gelung nahtlos in das geltende Recht ein. Der Anwendungsbereich der Normen beider Gesetze ergibt sich durch eine methodische, schutzzweckorientierte Anwendung des vorhandenen Rechts unter Berücksichtigung der Einheit der Rechtsordnung. Insbesondere wird die Symbiotische Theorie den gewandelten Schutzzwecken im UWG gerecht, die sich durch den Lauterkeitsvorbehalt auch im Markenrecht bemerkbar machen.

7. Die Symbiotische Theorie kann auf andere Immaterialgüterrechte erweitert werden: Patent, Geschmacksmuster, Gebrauchsmuster und die vermögensrechtlichen Seiten des Urheberrechts sind als Immaterialgüterrechte ebenfalls Art. 14 GG zugeordnet. Auch hier besteht ein Spannungsfeld zwischen Sonderrechtsschutz, Nachahmungsfreiheit und lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz.[135)] Ein Vorrang des Sonderrechtsschutzes ist auch bezüglich dieser Rechte abzulehnen. Ansprüche aus dem UWG sind zuzulassen, sofern die besonderen Unlauterkeitsgründe vorliegen. Im Bereich des § 4 Nr. 9 ist ganz besonders die zeitliche Begrenzung des Sonderrechtsschutzes zu würdigen, die es im Kennzeichenrecht in dieser Form nicht gibt. Für einen lauterkeitsrechtlichen Schutz über die Dauer des Immaterialgüterschutzes hinaus sind *„exorbitant sittenwidrige Umstände“*[136)] zu verlangen. In diese Richtung weist auch der BGH, indem er sich in der Entscheidung „Klemmbausteine III“ von der Fallgruppe des „Einschiebens in einer fremde Serie“ distanziert hat[137)] und der EuGH, der mit der jüngsten „Lego“-Entscheidung einen Ewigkeitsschutz von Erfindungen über den Umweg des Markenrechts zu Recht verneint hat.[138)]

135) Zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz vgl. die Darstellung bei *Bärenfänger*, Symbiotische Theorie, S. 224 ff. sowie die Ausführungen in Teil 2 dieses Beitrags (im nächsten Heft).

136) *Körner*, FS Ullmann, 701, 707 ff.
137) Vgl. BGH GRUR 2005, 349, 352 f. – „Klemmbausteine III“.
138) Vgl. EuGH WRP 2010, 1359 – „Lego“.

Prof. Dr. Peter Ruess, LL.M.*/**David E.F. Slopek,** LL.M.**
Frankfurt a.M./Düsseldorf

Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Glücksspielwerbung: Zwischen Monopol- und Verbraucherschutz

Zu den werberechtlichen Rahmenbedingungen des Glückspiels nach EuGH, Urt. v. 8.9.2010

INHALT

A. Einleitung
B. Der Glücksspielmarkt in Deutschland
C. Werberechtliche Rahmenbedingungen des Glücksspiels
I. Sinn und Zweck der staatlichen Regulierung
II. Spannungsfelder auf nationaler Ebene: Zur Einschränkung der Berufsfreiheit
1. BVerfG, Urt. v. 28.3.2006
2. Zum geltenden werberechtlichen Rahmen
a) Der Regelungsrahmen des GlüStV im Überblick
b) Der Regelungsgehalt des § 5 GlüStV
c) Rechtsprechungsüberblick
3. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des GlüStV
III. Spannungsfelder auf europäischer Ebene: Zur Einschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit
1. EuGH, Urt. v. 6.11.2003
2. EuGH, Urt. v. 8.9.2010
D. Fazit und Ausblick

A. Einleitung

Der deutsche Glücksspielmarkt folgt seinen ganz eigenen Spielregeln und Gesetzmäßigkeiten. Es geht – neben der sich vielen Spielern stellenden Frage, warum man auch dieses Mal nicht gewonnen hat – um schwierige soziokulturelle Fragen und ordnungspolitische Grundhaltungen des Staates. Vor allem aber geht es um ein Milliardengeschäft, das bislang fest in der Hand staatlicher Anbieter lag. Indem der Staat privaten Anbietern den Zugang zum legalen Glücksspielmarkt versagte, konnte er de facto ein Glücksspielmonopol errichten. Doch schon unter Geltung des Lotteriestaatsvertrages (LottStV) stand dieses auf der Kippe. Mit Urteil vom 28. März 2006 entschied das BVerfG, dass ein staatliches Monopol für Sportwetten mit dem in Art. 12 Abs. 1 GG gewährten Grundrecht auf Berufsfreiheit nur dann vereinbar ist, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.[1)] Dabei kritisierte das Gericht insbesondere auch die konkrete Ausgestaltung der in § 4 Abs. 3 LottStV enthaltenen Reglementierung erlaubter Glücksspielwerbung und forderte den Gesetzgeber an dieser Stelle zur Nachjustierung auf. Den Verlust des lukrativen Glücksspielmonopols vor Augen, wurden die Länder[2)] rasch aktiv. Sie einigten

* Professor an der International School of Management, Frankfurt am Main; Rechtsanwalt und Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz, Sozietät ARNOLD RUESS Rechtsanwälte, Düsseldorf.
** Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Sozietät ARNOLD RUESS Rechtsanwälte, Düsseldorf.

1) BVerfGE 115, 276.
2) Das Glücksspielwesen unterfällt der Gefahrenabwehr und ist damit grundsätzlich Ländersache, vgl. BVerfGE 28, 119, 146. Nur der Betrieb von Spielhallen, das Aufstellen von Glücksspielautomaten und das Veranstalten von Pferdewetten fallen als Teil des Wirtschaftsrechts gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in den Kompetenzbereich des Bundes.

sich auf den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV), der mit Wirkung zum 1. Januar 2008 an Stelle des LottStV in Kraft trat. Während der Gesetzgeber das staatliche Glücksspielmonopol damit noch über Karlsruhe hinwegretten konnte, überstand es die Feuerprobe in Luxemburg nicht. Mit drei Urteilen vom 8. September 2010 hat der EuGH das Monopol faktisch so gut wie gekippt – in der Tagespresse wird mit einiger Berechtigung von einem Meilenstein gesprochen.[3] Zur Begründung führen die Luxemburger Richter insbesondere aus, dass die derzeitige Anwendung des Monopols nicht mehr gerechtfertigt werden könne, da die Inhaber der staatlichen Monopole intensive Werbekampagnen durchführen, um die Gewinne aus den Lotterien zu maximieren. Wie schon das Sportwettenurteil des BVerfG wirft dies ein Schlaglicht auf die werberechtlichen Rahmenbedingungen des Glücksspiels in Deutschland. Der vorliegende Beitrag nimmt dies zum Anlass, den Glücksspielmarkt in Deutschland im Überblick darzustellen, die ihn determinierenden rechtlichen Vorgaben für die Werbetätigkeit von Anbietern und Vermittlern von Glücksspielen aufzuschlüsseln und in Bezug zu den genannten Grundsatzurteilen zu setzen.

B. Der Glücksspielmarkt in Deutschland

Nach Maßgabe der Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV spricht man dann von einem Glücksspiel, wenn für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der Weite dieser Definition entsprechend, stellt sich der Glücksspielmarkt in Deutschland sehr vielgestaltig dar. Er umfasst drei Teilmärkte, die sich ihrerseits wieder in einzelne Angebote bzw. Angebotspaletten untergliedern lassen,[4] namentlich den Lottomarkt (Lotto 6 aus 49, Super 6, Spiel 77 und sonstige Lottoprodukte des Deutschen Lotto und Toto Bundes mit Ausnahme von Oddset/Fußballtoto, Klassenlotterien, Fernsehlotterien, Sofortlotterien, Gewinnsparen/PS-Sparen), den Wettmarkt (Oddset/Fußballtoto, Pferdewetten, stationäre Wettshops, Online-Wetten, Wetten in Hinterzimmern) und den Casinomarkt (Spielbanken, Spielautomaten, Online-Casinos, Online-Games, Online-Poker).

Glücksspiel ist in Deutschland eine Milliardenindustrie. Der jährliche Umsatz beträgt rund 25 Milliarden Euro.[5] Die daraus fließenden Bruttospielerträge, also die Differenz zwischen den Spieleinsätzen (Umsätzen) und den Gewinnauszahlungen, betrugen nach Berechnungen des ifo Instituts auf dem legalen Glücksspielmarkt im Jahr 2008 rund 8,2 Mrd. Euro.[6] Diese Zahl korrespondiert weithin mit einer privaten Studie der Beratungsagentur Goldmedia, wonach die Bruttospielerträge auf dem deutschen Glücksspielmarkt im Jahr 2009 insgesamt ein Volumen von 10,3 Mrd. Euro aufwiesen, wobei rund 8,6 Mrd. Euro dem regulierten bzw. andersherum 1,7 Mrd. Euro dem nichtregulierten Markt[7] zuzuordnen sind. Nach dieser Studie entfallen 45 Prozent des Gesamtmarktes auf den Casinomarkt. Der Lottomarkt ist mit 44 Prozent Marktanteil fast genauso groß, wohingegen der Wettmarkt lediglich 11 Prozent des Marktvolumens ausmacht.[8]

Im Hinblick auf die Marktstruktur ist der Lottomarkt – auf den sich der vorliegende Beitrag konzentriert – durch eine Vielzahl an Akteuren gekennzeichnet. Die klassische Wertschöpfungskette im Lotteriegeschäft besteht aus vier Gliedern. Sie reicht vom Lizenzgeber (öffentliche Hand, Bundesland), über den Lizenzinhaber (Spielveranstalter, in der Regel staatliche Lotteriegesellschaft) und den Verkäufer (Annahmestelle oder Spielvermittler) bis hin zum Kunden.[9] Die Lotteriegesellschaften der Bundesländer haben sich im Deutschen Lotto- und Totoblock organisiert. Er ist rechtlich als BGB-Gesellschaft konstituiert, bei der die Lotterietreuhandgesellschaften der Bundesländer Gesellschafter sind. Diese wiederum stehen über unterschiedliche Konstrukte (GmbH, öffentlich-rechtlicher Regiebetrieb, Sondervermögen) entweder direkt oder zumindest über eine Beteiligungskette im Eigentum und also unter der Kontrolle des jeweiligen Bundeslandes.[10] Der Deutsche Lotto- und Totoblock vertreibt seine Produkte primär über ein Netz von insgesamt rund 25.000 Verkaufsstellen.[11] Konkret handelt es sich um Kioske von Einzelhandelskaufleuten, die in einem vertraglichen Verhältnis zu der Lotterietreuhandgesellschaft des jeweiligen Bundeslandes stehen und auf Provisionsbasis arbeiten. Als weitere Vertriebskanäle zu nennen sind die in die Vertriebsorganisation der Veranstalter eingegliederten Lotterie-Einnehmer (vgl. § 3 Abs. 5 GlüStV) sowie die gewerblichen Spielvermittler (vgl. § 3 Abs. 6 GlüStV). Die Lotterie-Einnehmer und gewerblichen Spielevermittler haben sich im Deutschen Lottoverband zusammengeschlossen.

C. Werberechtliche Rahmenbedingungen des Glücksspiels

I. Sinn und Zweck der staatlichen Regulierung

Nach § 4 Abs. 1 GlüStV dürfen öffentliche Glücksspiele nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Bundeslandes veranstaltet oder vermittelt werden. Andersherum ist unerlaubtes Glücksspiel, also das ohne eine solche Erlaubnis erfolgende Veranstalten oder Vermitteln von Glücksspielen, verboten.[12] Formal handelt es sich um ein Verbot mit Erlaubnis-

3) FAZ.net vom 08.09.2010.
4) So die Einteilung bei *Goldmedia* (Hrsg.), Executive Summary: Glücksspielmarkt Deutschland 2009 (April 2010), S. 6; eine Einteilung in 12 Marktsegmente findet sich hingegen bei Vieweg, ifo Schnelldienst 21/2009, 13, 18.
5) Das Jahrbuch Sucht 2010 weist für das Jahr 2008 einen Gesamtumsatz von 24,9 Mrd. Euro aus.
6) Vgl. *Vieweg*, ifo Schnelldienst 21/2009, 13, 18.
7) Gemeint sind die Produkte privater Anbieter, deren rechtlicher Status in Deutschland nicht geklärt ist (Graumarkt) oder die nach deutschem Recht untersagt sind (Schwarzmarkt).
8) *Goldmedia* (Hrsg.), Executive Summary: Glücksspielmarkt Deutschland 2009 (April 2010), S. 6.
9) *Hermes*, Die Beschränkungen für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Entwurf eines Staatsvertrages zum Glücksspielwesen, in: *Pieroth* (Hrsg.), Der Glücksspielstaatsvertrag – Drei verfassungs- und europarechtliche Gutachten, Heidelberg 2007, S. 39, 46.
10) Vgl. *Adams*, ZRP 2001, 511, 512 m.w.N.
11) Die Forschungsstelle Glücksspiel zählt für das Jahr 2006 insgesamt 24.861 Annahmestellen. Die Zahlen sind abrufbar unter https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Markt/Gluecksspielmarkt06.pdf; nach *Hermes*, Die Beschränkungen für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele (Fn. 7), S. 39, 44 erfolgen rund 95 Prozent des Vertriebs über diese Annahmestellen.
12) Die Regelung wird flankiert durch § 284 StGB, wonach mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft werden kann, wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet.

vorbehalt, so dass das legale Anbieten von Glücksspielen staatlichen oder zumindest staatlich konzessionierten Betreibern vorbehalten ist. Die Konzessionsvergabe erfolgt denkbar restriktiv. Privaten Unternehmen wurde der Zutritt zum deutschen Glücksspielmarkt praktisch ausnahmslos verwehrt, so dass unter dem Strich von einem faktischen Monopol zugunsten der staatlichen Anbieter gesprochen werden musste.

In einer liberalen Wirtschaftsordnung wie der unseren ist der Begriff des Monopols negativ besetzt. Indes darf diese Konnotation nicht den Blick darauf verschränken, dass es gute – im Rechtssinn legitime – Gründe dafür gibt, durch die Beschränkung des Marktzutritts und die Regulierung des Marktverhaltens eine wettbewerbsreduzierte Zone zu schaffen. In der Tat findet der staatliche Dirigismus seine innere Rechtfertigung denn auch in dem mit ihm verfolgten Zweck. In diesem Kontext gewinnt § 1 GlüStV Bedeutung. Die Vorschrift definiert die mit dem Staatsvertrag verfolgten Ziele, namentlich

„1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,

2. das Glücksspielangebot zu begrenzen und den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,

3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,

4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden."

Die genannten Ziele sind nicht nur schmückendes Beiwerk gesetzgeberischer Gängelung, auch wenn natürlich umstritten bleibt, dass man auch von staatlichem Glücksspiel abhängig werden kann. Vielmehr sind sie die Pfunde, gegen die die aus der staatlichen Regulierung – also der Begrenzung des Marktzutritts und der Handlungsoptionen auf dem Markt – herrührenden Beschränkungen elementarer Rechtspositionen aufzuwiegen sind. Auf nationaler Ebene widerstreitet diese Regulierung dem Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), auf europäischer Ebene der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV, vormals Art. 43 EGV) und dem freien Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV, vormals Art. 49 EGV). Den hiermit angesprochenen Spannungsfeldern soll im Folgenden nachgegangen werden.

II. Spannungsfelder auf nationaler Ebene: Zur Einschränkung der Berufsfreiheit

1. BVerfG, Urt. v. 28.3.2006

Der GlüStV ist als Reaktion auf die Sportwettenentscheidung des BVerfG vom 28. März 2006[13] zu verstehen. Das Urteil stellt gerade für § 5 Abs. 1 GlüStV den „Schlüssel zu Verständnis" dar.[14] In der Urteilsbegründung stellte das Gericht fest, dass das aus dem LottStV rührende staatliche Wettmonopol wegen des mit ihm verbundenen Ausschlusses gewerblicher Wettveranstaltung durch private Wettunternehmen sowie des Ausschlusses der Vermittlung nichtstaatlicher Wetten einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit darstellt. Ein solcher Eingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn er ein legitimes Ziel verfolgt und im Hinblick auf dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Nach Ansicht des BVerfG liegen dem staatlichen Wettmonopol legitime Gemeinwohlziele zu Grunde. Zuvörderst verfolgt es die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht, wobei zu beachten ist, dass die unterschiedlichen Formen des Glücksspiels ein abweichendes Suchtpotenzial haben. Problematisch seien insbesondere Automaten- und Casinospiele, wohingegen alle anderen Glücksspielformen deutlich weniger zu problematischem oder gar pathologischem Spielverhalten beitragen.[15] Unter den weiteren legitimen Zielen ist insbesondere auch der Verbraucherschutz, namentlich vor der besonders naheliegenden Gefahr irreführender Werbung hervorzuheben.[16] Im Hinblick auf die Erreichung der genannten Ziele stellt das staatliche Monopol auf Sportwetten ein geeignetes und erforderliches Mittel dar. In seiner konkreten Ausgestaltung begründet es jedoch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit. Deshalb darf der Gesetzgeber nur dann am staatlichen Wettmonopol festhalten, wenn er dieses konsequent am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ausrichtet. In diesem Zusammenhang monierte das BVerfG auch die nahezu omnipräsente Werbung für Sportwetten, in der diese als sozialadäquate, wenn nicht sogar positiv bewertete Unterhaltung dargestellt wurden. Anders als noch vom BVerwG angedeutet[17], komme es nicht darauf an, ob die Werbung aggressiv sei. Problematisch sei vielmehr, dass sie nicht auf eine Kanalisierung der ohnehin vorhandenen Wettleidenschaft hin zu staatlichen Wettangeboten zielt, sondern zum Wetten anreizt und ermuntert.[18]

Mit klaren Worten kritisierte das Gericht insbesondere auch die Ausgestaltung des in § 4 Abs. 3 LottStV enthaltenen Werbeverbots[19] und stellte fest, dass die Vorschrift nur auf die Verhinderung von grundsätzlich unlauterer oder im Einzelfall übertriebener Werbung ausgerichtet sei, aber keine ausschließlich am Ziel expansiver Vermarktung orientierte Werbung verhindere.[20] Deshalb habe der Gesetzgeber sicherzustellen, dass sich die Werbung für das Wettangebot zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters bei Wahrung des Ziels, legale Wettmöglichkeiten anzubieten, auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Wetten beschränkt.[21]

Im Anschluss an das Sportwettenurteil wurde in der Literatur die Frage diskutiert, wie eine verfassungskonforme Neurege-

13) BVerfGE 115, 276.
14) So das Diktum bei *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.) Glücksspielrecht, 2008, § 5 GlüStV Rdn. 7 unter Verweis auf *Heermann*, WRP 2008, 479, 488.
15) BVerfG, NJW 2006, 1261, 1263 unter Verweis auf *Hayer/Meyer*, J Public Health, 2004, 293, 296.
16) BVerfG, NJW 2006, 1261, 1263.
17) BVerwG, NJW 2001, 2648, 2650.
18) BVerfG, NJW 2006, 1261, 1266.
19) § 4 Abs. 3 LottStV lautete: Art und Umfang der Werbemaßnahmen für Glücksspiele müssen angemessen sein und dürfen nicht in Widerspruch zu den Zielen des § 1 stehen. Die Werbung darf nicht irreführend sein, insbesondere nicht darauf abzielen, unzutreffende Vorstellungen über die Gewinnchancen hervorzurufen.
20) BVerfG, NJW 2006, 1261, 1265.
21) BVerfG, NJW 2006, 1261, 1267.

lung des Werbeverbots als Mitvoraussetzung für die Aufrechterhaltung des staatlichen Wettmonopols aussehen müsse. Nicht selten erschöpften sich die Hinweise in Allgemeinplätzen oder der bloßen Wiedergabe der Urteilsgründe.[22] So wurde vielfach unterstrichen, dass sich Werbung auf Information und die Aufklärung über die Möglichkeit zum Wetten beschränken müsse[23], ein Aufforderungscharakter zu vermeiden[24] und offensive Werbung untersagt sei[25]. Man mag solche und ähnliche Aussagen als Indiz für eine gewisse Unsicherheit im Hinblick auf die aus dem Sportwettenurteil folgenden Auswirkungen bezüglich der Werbung deuten. Als praktikable Handreichung an den Gesetzgeber taugten sie jedenfalls nicht.

2. Zum geltenden werberechtlichen Rahmen

a) Die Regelungsrahmen des GlüStV im Überblick

Der im Sportwettenurteil des BVerfG kritisierte § 4 Abs. 3 LottStV enthielt eine kurze und prägnante Bestimmung zur rechtlichen Zulässigkeit von Werbemaßnahmen für Glücksspiele. Die Vorschrift stellte irreführende Werbung unter Verbot und bestimmte, dass Art und Umfang der Werbung angemessen sein und bestimmten Zielvorgaben entsprechen muss. Obwohl generalklauselartig formuliert, war die Vorschrift in der Praxis insgesamt gut handhabbar. Anders als § 4 Abs. 3 LottStV normiert § 5 GlüStV en détail, welche Art von Werbung erlaubt ist (Abs. 1), welchen Inhalt sie haben darf (Abs. 2) und dass Werbung in bestimmten Medien (Abs. 3) bzw. für unerlaubte Glücksspiele (Abs. 4) per se verboten ist. Die Vorschrift wird flankiert durch weitere Teilregelungen, insbesondere § 7 (Aufklärungspflichten) und § 21 Abs. 2 Satz 2 GlüStV (spezielles Werbeverbot für Sportwetten) sowie die im Anhang des GlüStV aufgeführten Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht, deren Nr. 2 bestimmt, dass „eine Information über Höchstgewinne (...) mit der Aufklärung über die Wahrscheinlichkeit von Gewinn und Verlust zu verbinden“ ist.

Durch diese breit angelegte Neuregelung stellt der Gesetzgeber zuvorderst unter Beweis, dass ein Mehr an Regelungsdichte nicht zwingend zu einem Mehr an Rechtssicherheit führen muss. So ist nach dem gesetzgeberischen Willen Werbung für legale Glücksspiele grundsätzlich erlaubt. Im gleichen Atemzug verbietet der Gesetzgeber aber solche Werbung, die zur Teilnahme am Glücksspiel auffordert, anreizt oder ermuntert. Ein legislatorisches Glanzstück sieht freilich anders aus. Da die rechtlich missbilligte Appellwirkung der Werbung wesensimmanent ist, wird hier im Grundsatz zu Recht ein „unauflösbarer Widerspruch“[26] gesehen, mit dem der Gesetzgeber den Rechtsanwender allein im Regen stehen lässt. Leidtragende sind Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen, die für ihr Angebot werben wollen. Für sie war und ist es schwierig einzuordnen, ob sich eine Werbemaßnahme noch im Rahmen des Zulässigen bewegt oder die von § 5 GlüStV aufgestellten Grenzen überschritten sind. Wie nicht anders zu erwarten, bescherte die unklare Rechtslage – nicht zuletzt dank der Argusaugen von Wettbewerbsverbänden und Verbraucherzentralen – den Gerichten zuletzt reichlich Gelegenheit, sich zu Inhalt und Grenzen zulässiger Glücksspielwerbung zu positionieren. So sind staatliche Lotteriegesellschaften in wenigen Monaten bereits weit über 100 Mal wegen Verletzungen der Bestimmungen des GlüStV von den ordentlichen Gerichten verurteilt worden.[27] In vielen Fällen stritten die Parteien um die Frage, ob wegen Missachtung der Vorgaben der werberechtlichen Zentralnorm des § 5 GlüStV – einer Marktverhaltensregel i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG – eine Wettbewerbsverletzung gegeben ist. Deshalb sollen nachfolgend der Regelungsgehalt des § 5 GlüStV und dessen praktische Anwendung durch die Gerichte dargestellt werden.

b) Der Regelungsgehalt des § 5 GlüStV

Als Reaktion auf das Sportwettenurteil des BVerfG haben die Länder die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen – nicht nur von Sportwetten – angepasst. Vergleicht man den mit Wirkung zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen GlüStV mit dem bis dahin geltenden LottStV, so stellt man unschwer fest, dass der Gesetzgeber das rechtliche Korsett deutlich enger gezogen hat. Das gilt auch und insbesondere für die rechtliche Zulässigkeit von Werbemaßnahmen für öffentliches Glücksspiel. Der insoweit einschlägige § 5 GlüStV gilt nicht nur für Veranstalter, sondern gem. § 19 Satz 1 GlüStV auch für Vermittler von Glücksspielen. Es fällt auf, dass der GlüStV den Begriff der Werbung nicht definiert. Eine Begriffsbestimmung findet sich jedoch in der Erläuterungen zu § 5 GlüStV, wo Werbung in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH[28] als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren und Dienstleistungen zu fördern“ definiert wird.[29]

Nach der gesetzgeberischen Konzeption ist Werbung für öffentliche Glücksspiele grundsätzlich erlaubt. Allerdings bestimmt § 5 Abs. 1 GlüStV, dass sich die Werbung zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters bei Wahrung des Ziels, legale Glücksspielmöglichkeiten anzubieten, auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel zu beschränken hat. Die Vorschrift übernimmt eine praktisch wortgleiche Passage aus dem Sportwettenurteil des BVerfG.[30] Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 darf die Werbung nicht in Widerspruch zu den bereits genannten Zielen des § 1 GlüStV stehen, insbesondere nicht gezielt zur Teilnahme am Glücksspiel auffordern, anreizen oder ermuntern. Die Rechtsprechung versteht diese Vorgaben als Konkretisierung von § 5 Abs. 1 GlüStV.[31] Der Gesetzgeber formuliert den systematischen Zusammenhang beider Regelungen dahingehend, dass sie den Werbeinhalt „im Zusammen-

22) In diesem Sinne bereits *Heermann*, WRP 2008, 479.
23) *Hecker*, ZfWG 2006, 35, 37; *Holznagel/Ricke*, MMR 2006, 303, 304; *Postel*, WRP 2006.
24) *Hecker*, ZfWG 2006, 35, 37; *Leupold/Walsh*, WRP 2006, 973, 977.
25) *Horn*, JZ 2006, 789, 793.
26) *Hermes*, Die Beschränkungen für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele (Fn. 7), S. 39, 53, 88.
27) Vgl. das Schreiben des Deutschen Lottoverbandes an die Staatskanzlei Rheinland-Pfalz vom 13.4.2010, S. 2, abrufbar unter http://mpk.rlp.de/fileadmin/staatskanzlei/mpk/PDF-Datei/051_Deutscher_Lottoverband.pdf.
28) BGH, GRUR 2005, 1161 – Telefonische Gewinnauskunft.
29) Vgl. auch die nahezu identische Definition in Art. 1 lit. c der EG-Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit sowie den darauf basierenden § 2 Abs. 2 Nr. 5 RStV.
30) Vgl. BVerfG, NJW 2006, 1261, 1267.
31) OLG München, GRUR-RR 2008, 310, 311; KG, GRUR-RR, 2010, 29, 30; OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 18.

spiel“ umreißen.[32] In jedem Fall hat die Werbung für öffentliches Glücksspiel die Vorgaben von beiden Absätzen kumulativ einzuhalten.

Vor dem Hintergrund, dass jeder Art von Werbung ein gewisses Aufforderungs- und Anreizmoment immanent ist, wird teilweise kritisiert, dass § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV in sich widersprüchlich ist.[33] Auf einer rein begrifflichen Ebene ist diese Einschätzung zutreffend und natürlich lässt sich hier dem Gesetzgeber schnell Scheinheiligkeit vorwerfen. Löst man sich jedoch (zugegebenermaßen mit etwas gutem Willen) von einer streng wortlautgetreuen Auslegung, so wird aus einem vermeintlich unauflösbaren ein nur noch scheinbarer Widerspruch.[34] Das Verständnis des Gesetzgebers, der dies in den Erläuterungen zum GlüStV präzisiert, geht dahin, dass „sich das Verbot des gezielten Aufforderns, Anreizens oder Ermunterns zur Teilnahme am Glücksspiel in [§ 5 Abs. 2] Satz 1 [GlüStV] vor allem gegen unangemessene unsachliche Werbung [richtet]. Verboten sind insbesondere die Glücksspielsucht fördernde Formen der Werbung etwa durch verkaufsfördernde Maßnahmen wie Rabatte, Gutscheine und ähnliche Aktionen.“[35]

Die Werbung darf sich weiter nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten (§ 5 Abs. 2 Satz 2 GlüStV). Das Gesetz schweigt sich darüber aus, was für sonstige gefährdete Zielgruppen dies sein mögen. In der Literatur ist jedenfalls von „sozial Benachteiligten und anderen Glücksspielsuchtgefährdeten“, „Personen mit niedriger Schulbildung und geringem Verdienst“ und von „Unterschicht“ die Rede.[36]

Weiter darf die Werbung nicht irreführend sein und muss deutliche Hinweise auf das Verbot der Teilnahme Minderjähriger, die von dem jeweiligen Glücksspiel ausgehende Suchtgefahr und Hilfsmöglichkeiten enthalten (§ 5 Abs. 2 Satz 3 GlüStV). Im Hinblick auf das Irreführungsverbot entspringt der Regelungsgehalt von § 5 Abs. 2 GlüStV dem ehemaligen § 4 Abs. 3 LottStV. Die zur alten Rechtslage ergangene Rechtsprechung kann jedenfalls insofern zur Orientierung herangezogen werden.

Nach § 5 Abs. 3 GlüStV ist Werbung für öffentliches Glücksspiel in bestimmten Medien verboten. Das Verbot bezieht sich zunächst auf Werbung im Fernsehen.[37] Der Gesetzgeber verweist insofern auf die besondere Reichweite dieses Mediums, der ein besonders Gefährdungspotential innewohnt. Auch die Werbung im Internet wird konsequent verboten. Hintergrund ist, dass das Medium wegen der Breitenwirkung sowie wegen der Möglichkeit zur sofortigen Spielteilnahme besondere Gefahren begründet. Schließlich ist auch die Werbung über Telekommunikationsanlagen verboten. Damit geht § 5 Abs. 3 GlüStV über die allgemeinen wettbewerbrechtlichen Grenzen in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hinaus. Von dem per se-Verbot des § 5 Abs. 3 GlüStV ausgenommen ist jedoch die unverlangte postalische Übermittlung von Werbematerial. Die Privilegierung gegenüber den vorgenannten Werbemedien erklärt sich vor dem Hintergrund, dass es sich insoweit nicht nur um einen traditionellen Vertriebsweg für Glücksspielwerbung, sondern auch um einen solchen handelt, der keine unmittelbare Reaktion des Empfängers anreizende Wirkung hat und es sich damit um einen hinsichtlich des Suchtpotentials vertretbaren Vertriebsweg handelt.[38]

Schließlich bestimmt § 5 Abs. 4 GlüStV, dass Werbung für unerlaubte Glücksspiele verboten ist.

c) Rechtsprechungsüberblick

Die rechtliche Zulässigkeit der Werbung für öffentliche Glücksspiele bemisst sich primär nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GlüStV. Demnach hat sich die Werbung auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum legalen Glücksspiel zu beschränken. Ein Aufforderungscharakter ist zu vermeiden. Die Werbung darf den in § 1 GlüStV genannten Zielen nicht zuwiderlaufen, insbesondere darf sie nicht gezielt zur Teilnahme am Glücksspiel auffordern, anreizen oder ermuntern. Die Regelungstechnik (insbesondere das Zusammenspiel von Abs. 1 und Abs. 2) sowie der Wortlaut (Werbung ohne Anreizwirkung) wirken insgesamt ungereimt. Die insofern etwas unglückliche Regelung kann nicht verbergen, dass sie eine uninspirierte Melange aus der Vorgängervorschrift § 4 Abs. 3 LottStV und richterlichen Vorgaben darstellt.

Ob die genannten Vorgaben eingehalten und die Werbung zulässig ist, kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der Werbemaßnahme beurteilt werden.[39] Dabei kommen unterschiedliche Maßstäbe in Betracht. Teilweise stellen Gerichte darauf ab, ob die Werbung in ihrer konkreten Ausgestaltung und Aufmachung über das hinausgeht, was zur Information und Aufklärung unerlässlich ist.[40] Überwiegend stellen die Gerichte aber darauf ab, ob zwischen der erlaubten Information und den damit einhergehenden Anreizen ein ausgewogenes Verhältnis besteht. So formuliert etwa das OLG München: „Maßgebend für die Frage ist im Einzelfall der Inhalt der Werbung sowie ihre äußere Form und Gestaltung. Maßgeblich ist, ob die reklamehafte Aufmachung durch die Verwendung von Symbolen, Farben oder die Hervorhebung besonders reizvoller Gewinnmöglichkeiten der informative Gehalt der Werbung zurücktritt.“[41]

Dem Werbenden ist es im Grundsatz durchaus erlaubt, in einem angemessenen Umfang werbetypische Additive wie farbliche Gestaltungen oder Hervorhebungen zu verwenden, um die Aufmerksamkeit der angesprochenen Verbraucher zu erregen. Auch „kann eine sachliche, nicht die Emotionen des Betrachters ansprechende, auch auffällig farblich gestaltete Werbung zulässig sein, wenn sie lediglich die für die Vermittlung der Attraktivität des Angebots nötigen Informationen sichtbar macht“[42]. Neuralgisch ist die Angabe der Höhe des Jackpots,

32) Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, abgedruckt bei *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, 2008, S. 609, 619.
33) So bereits *Hermes*, Die Beschränkungen für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele (Fn. 7), S. 39, 53, 88.
34) OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 18.
35) Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag (Fn. 30), S. 609, 619.
36) Vgl. *Mahne/Jouran*, NVwZ 2009, 1190, 1193 f.
37) Vgl. §§ 7 f. Rundfunkstaatsvertrag.
38) Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag (Fn. 30), S. 609, 620 zu § 5 Abs. 3 und 4 GlüStV.
39) OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 19.
40) OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 19.
41) OLG München, GRUR-RR 2008, 310, 311.
42) OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 19.

immerhin ist die Aussicht auf einen Millionengewinn für wohl fast alle Verbraucher das zentrale Teilnahmekriterium. Insofern hat die Angabe des Jackpots eine gesteigerte Anreizwirkung. Dabei ist dem Werbenden die Nennung der Gewinnmöglichkeiten und der Gewinnhöhe nicht schlechthin untersagt.[43] Dies folgt schon aus Nr. 2 der Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht, wonach „eine Information über Höchstgewinne (...) mit der Aufklärung über die Wahrscheinlichkeit von Gewinn und Verlust zu verbinden" ist.[44]

Zwischen zulässiger Information und unzulässigem Anreizen ist es ein schmaler Grad. Das OLG Koblenz hat sich hierzu umfangreich geäußert und festgestellt: *„Nicht mit § 5 Abs. 1 und § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV ist daher vereinbar, wenn in einer Werbemaßnahme werbetypische Anreize und Effekte gesetzt werden, um so typische Eigenschaften wie Gewinnstreben und Neugierde des Betrachters auszunutzen und diesen auf diese Weise zu beeinflussen und zum Kauf zu animieren. Die Verwendung von so genannten Eyecatchern ist zwar zur Erregung der für eine erfolgreiche Kanalisierung erforderlichen Aufmerksamkeit zulässig, nicht aber wenn diese die Werbung dominieren und eine Anreizfunktion zum Spieltrieb erfüllen, indem sie beim Betrachter bestimmte Emotionen und Assoziationen wecken. Unzulässig ist auch, bestimmte Produkte besonders anzupreisen indem Gewinnmöglichkeiten unverhältnismäßig in den Vordergrund gestellt werden, insbesondere wenn dies mit einer unangemessen anziehend wirkenden farblichen oder grafischen Gestaltung kombiniert wird."*[45] Dementsprechend ist Werbung unzulässig, bei der in großen schwarzen Lettern und mit einem Ausrufezeichen versehen die Aufschrift JACKPOT! steht, mit einer überdimensional großen roten Schrift ein Millionenbetrag angegeben und ein „Lottotrainer" dargestellt wird, der mit „einem auffordernden Lächeln" auf den Höchstgewinn zeigt, demgegenüber aber die angebrachten Verbots-, Gefahren- und Aufklärungshinweise nur in Kleinstschrift angegeben sind.[46] Ein unausgewogenes Verhältnis zwischen Anreiz und Information ist auch dann gegeben, wenn hervorgehoben und doppelt angebracht die Aufschrift „Jackpot" in schwarz auf gelbem Grund steht und der Betrag von 4 Millionen EUR durch Leuchteffekt und von roten Kreuzen umgeben besonders deutlich dargestellt wird, die gesetzlich geforderten Informationen und Hinweise hingegen in unauffälliger Kleinschrift angegeben sind.[47] Die Verwendung eines Imperativs wie „Jetzt Du" soll an sich unzulässig sein. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn er so klein angegeben ist, dass er im Zweifel überlesen wird und die Werbung deshalb nicht entscheidend mitprägt.[48] Verboten ist auch Werbung, die den Aberglauben der Angesprochenen instrumentalisiert. So zielt etwa die Werbung für Glücksspiele unter Einbindung von für Horoskopen typische Symbolik (Sternzeichen etc.) unzulässigerweise auf „die Irrationalität und Schwäche solcher Personen, die ohnehin etwas dafür übrig haben, ihr Leben nicht selber lenkend in die Hand zu nehmen, sondern die richtige Entscheidung von dem Stand der Himmelskörper abzulesen."[49] Das hiermit nicht gerade trennscharfe Regelungen aufgestellt werden, bedarf keiner Erwähnung.

3. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des GlüStV

Nicht nur das staatliche Glücksspielmonopol als solches, sondern auch die Regelung des § 5 GlüStV sahen sich vielfach dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt. Die Diskussion hat sich mit den Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 14. Oktober 2008[50] weithin erledigt. In diesem stellte das BVerfG fest, dass sowohl die Erlaubnispflicht als Voraussetzung für das Veranstalten und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele (§ 4 Abs. 1 und 2 GlüStV), als auch die gesetzlichen Vorgaben bezüglich der Werbung für Glücksspiele (§ 5 Abs. 1 bis 4 GlüStV) in den durch Art. 12 Abs. 1 GG definierten Schutzbereich der Berufsfreiheit eingreifen.[51] Mit Blick auf die in § 1 GlüStV verfolgten Ziele, insbesondere der Verhinderung von Glücksspielsucht und der wirksamen Suchtbekämpfung, seien diese Einriffe aber gerechtfertigt. Durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, welches ja die Grundlage für das staatliche Glücksspielmonopol darstellt, werde nach Ansicht des BVerfG ein Kanalisierungseffekt erreicht, mit dem das Angebot an Glücksspielen beschränkt und die Transparenz des Spielbetriebs gefördert werde.[52] Daneben äußerte sich das BVerfG auch umfangreich zur Verhältnismäßigkeit von § 5 GlüStV. Zunächst seien die dort enthaltenen Werbeverbote und -beschränkungen gerade mit Blick auf die Verknüpfung mit dem Zielkatalog des § 1 GlüStV geeignet, die dort genannten Ziele umzusetzen.[53] Ferner sei die gesetzliche Reglementierung in dieser Form auch erforderlich.[54] In der Urteilsbegründung weist das Gericht darauf hin, dass die Spielleidenschaft nach Einschätzung der Landesgesetzgeber zwar an sich unerwünscht[55], indes auch nicht vollständig zu verhindern sei. Zumindest aber könne durch eine sinnvolle Begrenzung der Werbung, namentlich das Verbot unangemessener und unsachlicher Werbung, die zur Teilnahme am Glücksspiel auffordert, einer Ausweitung der Spielleidenschaft entgegengewirkt werden. Auch seien keine Alternativen hierzu denkbar. Es wäre insbesondere widersprüchlich, zunächst appellative Formen der Werbung zuzulassen, um anschließend die hierdurch geförderte Spielleidenschaft der Bevölkerung begrenzen zu wollen. Schließlich sollen § 5 Abs. 1 bis 4 GlüStV auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Vor dem Hintergrund, dass das staatliche Glücksspielangebot keinen förderungs- und aufbauwürdigen Wirtschaftszweig darstelle, sondern lediglich der Kanalisierung des menschlichen Spieltriebs dienen soll, seien die in § 5 GlüStV normierten Werbeverbote trotz der teilweise erheblichen mit ihnen verbundenen Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit angemessen.[56] Unter dem Strich stellen

43) OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 19; OLG München, GRUR-RR 2008, 310, 311.
44) So auch der treffende Hinweis bei KG, GRUR-RR, 2010, 22, 26.
45) OLG Koblenz, GRUR-RR 2010, 16, 19.
46) KG, GRUR-RR 2010, 22, 27.
47) OLG Hamm, Urt. v. 29.4.2010 (4 U 198/09), Rn. 28; eine Kurzwiedergabe des Urteils findet sich bei ZfWG 2010, 227.
48) OLG Hamm, Urt. v. 29.4.2010 (4 U 198/09), Rn. 28.
49) KG, GRUR-RR, 2010, 29, 31.
50) BVerfG, ZUM-RD 2009, 633.
51) BVerfG, ZUM-RD 2009, 633, 634 unter Verweis auf BVerfGE 7, 377, 378.
52) BVerfG, ZUM-RD 2009, 633, 636.
53) Ebd., 637.
54) Ebd., 638 f.
55) Mit Blick auf das daraus resultierende Steueraufkommen mag hier mancher zweifeln.
56) BVerfG, ZUM-RD 2009, 633, 640.

die Werbeverbote und -beschränkungen damit eine verfassungskonforme Beschränkung des Art. 12 Abs. 1 GG dar.

III. Spannungsfelder auf europäischer Ebene: Zur Einschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Der GlüStV und die Umsetzungsgesetze der Länder sind nicht nur an einem rein nationalen Maßstab zu messen. Anbieter und Vermittler von Glücksspielen agieren oftmals grenzüberschreitend. Dabei sind sie einer unterschiedlich ausgeprägten Regulierungsdichte ausgesetzt. Genauer: Andere Mitgliedstaaten haben deutlich liberalere Glücksspielmärkte als Deutschland. Nationale Marktzutrittsschranken und nationale Vorschriften zur Regulierung des Marktverhaltens können insofern in Konflikt mit der Etablierung des Gemeinsamen Marktes geraten. Deshalb gewinnt an diesem Punkt europäisches Recht an Bedeutung.

1. EuGH, Urt. v. 6.11.2003

Nachdem sich der EuGH in den Urteilen Schindler[57], Läärä[58] und Zenatti[59] bereits mehrfach zur europarechtlichen Einordnung national geprägter Glücksspielmärkte befasst hat, erlies er im Fall Gambelli am 6. November 2003 eine Entscheidung, die ganz konkrete Auswirkungen auf den deutschen Glücksspielmarkt nach sich ziehen sollte.[60] Immerhin versuchten die Länder mit dem am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen LottStV das Glücksspielmonopol auf eine europarechtskonforme und damit insgesamt gerichtsfeste Grundlage zu stellen. In dem der Gambelli-Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren ging es um die Vermittlung von Sportwetten in Italien, die mit Hilfe des Internets von in England zugelassenen Buchmachern durchgeführt wurden. Die italienischen Behörden sahen hierin einen Verstoß gegen das staatliche Glücksspielmonopol, die nicht weniger als 138 Beschuldigten des Ausgangsverfahrens hingegen einen unzulässigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV und den von Art. 49 EGV geschützten freien Dienstleistungsverkehr. Sie monierten, dass der italienische Staat als Inhaber des Glücksspielmonopols das Angebot an Spielen und Wetten konsequent ausweite und zur Teilnahme an diesen Spielen aus fiskalischen Interessen anreize. Eine kohärente Politik zur Begrenzung und Verhinderung der Spieltätigkeiten im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen Läärä[61] und Zenatti[62] werde insofern nicht verfolgt.[63]

Der EuGH räumte ein, dass die Beschränkungen der Spieltätigkeit in den Schutzbereich der Art. 43, 49 EGV eingreifen. Ein solcher Eingriff sei jedoch nicht per se unzulässig. Beschränkungen der Spieltätigkeit können vielmehr gerechtfertigt sein durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsvorbeugung und die Vermeidung von übermäßigen Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen. Den Behörden sei es jedoch verwehrt, sich im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung zu berufen, zugleich aber die Verbraucher dazu anzureizen und zu ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen.[64] Im Übrigen, so der EuGH, müssen die Beschränkungen auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele dergestalt zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeit beitragen.[65] Sie dürfen nicht darüber hinausgehen, was zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich ist und auch nicht außer Verhältnis zu den mit ihnen verfolgten Zielen stehen. Ob dies der Fall ist, haben die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung der konkreten Anwendungsmodalitäten der jeweiligen nationalen Regelungen zu entscheiden.[66]

2. EuGH, Urt. v. 8.9.2010

Auch die deutschen Aufsichtsbehörden gingen in der Vergangenheit stets engagiert gegen tatsächliche und vermeintliche Verstöße der privaten Anbieter und Vermittler von Glücksspielen vor. Sie verweigerten die Vergabe von Konzessionen, forderten die Einstellung von geschäftlichen Aktivitäten oder mahnten Wettbewerbsverstöße ab. In der Folge hiervon waren deutsche Verwaltungsgerichte vielfach mit der Frage befasst, ob die das Glücksspielwesen reglementierenden rechtlichen Vorgaben und deren tatsächliche Anwendung rechtens und wirksam sind. Die privaten Anbieter bestritten das vielfach mit Verweis auf die offensive Werbepolitik der staatlichen Anbieter – eine bereits aus der Gambelli-Entscheidung bekannte Argumentationslinie. Sie zielt auf das in sich widersprüchliche Verhalten des Staates, der zum Schutz des Verbrauchers Privaten den Marktzutritt verwehrt, als Monopolist aber umfangreich für ein angeblich gefährliches Produkt wirbt. Der Staat schiebe – so der Vorwurf – den Verbraucherschutz lediglich vor, verfolge aber in Wirklichkeit einen fiskalisch motivierten Monopolschutz, der die Eingriffe in die Berufs- bzw. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermag. Durch nicht weniger als acht Vorabentscheidungsersuche unterschiedlicher Verwaltungsgerichte an den EuGH bekam die Diskussion um die Werbetätigkeit staatlicher Glücksspielanbieter unter Geltung des GlüStV eine europäische Dimension. Hierzu entschied der EuGH mit drei Urteilen vom 8. September 2010.

2. EuGH, Urt. v. 8.9.2010

Das wohl wichtigste der drei Urteile erging zu insgesamt sechs verbundenen Rechtssachen, die die VG Gießen und Stuttgart dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt haben.[67] In den Ausgangsverfahren wehrten sich in Deutschland ansässige Vermittler von Sportwetten gegen das behördliche Verbot, Sportwetten anzubieten, die von Drittunternehmen in anderen Mitgliedstaaten legal veranstaltet wurden. Mit den zahlreichen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wollten die vorlegenden Gerichte insbesondere wissen,

57) EuGH, Urt. v. 24.3.1994 (C-275/92), Slg. 1994, I-1039.
58) EuGH, Urt. v. 21.9.1999 (C-124/97), Slg. 1999, I-6067.
59) EuGH, Urt. v. 21.10.1999, (C-67/98), Slg. 1999, I-7289.
60) EuGH, Urt. v. 6.11.2003 (C-243/01), Slg. 2003, I-13031; vgl. hierzu auch *Hoeller/Bodemann*, NJW 2004, 122.
61) EuGH, Urt. v. 21.9.1999 (C-124/97), Slg. 1999, I-6067, Rn. 37.
62) EuGH, Urt. v. 21.10.1999, (C-67/98), Slg. 1999, I-7289, Rn. 36.
63) EuGH, Urt. v. 6.11.2003 (C-243/01), Slg. 2003, I-13031, Rn. 26.
64) Ebd., Rn. 69.
65) Ebd., Rn. 67.
66) Ebd., Rn. 76.
67) EuGH, Urt. v. 8.9.2010 (C-136/07 u.a.).

„ob die Art. 43 EG und 49 EG dahingehend auszulegen sind, dass sie regionalen staatlichen Sportwettmonopolen (…) entgegenstehen, wenn mit diesen Monopolen das Ziel verfolgt wird, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, und (…) im vorliegenden Fall Zweifel daran bestehen, dass das angeführte Ziel kohärent und systematisch verfolgt wird, weil (…) für die Teilnahme an anderen, denselben staatlichen Monopolen unterliegenden Arten von Glücksspielen, nämlich Lotterien, von den Inhabern dieser Monopole mittels intensiver Werbekampagnen, die auf die Maximierung der Einnahmen aus den Spielen abzielen, geworben wird (…).“

In seiner Urteilsbegründung bestätigte der EuGH seine bisherige Rechtsprechung zur europarechtlichen Einordnung staatlicher Glücksspielmonopole. Diese seien nicht per se verboten, sondern können sogar „auf den ersten Blick am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen“, um ein von den jeweiligen Staaten im eigenen Ermessen festgesetztes Schutzniveau und die damit einhergehenden Ziele zu erreichen.[68] Die damit verbundenen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit seien jedoch, wie der EuGH unter Verweis auf seine Gambelli-Rechtsprechung feststellt, nur dann gerechtfertigt, wenn die jeweilige Beschränkung auch geeignet ist, „die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“[69]

Mit Blick auf intensive Werbekampagnen, die die Inhaber der staatlichen Glücksspielmonopole für ihr Angebot betreiben, haben die vorlegenden Gerichte erhebliche Zweifel daran angemeldet, dass diese Vorgaben tatsächlich eingehalten werden. Der EuGH teilt diese Bedenken. Zwar will er Werbung für Glücksspiele nicht vollends verbieten und sieht eine „Politik der kontrollierten Expansion“ als taugliches Mittel an, den Spieltrieb der Bevölkerung „in kontrollierbare Bahnen zu lenken“. Zur Erreichung dieses Ziels sei es auch erforderlich, „dass die Veranstalter, die über eine Erlaubnis verfügen, eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit darstellen, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken implizieren kann“[70]. Vor diesem Hintergrund sei es nicht zu beanstanden, wenn der Inhaber eines staatlichen Monopols maßvoll Werbung durchführe, die strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielangeboten zu lenken. Diese Grenze sei aber insbesondere dann überschritten, wenn die Werbung darauf abziele, „den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost oder ihm ein positives Image verliehen wird, das daran anknüpft, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden, oder indem die Anziehungskraft des Spiels durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne vorspiegeln“[71].

Insgesamt kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass wenn das nationale Gericht insoweit die Feststellung trifft, (a) dass die Inhaber staatlicher Monopole ihre Werbemaßnahmen nicht auf das zulässige Maß begrenzen, als auch (b) dass private Veranstalter andere Arten von Glücksspielen erlaubterweise betreiben dürfen, als auch (c) dass die zuständigen nationalen Behörden anderen Glücksspielen, die gleichwohl sie nicht unter das Monopol fallen ein höheres Suchtpotential aufweisen, Vorschub leisten, es berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben kann, dass es die aus dem Monopol fließenden Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermag.[72] Kurzum: Unter den genannten Voraussetzungen sei ein staatliches Glücksspielmonopol europarechtswidrig und also unzulässig.

Das zweite der drei Urteile[73] erging auf ein Vorabentscheidungsersuchen des VG Schleswig-Holstein und betraf die Auslegung von Art. 49 EGV, mithin allein Fragen des freien Dienstleistungsverkehrs. In dem Verfahren war zu klären, ob das Land Schleswig-Holstein den Antrag eines spanischen Unternehmens auf Anerkennung bzw. Erteilung des Rechts, aufgrund einer in Spanien erteilten Lizenz in Deutschland Sportwetten über das Internet anbieten zu dürfen, zulässigerweise zurückgewiesen hat. Einen speziell werberechtlichen Bezug hatte das Urteil jedoch nicht, weshalb an dieser Stelle auf eine vertiefte Besprechung verzichtet werden kann.

Die dritte Entscheidung[74] betraf schließlich ein Vorlageersuchen des VG Köln. In dem Ausgangsverfahren ging es um einen Rechtsstreit zwischen einem in Deutschland ansässigen Vermittler von Sportwetten, der für Rechnung eines maltesischen Unternehmens tätig war und dem das Anbieten von Sportwetten von einer deutschen Behörde untersagt wurde. Der EuGH entschied, dass wegen des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit Art. 43 und Art 49 EGV unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, auch nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden dürfen. Sobald das nationale Gericht unter Zugrundelegung des vom EuGH vorgegebenen Prüfungsmaßstabs einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen den freien Dienstleistungsverkehr oder die Niederlassungsfreiheit feststellt, fällt das Monopol ohne Einräumung einer Übergangszeit. Damit ist der Rechtsfolgenausspruch strenger als beim Sportwettenurteil des BVerfG, in dem dem Gesetzgeber noch eine Frist eingeräumt wurde, eine den rechtlichen Vorgaben genügende Regelung zu finden.

D. Fazit und Ausblick

Der deutsche Glücksspielmarkt befindet sich mitten in einer Transformationsphase. Der GlüStV wurde von Anfang an zeitlich befristet beschlossen.[75] Das Land Schleswig-Holstein hat

68) Ebd., Rn. 96.
69) Ebd., Rn. 97.
70) Ebd., Rn. 101.
71) Ebd., Rn.103
72) Ebd. , Rn. 107.
73) EuGH, Urt. v. 8.9.2010 (C-46/08).
74) EuGH, Urt. v. 8.9.2010 (C-409/06).
75) Vgl. § 28 GlüStV, wonach der Staatsvertrag mit Ablauf des 31.12.2011 außer Kraft tritt, wenn die Länder ihn nicht vorher verlängern.

schon frühzeitig verlautbaren lassen, aus dem Vertrag ausscheiden zu wollen. Indem der EuGH das Glücksspielmonopol nunmehr praktisch für unzulässig erklärt hat, hat dieser Prozess noch einmal deutlich an Fahrt gewonnen. Wie geht es weiter? Die Bundesländer wollen bis zum Frühjahr kommenden Jahres eine Neuregelung vorlegen, die den von dem EuGH festgelegten Anforderungen genügt. Das politische Tauziehen geht nun los, der Ausgang erscheint derzeit völlig offen.[76] Der rheinland-pfälzische Regierungschef und Vorsitzende der Ministerpräsidentenkonferenz, Kurt Beck, ließ nach dem Urteil aus Luxemburg in der Presse bereits verlautbaren, dass man das Monopol weiterhin brauche und wolle. Niedersachsens Innenminister Uwe Schünemann sieht nach dem Urteil „im Moment keine direkten Auswirkungen auf die Gültigkeit des Staatsvertrags zum Glücksspiel". Die Quintessenz des Urteils sieht er nicht etwa in einer Reduzierung der Werbeaktivitäten sondern vielmehr darin, dass zukünftig das staatliche Wettmonopol auch auf Automatenglücksspiele und Pferdewetten ausgeweitet werden müsse. Die Landesregierung von Schleswig-Holstein warb nach dem Urteil für ihren Entwurf eines neuen Staatsvertrags. Dieser sieht einerseits die Beibehaltung des staatlichen Lotteriemonopols, andererseits einen konzessionierten, unter staatlicher Aufsicht stehenden, im übrigen aber liberalisierten Sportwettenmarkt vor.[77] Fest steht derzeit nur eins: Der geltende Rechtsrahmen wird sich verschieben, ohne dass derzeit klar wäre, wohin genau. Das gilt nicht nur für die Frage, ob das staatliche Glücksspielmonopol in seinem bestehenden Umfang beibehalten, eingeschränkt oder gar ausgeweitet werden soll, sondern auch und gerade für die Frage, wie die Werbeaktivitäten auf dem Glücksspielmarkt zukünftig gesteuert werden sollen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Regelung des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV weiter Bestand haben wird. Das BVerfG hat sie bereits abgesegnet und auch der EuGH hat nur die tatsächlichen Werbeaktivitäten, nicht jedoch die gesetzliche Regelung als solche kritisiert.[78] Indes ist der Gesetzgeber frei, das angestrebte Schutzniveau nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Sollte er sich zu einer teilweisen Liberalisierung des Glücksspielmarktes entscheiden, sollte er auch eine Lockerung der die Werbefreiheit einengenden Vorgaben erwägen. Auch der von der schleswig-holsteinischen Landesregierung vorgelegte Entwurf eines neuen Glücksspielstaatsvertrages enthält in § 26 GlüStV-E eine Regelung, die sich an § 4 Abs. 3 LottStV anlehnt und insoweit weniger restriktiv ist, als der jetzige § 5 GlüStV.[79] Anzustreben ist jedenfalls eine gefahradäquate Limitierung der Verbotstatbestände nach der Maxime: Je geringer die von einem Glücksspiel ausgehenden Suchtgefahren, desto größer die Werbefreiheit.

76) Einen Überblick über die verschiedenen Positionen gibt *Bewarder*, Glücksspielmonopol: Ministerpräsidenten zwischen Profit und Verantwortung, in: Berliner Morgenpost v. 18.10.2010, S. 3.
77) Der Entwurf ist abrufbar unter http://www.cdu.ltsh.de/media/gluecksspielstaatsvertrag.pdf.
78) Vgl. auch OLG Köln, Urt. v. 19.11.2010 – 6 U 38/10 (noch nicht veröffentlicht).
79) § 26 GlüStV-E lautet: (1) Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel müssen angemessen sein und dürfen nicht in Widerspruch zu den Zielen des § 1 stehen. Die Werbung darf nicht irreführend sein, insbesondere nicht darauf abzielen, unzutreffende Vorstellungen über die Gewinnchancen hervorzurufen. Die Werbung darf sich nicht an Minderjährige richten. (2) Werbung für unerlaubte Glücksspiele ist verboten.

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.*
Bayreuth

Keine kartellrechtliche Ausnahme für die Zentralvermarktung durch Sportligen aufgrund der *Single Entity Defense*

INHALT

I. Einleitung
II. American Needle, Inc. v. National Football League, 130 S.Ct. 2201, U.S., 2010
1. Sachverhalt
2. Inhaltliche Beschränkung und Entscheidungen der Vorinstanzen
3. Entscheidungsgründe
a) Vorbemerkungen
b) Klarstellungen zur Anwendung der *Single Entity Defense* auf Wettbewerbsbeschränkungen im Ligasport
c) Klarstellungen zur Anwendung der *Rule of Reason* auf Wettbewerbsbeschränkungen im Ligasport
4. Weiterhin offene Rechtsfragen
III. Auswirkungen auf den Ligasport in den Vereinigten Staaten
IV. Auswirkungen auf den Ligasport in Deutschland
V. Fazit

I. Einleitung

Weltweit erfreuen sich verschiedene Ligasportarten größter Popularität. Hierzulande und in den meisten Ländern Europas nimmt insoweit der Fußballsport, sei es in nationalen Ligen wie der Bundesliga oder der Premier League, sei es in europäischen Ligawettbewerben wie der Champions League oder der Europa League, eine hervorgehobene Position ein. Ein vergleichbares Ansehen kommt in den USA dem American Football zu, einer Sportart also, die sowohl auf Amateurebene in verschiedenen College-Ligen als auch auf professioneller Ebene in der National Football League (NFL) landesweit die Massen begeistert. Der Kommerz hat längst Einzug gehalten im Ligasport, die einzel-

* Universitätsprofessor, Dr. iur., LL.M. (Univ. of Wisconsin), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg a.D.