimmte Meinung zu äußern oder über ein bestimmtes Thema zu schreiben. Somit ist offensichtlich, dass eine Werbeerlaubnis, die sich nur auf Werbemaßnahmen nach einem bestimmten Konzept beschränkt, bei gleichzeitigem Verbot sämtlicher sonstiger Werbeinhalte und -gestaltungen gleichermaßen Zensur und damit verfassungswidrig ist.

2. Praktische Undurchführbarkeit

Das in § 14 vorgesehene Erlaubnisverfahren wäre weder für die Antragsteller noch für die zu errichtende Erlaubnisbehörde praktisch zu handhaben.

a) Für die Antragsteller

Laut § 14 Abs. 2 des Entwurfs der Werberichtlinie soll der Antragsteller mit seinem Antrag die konkrete Werbemaßnahme bzw. ein Werbekonzept mit einer Beschreibung der beabsichtigten Werbemaßnahmen, der Häufigkeit und Dauer von Werbesendungen und -maßnahmen und des Adressaten vorlegen. Bei Fernsehwerbung soll zusätzlich auch der geplante Sendeplatz genannt werden. Jede dieser Anforderungen ist unumsetzbar.

Für ein werbendes Unternehmen ist es finanziell schlicht nicht machbar, einzelne Werbemaßnahmen, insbesondere teure TV-Spots, durch das gesamte Planungs- und Umsetzungsstadium hindurch fertigzustellen, um sie erst dann einer Kontrolle durch die Erlaubnisbehörde zu unterziehen. Dies gilt insbesondere deswegen, weil das Ergebnis der Prüfung, d.h. die Frage ob eine Werbemaßnahme letztendlich geschaltet werden darf oder nicht, für den Antragsteller ob der vagen Prüfkriterien, die die Werberichtlinie vorhält, als völlig offen gelten muss.

Auch soweit Absatz 2 die Vorlage eines Werbekonzepts mit der Beschreibung der beabsichtigten Werbemaßnahmen, der Häufigkeit und Dauer von Werbesendungen und –maßnahmen und des Adressaten vorsieht, ist es unmöglich, diese Einzelheiten vorab vorzulegen. Bereits bei der Schaltung einer einzelnen Werbemaßnahme wird Dauer und Häufigkeit der Schaltung vielfach vom Erfolg der Maßnahme bei den Werbeempfängern sowie weiteren Faktoren abhängig gemacht. Auch die Details zum Sendeplatz einer Werbemaßnahme sind den Werbungtreibenden vorab im Normalfall nicht bekannt.

Dies gilt erst recht, wenn das Werbekonzept eine Vielzahl von Werbemaßnahmen über einen längeren Zeitraum beinhalten soll. Hier ist eine Vorlagepflicht realitätsfern und entspricht nicht der praktischen Umsetzung von Werbung, wie sie heute betrieben wird. Die meisten Unternehmen verfügen nicht über ein langfristiges Werbekonzept; erst recht können sie Inhalte und Veröffentlichungsmodalitäten ihrer Werbemaßnahmen im Einzelnen nicht über einen längeren Zeitraum hinweg planen. Diese hängen vielmehr von zahlreichen, auch kurzfristigen Faktoren ab, beispielsweise vom Erfolg bereits geschalteter Maßnahmen und ihrer Weiterentwicklung, vom Werbebudget des Unternehmens und der Personalsituation in der Marketingabteilung. Schließlich soll Werbung als Meinungsäußerung auch in der Lage sein, dem Zeitgeist oder aktuellen Ereignissen Rechnung zu tragen und diese wiederzuspiegeln.

Der Entwurf des § 14 Abs. 2 hingegen befördert die völlig kontraproduktive Situation, dass den Vorgaben für die Erteilung einer Rahmenerlaubnis umso schlechter entsprochen werden kann, je weiter das Werbekonzept gefasst ist, je länger der Zeitraum ist, für den diese beantragt wird und je mehr unterschiedliche Werbemaßnahmen geplant sind. Im Ergebnis würde durch ein derartiges Vorgehen der Zensurgedanke noch stärker gefördert, weil Unternehmen hierdurch dazu angehalten werden, möglichst wenig zu werben und auf vielseitige Werbemaßnahmen zu verzichten. Aktuelle, beispielsweise an Tagesereignisse angelehnte Werbung bliebe nach diesem Ansatz verboten, weil sie im vorzulegenden Werbekonzept nicht mitberücksichtigt werden kann.

b) Für die Behörde

Auch für die geplante Erlaubnisbehörde sind die geplanten Prüfverfahren praktisch und finanziell nicht durchführbar. Hier müsste eine Vielzahl einzelner Werbemaßnahmen durch fachkundiges Personal geprüft werden. Dies ist nach dem voraussichtlich anfallenden Prüfungsaufwand und dem für die einzelnen Prüfungen anzusetzenden kurzen Zeitrahmen nicht umsetzbar. Um auch nur einen Mindeststandard bei der Prüfung einhalten zu können, müssten in der zuständigen Behörde zahlreiche Planstellen geschaffen werden, die erhebliche Mehrausgaben für den Haushalt bedeuten.

Gerade TV-Spots enthalten zahlreiche Details, die sich erst bei mehrfachem Betrachten und ggf. nach Rücksprache mit der verantwortlichen Marketingabteilung für den Prüfer erschließen. Ihre Prüfung nimmt somit umfassend Zeit in Anspruch.

Internetwerbung ist vielfach hochaktuell und an Tagesereignisse angelehnt. Um hier eine zeitnahe Schaltung zu ermöglichen, müsste die Behörde sozusagen auf „Zuruf“ innerhalb weniger Stunden tätig werden; mindestens aber müsste die beispielsweise bei Vorprüfungsverfahren des ZAW allgemein geltende Prüfdauer von 48 Stunden ab Eingang der Prüfanfrage eingehalten werden. Andernfalls würde die Durchführung des Erlaubnisverfahrens im Ergebnis die Schaltung tagesaktueller Werbung praktisch verhindern und damit einen weiteren verfassungswidrigen Eingriff in die Meinungsfreiheit bedeuten.

Die Prüfung von Werbekonzepten erfordert erst recht genaue Kenntnisse von Werbung und ihrer Umsetzung, beispielsweise eine Vorstellung von verschiedenen Umsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf ein einzelnes Storyboard. Zudem sind, wie dargelegt, die Anforderungen an die Darlegung eines Werbekonzepts so ausführlich und detailliert, dass auch ihre Prüfung umfassend Zeit in Anspruch nimmt. Dies gilt erst recht deswegen, weil die Vorlagepflicht für ein Werbekonzept keinen Raum für aktuelle Werbemaßnahmen lässt. Diese wären dann zusätzlich im Rahmen der Einzelerlaubnis gesondert zu prüfen.

Vor diesem Hintergrund wäre die Einrichtung einer solchen Behörde schon im Hinblick auf ihre notwendige personelle Ausstattung ein außerordentlich aufwändiges, mit erheblichen Investitionen verbundenes Projekt.

3. Vorschlag: Einführung eines klar definierten Anspruchs auf eine Rahmenerlaubnis

a) § 14 Abs. 1 und 2 Werberichtlinie

Der ZAW hat bereits in seinen beiden vorhergehenden Stellungnahmen ausgeführt, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit als legaler Glücksspielanbieter ohne die Möglichkeit, hierfür in einem angemessenen Umfang Werbung treiben zu können, nicht denkbar ist. Dies umfasst auch die Werbung in TV und Internet. Der ZAW hat deswegen immer darauf hingewiesen, dass in logischer Konsequenz die Werbeerlaubnis auch für TV und Internet für die Dauer der Veranstaltungs- bzw. Vermittlungserlaubnis zu erteilen ist. Dies ist schon deswegen angebracht, weil bereits im Rahmen der Erteilung der Veranstaltungs- bzw. Vermittlungserlaubnis eine umfangreiche, an den Zielen des § 5 GlüStV ausgerichtete Überprüfung des jeweiligen Unternehmens erfolgt.

Der hier vorliegende neue Entwurf deutet allerdings darauf hin, dass das Glücksspielkollegium entgegen dieser Erwägungen an einer Trennung von Veranstaltungs-

bzw. Vermittlungserlaubnis und Werbeerlaubnis festzuhalten gedenkt. Der ZAW hält dies aus den bereits genannten Gründen für nicht zielführend. Sollte das Glücksspielkollegium gleichwohl an der Trennung festhalten, erscheint es als letzte denkbare Alternative, zumindest geeignete Kriterien für die Rahmenerlaubnis vorzusehen. Diese müssen der Einhaltung der Vorgaben der Werberichtlinie Rechnung tragen und gleichzeitig ein praktisch umsetzbares Erlaubnisverfahren gewährleisten, ohne die Unternehmen über die Maßen in ihrer Werbefreiheit zu beschränken. Die Pflicht zur Vorlage eines Werbekonzepts, für das eine „Rahmenerlaubnis“ erteilt werden soll, wie es § 14 Abs. 1 und 2 des derzeitigen Entwurfs nahelegen, entspräche diesen Ansprüchen wie oben dargelegt nicht:

- Der Erlaubnisvorbehalt für ein Werbekonzept bedeutet nichts anderes als einen Zensurvorbehalt für ein Bündel von Werbemaßnahmen an Stelle des Zensurvorbehalts für eine einzelne Werbemaßnahme.
- Die strengen Vorlagepflichten bezüglich der Ausgestaltung des Werbekonzepts, der Veröffentlichungsmodalitäten der einzelnen Maßnahmen etc. leiten dazu an, möglichst einheitlich und wenig kreativ zu werben. Sie befördern damit entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Zensur in einem weiteren Sinne.
- Aktuelle, an Tagesereignissen orientierte Werbung ist unmöglich. Dies ist ein Verbot jeder Form von spontaner Werbung und damit Zensur.
- Die Anforderungen an die Werbungtreibenden bei der Vorlage des Werbekonzepts sind nicht umsetzbar, weil sie unvorhersehbare, nicht zu erbringende Informationen verlangen.
- Die hohen Anforderungen an die Darlegung des Werbekonzepts und die Notwendigkeit, ggf. parallel Einzelerlaubnisse für bestimmte Maßnahmen zu beantragen, erzeugen einen für die Erlaubnisbehörde nicht zu bewältigenden Aufwand.

Die Entscheidung über die Erteilung einer Rahmenerlaubnis kann sich daher nur danach richten, ob ein Unternehmen selbst für eine richtlinienkonforme Ausgestaltung seiner Werbemaßnahmen Sorge trägt. Dieser Ansatz ist auch bereits in § 14 Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs der Werberichtlinie angelegt. Soweit ein Unternehmen Vorsorgemaßnahmen, die der Einhaltung der Werberichtlinie in ausreichendem Maß Rechnung tragen, getroffen hat, muss es ihm entsprechend auch möglich sein, eine Rahmenerlaubnis zu erhalten, unter der es unabhängig von einem bestimmten Werbekonzept werben darf.

Hierdurch könnte die nach dem vorliegenden Entwurf vorgesehene Durchführung von Zensurmaßnahmen an einzelnen Werbemaßnahmen oder an Werbekonzepten verhindert werden. Auch die Aufgaben der Aufsichtsbehörde würden auf ein praktisch durchführbares Maß beschränkt bleiben. Gleichzeitig könnte die Aufsichtsbehörde ihre Kontrollhoheit über eine nachträgliche Prüfung einzelner Werbemaßnahmen oder einen Widerrufsvorbehalt wahren.

Der ZAW schlägt deswegen für die Abs. 1 und 2 des § 14 Werberichtlinie die folgende Formulierung vor:

§ 14 Abs. 1

Werbende Veranstalter und Vermittler (Antragsteller) haben die Erlaubnis für Werbung für Lotterien und Sport- und Pferdewetten im Fernsehen und Internet gemäß § 5 Absatz 3 Glücksspielstaatsvertrag bei der gemäß § 9a Abs. 2 Nr. 1 Glücksspielstaatsvertrag zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörde zu beantragen. Die Glücksspielaufsichtsbehörde prüft sodann die Befreiung vom Fernseh- und Internetwerbeverbot entsprechend der in dieser Werberichtlinie dargelegten Grundsätze. Die Glücksspielaufsichtsbehörde kann von Einzelerlaubnissen absehen und eine Rahmenerlaubnis für Fernsehen und Internet erteilen.

§ 14 Abs. 2

Die Rahmenerlaubnis ist zu erteilen, wenn der Antragsteller schlüssig darlegt, wie der Einhaltung der Werberichtlinie Genüge getan werden soll. Die Darlegung ist erbracht, wenn der Antragsteller nachweist, dass er unternehmensintern geeignete organisatorische Maßnahmen getroffen hat, um bereits bei der Konzeption der Werbung für eine richtlinienkonforme Ausgestaltung seiner Werbemaßnahmen Sorge zu tragen, oder dass er sich einem System der Vorkontrolle durch eine fachkundige, weisungsfrei und unabhängig agierende Einrichtung der Werbeselbstregulierung unterworfen hat. Geeignete organisatorische Maßnahmen sind insbesondere die unternehmensinterne Überprüfung der Richtlinienkonformität der Werbemaßnahmen vor der Veröffentlichung durch entsprechend fachkundige Mitarbeiter, die Durchführung entsprechender Schulungen der Mitarbeiter, die Bestellung eines Werbebeauftragten oder eine Vorlagepflicht an die Unternehmensleitung vor der Schaltung von Werbemaßnahmen. Soweit dem Antragsteller bereits eine Erlaubnis zur Veranstaltung oder Vermittlung von Glücksspielen gemäß § 4 Abs. 1 oder Abs. 5 Glücksspielstaatsvertrag erteilt worden ist, gelten die in jenen Verfahren geprüften Voraussetzungen auch für die Rahmenerlaubnis als erfüllt.

b) § 14 Abs. 4 Werberichtlinie

Ergänzend weisen wir noch darauf hin, dass die derzeitige Formulierung des § 14 Abs. 4 des Entwurfs der Werberichtlinie, der einen Widerrufsvorbehalt für den Fall der Nichteinhaltung der Bestimmungen der Werberichtlinie enthält, so verstanden werden könnte, dass hier der Behörde ein über die Vorgaben des § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG hinausgehendes Widerrufsrecht vorbehalten werden soll. Dieses könnte beispielsweise darauf abzielen, dass bereits bei einem einzelnen, geringfügigen Richtlinienverstoß der Widerruf der Werbeerlaubnis möglich sein soll. Eine solche Regelung wäre jedoch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auf dem auch das Widerrufsrecht des § 49 VwVfG beruht, nicht vereinbar. Der ZAW schlägt daher vor, § 14 Abs.4 Satz 2, 2. Alt. zu streichen. Die Werbeerlaubnis könnte durch die Aufsichtsbehörde jederzeit unter der Auflage der Einhaltung der Werberichtlinie erteilt werden. Die Widerrufsmöglichkeit der Erlaubnis aufgrund einer Nichteinhaltung von Auflagen ist in § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG hinreichend geregelt.

Alternativ wäre auch die folgend dargestellte Regelung für § 14 Abs. 4 der Werberichtlinie denkbar. Diese würde gewährleisten, dass ein Widerruf der Werbeerlaubnis nicht bereits bei geringfügigen Verstößen erfolgen könnte.

§ 14 Abs. 4

Die Glücksspielaufsichtsbehörde bestimmt die näheren Einzelheiten zur Erlaubnis im Rahmen des § 9 a Absatz 2 Nummer 1, Absatz 5 Glücksspielstaatsvertrag in Verbindung mit § 5 VwV wie insbesondere Nebenbestimmungen zur Erlaubnis. Die Erlaubnis kann insbesondere befristet werden und einen Widerrufsvorbehalt für den Fall der wiederholten gravierenden Nichteinhaltung der Bestimmungen der Werberichtlinie trotz wiederholter vorheriger Beanstandung durch die Glücksspielaufsichtsbehörde enthalten.

II. Zum Entwurf der Werberichtlinie vom 19.10.2012 im Übrigen

Der Entwurf vom 19.10.2012 weist, wie bereits oben ausgeführt, im Hinblick auf die sonstigen, noch im Vorentwurf enthaltenen Werbebeschränkungen zahlreiche Verbesserungen auf. Der ZAW begrüßt diese ausdrücklich als Bestätigung des Umstands, dass die legalen Glücksspielanbieter ihrer Funktion, Spieler aus dem illegalen in den legalen Markt abzuführen, nur dann nachkommen können, wenn sie attraktive, an den Kundenansprüchen orientierte Werbung betreiben dürfen.

Gleichwohl enthält auch der vorliegende Entwurf noch unsachgemäße Beschränkungen für die Werbungtreibenden (hierzu unter 1.) sowie ungenaue und schwammige Formulierungen, die in der Rechtsanwendung und –auslegung zu erheblichen Problemen führen würden (hierzu unter 2.).

1. Unsachgemäße Werbebeschränkungen

a) § 7; Werbung per Telefon, Email und SMS

Soweit in dem neuen § 7 des Entwurfs nach Anruf des Kunden sowie dessen Einwilligung Werbung per Telefon zulässig und auch Kommunikation per SMS und Email innerhalb bestehender Vertragsverhältnisse nicht vom Werbeverbot des § 7 Satz 1 umfasst ist, hat eine Anpassung an die für diesen Bereich einschlägige Regelung des § 7 UWG stattgefunden. Bei Anrufen des Anbieters sowie insbesondere im Hinblick auf Werbemaßnahmen per SMS und Email im Übrigen soll Glücksspielwerbung hingegen verboten sein. Insoweit ist der jetzige Richtlinienentwurf teilweise restriktiver als sein Vorentwurf.

Hierfür besteht keine Notwendigkeit. Die in der Begründung zu § 7 des Entwurfs der Werberichtlinie genannten Gründe der Suchtprävention können für ein Verbot der SMS- und insbesondere der Email-Werbung nämlich allenfalls dann greifen, wenn der Verbraucher unaufgefordert eine derartige Werbung zugesandt bekommt. Nur dann kann er diese anhand von Betreff und Absender möglicherweise nicht sofort als Werbemaßnahme einordnen. Soweit er eine Werbung aber ausschließlich dann erhält, wenn er hierin ausdrücklich eingewilligt hat, weiß er bereits bei Erhalt genau, dass er mit einer Werbemaßnahme konfrontiert wird und kann dies entsprechend würdigen. Dies entspricht auch den Erwägungen, die der Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zugrunde liegen. Vor diesem Hintergrund ließe sich § 7 des Entwurfs als weit über die Vorgaben des § 7 UWG hinausgehende Einschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit ebenso wie der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, aber auch im Hinblick auf das in der Entwurfsbegründung zu § 7 explizit genannte Ziel der Förderung der Kanalisierung nicht rechtfertigen. Der ZAW spricht sich deswegen dafür aus, die Vorschrift des § 7 der Werberichtlinie um den folgenden Satz 4 zu ergänzen:

§ 7 Satz 4

Die Werbung per Email und SMS nach ausdrücklicher Einwilligung des Kunden ist ebenfalls nicht von dem Verbot nach Satz 1 erfasst.

b) § 13; Pflichthinweise

In § 13 wurde erfreulicherweise klargestellt, dass Image- und Dachmarkenwerbung keiner Pflichthinweise bedarf. Damit ist auch Trikot- und Bandenwerbung, die im Normalfall auch Image- oder Dachmarkenwerbung darstellt, im Zweifel ebenfalls von der Hinweispflicht befreit. Dies ist zu begrüßen. Denn bei Trikot- und Bandenwerbung besteht einerseits ein Platzproblem hinsichtlich der Platzierung von Pflichthinweisen. Andererseits beinhalten Maßnahmen der Image- und Dachmarkenwerbung noch kein konkretes Spielangebot. Sie bringen somit nicht die Gefahr mit sich, dass ein Spieler ein Spiel beginnt, ohne den Pflichthinweis gelesen zu haben.

Diese Erwägungen treffen auch auf weitere Werbemaßnahmen zu. Die Platzierung der Pflichthinweise in einer den Vorgaben des § 13 Abs. 3 entsprechenden Form ist für die werbenden Unternehmen eine große Einschränkung bei der Gestaltung ihrer Werbung. Gerade bei kleinformatigen Werbemaßnahmen ist die Hinweispflicht teilweise kaum umsetzbar. Deswegen sollte auch bei Situationen, die § 13 Abs. 1 entsprechend gelagert sind, auf die Pflichthinweise verzichtet werden. Dies ist immer dann gegeben, wenn die Werbung zum einen noch kein konkretes Spiel bewirbt oder noch keine Entscheidung des Werbeadressaten zur Spielteilnahme herbeiführen kann. Dies ist nicht nur bei Dachmarken- oder Imagewerbung, sondern beispielsweise auch bei einer reinen Jackpotwerbung erfüllt. Zudem ist von einer Hinweispflicht dann abzusehen, wenn das Format der Werbemaßnahme die Pflichthinweise nicht zulässt. Dies wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn die Werbeaussage optisch hinter dem Pflichthinweis zurücktreten müsste. Insbesondere Werbebanner im Internet sind daher von der Hinweispflicht auszunehmen.

Dieser Ansatz entspricht den Anforderungen, die beispielsweise auch das UWG hinsichtlich der gemäß § 5a Abs. 3 UWG wesentlichen Informationen aufstellt. Diese müssen nur dann mitgeteilt werden, wenn das Angebot in der Werbung so ausführlich erfolgt, dass ein durchschnittlicher Verbraucher hiernach das Geschäft bereits abschließen kann. Weiter macht die Rechtsprechung zu § 5a UWG auch Ausnahmen von der Informationspflicht, wenn der Platz der Werbemaßnahme hierfür nicht ausreicht, beispielsweise bei Kleinanzeigen.

Eine vergleichbare Handhabung böte sich auch für die vorliegend in Frage stehenden Pflichthinweise gemäß § 13 an. Vor dem Hintergrund, dass die Sinnhaftigkeit von Pflichthinweisen derzeit kontrovers diskutiert, ihr Nutzen zunehmend insgesamt in Abrede gestellt wird, wäre eine über diesen Vorschlag hinausgehende Hinweispflicht aufgrund der für die Unternehmen hiermit verbundenen praktischen Umsetzungsprobleme nicht sachgemäß.

2. Unklare Formulierungen

Schließlich weist der Entwurf weiterhin eine Vielzahl an schwammigen und ungenau formulierten Regelungen auf, die Rechtsunsicherheit mit sich bringen und zudem nicht erforderlich sind.

a) § 3 Abs. 1 Nr. 3; Kommunikationsmittel

Laut dieser Vorschrift ist bei der Prüfung einer Werbemaßnahme zu berücksichtigen, welches Kommunikationsmittel eingesetzt wird. Diese Formulierung ist insoweit unklar, als sie keinen Rückschluss darüber gibt, in welcher Weise das Kommunikationsmittel zu berücksichtigen ist. Die unterschiedliche Behandlung von TV- und Internet-Werbung sowie von Werbung über Telekommunikationsanlagen ergibt sich bereits aus dem GlüStV und bedarf hier keiner gesonderten Erwähnung. Im Übrigen gibt es keinen Bedarf für eine Differenzierung nach Kommunikationsmittel, da Kommunikationsmittel nicht per se als gefährdend oder nicht gefährdend eingestuft werden können. § 3 Abs. 1 Nr. 3 ist daher aus Sicht des ZAW zu streichen.

b) § 3 Abs. 3 Satz 4, 2. Halbsatz; zur Dachmarkenwerbung

Diese Vorschrift erlaubt Image- und Dachmarkenwerbung, soweit nicht unter derselben Dachmarke auch illegales Glücksspiel angeboten wird. Bei weltweit eingetragenen Dachmarken ist es für den deutschen Anbieter schwer zu überprüfen, ob nicht in irgendeinem Land der Welt unter dieser Marke auch Glücksspiel angeboten wird, das zumindest in diesem Land als illegal angesehen wird. Umgekehrt könnten selbst innerhalb Deutschlands aufgrund der (noch) divergierenden Rechtslage in Schleswig-Holstein bestimmte, dort zulässige Angebote im übrigen Bundesgebiet als illegal angesehen werden. Vergleichbare Divergenzen könnten sich auch aus den landesgebietsbezogenen Veranstaltungserlaubnissen, wie sie insbesondere für Landeslotteriegesellschaften erteilt werden, ergeben. Die Vorschrift sollte daher insgesamt gestrichen, mindestens aber wie folgt ergänzt werden: „..., sofern nicht unter derselben Dachmarke *im Geltungsbereich dieser Richtlinie* auch illegale Glücksspiele angeboten werden.“

c) § 4 Abs. 1 Nr. 3; „einseitige“ Werbung

Zunächst begrüßt der ZAW die Streichung des Rabattverbots des früheren Entwurfs (§ 5 Abs. 1 Nr. 3). Diese Streichung ermöglicht die Aufrechterhaltung üblicher und wichtiger Businessmodelle im Bereich des Glücksspiels. Die an die Stelle dieser Vorschrift getretene Regelung, nach der unerlaubte Werbung vorliegt, wenn in ausschließlicher und einseitiger Weise der Nutzen des Glücksspiels betont wird, ist allerdings ebenfalls bedenklich. Sie enthält keine Anhaltspunkte für die Rechtsauslegung, d.h. die Beantwortung der Frage, ab wann eine Werbung in einseitiger oder ausschließlicher Weise den Nutzen des Glücksspiels betont. Werbung dient dazu, ein Produkt positiv darzustellen. Einschränkende Zusätze sind wesensfremd und unüblich. Demnach könnte jede Werbemaßnahme für Glücksspiel bereits einseitig im Sinne der Vorschrift sein. Der ZAW spricht sich daher für eine Streichung der Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 3 aus. Dem Schutz der Verbraucher ist durch die übrigen Vorschriften des § 4 Werberichtlinie, das Verbot der Irreführung gemäß §§ 5, 5a UWG und die vorgeschriebenen Pflichthinweise ausreichend Rechnung getragen.

d) § 4 Absatz 1 Nr. 7; Verbot, Gewinne wieder zu investieren

§ 4 Abs. 1 Nr. 7 verbietet Ermutigungen, Verluste zurückzugewinnen oder Gewinne wieder zu investieren. Mit der Vorschrift darf aber nicht jede Freiheit des Kunden, über seinen Gewinn zu disponieren, beschränkt werden. Vielmehr soll „Suchtspiralen“ entgegengewirkt werden. Nur insofern kann es sinnvoll sein, werbliche Maßnahmen zu unterbinden, die den als suchtfährlich erkannten Anreiz einer schnellen Ereignisfrequenz von Gewinn und

Verlust verstärken. Demgegenüber sollte Werbung, die den kontrollierten Wiedereinsatz von Mitteln auf Spielerkonten zum Gegenstand hat – etwa bei Online-Spielerkonten im Lotterie- und Klassenlotteriebereich –, nicht unterbunden werden. Dies würde zur Suchtbekämpfung nichts beitragen und wäre daher nicht geeignet und nicht verhältnismäßig. Im Gegenteil würde das Ziel des GlüStV, die Nachfrage hin zum zugelassenen Glücksspiel zu lenken, konterkariert.

Es sollte daher klargestellt werden, dass der Wiedereinsatz von Gewinnen nicht für längere Zeit verboten werden soll, z.B. indem nach dem Wort „Gewinne“ in § 4 Abs. 1 Nr.7, 2. Alt. das Wörtchen „sofort“ eingefügt wird.

e) § 4 Abs. 1 Nr. 11; „mögliche kognitive Irrtümer“

Diese Formulierung ist unverständlich; mit „möglichen kognitiven Irrtümern“ könnten auch solche gemeint sein, die für den Werbungtreibenden nicht vorhersehbar sind bzw. die keine nennenswerte Irreführungsquote verursachen. Der Schutz der Werbeempfänger vor irreführender Werbung ist durch die §§ 5, 5a UWG und die hierzu ergangene Rechtsprechung in ausreichendem Maß gesichert. Der ZAW empfiehlt deswegen, § 4 Abs. 1 Nr. 11 ersatzlos zu streichen.

f) § 4 Abs. 2 Satz 2; an pathologische Spieler gerichtete Werbemaßnahmen

Es mag noch vertretbar sein, durch die Rechtsprechung klären zu lassen, wann sich eine Werbung inhaltlich überwiegend an pathologische Spieler wendet. Das Verbot des Einsatzes visueller und akustischer Schlüsselreize im zweiten Halbsatz des § 4 Abs. 2 Satz 2 könnte jedoch so gelesen werden, dass keine Darstellung von Geld oder Wohlstand bzw. mit Geräuschen wie dem Klingeln von Münzen mehr erlaubt sein soll. Derartige Werbemaßnahmen richten sich aber nicht vorrangig an pathologische Spieler; ein Verbot ginge damit weit über das hinaus, was zum Schutz pathologischer Spieler erforderlich ist. Der ZAW spricht sich deswegen für eine Streichung des zweiten Halbsatzes oder aber für eine Klarstellung aus, nach der akustische oder visuelle Schlüsselreize nur dann verboten sind, wenn sie gezielt pathologische Spieler ansprechen.

g) § 5 Abs. 2; Verbot der Werbung mit „Funktionären“

Gemäß § 5 Nr. 2 des Entwurfs ist nunmehr nicht nur die Werbung für Sportwetten mit aktiven Sportlern, sondern auch mit Funktionären verboten. Diese Formulierung erscheint unglücklich, da der Begriff des „Funktionärs“ nicht definiert ist. Hiermit könnte jede Person gemeint sein, die innerhalb eines Sportvereines oder –verbandes eine administrative Aufgabe, möglicherweise auch ehrenamtlich und nur in geringem Umfang, übernimmt. Der ZAW spricht sich daher für eine Streichung dieses Verbots aus.

h) § 8 Abs. 5; Verbot der Werbung mit „prägenden Bestandteilen aus Kindersendungen“

In § 8 Abs. 5 wurde die bei dem Verbot der Verwendung prägender Bestandteile aus Kindersendungen vormals in § 10 Abs. 6 bestehende Beschränkung auf Kindersendungen „vor oder nach dem Werbeblock“ gestrichen. Damit ist in die Konzeption einer TV-Werbemaßnahme nach der Vorschrift jetzt eine unübersehbare Vielzahl an

Kindersendungen mit einzubeziehen. Dies könnte nach dem Wortlaut sogar auch außerhalb des deutschen Sendegebiets gezeigte Kindersendungen erfassen. Der Zusatz „vor oder nach Werbeblock“ ist daher aus Sicht des ZAW wieder aufzunehmen.

i) § 11 Abs. 2 – Werbung für unentgeltliche Casinospiele

Gemäß § 11 Abs. 2 des Entwurfs sollen vom Werbeverbot für öffentliches Glücksspiel im Internet auch unentgeltliche Casinospiele erfasst sein. Hier ist jedoch der Anwendungsbereich des Glücksspielstaatsvertrages und damit auch der Werberichtlinie nicht eröffnet. Dies ist nur bei Glücksspielen gemäß § 3 GlüStV der Fall. § 3 GlüStV setzt jedoch nach seinem Wortlaut die Erhebung eines Entgelts voraus. Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus unschwer, dass Spiele ohne Entgeltcharakter bereits nicht vom Glücksspielbegriff erfasst werden und damit auch Werbung für diese nicht dem Erlaubnisvorbehalt des § 5 Abs. 3 GlüStV unterliegt. Wenn also der Wortlaut der Norm mit der gesetzlichen Ermächtigung im klaren Widerspruch steht, ist der insoweit im Wege des Gesetzesvorbehalts gewährte Gestaltungsspielraum eindeutig überschritten. § 11 Abs. 2 ist daher ungeachtet seines Regelungszwecks bereits in Ermangelung einer gesetzlichen Ermächtigung zu streichen.

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation aller am Werbegeschäft Beteiligten. Ihm gehören derzeit 40 Organisationen der werbenden Unternehmen, der Medien, der Werbeagenturen, der Werbeberufe und der Forschung an. Der Verband versteht sich als gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft für die Formulierung der gemeinsamen Politik. Er vertritt die Werbewirtschaft in allen grundsätzlichen Positionen nach außen. Zu den Mitgliedern des ZAW zählen auch staatliche und private Glücksspielanbieter und –vermittler.

Kontakt:

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) e.V.

Jeannette Viniol, LL.M.

Am Weidendamm 1a

10117 Berlin

Telefon: 030 – 590099 -713

Telefax: 030 – 590099 -722

E-Mail: viniol@zaw.de