

August 2016

11. Jahrg.

71732

Seite 173-284

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

3/4

Dr. Tobias Hayer

173 Die Regulierung des gewerblichen Automatenspiels

Prof. Roland Bornemann und Anja Schleyer

174 Schleichwerbung für Glücksspiel im Fernsehen: eine Fortsetzungsgeschichte

Dr. Bernd Berberich und Prof. Dr. Hans Kudlich

179 Zahlungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Glücksspiel-Angeboten im Internet als Geldwäsche?

Prof. Dr. Markus Ruttig

185 Zum Umsetzungsbedarf durch die 4. EU-Geldwäsche Richtlinie für terrestrisch vertriebene Glücksspiele

Dr. Juliane Hilf und Klaus Umbach, LL.M.

195 Neue Rechtsprechung zum Sportwettkonzessionsverfahren

Dr. Jonas Krainbring

200 Die Zulässigkeit eines Losverfahrens bei der Vergabe von glücksspielrechtlichen Erlaubnissen für Spielhallen

Prof. Dr. Gerhard Strejcek, Lisa-Maria Satzinger und Julia Sautner

204 Neue Entwicklungen im österreichischen Glücksspielrecht

Dr. Urs Scherrer und Dr. Rafael Brägger

209 Aktuelle gesetzgeberische Entwicklungen in der Schweiz und in Liechtenstein

Prof. Dr. Gerhard Meyer

214 Der „Düsseldorfer Kreis“

229 Kommunale Vergnügungssteuersatzung zur Besteuerung von Wettbüros ist unwirksam

VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 28.1.2016 – 2 S 1019/15

236 Anmerkung von *Martin Reeckmann*

251 Erhebung einer Wettbürosteuer durch kommunale Vergnügungssteuersatzung verstößt nicht gegen höherrangiges Recht

OVG Nordrhein-Westfalen, Ur. v. 13.4.2016 – 14 A 1599/15

263 Anmerkung von *Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*

Sonderbeilage 2/2016:

Prof. Dr. Dr. Franz W. Peren und Prof. Dr. Reiner Clement

Der deutsche Glücks- und Gewinnspielmarkt

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

lich anzweifeln (bzw. die Wirksamkeit eines mengenorientierten Präventionskonzeptes) oder aber bei einschneidenden Markteingriffen vor der Abwanderung in andere (illegale) Spielsegmente warnen.⁹ Abgesehen von der offensichtlichen Nähe jener Autoren zur Automatenwirtschaft und den damit womöglich einhergehenden Interessenkonflikten erweisen sich diese Abhandlungen als einseitig, da wichtige Forschungsbefunde ignoriert werden. Um nur ein Beispiel zu nennen: In Norwegen wurde 2007 ein landesweites Totalverbot für die private Aufstellung von Spielautomaten erlassen und ca. 18 Monate später entschärfte Geräte des staatlichen Monopolisten „Norsk Tipping“ wieder eingeführt. Begleitforschungen deuten zum einen an, dass sich sowohl das Spielverhalten als auch die Prävalenz glücksspielbezogener Probleme in der Bevölkerung verringerten. Zum anderen ließ sich kein ausgeprägtes Substitutionsverhalten in Form des Ausweichens auf andere Marktsegmente erkennen.¹⁰ Es würde daher überraschen, wenn

die Effekte einer substanziellen Verfügbarkeitsreduktion (wie in den Bereichen Alkohol und Tabak) in Kombination mit anderen sinnvollen Maßnahmen¹¹ keine ähnlich gelagerten Wirkungen in Deutschland mit sich bringen.

Dr. Tobias Hayer, Bremen*

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

- 9 Bühringer, G./Kotter, R./Kräplin, A., Qualitätsbezogene anstelle mengenorientierter Regulierung des Glücksspielangebots. Beiträge zum Glücksspielwesen, 2016, 2(2), 22–26; Häfeli, J., Glücksspielangebote und Problemlast in der Bevölkerung, Mainz 2014; Perren, F.W., Ordnungspolitische Implikationen des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland für das gewerbliche Geldspiel in Gaststätten, München, 2016.
- 10 Rossow, I./Bang Hansen, M., Gambling and gambling policy in Norway – An exceptional case. *Addiction*, 2016, 111, 593–598.
- 11 Vgl. Hayer, T./Rumpf, H.-J./Meyer, G., Glücksspielsucht. In K. Mann (Hg.), *Verhaltenssüchte: Grundlagen, Diagnostik, Therapie, Prävention* (S. 11–31), Berlin 2014.

Aufsätze

Prof. Roland Bornemann und Anja Schleyer, München*

Schleichwerbung für Glücksspiel im Fernsehen: eine Fortsetzungsgeschichte

In ZfWG 2013, 386 wurde ein Urteil des VG München vom 13.6.2013 besprochen, das sich mit Schleichwerbung für Glücksspiel in einem bundesweit verbreiteten deutschen Fernsehprogramm mit einer Rundfunkzulassung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM) befasste. Zwischenzeitlich liegt das rechtskräftige Berufungsurteil des BayVGH vom 9.3.2015, ZfWG 2015, 235 vor, das den Schleichwerbeverstoß bestätigt. Gegen ein paralleles Urteil zu einer anderen Sendung hat der unterlegene Fernsehanbieter Revision eingelegt. Erfolgreich waren dagegen Klagen gegen die BLM wegen Untersagung der Fernsehwerbung für Glücksspiel. Auf die in jüngster Zeit ergangenen Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs in einem Popularklageverfahren gegen Bestimmungen des GlüStV und des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Konzessionsverfahren kam es nach dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt nicht an.

I. Schleichwerbung in audiovisuellen Mediendiensten

1. Das europarechtlich vorgeprägte Schleichwerbeverbot

Klar und schlicht formuliert § 7 Abs. 7 S. 1 RStV: „Schleichwerbung, Produkt- und Themenplatzierung sowie entsprechende Praktiken sind verboten.“ Verbotsausnahmen existieren in §§ 15 und 44 RStV nur für gekennzeichnete Produktplatzierung. Die deutsche Rechtslage entspricht

europarechtlichen Vorgaben, auch wenn das Schleichwerbeverbot in der deutschen Sprachfassung des Art. 9 Abs. 1 lit. a S. 2 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) unsinnig formuliert ist: „Schleichwerbung in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation ist verboten.“ Das Gegenteil ist richtig: Schleichwerbung im redaktionellen Programm ist verboten! Das Geheimnis liegt in der verunglückten Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. j AVMD-RL begründet, die lautet: „Schleichwerbung in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“ die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, dem Namen, der Marke oder den Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen, wenn sie vom Mediendienstanbieter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit über ihren eigentlichen Zweck irreführen kann. [...]“ Mit anderen Worten: Was in § 2 Abs. 2 Nr. 8 RStV „Schleichwerbung“ heißt, heißt in der deutschen Sprachfassung der AVMD-RL „Schleichwerbung in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“. Tatsächlich verbietet Art. 9 Abs. 1 lit. a S. 2 AVMD-RL also Schleichwerbung. Und das ist die nicht gekennzeichnete Produkt- oder Unternehmenspräsentation im redaktionellen Programm. Die Formulierung in Art. 13 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (FsÜ) meint nichts anderes, wenngleich Schleichteleshopping etwas rät-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

selhaft erscheint: „Schleichwerbung und -teleshopping, insbesondere die Darstellung von Erzeugnissen oder Dienstleistungen in Sendungen zu Werbezwecken, sind verboten.“

2. Präsentation zu Werbezwecken

a) Werbewirkung redaktioneller Programminhalte

Die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Rechts beginnen auf der Tatbestandsseite. Nicht jedes in einer Fernsehsendung sichtbare (Marken-)Produkt erfüllt den Tatbestand des Schleichwerbeverbots. Die Lebenswirklichkeit ist mit Produkten durchwirkt. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit garantiert eine realitätsnahe Programmgestaltung. Deshalb darf der Protagonist einer Sendung selbstverständlich mit einem Automobil von einem zum andern Ort fahren und das Markenkennzeichen muss für die Aufnahmen nicht abgeklebt werden. Weiterhin ist die Lebenswirklichkeit nicht werbefrei. Werden Filmaufnahmen in einer Straße mit einer Reklametafel gemacht, gehört die Reklame zur dargestellten Realität und fällt schon nicht unter die geltende Definition der Rundfunkwerbung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV), sondern ist redaktionelles Programm. Der bildhafte Ausdruck „aufgedrängte Werbung“, etwa im Hinblick auf Bandenwerbung in Fußballstadien geläufig, ist eher hinderlich als für eine juristische Subsumtion hilfreich, denn es handelt sich tatbestandlich nicht um „Rundfunkwerbung“.

b) Finales Verhalten des Programmverantwortlichen

Verboten ist das finale Verhalten der für das Rundfunkprogramm Verantwortlichen einschließlich ihrer Vertreter, Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen, das eine werbewirksame Produktdarstellung bewirkt. Das kann auch durch Inszenierung einer „Realität“ zum Zwecke der Rundfunkaufnahme und -verbreitung geschehen. Art. 13 Abs. 3 FSÜ spricht von einer „Darstellung [...] zu Werbezwecken“. Art. 1 Abs. 1 lit. j AVMD-RL verstärkt: „[...] vom Mediendienstanbieter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen“. Dabei ist klar, dass dem Mediendienstanbieter, der häufig – und als Fernsehveranstalter (Art. 1 Abs. 1 lit. f AVMD-RL) in aller Regel – Personenhandelsgesellschaft oder juristische Person des Privatrechts ist, die Werbeabsicht der Mitarbeiter zuzurechnen ist.¹

c) Gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung

Entgeltlichkeit ist kein Tatbestandsmerkmal der Schleichwerbung.² Denn Schleichwerbung ist ungeachtet des Wortbestandteils „Werbung“ keine als Finanzierungsquelle von Rundfunkprogrammen (§ 13 S. 1, § 43 S. 1 RStV) zugelassene Werbeform.³ Nach § 2 Abs. 2 Nr. 8 S. 2 RStV gilt eine Erwähnung oder Darstellung insbesondere dann als zu Werbezwecken beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt. Eine Mindermeinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich das erstinstanzliche Gericht angeschlossen hatte, geht mit Blick auf den Wortlaut der Bestimmung („gilt [...] als“) von einer Fiktion aus,⁴ die überwiegende Meinung, der sich im Ergebnis das Berufungsgericht angeschlossen hat, von einer (widerleglichen) gesetzlichen Vermutung.⁵ Ein direkter Geldfluss an den deutschen Fernsehveranstalter für die nahezu omnipräsente Darstellung des Schriftzugs „Fulltiltpoker“ – mal mit und mal ohne den Domain-Zusatz „.net“ – in der ausgestrahlten Kaufproduktion „Poker After Dark“ konnte nicht nachgewiesen werden. Als ähnliche Gegenleistung

wäre auch ein verbilligter Kaufpreis für das audiovisuelle Produkt in Betracht gekommen. Die Klägerin behauptete, der an die Produktionsfirma gezahlte Preis sei branchenüblich gewesen. Das Gericht hat sich eine Beweisaufnahme hierzu erspart, indem es die gesetzliche Vermutung nicht in Anspruch nahm, sondern Schleichwerbung aus sonstigen Indizien in der Sendung ableitete, vor allem aus der Intensität der Werbewirkung, aus der Häufigkeit der Einblendung des Logos, insbesondere dann, wenn es in der Sendung interessant wurde, und aus der Alleinstellung des erworbenen Unternehmens.

d) Eigen-, Auftrags- und Kaufproduktion

Mit ihrer Verteidigung, es habe sich um „aufgedrängte“ Werbung gehandelt, weil die Werbebeeindrungen bereits im fertig gekauften Produkt enthalten gewesen seien und der Verkäufer den vertraglichen Ausschluss einer Nachbearbeitung des Beitrags verlangt habe, ist die Klägerin zu Recht nicht durchgedrungen. Das Schleichwerbeverbot ist kein dispositives Recht. Wenn nicht ausnahmsweise ein überragendes Informationsinteresse der Öffentlichkeit die bewusste Inkaufnahme einer fremdverursachten Kontamination des redaktionellen Programms mit Werbebotschaften mehr entschuldigt als rechtfertigt, gebietet das geltende Recht den Verzicht auf die Ausstrahlung produktionsseitig mit werblichen Darstellungen vermengter redaktioneller Programminhalte. Ein gravierender Unterschied zu den akzeptierten Fällen der so genannten „aufgedrängten“ Werbung besteht darin, dass nicht eine – fiktive oder reale – „Lebenswirklichkeit“ als Vorlage für die audiovisuelle Produktion dient, sondern dass die werblichen Elemente produktionsseitig eingefügt oder eigens für die audiovisuelle Produktion vom Produzenten inszeniert werden. Die Werbeabsicht des Produzenten war im entschiedenen Fall unstrittig. Hätte es sich um eine Eigenproduktion des Fernsehveranstalters gehandelt oder um eine von ihm in Auftrag gegebene Produktion, wäre die Verantwortlichkeit für die Einfügung der Werbebotschaften im Sinn einer Werbeabsicht des Veranstalters kaum zu bestreiten gewesen. Umstritten war die Zurechenbarkeit der Werbeabsicht in einer eingekauften fertigen audiovisuellen Produktion.

Erfrischend klar formuliert der Bayerische Verwaltungsgeschichtshof: „Der Rundfunkveranstalter ist dafür verantwortlich, dass von ihm ausgestrahlte Fremdproduktionen dem deutschen Rundfunkrecht genügen. Auch für ihn ist er-

1 OLG Celle, 10.7.2015 – 2 Ss (OWi) 112/15, BeckRS 2015, 14331, Rn. 20 = ZUM-RD 2015, 660.

2 EuGH, 9.6.2011 – C-52/10, EuZW 2011, 555.

3 Vgl. Bornemann, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht, 2014, § 7 RStVRn. 3.

4 OVG Berlin-Brandenburg, ZUM 2007, 765, 766; Blaue, Werbung wird Programm, 2011, S. 202; Dörr, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner (Hrsg.), HK-RStV, § 2 Rn. 40; Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht, 2. Aufl. 2011, J 40.

5 OVG Rheinland-Pfalz, 17.12.2008 – 2 A 10327.08.OVG, ZUM 2009, 507, 510; VG Düsseldorf, 28.4.2010 – 27 K 4657/08, BeckRS 2010, 48913; OLG Celle, 26.7.2013 – 322 SsBs 167/12, AfP 2014, 456, 458; Bornemann/v. Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz, BayMG, Loseblattkommentar, Stand: August 2015, Art. 8 Rn. 107; Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 107; Schulz, in: Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 2 RStV Rn. 121; Holznapel, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 2 RStV Rn. 69; Hahn/Lamprecht-Weißenborn, in: Schwartmann (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, S. 157 f.; Gounalakis, WRP 2005, 1476, 1482 f.; Himmelsbach, GRUR-Prax 2013, 78, 80; Platho, MMR 2008, 582, 585; für die AVMD-RL ebenso EuGH, 9.6.2011 – C-52/10, EuZW 2011, 555, 556.

kennbar, dass die Grenze hinnehmbarer aufgedrängter Werbung überschritten ist. Strahlt er die Sendung gleichwohl aus, ist kein anderer Schluss möglich, als dass es ihm selbst auf die Werbewirkung ankommt.“⁶

e) „Absichtlich zu Werbezwecken“ als subjektives Tatbestandsmerkmal

Vereinzelt wird vertreten, die Annahme einer Werbeabsicht erfordere die Feststellung eines zielgerichteten Erfolgswillens.⁷ Das ist zumindest in der Formulierung an die Umschreibung der Absicht als Vorsatzform (*dolus directus* 1. Grades) im Strafrecht angelehnt.⁸ Die Missachtung des Schleichwerbverbots durch Veranstalter von bundesweit verbreitetem privatem Rundfunk ist eine Ordnungswidrigkeit (§ 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 RStV). Alle Ordnungswidrigkeiten des § 49 Abs. 1 S. 1 RStV können zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht dürfte § 16 Abs. 1 TMG der einzige Tatbestand sein, der nur mit Absicht als (Mindest-)Vorsatzform begangen werden kann.⁹ Bei dem in der Definition von Schleichwerbung i. S. des Rundfunkstaatsvertrags enthaltenen Merkmal der Werbeabsicht handelt es sich um ein den objektiven Tatbestand überschießendes subjektives Tatbestandsmerkmal (überschießende Innentendenz), nicht um eine Vorsatzform.¹⁰ „Absichten“ (§ 263: Bereicherungsabsicht; § 242: Zueignungsabsicht) oder Gesinnungsmerkmale (§ 225: roh; § 315 c: rücksichtslos) müssen nicht vom Vorsatz umfasst sein [...]. Soweit neben dem Vorsatz bestimmte Absichten (§§ 242, 263) erforderlich sind, stellen diese vielmehr einen gesonderten psychischen Sachverhalt dar, der zusätzlich zum Vorsatz festgestellt werden muss [...].“¹¹ Tathandlung, die den objektiven Schleichwerbetatbestand erfüllt, ist die ungekennzeichnete Produkt- oder Unternehmenspräsentation im redaktionellen Programm; dabei meint „Präsentation“ eine über die programmnotwendige Darstellung hinausgehende Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Marken oder anderen Kennzeichen des werbenden Berufsträgers, Handwerksbetriebs oder Wirtschaftsunternehmens. Damit der Schleichwerbetatbestand komplett wird, muss auf Rundfunkveranstalterseite das subjektive Merkmal der Werbeabsicht hinzukommen. Dafür bedarf es nicht auf jeden Fall eines zielgerichteten Erfolgswillens. Vielmehr muss zunächst eine genauen Analyse und Interpretation des konkreten Tatbestandes erfolgen nach deren Abschluss zu entscheiden ist, ob die Norm zielgerichteten Erfolgswillens voraussetzt oder Wissen genügen lässt.¹² Denn das Handeln in sicherer Voraussicht wiegt grundsätzlich ebenso schwer wie der zielgerichtete Verwirklichungswille.¹³ Das Schleichwerbeverbot dient zum einen – wie das Verbot der Beeinflussung des redaktionellen Programms durch Werbung oder Werbetreibende (§ 7 Abs. 2 RStV) – der Unabhängigkeit des Rundfunkveranstalters¹⁴ und der Integrität des Rundfunkprogramms sowie zum anderen dem Schutz der Rezipienten.¹⁵ Der Vortrag der Klägerin, sie sei wegen des zivilvertraglichen Ausschlusses einer nachträglichen Bearbeitung der Kaufproduktion zur Einhaltung der Bestimmungen des deutschen Rundfunkrechts nicht im Stande gewesen, begegnet unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit des verantwortlichen Rundfunkveranstalters (§ 2 Abs. 2 Nr. 14 RStV) gravierenden Bedenken. Dabei ist von untergeordneter Bedeutung, ob die Fremdbeeinflussung von den ausländischen

Geldgebern (Werbetreibende/Sponsoren) unmittelbar ausgeht oder die deutsche Fernsehveranstalterin ihre Unabhängigkeit durch wirtschaftlich motivierte Unterwerfung unter knebelnde Vertragsbedingungen beim Lizenzhändler der audiovisuellen Produktion abgibt. Nicht zuletzt aber entfällt die Massivität der Einblendungen des Fulltiltpoker-Logos aus der Sicht eines objektiven Betrachters eine starke werbliche Wirkung, die mangels Kennzeichnung irreführungsgerecht ist.¹⁶ Die Entscheidung des Rundfunkveranstalters für die Ausstrahlung der Rundfunksendung im Wissen um die überbordende Markenpräsentation wiegt unter diesen Gesichtspunkten nicht weniger schwer und ist für die Rezipienten nicht weniger nachteilig als die Ausstrahlung mit dem zielgerichteten eigenen Werbewillen.

II. Das Fernsehwerbeverbot für Glücksspiel

1. Kostenlose Pokerspiele und Dachmarkenwerbung

Abgesehen von den rundfunkrechtlichen Fragestellungen gibt das mittlerweile rechtskräftige Urteil des BayVGH vom 9.3.2015¹⁷ aber auch Anlass, sich mit den speziell glücksspielrechtlichen Implikationen der Entscheidung vertieft auseinanderzusetzen, insbesondere im Hinblick auf die Frage der Fernsehwerbung für unentgeltlich angebotene Casinospiele und deren möglichen Werbeeinfluss auf unter derselben Dachmarke parallel angebotene „echte“ (illegale) Online-Glücksspiele im Sinne der Definition des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV.

a) Ablehnende Haltung des BayVGH

Die von der beklagten BLM gegenüber der Klägerin ausgesprochene und vom VG München in seinem Urteil¹⁸ bestätigte Beanstandung wegen eines gleichzeitig mit der Schleichwerbung festgestellten Verstoßes gegen § 41 Abs. 1 S. 4 RStV i. V. m. § 5 Abs. 3 GlüStV (a. F.) wurde vom BayVGH in seinem Berufungsurteil aufgehoben. Anders als das erstinstanzliche VG München sah sich der BayVGH dabei nicht veranlasst, zur Frage der Unionsrechtskonformität des Fernsehwerbeverbotstatbestands des § 5 Abs. 3 GlüStV (a. F.) überhaupt noch Stellung¹⁹ zu beziehen. Denn der erkennende Senat des BayVGH war – in Abkehr von der Ansicht des VG München – bereits der Auffassung, die

6 BayVGH, 9.3.2015 – 7 BV 13.2153, ZfWG 2015, 235, 237.

7 VG Düsseldorf, 28.4.2010 – 27 K 4657/08, BeckRS 2010, 48913.

8 Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 15 Rn. 6; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 15 Rn. 20.

9 Vgl. Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 8 (S. 69).

10 Bornemann, Ordnungswidrigkeiten in Rundfunk und Telemedien, 5. Aufl. 2015, S. 124 f.

11 Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 24.

12 Vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 15 Rn. 70.

13 Rengier, in: Senge (Hrsg.), KK-OwiG, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 9.

14 Vgl. Holznapel, in: Spindler/Schuster (Fn. 5), § 2 RStVRn. 70.

15 Erwägungsgrund Nr. 90 zur AVMD-RL nennt als Grund für das europarechtliche Verbot die „nachteiligen Auswirkungen auf die Verbraucher“. Das ist angesichts der Zentrierung der Richtlinie auf den Dienstleistungsverkehr kein Wunder, schließt aber parallele rundfunkrechtliche Zwecke der Regelungen des deutschen Rundfunkrechts nicht aus.

16 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 3), § 2 RStV Rn. 34; Holznapel, in: Spindler/Schuster (Fn. 5), § 2 RStV Rn. 74.

17 BayVGH, 9.3.2015 – 7 BV 13.2153, ZfWG 2015, 235 ff.

18 VG München, 13.6.2013 – M 17 K 11.3271, ZfWG 2013, 443 ff.

19 Näher hierzu auch die Urteilsanmerkung von Bornemann zu VG München, 13.6.2013 – M 17 K 11.3271, ZfWG 2013, 386 ff.

werblichen Maßnahmen in der Streitgegenständlichen Sendung hätten sich auf das Dienstleistungsangebot für die kostenlose Pokerschule „Fulltiltpoker.net“ beschränkt, also explizit auf ein kostenloses Angebot für Pokerspieler, das ausschließlich der Unterhaltung diene und dem die Glücksspieleigenschaft mangels Entgeltlichkeit für den Erwerb einer Gewinnchance von vornherein abgesprochen werden müsse. Die in der Sendung ebenfalls vorhandene (Schleich-) Werbung mit dem bloßen Schriftzug „Fulltiltpoker“ (also ohne den Zusatz „.net“) auf dem eingblendeten Logo habe laut BayVGH ebenfalls nicht Glücksspiel im Sinne der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV zum Gegenstand, denn der Schriftzug „Fulltiltpoker“ ohne Zusatz werde allein zum Angebot „Fulltiltpoker.net“ in Beziehung gesetzt und enthalte keinen Hinweis auf die Internetseite „Fulltiltpoker.com“. Allein auf dieser Seite werde jedoch Glücksspiel angeboten. Bei den jeweiligen Angeboten von „Fulltiltpoker.net“ und „Fulltiltpoker.com“ handele es sich um gleichrangige Angebote, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass wegen der Ähnlichkeit der Schriftzüge zugleich für das jeweils andere Angebot mitgeworben werde. Andernfalls könnte für das kostenlose Angebot nicht oder nur eingeschränkt geworben werden. Dem verwendeten Logo könne laut BayVGH auch keine Dachmarkenfunktion zugeordnet werden. Zwar mögen die einzelnen Angebote mit der Bezeichnung „Fulltiltpoker“ Personen, die am Pokerspiel besonders interessiert seien, bekannt sein. Ein Bekanntheitsgrad des Namens und des Schriftzuges „Fulltiltpoker“, der hinreichen würde, es nach der Verkehrsauffassung als „Dachmarke“ für viele Einzelangebote zu sehen, sei allerdings – so der BayVGH – nicht erkennbar.

b) Vorinstanz des VG München

Nach den im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen des erstinstanzlichen VG München sprang das Logo der Gesamtmarke „Fulltiltpoker“ bei der Darstellung hingegen bereits so prägend ins Auge, dass demgegenüber der Zusatz in den Hintergrund rückte. Es kam dem VG München daher schon gar nicht darauf an, ob das Fulltiltpoker-Logo um die Top-Level-Domain „.net“ ergänzt war oder nicht. Mit der Darstellung des Logos war nach Ansicht des VG München auch die Werbewirkung für das Glücksspiel-Angebot, wie es zumindest auf der Seite www.fulltiltpoker.com stattfand, intendiert. Die für Rundfunkrecht zuständige Kammer des VG München war mit ihrer Meinung nicht allein, hatte doch die für Glücksspielrecht zuständige Kammer des VG München zur Frage der Bewerbung einer Gesamtmarke zuvor bereits ähnlich entschieden und dort nicht einmal den sprechenden Zusatz „free-“ gelten lassen.²⁰ Ein neutraler Zusatz wie „.net“ konnte daher nach Ansicht des VG München umso weniger entkräftend wirken. Denn es sei für den Betrachter des Logos nicht erkennbar, welches Angebot er auf der Seite www.fulltiltpoker.net finde.

Hier befand sich das VG München im Einklang mit den Feststellungen der beklagten BLM, die in dem gegenüber der Klägerin erlassenen Beanstandungsbescheid ihre Bewertung im Schwerpunkt ebenfalls und mit ausführlicher Begründung auf die markante Wirkung des (übergeordneten) Logos Fulltiltpoker gestützt hatte, insbesondere auf dessen prägnante visuelle Gestaltung: Denn sowohl das in der Fernsehsendung im Jahr 2010 gezeigte Logo Fulltiltpoker

als auch das Logo Fulltiltpoker.net waren in Farbwahl (rot, weiß, schwarz), Gestaltung des Schriftzuges (im Mittelpunkt: ein auf den Kopf gedrehtes Dreieck) und Schrifttypus gleich. Das Firmenlogo Fulltiltpoker war insoweit charakteristisch und wies wegen des prägenden Firmenlogos im Schriftzug einen hohen Wiedererkennungswert auf. Visuell zum Ausdruck gelangten allein die Schriftzüge Fulltiltpoker.net und Fulltiltpoker, die in Schriftzug und Farbgestaltung identisch waren, wobei dem Betrachter vor allem das signifikante Logo „Fulltiltpoker“ ins Auge sprang. Der hiermit einhergehende werbliche Gehalt wurde somit auf die Gesamtmarke von Fulltiltpoker gerichtet. Damit relativierte sich der im Schriftzug enthaltene kleinere Bestandteil „.net“, der kurzen TOP-Level-Domain kam angesichts der Signalkraft des übergeordneten Firmenlogos an sich keine Unterscheidungskraft zu. Auf diese Weise lag für das VG München auch eine intendierte werbewirksame Konfrontation mit der gesamten Angebotspalette von Fulltiltpoker nahe, also auch dem kostenpflichtigen Glücksspielangebot auf www.fulltiltpoker.com (das unter demselben übergeordneten Markenlogo auftrat).

In dieser Deutlichkeit formulierte das VG München seine Gründe aber bedauerlicherweise nicht mehr, es setzte angesichts der Evidenz der visuellen Gestaltung vielmehr unausgesprochen voraus, dass es sich bei seiner Bewertung eben nicht nur – wie später der BayVGH in seiner Berufungsentscheidung – auf den bloßen Bekanntheitsgrad der Namensbezeichnung „Fulltiltpoker“ (mit oder ohne jeweilige Zusätze) gestützt hatte, sondern – ebenso wie die Beklagte in ihrem Bescheid – vor allem auf die Gestaltung des (Dachmarken-) Logos, dem schon auf den ersten vergleichenden Blick ein hoher Wiedererkennungswert zueigen war.

c) Einzelfallentscheidung versus „Verkehrsauffassung“?

Dies hat der für Rundfunkrecht zuständige Senat des BayVGH bei seiner Entscheidung anscheinend verkannt, indem er sich letztlich allein auf den Bekanntheitsgrad des Namens „Fulltiltpoker“ beschränkt, aber augenscheinlich der konkreten, prägenden, zum Zeitpunkt der Fernsehausstrahlung identischen visuellen Gestaltung der verwendeten Schriftzüge keine weitere Bedeutung zumisst. Von der an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientierten zutreffenden Herleitung und Bewertung des VG München löst sich der BayVGH völlig. Anstelle einer argumentativen Auseinandersetzung mit den Ausführungen des VG München wirft der BayVGH eher kurz das Schlagwort „gleichrangige Angebote“ in den Ring, bleibt aber eine nähere Begründung dafür schuldig, wie sich die Angebote „Fulltiltpoker.net“ und „Fulltiltpoker.com“ denn nun zur übergeordneten Marke „Fulltiltpoker“ verhalten, deren Darstellung und identische Logo-Visualisierung ja gerade Anlass für die Beanstandung war. Dabei lässt der BayVGH unberücksichtigt, dass es bei der Werbung mit einer übergeordneten Marke oder Dachmarke auf die konkrete Werbung nach ihrer Ausgestaltung und Aussage ankommt:²¹ Je stärker sich die einer spezifischen Dienstleistung zugehörige untergeordnete Marke z. B. nach ihrer äußeren Gestal-

20 Vgl. VG München, 7.9.2009 – M 22 S 09.3403, ZfWG 2009, 382 ff. zur Werbung mit dem Logo „free-bwin.com“. Ablehnend hierzu Sirch/Bolay, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.), Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2015, § 5 GlüStV Rn. 30.

21 Vgl. VG München, 7.9.2009 – M 22 S 09.3403, ZfWG 2009, 382 ff.

tung, Angebotsdiversität, Identität des anbietenden Unternehmens oder des Inhabers der Markenrechte von anderen Angeboten der übergeordneten Marke unterscheidet und je deutlicher sich der konkrete Werbeinhalt nur auf die untergeordnete Marke bezieht, umso weniger kann ein Werbebezug zu der übergeordneten Marke angenommen werden.²² Eine klare Unterscheidbarkeit des kostenlosen Angebots einer Marke vom Glücksspielangebot kann zum Beispiel erfolgen durch eine andere farbliche und bildliche Gestaltung der Webseiten und insbesondere des Logos, sowie durch eine klare Erkennbarkeit des kostenlosen Angebots im Logo und Schriftzug selbst.²³ Für den konkreten Fall „Fulltiltpoker“ kann das umgekehrt aber nur bedeuten: Angesichts der identischen visuellen äußeren Gestaltung der verwendeten Logos für „Fulltiltpoker“, „Fulltiltpoker.com“ und „Fulltiltpoker.net“, der Anbieteridentität und der gerade nicht vorhandenen deutlichen Abgrenzung der Angebote voneinander,²⁴ ist ein gegenseitiger intendierter Werbebezug nahezu zwingend. Das Argument des BayVGH, dass andernfalls für das kostenlose Angebot nicht oder nur eingeschränkt geworben werden könne, kann im konkreten Fall nicht überzeugen. Denn der werbungstreibenden Anbieterin hätte durchaus die Möglichkeit offengestanden, ihre Werbemaßnahmen auf die Einblendung des Logos für das kostenlose Unterhaltungs- und Übungsangebot „Fulltiltpoker.net“ zu beschränken. Ob der mit dem Schriftzug „Fulltiltpoker“ (ohne Zusatz) transportierte werbliche Gehalt von einem durchschnittlich aufmerksamen Zuschauer tatsächlich ausschließlich oder jedenfalls ganz überwiegend als Werbung für eine kostenlose Pokerschule verstanden wird, hat das Gericht – wie üblich – nicht sachverständig untersuchen lassen, sondern seine eigene Annahme autoritativ gesetzt. Wenn das Bewerben mit einem identischen übergeordneten Logo von den Adressaten ganz überwiegend doch als Werbung für sämtliche dahinterstehende Dienstleistungen aufgefasst wird, was naheliegend erscheint, bleibt die mit den Regelungen des GlüStV intendierte Suchtprävention auf der Strecke.

Auch die weitere Ansicht des BayVGH mit der lapidar auf die angenommene „Verkehrsauffassung“ bezogenen Ablehnung der Eigenschaft des Logos „Fulltiltpoker“ als Dachmarke kann nicht ganz unwidersprochen bleiben. Zuvor stellt der BayVGH nämlich zutreffend selbst fest, dass die einzelnen Angebote mit der Bezeichnung „Fulltiltpoker“ Personen, die am Pokerspiel besonders interessiert sind, bekannt sein mögen. Anschließend geht er aber davon aus, dass ein Bekanntheitsgrad des Namens und des Schriftzuges „Fulltiltpoker“, der hinreichen würde, es nach der Verkehrsauffassung als „Dachmarke“ für viele Einzelangebote zu sehen, nicht erkennbar sei, und kommt zu dem Schluss, dass sich die beanstandete Werbung daher auf das kostenlose Angebot von „Fulltiltpoker.net“ beschränke. Unklar bleibt insbesondere, woher der BayVGH die Kriterien für die von ihm behauptete „Verkehrsauffassung“ nimmt – wenn schon nicht von dem von ihm zuvor angesprochenen Kreis der Personen, die am Pokerspiel besonders interessiert sind und die möglicherweise aus diesem Grunde die beanstandete Sendung überhaupt erst als Fernsehzuschauer einschalten und dadurch der Werbemaßnahme ausgesetzt werden – woher dann? Man hätte sich vom BayVGH zumindest eine nähere und plausible Begründung dafür gewünscht, warum er zur Bestimmung der Verkehrsauffassung stattdessen lediglich auf die allgemeine²⁵ Bekanntheit

der Marke „Fulltiltpoker“ als Dachmarke abstellt, die er letztlich negiert und der er aus diesem Grund den gleichzeitigen Werbeeffect für echte (illegale) Glücksspielangebote abspricht. Was den BayVGH dazu bewogen hat, zur Herleitung des Dachmarkenbegriffs die Verkehrsauffassung im konkreten Fall an einem so weiten Personenkreis zu bemessen, kann letztlich nur vermutet werden. Denkbar wäre – vom glücksspielrechtlichen Suchtpräventionsgedanken ausgehend – die mit den unterschiedlichen Varianten, Begrifflichkeiten und Marken des Pokerspiels vertrauten Personen als relevanten Verkehrskreis deshalb außer Betracht zu lassen, weil gegenüber diesem Personenkreis durch diese Art der Werbung sowieso keine zusätzliche Anreizwirkung für die Teilnahme am entgeltlichen Glücksspiel mehr aufgebaut werden könnte. Insoweit erscheint es zumindest plausibel, stattdessen auf den Kenntnisstand des durchschnittlichen Fernsehzuschauers des betroffenen Senders (eines an die Allgemeinheit gerichteten Sport-Spartenprogramms), also eines wohl eher noch nicht spielentschlossenen und weniger Poker-affinen Zuschauer und allenfalls Gelegenheitsspielers abzustellen und den (fehlenden) Werbeeffect der Dachmarke gerade im Hinblick auf diese Zielgruppe festzustellen. Leider ist der BayVGH eine nähere Begründung hierfür aber schuldig geblieben.

d) Keine Anwendbarkeit der Werberichtlinie

Zu Recht nicht zugrunde gelegt werden konnten und durften den Entscheidungen des VG München vom 13.6.2013 und des BayVGH vom 9.3.2015 freilich die Bestimmung des § 8 Abs. 2 der Werberichtlinie gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 GlüStV vom 7. Dezember 2012 (WerberL-GlüStV), nach der vom grundsätzlichen Fernsehverbot für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen auch die Werbung für unentgeltlich angebotene Casinospiele umfasst ist, sofern durch Nutzung derselben Dachmarke damit auf unerlaubte Glücksspiele hingewiesen wird und deren Richtlinien-Begründung ausdrücklich darauf verweist, dass von diesem Verbot auch kostenlose Pokerschulen umfasst seien.²⁶ Unabhängig von der Kritik des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs an der

22 So zutreffend *Liesching/Bolay*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 20), Anh. § 5 GlüStV – § 2 Werbe-RL, Rn. 6 ff.

23 Vgl. *Sirch/Bolay*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 20), § 5 GlüStV Rn. 32.

24 Das VG München hatte hier zutreffend bemängelt, dass der neutrale Zusatz „.net“ nicht entkräftend wirken kann, da für den Betrachter des Logos gerade nicht erkennbar sei, welches Angebot er auf der Seite „www.fulltiltpoker.net“ findet.

25 Vgl. hierzu die Begriffsdefinition des Duden, Online-Wörterbuch, das den Begriff der Verkehrsauffassung wiedergibt als die „in der Allgemeinheit vorherrschende Meinung zu einem bestimmten Sachverhalt“. Dass der Begriff der „Verkehrsauffassung“ in der Rechtsterminologie nicht immer in Bezug auf die Allgemeinheit ohne weitere Differenzierung verwendet werden darf, zeigt aber ein Blick auf andere Rechtsbereiche: So beurteilt sich z. B. die Verkehrsauffassung in vielen Fragen des Wettbewerbs- und Kennzeichnungsrechtes gerade nicht nach der Auffassung und dem Kenntnisstand der allgemeinen (durchschnittlichen) Verbraucher schlechthin, sondern nach der Auffassung der interessierten und beteiligten Verkehrskreise. Wendet sich eine geschäftliche Handlung und damit auch eine Werbemaßnahme z. B. an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern, dann ist nach § 3 Abs. 4 UWG eben auf ein durchschnittliches Mitglied genau dieser Gruppe abzustellen; vgl. *Micklitz/Namysłowska*, in: Spindler/Schuster (Fn. 5), § 5 UWG Rn. 18.

26 Daneben verweist die Richtlinien-Begründung darauf, dass das Verbot von Werbung für unentgeltlich angebotene Casinospiele eine Forderung aus der Suchtforschung aufgreife und dass die Bewerbung von kostenlosen Pokerschulen und ähnlichen „Glücksspiel-Surrogaten“ letztlich den vorrangigen Zweck verfolge, den Spielinteressenten an die (illegalen) entgeltlichen Glücksspielangebote heranzuführen.

Legitimation des Richtliniengebers, des Glücksspielkollegiums,²⁷ und der Verwerfung der Richtlinie durch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof²⁸ war beiden Entscheidungen die im Zeitpunkt der Fernsehausstrahlung (April 2010) bzw. der Beanstandung (Juni 2011) geltende Fassung des Glücksspiel-Staatsvertrags zugrunde zu legen, die noch keine Richtlinienbefugnis vorsah.

2. Fazit und Ausblick

Das Thema Umgang mit Werbung für öffentliches Glücksspiel im privaten Fernsehen ist mit der zwischenzeitlich rechtskräftigen Entscheidung des BayVGH noch lange nicht abgeschlossen²⁹ und wird auch in Zukunft auf der Agenda der insoweit als Aufsicht zuständigen Landesmedienanstalten stehen.

Gerade mit Blick auf in Schleswig-Holstein unter der Geltung des dortigen Glücksspielgesetzes genehmigte Online-Casinoangebote und deren Bewerbung in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen ergeben sich neue Problemfelder, die in der praktischen Aufsichtstätigkeit und im Zusammenspiel von staatsferner Medien- und staatlicher Glücksspielaufsicht erst noch geklärt werden müssen. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die „Gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten zur Zusammenarbeit bei der Aufsicht über Glücksspielwerbung im privaten Rundfunk und Telemedien privater Anbieter“ vom 17. Juli 2014, die an der Schnittstelle von Medien- und staatlicher Glücksspielaufsicht ein organisatorisch-konformes Vorgehen sicherstellen sollen.

Auch neue Sachverhalte im Schnittbereich zwischen Fernseh- und Glücksspielaufsicht harren der gerichtlichen Klä-

rung: Vor dem VG München klagt ein Fernsehveranstalter mit dem Ziel der Anerkennung eines Fernseh-Spots der Deutschen Fernsehlotterie als Beitrag im Dienst der Öffentlichkeit im Sinne der §§ 7 Abs. 9, 45 Abs. 2 RStV, besser bekannt als „Sozialer Appell“ oder „socialadvertising“, der nicht auf die erlaubte Werbezeit angerechnet wird.

Summary

The prohibition of surreptitious advertising aims at safeguarding the independence of the broadcaster and the integrity of the editorial content on the one hand and at protecting consumers from the negative effects of broadcast content contaminated by advertising on the other hand. To achieve these objectives, the relevant broadcasting regulation must be consistently applied. If a broadcaster in full knowledge transmits a programme containing product presentations which were inserted for advertising purposes, this constitutes surreptitious advertising, which is prohibited.

The interpretation of prohibitions and restrictions relating to gambling has to be guided by the overriding legal objective of preventing addictions. This can in individual cases result in an obligation for a court to have the effects of specific advertising messages on recipients which require special protection analysed by experts prior to lifting a ban imposed by a regulator.

27 VGH Kassel, 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478; s. auch Kirchhof, ZfWG 2015, 301 ff.; Dietlein, ZfWG 2015, Sonderbeilage 4/2015.

28 BayVerfGH, 25.9.2015 – Vf. 9-VII-13, Vf. 4-VII-14, Vf. 10-VII-14, ZfWG 2015, 457; dazu Pagenkopf, ZfWG 2015, S. 435 ff.

29 Vgl. jüngst BVerwG, 22.6.2016 – 6 C 9.15.

Dr. Bernd Berberich, München, und Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen*

Zahlungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Glücksspiel-Angeboten im Internet als Geldwäsche?

Die Abwicklung von Dienstleistungen im Zahlungsverkehr für Online-Anbieter von Glücksspielen erfolgt regelmäßig transnational und gestaltet sich im Detail ungemein komplex. Gerade im bisher (unionsrechtlich) nicht harmonisierten Glücksspielbereich prallen beispielhaft zwei Welten aufeinander, nämlich die Online-Welt mit ihren (fast) unbegrenzten Möglichkeiten einerseits und das historisch gewachsene, überwiegend ordnungsrechtlich geprägte Glücksspielrecht andererseits, welches auf kulturellen Besonderheiten auf dem Gebiet des jeweiligen Hoheitsträgers fußt. Für Zahlungsdienstleister stellt sich diese Kombination als ein fast undurchdringbarer Dschungel in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht dar. Umso mehr gilt es für die rechtliche Betrachtung, fundamentale gesetzgeberische Grundannahmen – wie die Wahrung von Freiheitsrechten sowie des spezifisch strafrechtlichen Analogieverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG – in die Detailbetrachtung sachgerecht mit einfließen zu lassen.

I. Einführung

Hinsichtlich der (EU-) Rechtskonformität des aktuellen Glücksspielstaatsvertrags (im Folgenden: „GlüStV“) werden auf unterschiedlichen Ebenen immer wieder Bedenken geäußert.¹ Während etwa Hessen für eine zeitgemäße Neuordnung des Glücksspielbereichs eintritt, vertreten andere Bundesländer die Auffassung, dass „minimalinvasive Eingriffe“ genügen sollten, um der Eröffnung eines Vertragsverletzungsverfahrens seitens der EU-Kommission zu entgehen.² Ungeachtet der nach wie vor vielen unbeantworteten Fragen in diesem Kontext wird von den Befürwortern des aktuellen GlüStV immer wieder gefordert, dass endlich sog. „Financial Blocking“-Maßnahmen³ ergriffen werden

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Vgl. etwa seitens des Deutschen Verbands für Telekommunikation und Medien, http://www.dvtm.net/fileadmin/pdf/pressemitteilungen/DVTM_Pressemitteilung_Gl%C3%BCksspielvertrag_vor_dem_Ende__1_.pdf.

2 Vgl. FAZ v. 18.3.2016, S. 21 – „Streit um Glücksspielregeln“.